

# Contributo “cosmopolita” para o estudo das singularidades metodológicas jurídico-administrativas

Ricardo Sousa da Cunha

*Professor do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave*

**Resumo:** A vinculação administrativa ao Direito suscita desafios metodológicos particulares colocados a partir do princípio da separação de poderes para o cumprimento administrativo do princípio da legalidade, em especial com referência à definição do Direito aplicável, à fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis, bem como à sua implementação discricionária. Os desafios aqui encontrados são cada vez mais *globais*, comparados entre diferentes sistemas jurídicos, assim como são cada vez mais cosmopolitas com a abertura supraestadual do sistema de fontes de direito administrativo. Interessa aqui enunciar tanto as singularidades da vinculação administrativa ao Direito, como avaliar as novidades mais recentes impostas pela sua abertura *cosmopolita*.

**Palavras-chave:** Metodologia jurídica / Separação de poderes / Constituição / Direito administrativo / Direito da União Europeia

**Abstract:** Administrative abidingness to the Law raises particular methodological challenges based on what the principle of separation of powers establishes for administrative compliance with the principle of legality, in particular with reference to the definition of the applicable Law, the administrative control of the constitutionality of the laws, as well as its discretionary implementation. The challenges encountered here are increasingly *global*, compared between different legal systems, just as they are increasingly cosmopolitan with the supra-state opening of the system of sources of administrative law. This paper aims to enunciate both the singularities of administrative binding to the Law as to evaluate the most recent novelties imposed by its *cosmopolitan* openness.

**Keywords:** Legal methodology / Separation of powers / Constitutional Law / Administrative Law / European Union Law

## 1. Introdução

As singularidades próprias da *função administrativa* sujeita ao cumprimento do princípio da legalidade – “*subordinados à Constituição e à lei*”, nos termos do n.º 2 do art. 266.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP ou Constituição) – são colocadas entre a “*prossecação do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*”, no n.º 1 do art. 266.º. Aqui se revela uma tensão entre direitos dos cidadãos e interesse público, que LUCAS PIRES havia já remetido para o cumprimento constitucional de “objetivos anteriormente contraditórios, liberdade e segurança, alternatividade e estabilidade, mudança e ordem, soberania individual (cidadania) e soberania estatal”<sup>1</sup>.

A revisão do Código do Procedimento Administrativo (CPA), em 2015, não deixou de ter em conta estes desafios em torno da cada vez mais complexa vinculação administrativa ao Direito<sup>2</sup>, em especial, na nova configuração do art. 3.º relativo ao princípio da legalidade administrativa. Esta nova referência do n.º 1 do art. 3.º do novo CPA determina que órgãos da Administração Pública devem obediência, não apenas “à lei”, que aqui se presume incluir já a Constituição, como resulta do n.º 2 do art. 266.º do próprio texto constitucional, mas também *as diferentes fontes de Direito vigentes no ordenamento jurídico nacional* – construídas como um cada vez mais complexo e rico bloco de juridicidade. São, por isso, também diversas as referências no novo CPA ao direito da União Europeia e serão inegáveis os desafios suscitados pelo Direito Internacional, como pelo direito comparado, que aqui se referirão. No entanto, esta vinculação, nos termos do referido n.º 1 do art. 3.º, é feita ao “*direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins*”, numa previsão que acrescenta, de forma muito significativa, ao texto constitucional. Esta referência identifica os desafios metodológico colocados aos órgãos administrativos na definição de uma cada vez mais complexa vinculação a um cada vez mais complexo mundo jurídico – que inclui não apenas a, cada vez mais rica, legislação vigente, mas também o “Direito” e que acontece dentro de uma muito particular configuração (constitu-

<sup>1</sup> FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução do Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 5.

<sup>2</sup> Apesar das críticas formuladas a partir da teoria normativista por DAVID DUARTE, “Alguns problemas de teoria do direito no novo Código do Procedimento Administrativo”, in *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Lisbon Law Review*, LVIII, 2017/1, pp. 19 a 34.

cional) “dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins”.

Os desafios metodológicos a partir daqui colocados à Administração Pública não são menos relevantes do que aqueles colocados aos demais poderes separados; empiricamente, podem até revelar-se mais decisivos pelo mais fácil trânsito em julgado administrativo, mesmo que venham sendo desigualmente estudados. Na resposta a estes mesmos desafios, os poderes na definição das condições de vinculação administrativa ao Direito são diferentes desde a escolha do Direito aplicável, seguido da solução de antinomias até, finalmente, à sua aplicação discricionária<sup>3</sup> – interessa aqui descobrir se contingentes ou não. O *princípio da separação de poderes*, no cerne da revolução constitucional, é, assim, também o ponto de partida para a caracterização das especificidades metodológicas próprias de cada função estadual<sup>4</sup>. A norma pela qual os diferentes poderes são acometidos pela Constituição ao cumprimento de finalidades específicas num particular sistema de equilíbrios é, assim, construída como decisiva *norma de competência*<sup>5</sup> com variáveis consequências nas condições de cumprimento do princípio da legalidade. A referida ponderação das condições administrativas de vinculação ao Direito, colocada entre o “interesse público” e os “direitos e interesses dos cidadãos”, não é certamente a mesma que orienta os Tribunais, no exercício da função jurisdicional, nos termos do n.º 1 do art. 202.º, como “*órgão de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo*”, nem o legislador, apesar da omissão constitucional de uma norma relativa às condições de vinculação do legislador ao Direito e à Constituição. Não obstante essa falta, as diferentes condições de cumprimento do princípio da legalidade pelos poderes separados intuem-se da CRP, apesar da omissão de uma disposição como aquela que se encontra no n.º 3 do art. 20.º da Constituição Federal Alemã pelo qual o legislador se encontra vinculado ao cumprimento da ordem constitucional, enquanto o poder executivo e o judicial se encontram vinculados à lei e ao Direito, admitindo, pois, diferentes modalidades de controlo da legalidade e da constitucionalidade (*Rechtfindung contra legem intra*

---

<sup>3</sup> O problema do exercício discricionário dos poderes administrativos merece, pela sua relevância, tratamento autónomo.

<sup>4</sup> Sobre a metodologia jurídica, *vide* JOSÉ LAMEGO, *Metodologia Jurídica*, Coimbra, Almedina, 2021, *maxime* pp. 237 e segs., e, em especial, sobre a relevância constitucional, pp. 293 e segs.

<sup>5</sup> PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas: o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 58 e segs.

ius). O exercício aqui empreendido parte de um “universalizável” princípio constitucional de separação de poderes<sup>6</sup> que, comparativamente, resulta numa “soma-zero”, variável em função das comparáveis reservas de cada uma das funções estaduais. Mesmo a ambição de qualquer sistema normativo “*construir sentido*” através de relações normativas de pertinência<sup>7</sup> não é imune aos argumentos de direito estrangeiro, assim introduzidos pelo direito comparado na “*tradução*” de uma cada vez mais presente e relevante relação entre sistemas jurídicos comparados<sup>8</sup>.

## 2. A abertura do sistema de fontes de direito administrativo

A ideia de “legalidade”, a que se encontram vinculados os órgãos administrativos, tem sofrido importantes alterações desde a originária previsão constitucional. O *princípio do primado da lei*, pelo qual a lei enquanto ato legislativo do Parlamento representativo da Nação soberana teria primazia sobre todas as outras manifestações da vontade do Estado, tem-se atualmente convolado num *princípio da precedência de lei* pelo qual não é apenas limite (negativo) à ação do Estado (nomeadamente administrativa) mas seu pressuposto (positivo). Do mesmo modo, o *princípio da reserva de lei*, pelo qual se reservavam também aos Parlamentos representativos do Estado Liberal a disciplina de certas matérias, atualmente, tem-se convertido num *princípio de essencialidade da lei*, pelo qual se exige que apenas o essencial destas matérias conste da previsão legal das matérias fundantes da comunidade política.

Cada vez mais os órgãos executivos assumem funções legislativas à luz das necessidades de eficiência da ação do Estado, bem como outras fontes de Direito vinculam a Administração Pública, com o que se determina a necessidade de observar todo um bloco de normatividade que determina a emergência de um *princípio de juridicidade* que vincula toda a ação administrativa<sup>9</sup>. Esta pluralidade de

<sup>6</sup> BRUCE ACKERMAN, “The Rise of World Constitutionalism”, in *Va L Rev*, 87 (1997), pp. 773 e segs.

<sup>7</sup> RICARDO SOUSA DA CUNHA, “A argumentação jurídico-constitucional comparada sobre hierarquia normativa”, in *e-BLJ*, Ano 3 (2020), pp. 178-200.

<sup>8</sup> RICARDO SOUSA DA CUNHA/FABIANO BASTOS GARCIA TEIXEIRA, “Uma perspectiva jurídico-comparada sobre o princípio da legalidade administrativa”, in Maria Tereza Fonseca Dias (org.), *Direito Administrativo Comparado e Contratualização Pública: transformações contemporâneas e revisão de paradigmas*, Belo Horizonte, ExpertEditora, 2022, pp. 91 e segs.

<sup>9</sup> Para mais desenvolvimentos, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS/FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 26 e segs.

fontes de Direito a que se acha vinculada a Administração Pública, naturalmente, gera antinomias normativas que esta tem de resolver sem ter o instrumentário metodológico disponível aos tribunais. É o principal desafio a uma metódica jurídico-administrativa na resposta ao desafio da *indeterminação normativa*.

