

Os Princípios Gerais da Actividade Administrativa e o seu controlo pelos Tribunais Administrativos

Rui Chancerelle de Machete

1. O tema sobre o qual fomos convidados a falar merece actualmente, e desde logo, particular interesse, porque o Novo CPA, ou o CPA Revisto, aumentou o número de princípios gerais da actividade administrativa em relação ao CPA de 1991/1996, dando maior justificação à dúvida sobre se, sob a designação de princípios, aquele Código e também o CPTA se referem sempre à mesma entidade ou conceito jurídico ou a tipos diferentes. Depois porque se regista por parte dos tribunais administrativos na sua actividade cognitiva e, sobretudo, na fundamentação das suas decisões, uma mais frequente invocação dos princípios e concomitantemente um alargamento da actividade administrativa, objecto do seu escrutínio de legalidade.
2. Na análise sucinta a que iremos proceder, passaremos rapidamente em revista o posicionamento dos tribunais administrativos portugueses face à separação e interdependência dos poderes, para, depois, com mais detenção, examinarmos duas das perspectivas por que os princípios administrativos podem ser examinados e classificados e o modo como alguma recente jurisprudência administrativa portuguesa deles se socorre, para, finalmente, tirarmos algumas conclusões.

Importa assim saber no CPA e no CPTA, e usando aquelas classificações, que categorias e princípios foram consagrados, e, ainda, se os tribunais administrativos devem deles se socorrer, na aplicação do direito aos casos concretos, e em que termos e eventuais limitações.

Lembremos que o recurso aos princípios, com a técnica de controlo judicial da actividade administrativa, mesmo no entendimento tradicional, de normas mais abstractas e gerais, frequentemente descobertas por indução de preceitos legais, foi só, sobretudo após a publicação do célebre livro de Jeannau, “Les principes generaux du droit dont la jurisprudence administrative”, Paris 1954, aceite, sem reticências, pelo Conseil d’État. Nessa época constituiu uma revolução.

3. A nossa Constituição caracteriza os tribunais como os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo – artigo 202º, 1.

Na administração da justiça, incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos entre os interesses públicos e privados—artigo 202º, 2.

O artigo 203º, por seu turno, consagra e garante a independência de todos os tribunais, explicitando, ainda, que estes apenas estão sujeitos à lei. Desta sujeição, bem como do disposto no artigo 205º, 1, que exige que as decisões judiciais, que não sejam de mero expediente, sejam fundamentadas na forma prevista na lei, se retira o reconhecimento de que «*jus novit curia*», os tribunais devem conhecer «*ex officio*» o ordenamento jurídico nacional, as normas premissa maior do silogismo de aplicação do direito. O mesmo dever é, aliás, afirmado indirectamente ou pressuposto noutros preceitos constitucionais, designadamente na proclamação como Estado de Direito Democrático – artigo 2º, no acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva - artigos 20º e 268º, 4, no respeito pela legalidade – C. art. 266º, 2., e pela igualdade - artigo 13º e 266º, 2. Os diversos códigos que regulam o modo de agir das diferentes categorias de tribunais também o afirmam, quer directamente através do princípio da tutela jurisdicional efectiva - CPTA art. 2º - e dos poderes dos tribunais administrativos - CPTA art. 3º, quer ao regular o objecto da prova que recai sobre as partes na instrução dos respectivos processos - v.g. o CP Civil, artigo 5º, 3.

A Constituição, ao exigir a obediência aos princípios que ela própria consagra, art. 204º, e a fundamentação das decisões dos tribunais, art. 205º, 1., requer que os juízes, no seu labor, conheçam os princípios, se necessário os descubram quando não estejam expressos, aplicando-os aos casos concretos.

Todo o funcionamento do Estado de Direito, com a protecção dada pelos princípios da legalidade, da igualdade e dos demais direitos fundamentais e da legislação penal, não seria, aliás, possível sem o conhecimento oficioso pelos nossos tribunais do direito nacional, e do direito internacional vigente na ordem jurídica portuguesa, por força do artigo 8º da nossa Lei Fundamental.

Diga-se, por fim, que a proibição da denegação de justiça e o dever de decidir, que analisaremos adiante, também requer necessariamente o conhecimento oficioso do direito nacional por parte dos nossos tribunais.

4. Os tribunais administrativos e fiscais constituem uma categoria obrigatória na ordem jurisdicional portuguesa - C., artigo 209º, 1, b), e, no exercício da sua função judicial, compete-lhes o julgamento das acções que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídico-administrativas e fiscais - artigo 2012º, 3.
5. Fixada, assim, a necessidade de uma ordem de tribunais especializados no julgamento de lides que resultem da constituição, desenvolvimento, ou extinção de relações jurídico-administrativas ou fiscais, embora nem todas elas tenham obrigatoriamente de ser submetidas a esta categoria de tribunais, importa, agora, averiguar qual a composição desse conjunto de entidades deônticas que a Constituição designa por Lei, mas a que poderemos também chamar ordenamento jurídico. Há ainda que apurar se, quanto à jurisdição administrativa e fiscal, existe um dever de julgar as questões litigiosas que, nos termos previstos pela lei, seriam apresentadas aos tribunais, e, em caso afirmativo, se existem limites a esse dever.
6. A expressão princípios jurídicos ou princípios gerais de direito, ou ainda de um certo ramo de direito, muitas vezes mais cicunsritamente de uma actividade ou sector, de acordo com a dogmática tradicional, significa uma unidade normativa estruturante ordenada segundo um certo fim, possivelmente também segundo um certo valor. Frequentemente, princípio contrapõe-se a norma ou preceito por ser mais abstracto e geral. Revela a «ratio» mais profunda de um conjunto de normas, não estando aquela, muitas das vezes, literalmente versada num preceito.

É por isso usado como um instrumento heurístico importante, permitindo a construção de sistemas internos ⁽¹⁾ esclarecedores da orientação do ordenamento geral ou de segmentos deste. A expressão princípios gerais é cada vez mais polissémica. Assim, para além do sentido mais geral acima referido, se se adoptar, por exemplo, uma perspectiva estrutural, analítica, poderemos distinguir entre princípio e regra segundo as propostas de Dworkin ⁽²⁾ e Alexy ⁽³⁾.

7. A segunda pergunta que colocámos diz respeito a esclarecer se existe por parte dos tribunais administrativos uma obrigação de julgar, desde que o caso em litígio caiba no âmbito das matérias disciplinadas pelo ordenamento jurídico.

A resposta é dada por normas claras do nosso sistema jurídico. Já anteriormente à Constituição de 1976, o Código Civil, nos números 1 e 2 do artigo 8º, consagrava o dever de julgar e o dever de obediência à lei. Por seu turno, os artigos 20º e 268º, 4 e 5 da Constituição, reconhecem o acesso ao direito e o direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva.

Para além das limitações compreensíveis resultantes da existência de caso julgado anterior ou de litispendência, o dever de julgar conhece ainda uma outra restrição parcial, sempre que o tribunal, nas acções de condenação da Administração, tenha de formular valorações próprias do exercício da função administrativa, sem que a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma actuação da Administração como legalmente possível. Neste caso, o tribunal não pode determinar o conteúdo do acto jurídico ou do comportamento a adoptar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração-CPTA, artigo 95º, 5.

Por seu turno, o princípio da tutela jurisdicional efectiva, também consagrado para os tribunais administrativos no seu art. 2º, 2., preceitua que “a todo o direito ou interesse legalmente protegido corresponde na tutela adequada junto dos tribunais administrativos.”

8. Já sabemos que os princípios em sentido tradicional são normas mais abstractas e com maior generalidade do que as normas mais comuns do ordenamento, mas que não se diferenciam destas em termos de estrutura. Poderão ter uma posição hierárquica superior às normas constantes das leis ordinárias por estarem inseridos em preceitos constitucionais, ou por serem inferidos de preceitos constitucionais, como sucede com os princípios constantes do artigo 266º, 2.

Em qualquer dos casos, fazem parte do ordenamento jurídico e os tribunais têm o dever de os conhecer e aplicar oficiosamente quando tal se justificar em função do silogismo judicativo. As situações de colisão entre princípios deste tipo, ou entre estes e normas resolvem-se nos mesmos termos das colisões de normas. Como veremos, ao analisar o método da ponderação, certa jurisprudência usa indevidamente as regras aplicáveis aos conflitos de princípios individualizados por Alexy ao tipo de princípios tradicionais, caracterizados apenas pela sua generalidade.