A crescente vinculação da Administração Pública à Constituição, e, inclusivamente, aos princípios gerais de Direito<sup>10</sup>, coloca importantes desafios à hermenêutica jurídico-administrativa, aqui especialmente relevantes no que se refere à antinomia mais comum pela eventual violação da Constituição por normas de valor infraconstitucional. O *princípio da constitucionalidade* assim formulado, que sujeitaria todos os órgãos de soberania à vigência estrita da Constituição na defesa do Estado de Direito democrático, encontra como limite o *princípio da separação de poderes*, que tem tradicionalmente consagrado o controlo da constitucionalidade das normas à função jurisdicional, obrigando a Administração Pública a uma interpretação mais restritiva da vinculação ao princípio da legalidade, na observância da lei ordinária, tradicionalmente, de fonte parlamentar. Esta é uma interpretação estratégica do princípio da separação de poderes que pretende garantir a certeza e segurança jurídicas pela promoção da previsibilidade da atuação administrativa, mas que não deixa de suscitar estas antinomias que lançam novos desafios metodológicos ao direito administrativo.

## 2.1. A abertura cosmopolita do sistema de fontes de direito administrativo

Ainda resiste a ambição contemporânea da Constituição (enquanto norma) de reduzir a vigência de um “cosmos normativo” crescentemente complexo, diverso e global, à unidade do ordenamento jurídico-nacional, na tentativa de salvar o seu carácter paramétrico soberano. O desafio mais atual é aqui colocado pela necessidade de receção (automática ou incorporação) de diferentes princípios, normas e atos jurídicos de Direito de origem supranacional (geral ou especial), nesta fase especialmente relevante na colocação dos problemas típicos do direito administrativo à escala global<sup>11</sup>. A estrita vinculação administrativa à legalidade contava-se entre as originais preocupações do princípio da separação de poderes,

---

<sup>10</sup> RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 451 e segs.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 39 e segs. e 371 e segs.

enquanto sua limitação, apesar das diferentes interpretações tradicionalmente referidas às diferentes margens do Canal da Mancha<sup>12</sup>. Entre outras conquistas do direito administrativo contemporâneo, a construção do conceito de “ato administrativo”, segundo o modelo da decisão judicial, poderá ser creditada com lançar alguma confusão metodológica por sugerir a vinculação administrativa ao “método jurídico”. A partir da habilitação constitucional no exercício da função administrativa, separada geneticamente pelo Constitucionalismo Moderno, as diferentes relações entre funções estaduais, que desempenham papéis normo-genéticos diferenciados, impõem a consideração das demais funções e órgãos do Estado intervenientes na formulação e aplicação do direito administrativo. Na CRP essa habilitação parte da construção feita a partir da previsão dos atos normativos, no art. 112.º, mas que não deixa de ser também à Constituição, nos termos do art. 3.º, e mesmo ao Direito Internacional e da União Europeia, recebido por força do art. 8.º.

Não são estranhas, por isso, as referências, mesmo que breves, sobre o sentido normativo de uma realidade crescentemente complexa, plural e multinível. Os tradicionais conceitos (que parecem ter tanto de real como de mítico<sup>13</sup>), em torno dos quais o constitucionalismo moderno construiu a legalidade administrativa, também não escapam ao desafio da “globalização”, tanto quanto à sua reconstrução, proposta internamente pela quotidiana “crise da lei” e consequente revalorização metodológica. Estas preocupações intercetam-se precisamente na medida em que a “crise da lei” não é estranha à crescente relevância de uma normatividade (direta ou indiretamente aplicável) de origem supraestadual, em cuja formulação a participação dos seus destinatários últimos (no caso dos indivíduos, um dos alicerces da *legitimação* procedimental constitucional moderna do poder) é largamente disputada. Por isso, o propósito originalmente traçado de explorar uma emergente normatividade administrativa supranacional a uma escala diferente da tradicional e original dimensão do Estado-nação (delimitado subjetiva e territorialmente) implica saber mais detalhadamente das perspetivas para os processos de decisão (gerais e abstratos ou individuais e concretos), dirigidos a tra-

---

<sup>12</sup> Vide LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo sem Estado – Crise ou Fim de um Paradigma*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 22, apesar da recusa da “contraposição Hauriou-Dicey”, que poderia nem ser tão decisiva.

<sup>13</sup> PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS, *Controlo do Poder – Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder Público*, Lisboa, Edições Cosmos, 1996, p. 88.

dicionais sujeitos de direito internacional (como Estados ou organizações internacionais) ou mais recentes como indivíduos ou empresas transnacionais – numa dimensão que projeta qualquer referência constitucional para esta escala planetária<sup>14</sup>. Esta dimensão da abertura do Direito de origem supraestadual<sup>15</sup>, especificamente no que se refere ao sistema de fontes de direito administrativo, aponta para a colocação metodológica cada vez mais relevante de uma *indeterminação jurídica (e jurídico-administrativa) crescentemente cosmopolita*. Impõe-se, assim, a necessidade de uma “reconstitucionalização”<sup>16</sup> do direito administrativo que já não acontece à escala estadual, mas antes à escala europeia e mesmo global – uma *Verfassungsverbund*<sup>17</sup> feita *Verwaltungsverbund*<sup>18</sup>.

## 2.2. Breve referência à abertura ao direito civil

A especificidade administrativa no cumprimento do princípio da legalidade é também evidente na vinculação ao direito civil. No exercício da função administrativa, é também aqui, tradicionalmente, considerado que compete aos tribunais, e não à Administração Pública, verificar o respeito pelas situações jurídico-privadas. Desta forma, no âmbito do direito do urbanismo tem sido discutido em que medida a licença de construção possa tomar em consideração os direitos de terceiros, nomeadamente direitos de propriedade, servidões ou outros direitos garantidos pelo direito civil. A doutrina tem, tradicionalmente, considerado que esta licença não é o instrumento adequado para esta ponderação, desde logo porque

<sup>14</sup> RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., pp. 197 e segs.

<sup>15</sup> Gomes Canotilho, a partir de uma perspetiva constitucional das Fontes de Direito, aponta inclusivamente a crescente relevância constitucional (mesmo em sede principialista) do direito internacional público, bem como do direito da União Europeia, in J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1152.

<sup>16</sup> LUCIANO PAREJO, “La idea de reforma de Derecho administrativo General. Su plantiamento en Espana”, in Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla, Global Law Press – Editorial Derecho Global, 2006, p. 193.

<sup>17</sup> INGOLF PERNICE, “La Rete Europea di Costituzionalità, Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie”, in *ZaöRV* 70 (2010), pp. 51 a 71.

<sup>18</sup> EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts”, in Eberhard Schmidt-Assmann/Bettina Schöndorf-Haubold (Hrsg), *Der Europäische Verwaltungsverbund. Formen und Verfahren der Verwaltungs-zusammenarbeit in der EU*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 1 e segs.

no licenciamento de operações urbanísticas estabelece-se uma relação jurídica entre a Administração e os interessados onde o que se tem em vista é a verificação do cumprimento de regras urbanísticas<sup>19</sup>. Daqui, a doutrina e a jurisprudência têm construído, no domínio do direito do urbanismo e da edificação, o denominado “*princípio da independência das legislações*”<sup>20</sup>, do qual resulta que se um município se depara com um pedido de licenciamento de uma operação urbanística apenas terá de considerar as normas do direito urbanístico, e, uma vez concedido o licenciamento, os direitos privados de terceiros não são afetados. O princípio da separação de poderes é também aqui esgrimido como o argumento decisivo, que cominará com nulidade, por usurpação de poderes, os atos administrativos que se arrogassem o poder para dirimir conflitos entre particulares.

Contudo, “desaplicando” as normas civilistas, a Administração Pública pode, conseqüentemente ao ato de licenciamento, ver-se confrontada com situações que questionam os termos da vinculação administrativa ao Direito, em especial na garantia do princípio da legalidade administrativa, que não se limita ao cumprimento das disposições de direito administrativo. Por isso, mais recentemente, a jurisprudência apontou:

*“No entanto, a circunstância dos atos de gestão urbanística se encontrarem subordinados exclusivamente a normas de direito do urbanismo e da sua emissão ocorrer sob reserva dos direitos de terceiros, não significa que a Administração possa ignorar as regras de direito privado, como efetivamente não pode, sob pena de violar o princípio da unidade do sistema jurídico”*<sup>21</sup>.

Neste caso, o juiz não se absteve de aplicar na jurisdição administrativa o direito civil pertinente para a decisão da causa, nem deixou de impor igual dever à

---

<sup>19</sup> FERNANDO ALVES CORREIA, *As grandes linhas da recente reforma do Direito do Urbanismo Português*, reimp., Coimbra, Edições Almedina, 1997. PEDRO GONÇALVES/FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “A nulidade dos actos administrativos de gestão urbanística”, in *Revista do CEDOUA*, n.º 3, Ano II, 1.99, pp. 29 e segs.

<sup>20</sup> FERNANDA PAULA OLIVEIRA/MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES/DULCE LOPES/FERNANDA MACÃS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 142 e 143.

<sup>21</sup> Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 9/6/2022, no proc. 00402/20.6BEPNF, no qual ainda se diz que “[a]cresce que o artigo 9.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE), aprovado pelo DL n.º 555/99, de 16/12, e a Portaria n.º 232/2008, de 11/03, exige não só que o requerente ou comunicante invoque, mas também faça prova, aquando da apresentação do pedido, da titularidade de qualquer direito que lhe confira a faculdade de realizar a operação urbanística a que se refere a sua pretensão, de onde decorre recair sobre a Administração o ónus de, na fase de apreciação liminar do processo e antes de apreciar o pedido que lhe é apresentado, verificar da existência efetiva do pressuposto da legitimidade do requerente para requerer e realizar a operação urbanística que pretende lhe seja deferida pela Administração”.

Administração. A consideração judicial dos termos da vinculação administrativa ao Direito parece uma consideração *obiter dicta* que não tem verdadeiras consequências, salvo na apreciação de eventual responsabilidade civil extracontratual do Estado. Já se viu, a propósito da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) acerca da vinculação administrativa ao direito da União Europeia, como, metodologicamente, não cabe aos tribunais definir os termos da vinculação administrativa ao Direito. Esta consideração administrativa, na verdade, remete os termos da definição da legalidade aplicável para uma avaliação probatória, afinal, um dos mais importantes tópicos da definição administrativa da legalidade, aqui também discricionária, que merecerá ulterior atenção. Para já, o que este caso revela para a vinculação administrativa ao Direito são os desafios impostos na consideração administrativa do direito civil para o cumprimento administrativo do princípio da legalidade, em termos que ameaçam a própria unidade do sistema jurídico, aqui acrescentar-se-ia jurídico-administrativo, no caso exemplificado do direito do urbanismo.

### 2.3. Abertura estrangeira e consuetudinária

O espaço da integração europeia é um caso decisivo da relevância do direito administrativo transnacional, em que normas e atos de direito administrativo estrangeiro são aplicados e controlados pela Administração Pública estadual. NUNO PIÇARRA caracteriza o *ato administrativo transnacional* como 1) praticado por uma autoridade nacional competente, 2) que visa produzir efeitos jurídicos no território dos restantes Estados-Membros, 3) por força do próprio direito da União Europeia<sup>22</sup>. A inegável centralidade do conceito de ato administrativo transnacional não se esgota no direito da União Europeia, mas aqui assume importância decisiva<sup>23</sup>. Com base no princípio do reconhecimento mútuo<sup>24</sup>, constata-se assim a emergência de um *direito administrativo transnacional*, pela sujeição ao direito da

---

<sup>22</sup> NUNO PIÇARRA, “A eficácia transnacional dos actos administrativos dos Estados-Membros como elemento caracterizador do Direito Administrativo da União Europeia”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 604 e segs.

<sup>23</sup> JEAN-BERNARD AUBY/JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit Administratif Européen*, Bruxelas, Bruylant, 2007, pp. 1006 e segs.

<sup>24</sup> MIGUEL POLARES MADURO, *A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia*, Lisboa, Principia, 2006, pp. 131 e segs.

União Europeia, ainda que também aqui no quadro da administração da União Europeia indireta, pelo qual um Estado-Membro pode ser chamado a controlar decisões materialmente administrativas adotadas pelas autoridades de outro Estado-Membro ao abrigo das mesmas normas de direito da União.

Não é apenas global esta abertura cosmopolita do sistema de fontes jurídico-administrativas – ela é também local, em especial na abertura a sistemas jurídicos consuetudinários. Relativamente à relação entre um sistema jurídico-administrativo estadual e um muito relevante sistema consuetudinário, já se referiu como, em Timor-Leste, a integração dos Sucos na Administração Pública do Estado com a natureza de associações públicas facilita também a manutenção da permanente sensibilidade recíproca entre o pluralismo normativo vigente em Timor-Leste, uma vez que fazem esta feliz ponte, permitindo-se, nomeadamente, aplicar direito estadual nos termos da Lei n.º 9/2016, de 8/7 [Lei dos Sucos], ao mesmo passo que aplicam também normas de raiz consuetudinária, com as quais estão mais familiarizadas do que as demais estruturas do Estado, como sucede com o Tara-Bandu. Naturalmente, aqui podem colocar-se as tradicionais preocupações com o cumprimento de normas administrativas de competência e procedimento, decisivas em matéria sancionatória administrativa, mas que não podem ser esgrimidas no espaço de livre conformação dos cidadãos da sua vida, personalidade e património, reconhecido inclusivamente por uma Constituição de matriz liberal, personalista e plural<sup>25</sup>. Mesmo Estados com uma muito consolidada organização jurídico-administrativa não são estranhos a estes desafios, como em Portugal sucedeu com a polémica dos “tours de morte de Barrancos”<sup>26</sup>, num exemplo de uma abertura cosmopolita (Glocal) do sistema de fontes jurídico-administrativas.

---

<sup>25</sup> Para mais desenvolvimentos, *vide* RICARDO SOUSA DA CUNHA, “O pluralismo jurídico na Constituição timorense”, in *e-BLJ*, Ano 2 (2019), n.º 3, pp. 65 a 83.

<sup>26</sup> Desde 1928, o Decreto no 15355, de 14 de abril de 1928, proibia as touradas de morte em Portugal. Depois de polémica com violação sucessiva desta lei, o legislador, no art. 3.º da Lei n.º 92/95, de 12/9, admitiu: “3 – São proibidas, salvo os casos excecionais cujo regime se fixa nos números seguintes, as touradas, ou qualquer espetáculo, com touros de morte, bem como o ato de provocar a morte do touro na arena e a sorte de varas. 4 – A realização de qualquer espetáculo com touros de morte é excepcionalmente autorizada no caso em que sejam de atender tradições locais que se tenham mantido de forma ininterrupta, pelo menos, nos 50 anos anteriores à entrada em vigor do presente diploma, como expressão de cultura popular, nos dias em que o evento histórico se realize”.

### 3. As singularidades da vinculação administrativa ao Direito

Uma metódica jurídica já não procura descrever ou construir um sistema de fontes de Direito, mas procura o “caminho” para uma adequada realização do Direito, neste caso pelos órgãos administrativos. Naturalmente, têm aqui de ser consideradas as especificidades próprias da função administrativa, em especial referidas à prossecução do interesse público, no contexto dos poderes separados na Constituição<sup>27</sup>. Esta tensão, já referida, entre *legalidade* e *interesse público* é evidente no n.º 1 do art. 266.º da Constituição quando se estabelece que “[a] Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”. A construção de uma metódica administrativa que responda adequadamente aos desafios aqui lançados parte para este exercício, necessariamente, da *indeterminação normativa*, imposta pela crescente complexidade do referido sistema de fontes jurídico-administrativas, necessariamente imprecisas como todas as normas, a que acrescenta a *indeterminação metodológica* imposta pelas assinaladas especificidades da vinculação administrativa ao Direito<sup>28</sup>. Como se viu já, é muito significativa a nova referência do n.º 1 do art. 3.º do novo CPA, que, relativamente ao princípio da legalidade, determina que é devida obediência pelos órgãos da Administração Pública não apenas “à lei” (incluindo a Constituição e todo o *bloco de juridicidade* vigente), mas também ao “direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins”, numa previsão que acrescenta aos desafios metodológico colocados aos órgãos administrativos na definição de uma cada vez mais complexa vinculação a um cada vez mais complexo mundo jurídico no quadro de uma muito particular configuração (de valor constitucional) dos “poderes que lhes forem conferidos” para cumprimento dos “respetivos fins”.

---

<sup>27</sup> Sobre a metodologia jurídica, vide JOSÉ LAMEGO, *Metodologia Jurídica*, op. cit., pp. 237 e segs., e, em especial, sobre a relevância constitucional, pp. 293 e segs.

<sup>28</sup> Numa das mais desafiantes respostas integradas aos diferentes desafios suscitados pela indeterminação jurídica, Brian Leiter identifica uma versão mais plausível da indeterminação jurídica a partir da ideia de que as razões que podem justificar adequadamente uma decisão permitem formular argumentos jurídicos igualmente legítimos para mais do que uma decisão. Vide BRIAN LEITER, “Legal Indeterminacy”, in *Legal Theory*, vol. 1, n.º 3, setembro de 1995, pp. 481 a 492.

### 3.1. A definição administrativa da legalidade

A tradicional ideia, ainda hoje corrente na doutrina e na prática jus-administrativista, da heterovinculação administrativa (secundária) a uma legalidade definida por um legislador que lhe é estranho porque superiormente legitimado de forma democrático-representativa, tem sofrido importantes mudanças. Um contributo recente ilustra o papel desempenhado pelos órgãos da Administração Pública tanto na 1) *definição do direito aplicável*, considerando a interpretação normativa, como 2) na integração de lacunas, em especial, potenciado a) pelos fenómenos de “*neofeudalização do complexo normativo*” imposto pela emergência de um verdadeiro concurso de fontes normativas; b) de crescente “*flexibilidade normativa e de uma normatividade tendencialmente principialista*”; bem como c) pela “*necessidade de ultrapassar antinómias*” entre normas cujas soluções se revelam incompatíveis<sup>29</sup>. Aponta-se, pois, a redefinição do papel da Administração face ao Direito, reclamando-lhe um *papel criativo na determinação do Direito aplicável*, que ainda acontece no quadro do princípio da separação de poderes e do princípio democrático, razão pela qual este é um exercício nem sempre pacífico<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 639 e segs., *maxime* pp. 699 e segs.

<sup>30</sup> Entre as consequências desta vigência constata-se, por exemplo, os limites (democráticos) na utilização do instrumentário hermenêutico do art. 9.º e na integração de lacunas, do art. 10.º, ambos do Código Civil. Por um lado, se a interpretação restritiva pode levar ao incumprimento administrativo de imposições legais, em eventual limitação dos direitos dos cidadãos, a interpretação extensiva pode resultar numa atuação administrativa com, pelo menos, discutível suporte jurídico, em termos semelhantes àqueles enunciados de seguida para a possibilidade de integração de lacunas, nos termos do art. 10.º do Código Civil. Por outro lado, podem enunciar-se alguns dos limites do uso da integração de lacunas, especificamente, suscitadas no direito administrativo. Parece evidente a impossibilidade de, por via da integração de lacunas, derrogar garantias constitucionais como na restrição de direitos, liberdades e garantias, nos termos do n.º 2 do art. 18.º, ou na sua limitação em estado de exceção constitucional, nos termos do art. 19.º, em matéria sancionatória, nos termos do n.º 1 do art. 29.º, ou em matéria tributária, aqui nos termos da reserva absoluta de lei parlamentar. Igualmente difícil será admitir, em termos orgânicos, a invocação de uma competência por qualquer uma das soluções do art. 10.º do Código Civil para a integração de lacunas, em contradição com o disposto no art. 36.º do CPA, em especial se também não existir qualquer outra referência constitucional, designadamente no que se refere à possibilidade de invocar o exercício de poderes discricionários sem expressa previsão legal. A possibilidade de, pela integração de lacunas, os órgãos administrativos se habilitarem a uma competência regulamentar não prevista expressamente na lei, não deixará também de suscitar evidentes problemas face ao disposto no art. 112.º da Constituição e no art. 136.º do CPA, relativamente à habilitação, mesmo no caso dos regulamentos independentes. Mereceria também melhor atenção a possibilidade de distinguir a integração de lacunas de legislação adotada