9. Para quem, como nós, não reduz o Direito ao mero positivismo do ordenamento jurídico e às suas fontes formais, existem princípios não positivados que predefinem o sentido

possível das normas e dos princípios em vigor, quer dos que designámos como tradicionais, quer dos que se apresentam com uma estrutura diferente. Esses princípios, porém, não se encontram na disponibilidade, nem no poder político, nem no legislador constituinte, mas servem antes para valorar as opções destes. São “princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas”, nos termos referidos nos Estatutos do Tribunal Internacional de Justiça ⁽⁴⁾.

Grandes partes deles estão recebidos e reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual guia a interpretação e a integração dos direitos fundamentais da nossa Constituição. Por essa via, também constituem princípios orientadores da actividade da nossa Administração, quando estejam em jogo direitos fundamentais, seja como situações subjectivas, seja na sua dimensão objectiva. Deve, todavia, fazer-se notar que os princípios gerais do Capítulo II da Parte I do CPA, tal como estão formulados, têm sobretudo como destinatários a Administração e os seus órgãos, deixando mais na sombra a relação jurídica administrativa, os particulares e os seus direitos fundamentais.

Muitos princípios gerais referem-se, é certo também, aos particulares, mas, o agir principalmente regulado no procedimento é, pela natureza do seu objecto, o da Administração e dos seus órgãos.

10. Por razões de brevidade e também porque a concepção de Dwokin, embora pioneira, é profundamente embebida na common law e condicionada pela sua preocupação crítica em relação à doutrina de Hart, vamos atermo-nos ao essencial da distinção entre regras e princípios formulada por Robert Alexy, na sua obra fundamental ⁽³⁾.

Segundo Alexy, a mais importante distinção para a teoria dos direitos fundamentais, é a entre regras e princípios. Sem ela não pode haver uma teoria adequada dos limites dos direitos fundamentais, nem da colisão entre estes, nem, tão pouco, do papel daqueles direitos no sistema jurídico. O critério decisivo da distinção assenta no facto de os princípios serem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios são deste modo “mandatos de optimização”, entendido em sentido amplo, abrangendo também permissões e proibições. Os mandatos constantes das regras caracterizam-se por ou se cumprirem, ou não. O trânsito ou circula pela direita ou pela esquerda. Não há meio termo.

As regras contêm determinações no domínio fáctico ou no do juridicamente possível. A diferenciação entre regras e princípios é assim qualitativa.

As consequências desta divisão estrutural entre princípios e regras torna-se mais compreensível a propósito do modo de resolver os conflitos de princípios e as colisões de regras. Nestas últimas, ou se introduz numa das regras uma cláusula de excepção que elimine a contradição, ou se declara que, pelo menos, uma das regras é inválida. O conflito pode igualmente resolver-se por uma regra de conflitos que determine a prevalência de uma e o afastamento da outra, do tipo “lex posterior derogat legi priori”, ou “lex specialis derogat legi generali”.

No conflito de princípios, por exemplo, quando, num caso concreto, um permite algo que o outro proíbe, um deles tem de ter precedência perante o outro. Tal não significa considerar inválido o princípio secundarizado naquele caso concreto. Noutras circunstâncias, de facto ou de direito, a prevalência pode ser invertida. O conflito deve, em cada situação concreta, ser solucionado pela ponderação dos interesses que se contrapõem.

A ponderação procura estabelecer qual dos interesses que tem o mesmo peso em abstracto, possui maior peso ou relevância na situação concreta. Determina-se uma relação de precedência condicionada entre os dois princípios de acordo com as circunstâncias fácticas ou jurídicas. A ponderação não tem lugar quando a relação entre os dois princípios é incondicionada, isto é, quando um deles prevalece sempre sobre o outro, sejam quais forem as circunstâncias dos casos concretos. Trata-se neste caso de uma precedência abstracta ou absoluta que pode resultar v.g. da superioridade da fonte constitucional sobre a fonte da lei ordinária. Alguns princípios poderão também ser inválidos quando contrariem os princípios não positivados que não se encontram na disponibilidade do poder constituinte e de que já falámos.

11. A ponderação embora não possa alcançar o rigor matemático de um método quantitativo, é um método racional. O Tribunal Federal Alemão formulou em matéria de direitos fundamentais uma síntese do processo da ponderação, que é susceptível de ser generalizado e aplicado à actividade administrativa: «Quanto maior for o grau de insatisfação ou de afectação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro». O princípio da concordância prática que a complementa, postula a efetividade ótima possível dos princípios em conflito (Konrad Hesse) .

Nesta breve síntese da posição de Alexy sobre os princípios, importa referir que existe uma conexão entre aqueles e o chamado princípio da proporcionalidade. A aplicação dos princípios implica sempre a aplicação do princípio da proporcionalidade, nos seus três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito. A proporcionalidade é um teste racional de lógica formal, transversal à aplicação dos princípios e das próprias regras, na medida em que há liberdade constitutiva e criativa na aplicação do direito.

Em resultado da ponderação, é possível também formular uma regra de prevalência condicionada em que se explicitam as condições em que se deve dar preferência a um princípio em face de outro ou outros em concorrência. Estes últimos, porém e apesar disso, não são inválidos, mas continuam a ser aplicados nos termos em que a ponderação o permita.

12. A distinção estrutural dos direitos entre princípios e regras não é exclusiva dos direitos fundamentais ou do direito constitucional. Regista-se a sua existência no direito privado e no direito público, particularmente no direito administrativo. Princípios à Alexy, afirmados diretamente ou veiculados através de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados convivem com outros que apenas se caracterizam pelo seu mais elevado grau de abstenção e generalidade em relação à maioria das normas. Ambos os tipos pressupõem para a sua aplicação a unidade e coerência do ordenamento jurídico.

Os princípios à Alexy, aplicáveis aos casos concretos, têm todos “prima facie”, igual posição hierárquica, antes de se submeterem à ponderação.

Após a ponderação, integram a premissa maior do silogismo de aplicação do direito. Uma vez ponderados, o resultado participa, com as outras normas, no processo subsumptivo de aplicação do direito.

13. Para nos irmos aproximando mais do nosso tema: princípios gerais administrativos e controlo jurisdicional, vale a pena lembrar que na Alemanha a actividade planificadora da Administração, particularmente no domínio do urbanismo, e a fiscalização jurisdicional daquele tipo de discricionariedade, tem registado progressos apreciáveis, graças sobretudo aos trabalhos de Werner Hoppe e de Grotefels⁽⁵⁾.

O legislador pode ter feito uma opção clara por uma determinada solução normativa, excluindo a possibilidade de quem aplicar a norma, seja ela regra ou princípio, estar autorizado a escolher uma alternativa. Encontramo-nos perante uma execução vinculativa, em que as ponderações foram feitas ao nível legislativo. Apenas a criatividade própria do processo de interpretação e a aplicação do direito poderá dar alguma limitada liberdade a quem aplica a lei. Na hipótese de ter sido concedida alguma liberdade ao executor da lei, em que o legislador aceite como válidas as escolhas por aquele feitas, várias situações se podem dar, recorrendo à ponderação no exercício de poderes discricionários.

Em termos sucintos, podemos dizer que pode haver ponderação na previsão da norma quando se fizer uso de conceitos jurídicos indeterminados em normas que pretendam alcançar diversos fins. A chamada discricionariedade cognitiva está sujeita a ponderação, pois que só em resultado desta se apura a «ratio» da norma que se pretende atingir. Aí encontramos-nos perante um caso de interpretação teleológica.

Haverá igualmente uso de ponderação nos casos de determinação da estatuição quando houver, face a uma previsão, a escolha, em alternativa, de duas ou mais consequência jurídicas: actuar ou não actuar (*Entschliessungsgsermessen*), ou a opção por uma entre várias actuações possíveis (*Auswahlermessen*).