A Administração Pública não se limita à prossecução do interesse público sujeita a uma legalidade que lhe é estranha e heterodeterminada pelo legislador, apenas limitado constitucionalmente. Paralelamente a esta tradicional atribuição genérica das entidades administrativas, cabe-lhe um papel decisivo no processo de determinação do Direito aplicável. Um papel que é prévio à intervenção judicial e que pode, na falta de controlo jurisdicional, transitar em julgado (administrativamente) de forma definitiva. Cabe, portanto, aos órgãos administrativos mediar a determinação do Direito aplicável nas relações jurídico-administrativas. A definição desta “*auto-tutela declarativa da normatividade*”<sup>31</sup> parece revolucionar o sentido tradicional da vinculação administrativa a uma legalidade que lhe era estranha. Esta posição nem carece de suporte juspositivo, uma vez que se pode ler nas transformações produzidas no entendimento liberal de vinculação administrativa à legalidade. Na revalorização da metódica jurídico-administrativa interessaria, assim, saber quais as ferramentas, ou qual o “caminho” (método), usado pela Administração no desempenho deste papel que pode revelar-se parte do processo normo-genético de determinação da legalidade aplicável a um caso concreto.

A declaração administrativa do Direito é especialmente relevante face à crescente complexidade do ordenamento jurídico-administrativo, no que aqui interessa mais, pela “abertura externa dos sistemas nacionais”<sup>32</sup>. Por isso, no estudo da vinculação administrativa à legalidade, PAULO OTERO conclui que, salvo o que respeita ao *ius cogens* administrativo, a vontade da Administração nunca é alheia ao “conteúdo configurativo dessa mesma legalidade”, o que faz da “ideia de uma genérica natureza hetero-vinculativa da legalidade face ao poder executivo um mito”<sup>33</sup>. Aos

---

na reserva legislativa exclusiva da Assembleia da República daquela do Governo, como, aliás, estabelece o n.º 4 do art. 11.º da Lei Geral Tributária. A excecionalidade do critério hierárquico na desaplicação de normas legais, administrativamente consideradas inconstitucionais, parece aqui inverter-se em decisivo padrão, constitucional, europeu e cosmopolita, de integração de lacunas, possivelmente, também referência para qualquer resultado da interpretação jurídica levada a cabo por órgãos administrativos.

<sup>31</sup> Também referida autotutela declarativa de segundo grau, ou autotutela declarativa da normatividade aplicável à autotutela declarativa de primeiro grau, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 701 e segs.

<sup>32</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 203, juntamente com a “heterogeneidade normativa do sistema”, “a dimensionalidade oculta do sistema” e “a permeabilidade factual ou informal do sistema”, que sendo matéria de decisiva importância, infelizmente, não cabem no objeto do presente estudo.

<sup>33</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 1101.

órgãos administrativos cabe “(i) a identificação das normas a aplicar, (ii) a definição interpretativa do respetivo sentido, (iii) a concretização dos equilíbrios ponderativos em aberto, (iv) a resolução de antinomias, e (v) um juízo global sobre os resultados finais da sua aplicação”<sup>34</sup>. Esta competência (criativa) na definição do Direito a aplicar não deixa, no entanto, de suscitar diversos problemas, em especial na solução de conflitos e antinomias legais, considerando a falta de instrumentos ao dispor dos órgãos administrativos para desaplicar normas ilegais.

### 3.1.1. A excecionalidade da vinculação hierárquica

Na solução das antinomias assim criadas, a Administração Pública encontra-se tendencialmente vinculada ao uso dos critérios *cronológico* ou de *especialidade*<sup>35</sup>, nos quais se revela uma *excepcional vinculação ao critério hierárquico*. O fundamento desta preferência pela certeza e segurança jurídicas encontra acolhimento no art. 282.º da CRP. Esta solução apresenta-se como decorrência necessária da própria separação de poderes constitucional que reserva aos tribunais a definição, em última instância, do Direito aplicável e sujeita a Administração Pública a uma legalidade em cuja determinação desempenha um papel criativo, mas nunca definitivo. A preferência pela certeza da atuação administrativa é uma das garantias de previsibilidade da atuação estadual, já vista como um dos fundamentos da revolução constitucional, aqui prevalecente em detrimento do potencial de “anarquia” que resultaria da possibilidade de cada órgão administrativo determinar a “sua” legalidade aplicável. No limite, podem, assim, encontrar-se situações em que a Administração identifique a ilegalidade na aplicação de uma determinada norma, mas, por falta de adequados instrumentos, processuais ou procedimentais, não a possa desaplicar – vendo-se, portanto, vinculada a uma atuação ferida também de ilegalidade. Os órgãos administrativos poderão, por isso, ser chamados a praticar atos que sabem ilegais, precisamente por carecerem dos mecanismos adequados para controlar a legalidade habilitante.

A constatação da debilidade da natureza imperativa do “bloco de juridicidade” a que se encontra sujeita a Administração e da disponibilidade de controlo da própria Administração, ameaçadora da tradicional construção da própria uni-

---

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 696.

dade do sistema jurídico, revela, para PAULO OTERO, como a “*Constituição está ainda por cumprir e a unidade do sistema jurídico por realizar*”<sup>36</sup>. O que naturalmente não deixa de apresentar uma “quebra do sistema”<sup>37</sup>, com prejuízo para a observância do princípio da legalidade e da constitucionalidade – como evidência, suficientemente, o exemplo de um órgão administrativo confrontado com a vinculação a uma lei que considera inconstitucional, mas sem meios para a sua desaplicação. Esta excecional posição administrativa perante o Direito, marcada geneticamente no princípio da separação de poderes, não é, aliás, sem paralelo – afinal, são as pistas prosseguidas há muito pelo subjetivismo processual administrativo com posições confrontadas com os particulares. Por isso, em sentido semelhante, não se propõe a previsão expressa do alargamento da competência administrativa de desaplicação da legalidade, mesmo que apenas pela previsão de uma mais alargada legitimidade processual ativa<sup>38</sup>.

### 3.2. O paradoxo da vinculação administrativa aos direitos fundamentais

A crescente centralidade do indivíduo perante a Administração Pública é mesmo o fundamento para a superação do paradigma *autoritário* do direito administrativo para a sua compreensão “*paritária*”<sup>39</sup>. Uma ordem jurídica que define “o estatuto jurídico do Estado como o do cidadão, reconhecendo-lhes direitos e deveres recíprocos” constrói-se, pois, a partir de uma “relação jurídica [administrativa] geral” que ultrapassa a tradicional “relação geral de poder”<sup>40</sup>.

A Constituição inclui, no seu art. 268.º, um catálogo de *direitos e garantias dos administrados*: o direito à informação (n.º 1) e o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos (n.º 2), num prazo definido por lei (n.º 6), a *fundamentação expressa e acessível* dos atos administrativo (incluindo discricionários) quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos (n.º 3), bem como a *tutela juris-*

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 1102.

<sup>37</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*, *op. cit.*, p. 714, valendo-se da expressão de CANARIS.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 715.

<sup>39</sup> PEDRO MACHETE, “A subordinação da Administração Pública ao Direito e a Dogmática do Direito Administrativo no âmbito do Estado de Direito Democrático”, in Augusto Athayde/João Cauers/Maria da Glória F. P. D. Garcia, *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 191 e segs.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 222 e 223.

*dicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos* (n.º 4), incluindo o *direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos* (n.º 5). Dificilmente o texto da Constituição admitiria uma exceção *imane*nte a estes direitos e garantias, alguns dos quais, inclusivamente, discutidos entre os direitos, liberdades e garantias, nos termos do art. 17.º – mesmo a tutela do interesse público, prevista no art. 266.º, será sempre um poder/dever.

A vinculação administrativa à lei apresenta-se com especial gravidade quando se faz com sacrifício do regime constitucional de garantia de direitos fundamentais. A sua desconsideração apenas poderia ter como fundamento a distinção entre a *aplicabilidade direta* das disposições relativas a direitos, liberdades e garantias e a *vinculação das entidades públicas*, em partes diferentes do n.º 1 do art. 18.º da CRP. Nesta perspetiva, a aplicabilidade direta das disposições relativas à proteção de direitos fundamentais operaria independentemente da previsão legal, nada se podendo, por isso, extrair quanto à competência administrativa de desaplicação legal<sup>41</sup>. No entanto, a partir da vinculação das autoridades administrativas ao regime de direitos fundamentais, nos termos da 2.ª parte do n.º 1 do art. 18.º, sempre se pode, mesmo que numa leitura principialista, retirar uma competência negativa de sujeição (direta) da Administração ao regime de direitos fundamentais.

A distinção entre as duas partes do n.º 1 do art. 18.º da CRP não parece impor necessariamente uma consideração autónoma e estanque dos termos da mesma equação, não se vendo como a vinculação dos poderes públicos (legislativo, administrativo e judicial) não vai implicada na aplicabilidade direta. Esta será certamente mais ampla nos casos de ausência de lei, mas imposta também na preferência pela Constituição face à lei<sup>42</sup>. Parece, aliás, resultar da construção do regime de proteção de direitos, liberdades e garantias (diretamente aplicáveis sem lei, vinculantes contra lei) como o espaço privilegiado de fiscalização administrativa da constitucionalidade. São paradigmáticos os argumentos aduzidos por GOMES CANOTILHO na defesa de uma fiscalização administrativa da constitucionalidade excecional (mas sem esconder os bons argumentos de uma posição mais

---

<sup>41</sup> ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 306 e segs.