Por fim, aplicar-se-á também o método da ponderação na discricionariedade planificadora, (*Planungshermessen*) ou, como Maurer ⁽⁶⁾ prefere, na “*Planerische Gestaltungsfreiheit*”. Esta é a característica das normas que, não obedecendo a um esquema condicional, mas antes a uma estrutura finalística, fixem os objectivos a atingir e dêem as directrizes para os alcançar.

14. Ao chegarmos a este ponto, podemos já concluir que os princípios positivizados pelas fontes de direito reconhecidas pelo ordenamento jurídico são uma espécie de normas e, como tal, fazem parte do ordenamento jurídico, distinguindo-se da grande maioria destas, nuns casos apenas pela sua abstracção e generalidade, noutros pela sua estrutura de mandatos de optimização. Fazem assim parte do conjunto normativo nacional e, por isso, são do conhecimento oficioso dos tribunais, que têm o dever de os usar no cumprimento do seu dever de garantir uma tutela jurisdicional efectiva e de defender o Estado de Direito.

Na enunciação dos princípios gerais da actividade administrativa, constante do Capítulo II da Parte I do CPA e também do CPTA, é fácil encontrar exemplos dos dois tipos de princípios administrativos, que distinguimos, e até de alguns que revestem a dupla natureza de princípios e de regras, consoante se acentua um ou outro aspecto da sua estrutura.

É assim que, enquanto os princípios da legalidade da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, da gratuidade e da boa-fé pertencem ao grupo dos sujeitos à ponderação, os princípios da decisão, da administração aberta ou da protecção dos dados pessoais, para dar alguns exemplos, integram-se preponderantemente no grupo tradicional, completando parte significativa das disposições do CPA. Em alguns casos podem pertencer simultaneamente aos dois grupos, v.g., os atos administrativos são legais ou ilegais, «tertium non datur», mas os seus efeitos podem sopesar-se com os decorrentes do princípio da boa-fé.

15. A ponderação é um método que se torna necessário utilizar para resolver conflitos entre princípios, cuja estrutura se apresente como mandatos de optimização. No direito administrativo, a primeira entidade que, com autoridade, interpreta e aplica o direito, são os órgãos da Administração, agindo como sujeitos da relação procedimental. Mas, sempre que seja proposta uma ação em juízo, os últimos decisores são os tribunais. Tal significa um substancial aumento do poder de fiscalização destes sobre a atividade administrativa, usando um método cujos resultados, embora submetidos ao crivo da proporcionalidade, está longe de uma determinação qualitativa precisa. Numa legislação que, face à complexidade da vida e da sociedade contemporâneas, cada vez mais se socorre da formulação de princípios, não se trata de coisa de pouca monta. É, porém, o próprio legislador constitucional e também o ordinário que nos força a isso, dilatando as fronteiras da legalidade.

Os tribunais, ao examinarem, por exemplo, a legalidade de um plano urbanístico, devem verificar, pelo exame da respetiva fundamentação, se os diversos interesses contrapostos em jogo, concretizando os diversos princípios “prima facie” aplicáveis, foram ponderados e se houve omissões a corrigir. Estamos perante um controlo de legalidade e não de mérito, mas a experiência alemã, sob a influência de Hoppe⁽⁵⁾, hoje corrigida, evidencia que se não existir “self restraint” e preocupação em evitar o excesso, raros planos não terão cometido alguma ilegalidade.

16. O poder e a influência do juiz administrativo tem vindo a acentuar-se com o aumento da profundidade e extensão da sindicância exercida pelos tribunais sobre a actividade administrativa, reduzindo as matérias em que os órgãos desta podem ser os decisores em última instância ou pelo menos ser submetidos a uma fiscalização pouco intensa. Para além do controlo judicial realizado quer através da aplicação dos princípios gerais de direito, quer sobre o modo de concretizar os conceitos indeterminados, a ponderação vem também ela reforçar os poderes de fiscalização jurisdicional. Muitos receiam, por isso, que a eficiência da administração activa seja posta em causa e sobretudo, temem o aumento da imprevisibilidade das decisões judiciais e a consequente insegurança. Há que reconhecer que a imprevisibilidade do resultado final dos julgamentos pode aumentar sobretudo antes de que alguma experiência permita que a jurisprudência que se vai formando possa dar orientações mais precisas.