<sup>42</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 1178 e segs.

ampla) e de VIEIRA DE ANDRADE, concluindo pela fiscalização administrativa da constitucionalidade limitada, uma vez que partem, em matéria de proteção de direitos fundamentais, de duas cláusulas diferentes: o primeiro, da *vinculação administrativa ao regime de direitos, liberdades e garantias*, o segundo, da *aplicabilidade direta deste regime*.

Em qualquer dos casos, da consideração autónoma dos dois termos da equação poderão gerar-se situações de difícil resolução, a partir da vinculação administrativa ao regime dos direitos fundamentais, nos termos da segunda parte do n.º 1 do art. 18.º, confrontado com a previsão, nos termos do n.º 2 do artigo, da exclusiva restrição por lei, vinculativa da Administração em primeiro grau. Assim, o eventual juízo administrativo de fiscalização da constitucionalidade (imposto pelo princípio da constitucionalidade, na defesa dos direitos fundamentais vinculativos à atuação administrativa, nos termos da segunda parte do n.º 1 do art. 18.º) sobre a ponderação legislativa restritiva (a título exclusivo) de direitos, liberdades e garantias (nos termos do n.º 2 do art. 18.º, pelo qual o princípio da legalidade vincula a atuação da Administração) parece poder gerar um paradoxo na vinculação administrativa ao bloco da juridicidade de difícil solução.

A vinculação administrativa ao regime de direitos fundamentais poderá encontrar os órgãos da Administração incapazes de o aplicar adequadamente. Por um lado, porquanto se poderá confrontar com um juízo legal [reservado, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º *ex vi* alínea *b*) do n.º 1 do art. 165.º, ambos da CRP] de restrição que dificilmente poderá desaplicar por inconstitucionalidade, face ao excecional recurso ao critério hierárquico. Por outro lado, a mesma Administração não pode efetuar sobre esse regime qualquer juízo restritivo, reservado ao legislador e sujeito ao controlo judicial, nos termos do referido princípio da separação de poderes. Esta situação será tanto mais complicada quanto aqui se integrar a *interjusefundamentalidade* resultante da proteção de direitos fundamentais a nível internacional e europeu (na União Europeia e na aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), que merece ainda melhor atenção.

### **3.3. A fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis**

A revelação de uma vinculação administrativa à legalidade menos intensa do que a tradicionalmente pensada demonstra uma (nova) posição metodológica – criativa, mas limitada em termos de ferramentas para a declaração do Direito apli-

cável. Interessa, por isso, indagar sobre os termos da possível *fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis*, que, segundo o princípio da legalidade, vinculam, em primeira instância, a Administração Pública. A questão do poder/dever de rejeição, não aplicação ou suspensão administrativa da lei inconstitucional é particularmente relevante em ordenamentos jurídicos que admitam sistemas concentrados de fiscalização da constitucionalidade, em especial em órgãos jurisdicionais como o nosso Tribunal Constitucional. A questão colocou-se, em termos comparados, em Itália<sup>43</sup> ou na República Federal da Alemanha<sup>44</sup>. Em Portugal, a complexidade da questão tem suscitado, designadamente no regime constitucional vigente desde a 1976, diferentes interpretações da doutrina, as mais das vezes parcelares<sup>45</sup>, em especial, suscitadas a propósito da aplicabilidade direta ou

---

<sup>43</sup> Desde a alteração constitucional de 1947, dando-se conta de uma preponderância doutrinal da obrigação de desaplicação administrativa de leis inconstitucionais, mais pacífica no caso de inconstitucionalidade superveniente, mesmo que concentrada nos órgãos de topo da Administração Pública, como dá conta RUI DE MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, UCP, 1999, pp. 150 e segs.

<sup>44</sup> No regime instituído pela *Grundgesetz*, com especial popularidade na doutrina a partir da decisão do *BVerfG* de 21/2/1961 e durante toda a década de 1960. A conhecida síntese, mais recente, de OTTO BACHOF tem colocado o problema na natureza competencial (discricionária ou vinculada) deste poder/dever. A riqueza do debate doutrinal permite a referência às diferentes respostas possíveis: 1) entre aqueles que recusam a competência administrativa de rejeição de leis inconstitucionais, com base no monopólio judicial do Tribunal Constitucional, até à publicação de decisão segundo a qual uma lei se presume constitucional, ainda se distingue 1.1) uma mera competência administrativa de apreciação (OSSENBÜHL) de uma competência de suspensão nos casos em que o tribunal nada disponha, em especial, a título cautelar (IPSEN); 2) a doutrina que aceita a recusa administrativa de leis inconstitucionais admite 2.1) competência de rejeição em geral (MAURER), 2.2) competência de rejeição limitada, em especial, nos casos de “evidente inconstitucionalidade”, ainda que esta competência se deva entender concentrada no órgão máximo da Administração Pública, uma vez que o governo goza de legitimidade processual ativa para requerer a sua declaração judicial (BACHOF), apesar de uma corrente minoritária na doutrina admitir a possibilidade de o subalterno desempenhar essa competência (ABLEIN). Neste sentido, *vide* RUI DE MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, *op. cit.*, pp. 154 e segs.

<sup>45</sup> O Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º P000322017, publicado na II.ª Série do *Diário da República*, n.º 76, de 18/4/2018, pp. 11080 e segs., apenas admite a possibilidade de desaplicação administrativa da lei quando estiver “perante desconformidade com norma constitucional cujo valor jurídico negativo autoriza a desaplicação administrativa, como seria o caso da preterição de requisitos de qualificação, cominada pela inexistência jurídica. Ou ainda ‘(...) se se tratar de normas constitucionais diretamente aplicáveis e vinculativas, caso dos direitos, liberdades e garantias, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição da República (...)’”. No Parecer complementar n.º 20/2010, de 17/1/2013, in *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 53, de 15/3/2013, é impressiva-

da vinculação administrativa ao regime de direitos, liberdades e garantias. A questão foi, mais recentemente, perspetivada a partir da definição *competencial de exame*, de *interpretação conforme à Constituição* e de *desaplicação administrativa de lei* considerada inconstitucional<sup>46</sup>.

### 3.3.1. A competência de exame e interpretação

A doutrina dominante parece, sem grande dificuldade, aceitar um *poder administrativo de exame da constitucionalidade da lei*, na esteira da paradigmática formulação de VIEIRA DE ANDRADE quando refere que “o que está em causa não é, em si, a constitucionalidade da lei, mas o juízo que sobre essa constitucionalidade possam fazer os órgãos administrativos”<sup>47</sup>. Em sentido contrário, parecem apenas militar CARLOS BLANCO MORAIS<sup>48</sup> e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA<sup>49</sup>. Mais discutidas serão as consequências deste poder de exame, em especial colocadas entre a *competência administrativa de desaplicação* da lei e o *poder/dever de interpretação administrativa conforme à Constituição*, tal como parece reconhecido pela maioria da doutrina e é ilustrado, na anotação ao art. 266.º da CRP, por VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO, ainda que, neste caso, reportada aos superiores hierárquicos.

### 3.3.2. A competência de não aplicação

A questão da possibilidade de *desaplicação administrativa da lei inconstitucional*, bem como da respetiva *competência administrativa*, tem sido especialmente discutida na doutrina nacional. Uma posição generalizada parece “adversa ao reconhecimento aos órgãos da Administração de qualquer poder de fiscalização da

---

mente afirmado, de forma com a qual não se pode concordar, como abundantemente referido, que “[o] vício de inconstitucionalidade de que sofre o Decreto-Lei n.º 206/2001 não impede a sua aplicação pela Administração, enquanto tal inconstitucionalidade não for declarada, com força obrigatória geral, pelo Tribunal Constitucional”.

<sup>46</sup> Por todos, ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., pp. 153 e segs.

<sup>47</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2010, [2.ª ed., 2001], p. 208.

<sup>48</sup> CARLOS BLANCO MORAIS, *As Leis Reforçadas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 232.

<sup>49</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1984, p. 85.

constitucionalidade”<sup>50</sup>, considerando, com JORGE MIRANDA, a especialidade da função jurisdicional, imposta pela separação de poderes, bem como a vinculação administrativa à legalidade, garantia da previsibilidade da sua atuação. A intermediação legal obrigatória na atuação administrativa, segundo MARCELO REBELO DE SOUSA, não permite que “um órgão da Administração Pública se substitua aos órgãos de fiscalização da constitucionalidade”<sup>51</sup>. Posições mais radicais, na recusa de qualquer possibilidade de desaplicação administrativa da legalidade com fundamento na sua inconstitucionalidade, são afirmadas por JORGE REIS NOVAIS<sup>52</sup>, CARLOS BLANCO MORAIS<sup>53</sup> e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, para os quais esta seria uma solução “absurda, perigosa e absolutamente inconstitucional”<sup>54</sup>. Também não se encontra posição diametralmente oposta que aceite uma *ilimitada fiscalização administrativa de constitucionalidade das leis*<sup>55</sup>. Ainda assim, a doutrina nacional maioritária parece aceitar uma moderada fiscalização administrativa de constitucionalidade das leis, dividida entre a aceitação de uma competência de fiscalização administrativa da constitucionalidade *excecional* ou *limitada*.

A *excecionalidade da desaplicação administrativa da legalidade com fundamento em inconstitucionalidade* parece suficientemente ilustrada no pensamento de JORGE MIRANDA quando se trate de normas violadoras de direitos, liberdades e garantias insuscetíveis de suspensão, de normas pré-constitucionais totalmente estranhas à ideia de Direito, bem como de normas declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, sem que tenha havido posterior revisão constitucional<sup>56</sup>. GOMES

---

<sup>50</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, pp. 431 e segs., e tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 281 e segs.

<sup>51</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, Lisboa, Dom Quixote, 2009, p. 157. Apesar de se pretender, de forma algo contraditória, no pensamento destes Autores, admitir uma competência limitada de fiscalização administrativa da constitucionalidade, em especial, dirigida às leis inexistentes, considerando o alargamento do conceito de “lei inexistente”, como em ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., p. 156, nota de rodapé 557, e MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, Gráfica Portuguesa, 1988, p. 179.

<sup>52</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*, Lisboa, Lex, 1997, pp. 27 e 28.

<sup>53</sup> CARLOS BLANCO MORAIS, *As Leis Reforçadas*, op. cit., pp. 231 e 232.

<sup>54</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, op. cit., p. 85.

<sup>55</sup> ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., p. 157.

<sup>56</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, op. cit., pp. 181 e 182.

CANOTILHO refere-se a semelhante competência excecional de desaplicação no caso de leis inexistentes, violadoras de direitos fundamentais, quando o seu cumprimento constitua a prática de um crime, à qual acrescenta, com VITAL MOREIRA, quando legitimadora do exercício do direito de resistência<sup>57</sup>.

Uma *fiscalização administrativa da constitucionalidade limitada* (que necessariamente postula a definição da sua competência orgânica nem sempre adequadamente resolvida) parece refletida no pensamento de VIEIRA DE ANDRADE, quando admite, na esteira de BACHOF, a desaplicação administrativa irrestrita nos casos de *evidente inconstitucionalidade* e nos de *inconstitucionalidade material*<sup>58</sup> quando tal resultar da ponderação principialista<sup>59</sup> dos interesses em confronto, apesar da presunção de constitucionalidade nos casos de dúvida e da necessária intervenção dos órgãos superiores da Administração Pública, conducente, se necessário, à suspensão da lei inconstitucional<sup>60</sup>. Apenas esta solução “corresponde ao princípio da unidade da Constituição (...) mais adequada à nova imagem de uma Administração democrática, com maior legitimidade, responsável e, afinal de contas, sempre sujeita à responsabilidade pelos prejuízos causados e ao controle judicial da validade dos seus atos”<sup>61</sup>.

Em sentido aproximado, PAULO OTERO admite este controlo<sup>62</sup> quando se trate de “leis injustas”, enquanto negação de um Estado de Direito material baseado na dignidade da pessoa humana”; de uma violação “ostensiva de preceitos constitucionais dotados de aplicabilidade direta”, em especial aqueles relativos aos direitos, liberdades e garantias, e “sempre que a Constituição sancione a inconstitucionalidade”, como no caso da falta de publicação, cominada com a ineficácia ou a inexistência decorrente da falta de promulgação. O Autor identifica ainda

---

<sup>57</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 443 e 444, e J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 379 e segs., em anotação ao art. 18.º.

<sup>58</sup> Vide JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., 2.ª ed., 2001, p. 210, em sentido mais restritivamente interpretado do que posição anterior da 1.ª ed., de 1987.

<sup>59</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., 2.ª ed., 2001, p. 208.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 210 e 211.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 671, maxime p. 668, nota de rodapé 1017.

instâncias de vinculação administrativa ao juízo de (in)constitucionalidade do Tribunal Constitucional (preventivo ou sucessivo), ao juízo político (da Assembleia da República e do Presidente da República) que supera esse voto de inconstitucionalidade, sem prejuízo dos casos de reedição de norma julgada inconstitucional com força obrigatória geral, bem como à inconstitucionalidade superveniente<sup>63</sup>. Esta solução apresenta-se como decorrência da separação de poderes constitucional que reserva ainda aos tribunais a definição, em última instância, do Direito aplicável e sujeita a Administração Pública a uma legalidade, em cuja determinação desempenha um papel criativo, mas nunca definitivo. Sem prejuízo de, numa formulação mitigada, ainda procurar assegurar instâncias de garantia do Estado de Direito material, aponta-se aqui a preferência pela certeza e segurança jurídicas, garantidas inclusivamente pela Constituição, no seu art. 282.º, já vistas como um dos fundamentos da revolução constitucional, aqui prevalecente em detrimento da eventual “anarquia” aberta pela possibilidade de cada órgão administrativo determinar a “sua” legalidade aplicável.

A fiscalização administrativa limitada da constitucionalidade é mais amplamente defendida por RUI MEDEIROS, que admite uma competência declarativa da normatividade constitucional 1) *irrestrita quanto ao objeto*, à luz da vinculação administrativa à Constituição e, em especial, ao regime de direitos, liberdades e garantias, num tempo de “comunidade aberta de intérpretes da Constituição”<sup>64</sup>, não valendo aqui os argumentos *ad terrorem* aduzidos quanto à potencial anarquia administrativa, mas 2) *limitada subjetivamente ao Governo*<sup>65</sup>. Esta posição tem a virtude de distinguir a questão substantiva da eventual ilegalidade da competência administrativa para a determinar<sup>66</sup>, em termos que, metodologicamente, mais adequadamente questionam a vinculação administrativa ao Direito. A solução dada

---

<sup>63</sup> Esta última extensão do controlo administrativo da constitucionalidade aos casos de caducidade por revisão constitucional superveniente poderá parecer contraditória. No entanto, a falta da presunção de constitucionalidade da atuação do legislador não confronta o aplicador administrativo com a disposição constitucional determinante da inconstitucionalidade.

<sup>64</sup> PETER HÄBERLE, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten”, in *Juristen Zeitung*, 1975, p. 297.

<sup>65</sup> RUI DE MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, op. cit., pp. 167 e segs.

<sup>66</sup> Que também é seguida por ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, Coimbra, Almedina, 2012, respetivamente pp. 605 e segs. e 699 e segs.

a esta questão é, no entanto, recusada por PAULO OTERO<sup>67</sup> por enfermar de um defeito de perspectiva que coloca o executivo numa posição de quase-omnipotência face aos demais poderes soberanos. Além das competências executivas típicas no topo da Administração Pública, o governo tem tomado um papel central na realização do Estado de Direito Social ao assumir também novas funções legislativas na resposta a uma realidade crescentemente mutável e exigente, pelo que se recusa que possa também determinar o conteúdo constitucional da legalidade a que se vincula a Administração. Esta posição de independência incondicionada não seria, para esta posição, conforme ao *princípio constitucional da separação, enquanto equilíbrio, de poderes*.

ANDRÉ SALGADO MATOS problematiza os termos de uma eventual competência de “desaplicação de normas inconstitucionais” a partir do paradoxo que o carácter paramétrico da Constituição parece determinar para uma Administração vinculada à lei, mesmo que inconstitucional. Daqui extrai uma *irrestrita competência de exame e de interpretação conforme* à Constituição por parte dos órgãos administrativos, que, no entanto, desemboca numa *limitada legitimidade processual ativa* para suscitar a constitucionalidade das normas que aplicam e a impossibilidade de suspender a sua aplicação. Na análise da complexidade e centralidade da questão da desaplicação de normas inconstitucionais (“uma verdadeira brecha no princípio da constitucionalidade”<sup>68</sup>), sistematiza os argumentos a favor e contra cada uma das posições<sup>69</sup>. A solução para este aparente paradoxo coloca-a no plano do *conflito de princípios*, entre o *princípio da constitucionalidade* e o *princípio da separação de poderes*, que apenas admitiria solução casuística. Aponta, no entanto, a necessidade de observar “condições de preferência”<sup>70</sup> entre cada um dos princípios a submeter a adequadas “regras de conflito”<sup>71/72</sup> para a solução do conflito entre os princípios

<sup>67</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., pp. 669 e 670; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, op. cit., p. 180.

<sup>68</sup> ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., p. 105.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 215 e segs.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 334 e segs.

<sup>71</sup> Sobre as condições de preferência por cada um dos princípios, vide ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., pp. 334 e segs.

<sup>72</sup> Recusam-se, como “pretensas condições de preferência”, critérios tradicionalmente definidos pela doutrina. Assim, seriam desconsiderados como condições de preferência do princípio da consti-

da constitucionalidade e da separação de poderes<sup>73/74</sup>. As condições de preferência pelo princípio da constitucionalidade distinguem-se como de primeiro ou de segundo grau. As condições de preferência de primeiro grau seriam referidas à adoção da posição que comina com a inexistência jurídica da lei inconstitucional, aos casos de “inconstitucionalidade evidente” (em especial, referido a ininteligibilidade e contraditoriedade intrínsecas ou por razões de identidade, sinonímia, antinomia ou negação), a prévia desaplicação jurisdicional no mesmo contexto procedimental, a aplicação do Direito por órgãos administrativos independentes de garantia, bem como a aplicação do Direito por órgãos da administração no exercício de competências judicativas. Por outro lado, seriam condições de preferência pelo princípio da constitucionalidade, de segundo grau a criminalidade da aplicação de normas legais inconstitucionais, a violação de normas constitucionais com pretensão absoluta de aplicação, a aplicação de normas contidas em leis in-

---

tucionalidade: a inconstitucionalidade por violação de normas de direitos, liberdades e garantias ou de normas de direitos, liberdades e garantias insuscetíveis de suspensão em estado de exceção (JORGE MIRANDA), pela violação de normas constitucionais de aplicabilidade direta, pelo exercício concreto do direito de resistência (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA), pela inconstitucionalidade superveniente de normas pré e pós constitucionais (PAULO OTERO), bem como pelo exercício de competências administrativas discricionárias. Em sentido inverso, seriam desconsideradas como “pretensas condições de preferência do princípio da separação de poderes”: a não sujeição de decreto a fiscalização preventiva da constitucionalidade, bem como a inconstitucionalidade por violação de disposições orgânicas e formais. Vide ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., pp. 380 e segs.

<sup>73</sup> Interessante é a formulação da referida cláusula residual, pela qual ANDRÉ SALGADO MATOS entende não existirem espaços a descoberto de qualquer regra de colisão, identificada como (R-c), pela qual, na falta de qualquer regra positiva de colisão, não será de admitir a desaplicação administrativa de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade. Na verdade, como muitas vezes sucede, parece também aqui ser cláusula residual a identificação da verdadeira regra, que apenas cederá quando confrontada com casos especiais – vide *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., p. 394.