Mas antes de atingir a fase de elaboração dos precedentes convém observar que cabe ao legislador ordinário tomar posição naturalmente ainda em abstracto, sobre os conflitos normativos ou as lacunas que, sem essa intervenção, careceriam do uso da ponderação, quer por parte da administração activa, quer por parte dos tribunais.

Depois, já na fase da aplicação da lei, a exigência cada vez maior de uma fundamentação cuidada das decisões tomadas pelos órgãos administrativos dará aos tribunais um quadro mais preciso sobre o universo dos princípios e das regras que estão em causa, e facilitará a ponderação que vier a ser necessária.

Por último, o “self restraint” que os tribunais não devem esquecer nos casos mais difíceis e que possam pôr em causa a separação dos poderes, contribuirá para manter a autonomia da função administrativa.

17. É preciso que os tribunais estejam, nas ações declarativas e de impugnação, seguros da essencialidade dos erros cometidos, e que, nas acções de condenação, como refere o artigo 95º, 5 do CPTA, possam identificar a final, apenas uma actuação como legalmente possível, quedando-se, em caso contrário, prudentemente, pela explicitação das vinculações a observar pela Administração.

Em qualquer caso, não poderá ser esquecido que a flexibilidade do ordenamento, a capacidade de fazer uma justiça mais próxima da equidade e a capacidade que a ponderação permite de aperfeiçoamento e desenvolvimento do ordenamento jurídico através da actividade judicativa, justifica o preço a pagar por alguns inevitáveis

inconvenientes. Deste modo, também poder-se-ão retirar algumas vantagens dos exemplos que neste aspecto nos têm sido dados na formação dos precedentes.

18. A jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional tem, como é natural, referências abundantes a conflitos de princípios a propósito de direitos fundamentais. Na discussão sobre a política restritiva das remunerações a funcionários e pagamentos de pensões não há uma aplicação desenvolvida do método de ponderação, mas procede-se, apenas, a uma análise aprofundada dos princípios da boa-fé e da confiança e a uma submissão aos testes da proporcionalidade. Não nos foi possível, de momento, proceder a uma análise mais extensiva de jurisprudência do Tribunal em relação ao cotejo de outros princípios entre si concorrentes.

19. A jurisprudência dos Tribunais Administrativos discute nos últimos anos, cada vez e com mais frequência, e sob o impulso do CPA de 1991/96, a aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, quer os já consagrados constitucionalmente, quer os que apenas constam daquele código, não havendo ainda, como é obvio, acórdãos publicados que respeitem ao CPA, nem ao CPTA revistos.

Tirando o princípio da proporcionalidade que, como já dissemos, é mais um instrumento transversal para garantir a racionalidade das decisões administrativas ou judiciais, os princípios mais invocados são os da boa-fé e da confiança, o da igualdade e ainda o da legalidade.

As menções referentes ao método da ponderação não são muitas e habitualmente não são indicadas sob esse nome. Existem, todavia, algumas decisões interessantes que indubitavelmente se reportam à ponderação.

No acórdão do STA de 30/05/2013 relativo a uma ordem de demolição da Câmara de Salvaterra de Magos, em que se refere o princípio da proporcionalidade, em rigor há também e antes uma ponderação entre o princípio da legalidade e o princípio da segurança.

Um acórdão do STA de 06/11/2013 fala do dever de ponderação entre o interesse público e os interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Um acórdão de 09/07/2014 do STA discute a propósito dos efeitos da anulação do acto administrativo, se a boa-fé pode produzir ou deve prevalecer o princípio da segurança jurídica.

Finalmente, nesta curta exemplificação, um acórdão do STA de 14/07/2015 a propósito de um concurso para juiz do STA, analisa sucintamente a argumentação usada pela recorrente que faz convergir no mesmo sentido os princípios de igualdade, da transparência, da imparcialidade, da justiça e da boa-fé e ainda acrescenta o princípio da proporcionalidade.