<sup>74</sup> Também na aplicação das regras de conflito às condições de preferência podem surgir conflitos positivos ou negativos de aplicação das próprias regras de conflitos. Neste caso, aponta-se para a opção pelo princípio da constitucionalidade, permitindo à Administração Pública desaplicar lei com fundamento na sua inconstitucionalidade nos casos de colisão de regras positivas de primeiro grau como colisão negativa. No entanto, nos casos em que esse conflito se dá entre regras positivas de segundo grau e regras negativas, a potencial ameaça à certeza e segurança jurídicas leva a preferir o princípio da separação de poderes. Para mais desenvolvimentos, ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., pp. 392 e segs.

constitucionais confirmadas pela Assembleia da República, normas antecedentes ou conseqüentemente inconstitucionais assim não declaradas pelo Tribunal Constitucional, a existência de jurisprudência constitucional consolidada no sentido da inconstitucionalidade, bem como um juízo, ainda que virtual, de proporcionalidade na desaplicação. A preferência pelo princípio da separação de poderes seria apontada nos casos em que se constatasse a existência de jurisprudência fraturada ou consolidada no sentido da inconstitucionalidade, a possibilidade de obter decisão atempada do Tribunal Constitucional acerca da inconstitucionalidade da norma legal aplicada, bem como, a título residual, a não verificação de qualquer condição de preferência a favor do princípio da constitucionalidade.

Um exercício limitado à possibilidade de recusa de aplicação de regulamentos pela Administração, com fundamento na sua invalidade, é também remetido por ANA RAQUEL MONIZ para a aferição da existência de condições *objetivas e subjetivas*. Substantivamente (entre o que refere como “condições objetivas”), a solução para a possibilidade de a Administração Pública portuguesa recusar a aplicação de regulamentos com fundamento na sua invalidade é encontrada na ponderação de valores, segundo critérios de *proporcionalidade* e de *adequação prática*. No que se refere à competência administrativa para o controlo administrativo da legalidade, e eventual recusa de aplicação regulamentar (que trata como “condições subjetivas”), esta é problematizada em torno da organização administrativa, tipologia e competência do órgão decisor<sup>75</sup>.

A partir da ideia de *derrotabilidade* de qualquer norma, PEDRO MONIZ LOPES distingue as normas de competência das normas sobre a competência que dispõe um órgão administrativo “para” criar Direito num determinado caso e não “sobre” a criação do Direito num caso concreto pelo órgão administrativo<sup>76</sup>. A partir da tradicional distinção entre poder de exame e de desaplicação, a competência material para a decisão de um caso segundo o Direito aplicável não é, nesta perspectiva, um direito ou norma constitutiva, nem uma competência administrativa, mas, antes, corresponde ao normal exercício de competências administrativas materiais, que nem se encontra reservado aos Tribunais pela reserva constitucional

---

<sup>75</sup> Vide ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, *op. cit.*, pp. 605 e segs. e 699 e segs.

<sup>76</sup> PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas: o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, *op. cit.*, pp. 709 e segs.

de jurisdição. A tendência “securitária” (como se viu já, receosa da autonomia administrativa na definição do Direito aplicável, em especial nos casos de conflito normativo) que sustenta uma teoria sobre a excepcional desaplicação administrativa dos conflitos revela-se, assim, equívoca por várias razões, a mais relevante das quais, a própria derrotabilidade das invocadas normas de *conflitos*. Aliás, as soluções, construídas pela doutrina tradicional, de normas de conflito que admitem a desaplicação administrativa da norma, como *a)* a evidência do conflito, *b)* os precedentes decisórios administrativos e jurisdicionais, *c)* as eventuais relações hierárquicas melhor legitimadas democraticamente possíveis para essa desaplicação, entre outras, são, aqui, invertidas como *condições negativas de recurso às regras de conflito* que, em geral, habilitam a (normal) desaplicação administrativa de qualquer norma na criação de Direito num caso concreto<sup>77</sup>. Esta vinculação administrativa às regras gerais de solução de conflitos normativos significa, pois, que, nos casos tradicionalmente identificados como condições de desaplicação das normas, o órgão administrativo se encontra limitado ou constrangido no uso dessas mesmas regras gerais de solução de conflitos. Mesmo que daqui não resultem consequências práticas muito diversas, assume a libertação da atividade administrativa do anátema de uma *incompetência* para a desaplicação administrativa da legalidade que reconhece a atividade administrativa criativa na definição do Direito aplicável e, em especial, na solução de conflitos normativos<sup>78</sup>.

A solução aqui afirmada a partir de diferentes posições na doutrina procura valorizar as condições de definição administrativa da legalidade pela consideração das condições (jurídicas) de preferência na fundamentação de cada uma das soluções possíveis. Outros elementos a ter em conta impõem também a consideração de soluções jurídicas comparadas relevantes, principalmente em tempos de abertura e globalização socioeconômica e jurídica<sup>79</sup>. Na resposta a algumas das perplexidades aqui suscitadas, PAULO OTERO acentua como a realização do princípio da legalidade se impõe no quadro constitucional da separação de poderes, pelo que remete a questão em torno da competência de desaplicação administra-

---

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 720.

<sup>79</sup> Sobre a relevância do direito comparado, mesmo para a definição administrativa do Direito aplicável, *vide* RICARDO SOUSA DA CUNHA, “O Argumento Jurídico Comparado para o Direito Plural”, *op. cit.*, pp. 1 e segs.

tiva da legalidade para a previsão da legitimidade processual ativa de todos ou de alguns órgãos da Administração Pública, que não apenas do Primeiro-Ministro, nos termos previstos na alínea c) do n.º 2 do art. 281.º da CRP. A Administração encontra-se dependente da atuação processual do Ministério Público, que lhe é autónomo e independente, para o esclarecimento das potenciais antinomias identificadas na determinação do Direito aplicável no caso concreto. Ora, a “defesa objetiva da juridicidade”<sup>80</sup> em juízo por parte dos órgãos da Administração Pública sempre poderia impor uma leitura sistemática da sua legitimidade processual ativa. De momento, no entanto, esta é uma possibilidade que parece esquecida em homenagem a “tempos de efervescência exacerbada de concepções subjetivistas do contencioso administrativo”<sup>81</sup>.

### 3.3.3. A vinculação administrativa ao direito da União Europeia

O recorte dos limites da fiscalização da constitucionalidade de norma definidora da atuação administrativa não pode deixar de ser considerada numa paralela limitada desaplicação de norma habilitadora de origem supranacional. Na definição do Direito aplicável, impõe-se à Administração Pública nacional a necessidade de resolver o eventual conflito causado pela aplicação do direito da União Europeia, entre a preferência a dar ao *princípio da legalidade*, marca genética da separação constitucional de poderes, na CRP assegurado pelo art. 268.º, e a *vinculação ao direito da União Europeia*, expressão da participação europeia prevista no n.º 5 do art. 7.º e assegurada pelo n.º 4 do art. 8.º da Constituição, em especial, para os atos normativos que gozem de aplicabilidade direta nas condições previstas pelo próprio direito da União Europeia.

A solução deste paradoxo não é fácil, mimetizando um outro de igual grau de dificuldade sobre a fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis, em especial considerando a vinculação administrativa ao regime de direitos fundamentais previsto no n.º 2 do art. 18.º da Constituição. Tradicionalmente, como já referido, na solução de antinomias, a Administração Pública encontra-se tendencialmente vinculada ao uso dos critérios cronológico ou de especialidade ape-

---

<sup>80</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 710.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 713.

nas excecionalmente se admitindo a vinculação ao critério hierárquico<sup>82</sup>. Esta solução revela a preferência constitucional pela certeza e segurança jurídicas decorrentes da própria separação de poderes constitucional, que reserva aos tribunais a definição em última instância do Direito aplicável e sujeita a Administração Pública a uma legalidade superiormente legitimada democraticamente<sup>83</sup>. No entanto, mesmo neste espaço, a função administrativa desempenha uma função criativa na definição do Direito aplicável a cada caso concreto<sup>84</sup> com igual potencial para transitar em julgado sem outro meio de controlo. Exemplo deste desafio criativo coloca-se na fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis construída como um conflito principialista entre o princípio da constitucionalidade e o princípio separação de poderes, numa interpretação que promove da certeza e segurança jurídicas por ANDRÉ SALGADO MATOS, que não admite uma solução apriorista, mas tem sempre de ponderar os diferentes tópicos em confronto que num caso concreto podem fazer pender para uma maior restrição qualquer um dos princípios<sup>85</sup>. Este é um exercício cada vez mais colocado a nível supraestadual, considerando a crescente abertura cosmopolita do sistema de fontes a que se encontra vinculada a Administração Pública, não apenas doméstica, mas também europeia e até global<sup>86</sup>.

Este desafio é especialmente sentido na vinculação administrativa ao direito da União Europeia, criado desde cedo numa “atmosfera administrativa”<sup>87</sup>. Não foi fácil para a Administração Pública dos Estados-Membros lidar com esse novo nível de juridicidade, que se afirma hierarquicamente superior àquele que estabeleceu a pró-

---

<sup>82</sup> Vide PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 696; e RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., pp. 445 e segs.

<sup>83</sup> Na verdade, sempre se poderia questionar se esta posição não limita à Administração Pública a aplicação de certos resultados hermenêuticos, como seja a interpretação revogatória, mas não parece que se possa, à partida, recusar-lhe qualquer dos recursos da paleta hermenêutica, sejam os elementos da interpretação ou seus resultados hermenêuticos.

<sup>84</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., pp. 19 e segs.

<sup>85</sup> ANDRÉ SALGADO MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado Social de Direito*, op. cit., pp. 215 e segs.