Em conclusão:

1. Os princípios gerais de direito administrativo constantes, quer do Capítulo II da parte I do CPA, quer do CPTA, fazem parte do ordenamento jurídico português e, portanto, devem ser objecto de conhecimento oficioso e ser aplicados pelos tribunais quando fundamentem a tutela que estes devem dar, ao dirimir as questões que lhe são postas pelos particulares, nos mesmos termos em que os tribunais conhecem e usam, para esse efeito, as restantes regras ou normas jurídicas.
2. Os tribunais administrativos portugueses, tal como as restantes ordens de tribunais estaduais, previstas na Constituição, conhecem e aplicam “ex officio” as normas do ordenamento jurídico português e, tal como os restantes tribunais, não podem denegar justiça quando as matérias submetidas a julgamento estão juridicamente reguladas ou constituam lacunas que devam ser juridicamente integradas.
3. Entre as várias classificações de princípios jurídicos estabelecidas pela doutrina, duas interessam, particularmente, no nosso caso: a que distingue, segundo a estrutura das normas, entre os princípios que são mandatos de optimização (R.Alexy) e as regras em sentido estrito, e a que separa os princípios de carácter mais abstracto e geral, constitucionalmente consagrados ou não, e as normas de menor grau de abstracção e generalidade.
4. Os princípios que têm a estrutura de mandatos de optimização respeitam ao exercício de poderes discricionários e, a sua especificidade, face às regras, verifica-se, sobretudo, a propósito do fenómeno da colisão ou conflito que se regista entre eles.

5. Quando haja uma colisão de princípios, estes princípios aplicáveis a uma mesma situação da vida são “prima-facie”, em abstracto, de igual grau hierárquico, havendo o conflito de ser resolvido pelo método da ponderação, e de acordo com as regras deste.
6. Segundo a lei da ponderação “quanto maior for o grau de insatisfação ou de afectação de um dos princípios, tanto maior há de ser a importância do cumprimento do prevalecente.”
7. Obtida uma composição entre os princípios conflitantes preceder-se-á à construção da previsão da norma e da respetiva estatuição, completando-se, assim, a premissa maior do silogismo de aplicação do direito.
8. A aplicação dos princípios e da sua ponderação e depois do silogismo de aplicação de direito feita pelos tribunais é composta por juízos de legalidade e não por juízos de mérito.
9. Sem prejuízo do que é dito na conclusão anterior, o método da ponderação e a aplicação subsequente e sempre necessária do princípio da proporcionalidade concede aos tribunais poderes de cognição mais extensos do que os que a doutrina nacional tradicionalmente admitia.
10. Os princípios que se traduzem em mandatos de optimização convivem com os princípios de carácter geral, mas cuja estrutura é de natureza idêntica à das restantes regras.
11. Os princípios que se consubstanciam em mandatos de optimização aplicam-se, tanto no domínio dos direitos fundamentais, como nos outros ramos do direito, em particular no direito administrativo.
12. A jurisprudência administrativa portuguesa encontra-se, ainda, numa fase inicial do modo de tratar os princípios que sejam mandatos de optimização, mas, habitualmente, sem os mencionar, já reconhece aspectos da sua especificidade, como resulta da jurisprudência mais recente.
13. Os progressos registados, tanto na Alemanha como em Espanha, pela jurisprudência e pela doutrina, na utilização do método de ponderação, deixam adivinhar que, também em Portugal, assistiremos a um aumento prudente do uso da ponderação, sempre que a Administração ou os Tribunais Administrativos, na aplicação aos casos concretos, se

encontrem perante a necessidade da composição de valores ou interesses consagrados em princípios gerais entre si conflitantes.

7 de abril de 2016

Notas:

⁽¹⁾ Heck, P., “Interpelação da Lei e Jurisprudência dos interesses”, Coimbra, 1947

⁽²⁾ Dworkin, R., “Taking rights seriously”, Londres, 1978

⁽³⁾ Alexy, R., “Theorie der Grundrechte”, Baden-Baden, 1985

⁽⁴⁾ Baptista Machado, J., “Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador”

⁽⁵⁾ Hoppe, V., Boenker, Grotefels, Oeffentliches Baurecht, 4º ed, Munique, 2010, pag. 166 e segs).

⁽⁶⁾ Maurer, H., “ Allgemeines Verwaltungsrecht, 18th ed., Munique, 2011, pag. 143 e segs)