<sup>86</sup> RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., pp. 431 e segs.

<sup>87</sup> CARL FRIEDRICH OPHULS, “Les Réglements et les directives dans les Traités de Rome”, in C.D.E. 3, 10 (1966), apud MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 20, nota de rodapé 21.

pria Administração Pública doméstica e que tem sido a medida de todas as atividades administrativas. Entre as diferentes obrigações do primado do direito da União Europeia, algumas são impostas à Administração Pública dos Estados-Membros. A jurisprudência do TJUE geralmente aponta para a obediência administrativa nacional ao direito da União Europeia em termos semelhantes aos dos tribunais. No caso *Fratelli Costanzo*<sup>88</sup>, o TJUE declarou que “[a]ssim como os tribunais nacionais, as administrações, incluindo as comunidades, têm o dever de cumprir o § (5) da diretiva e de não aplicar as regras do direito nacional que são contrárias a ela”. Nesse caso, estaria a aplicação de uma Diretiva, uma vez decorrido o prazo de transposição, omitido ou incorreto, “quando as disposições de uma diretiva, com o devido respeito ao seu conteúdo, forem incondicionais e suficientemente precisas, (existe) o direito de invocá-las perante os tribunais nacionais contra o Estado (...)”. Da mesma forma, “se as condições estabelecidas para a invocação das disposições de uma diretiva por indivíduos perante os tribunais nacionais forem cumpridas, todos os órgãos administrativos, incluindo entidades descentralizadas como as comunas, têm o dever de aplicá-las”. O argumento é que “também seria contraditório afirmar que os indivíduos têm o direito de recorrer perante os tribunais nacionais às disposições de uma diretiva que preenche as condições acima mencionadas para que a administração condene, não terá o dever de aplicá-las, derrogando as do direito nacional que as violem” (§ 31).

A questão colocada na vinculação administrativa às Diretivas, em especial quando confrontada com as suas medidas de transposição<sup>89</sup>, não é necessariamente a mesma da antinomia resultante da aplicação de regulamentos da União Europeia e da legislação nacional subsequente. Aqui, o verdadeiro desafio reside no intérprete administrativo, colocado entre a obediência à lei imposta pela Constituição e ao regulamento determinado pelo próprio direito da União Europeia. Em Portugal, PAULO OTERO resolve a antinomia em favor do padrão europeu, com base no mesmo uso excecional dos critérios hierárquicos pelos órgãos da Administração Pública e à luz da cláusula constitucional de compromisso com a construção europeia da

---

<sup>88</sup> Acórdão de 22/6/1989, no proc. C-103/88, *Fratelli Costanzo Spa v. Município de Milão*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:6a21529c-3958-4edc-9753-5d262e846a15.0009.03/DOC1&format=PDF> [consultado pela última vez em 27/5/2022].

<sup>89</sup> RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., pp. 483 e segs. Não é fácil neste exercício aceitar o poder de desaplicação administrativa da legislação nacional que expressamente transpõe uma Diretiva, em homenagem ao princípio da certeza e segurança jurídicas, sem prejuízo para o dever de interpretação conforme que resulta do primado do direito da União Europeia.

Constituição Portuguesa (n.ºs 5 e 6 do art. 7.º) que funcionaria como critério automático para a solução dessas antinomias<sup>90</sup>. A solução favorável à aplicação do direito da União Europeia não pareceria suficientemente alicerçada com referência à cláusula de compromisso europeu, mas seria sempre melhor referida ao *princípio de primado do direito da União Europeia* e dos seus corolários, construídos para os Estados-Membros, incluindo a sua Administração Pública, como *princípio de cooperação leal* pelo art. 4.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Os estudos comparativos do direito da União Europeia também adotaram a mesma posição, com STEFFEN DETTERBECK referindo-se à “impraticabilidade” de uma solução contrária<sup>91</sup>. No entanto, esta posição merece mais cuidada consideração.

À partida, metodologicamente, não cabe ao TJUE pronunciar-se sobre as modalidades de vinculação ao direito da União Europeia, mais ainda no que se refere à vinculação das Administrações Públicas dos Estados-Membros<sup>92</sup>. Esta ideia parte da histórica constatação dos excessos da ambição do legislador ordinário em determinar as modalidades de vinculação judicial ao Direito, no Código Civil, não sem ironia apropriando-se ilegitimamente do ideário hermenêutico da Escola Histórica do Direito que recusava a codificação, mais ainda a codificação de soluções hermenêuticas para os juízes<sup>93</sup>.

Além disso, algo “profundamente perturbador”<sup>94</sup> pode extrair-se da jurisprudência do caso *Fratelli Costanzo*, no que se refere à sujeição administrativa ao direito da União Europeia preconizada pelo TJUE, em termos que parecem contrariar a sua própria jurisprudência no que se refere ao reconhecimento do princípio da autonomia institucional e processual<sup>95</sup> com referência mais recente

<sup>90</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, op. cit., p. 680.

<sup>91</sup> STEFFEN DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit verwaltungsprozessrecht*, Beck, Munique, 7. Auflage, 2009, pp. 42 e 50.

<sup>92</sup> RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., p. 485.

<sup>93</sup> JOANA AGUIAR E SILVA, *Para uma teoria hermenêutica da justiça – Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 304.

<sup>94</sup> MICHAL BOBEK, “Thou Shalt Have Two Masters; The Application of European Law by Administrative Authorities in the New Member Status”, in *Review of European Administrative Law*, vol. 1, n.º 1, 2008, pp. 51 e segs., maxime pp. 62 e 63.

<sup>95</sup> MAARTJE J. M. VERHOEVEN, “The ‘Costanzo Obligation’ and the Principle of National Institutional Autonomy: Supervision as a Bridge to Close the Gap?”, in *Review of European and Administrative Law*, vol. 3, n.º 1, 2010, pp. 23 a 64.

ao caso *Klaus Konle*<sup>96</sup>, entre outra<sup>97</sup>. A imposição à implementação administrativa doméstica do direito da União Europeia de um sistema originalmente elaborado para ser usado pelos tribunais, que podem ser ou são obrigados ao “reenvio prejudicial” do art. 267.º do TFUE, foi, aliás, criticada como “desigual” em termos que levaram o advogado-geral Colomer a sugerir a necessidade de restringir a sujeição administrativa ao direito da União Europeia precisamente aos órgãos com poderes para formular o reenvio prejudicial ao TJUE. O *princípio de autonomia institucional* impõe também a consideração das especificidades orgânicas nacionais, particularmente as que determinam o acesso da Administração aos tribunais habilitados a efetuar o reenvio prejudicial e aquelas que implicam a caracterização dos processos administrativos europeus diretos, de coadministração ou de administração indireta<sup>98</sup>. Estas especificidades podem-se revelar insuficientes para acomodar as soluções da jurisprudência do já referido caso *Fratelli Costanzo* e que o Tribunal de Justiça não parece capaz de alterar unilateralmente.

É, portanto, difícil aceitar uma extensão liminar às Administrações Públicas dos Estados-Membros da vinculação jurisdicional ao direito da União Europeia. A vinculação administrativa excecional ao critério hierárquico na definição do Direito aplicável sempre determinaria uma possibilidade muito limitada de recusa administrativa da implementação de uma norma do direito da União Europeia que goza de aplicabilidade direta e supremacia com base em inconstitucionalidade ou mesmo ilegalidade por violação das regras da União Europeia de valor hierárquico superior. Nestes casos, a sujeição administrativa à legalidade e, excecionalmente, à constitucionalidade significa que a Administração Pública carece dos instrumentos adequados para controlar a conformidade constitucional de qualquer um desses

---

<sup>96</sup> Acórdão de 1/6/1999, proc. C-302/97, *Klaus Konle v. Áustria*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0302&from=HR> [consultado pela última vez em 27/5/2022].

<sup>97</sup> Acórdãos de 9/9/2003, proc. C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Merato*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0198&from=EN>, e de 29/4/1999, proc. C-224/97, *Erich Ciola v. Land Vorarlberg*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0224&from=en> [consultados pela última vez em 27/5/2022].

<sup>98</sup> RICARDO SOUSA DA CUNHA, “A vinculação administrativa ao Direito da União Europeia – da jurisprudência europeia ao Código do Procedimento Administrativo”, in *Estudos em Homenagem do Professor Doutor Wladimir Brito*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 1403 e segs.

atos pelas razões acima mencionadas de segurança jurídica, evitando o risco de anarquia legal, aqui levantada mais seriamente a nível europeu.

Uma tão estrita vinculação administrativa não é também imposta pela sistemática do direito da União Europeia. Na solução administrativa de qualquer antinomia do Direito nacional com o direito da União Europeia, a ponderação entre primado e autonomia institucional tem sempre de ponderar o teste do *princípio da especialidade* na base da transferência de competências dos Estados-Membros para a União Europeia e ao abrigo do qual a vinculação administrativa ao direito da União Europeia se dá, antes, inclusivamente de qualquer tentação de resolver qualquer antinomia através do (como já se viu, muito limitado) controlo administrativo hierárquico<sup>99</sup>. Mesmo o *princípio do primado* impõe entre as suas obrigações a interpretação de todo o Direito nacional de acordo com o direito da União Europeia, num diálogo complexo entre o direito da União Europeia e o direito dos Estados-Membros que é o resultado de muitos anos de trabalho conjunto na construção do ordenamento jurídico europeu. Por conseguinte, não é possível reter a aplicação administrativa do direito da União Europeia para uma prevalência acrítica de qualquer norma europeia sobre qualquer norma nacional. A solução preferida impõe o *princípio da interpretação conforme do Direito nacional ao Direito da União Europeia*<sup>100</sup> que deve garantir a efetividade do direito da União Europeia ao mesmo tempo que respeita a autonomia soberana dos Estados-Membros. Este esforço hermenêutico não é proibido à Administração, antes é-lhe imposto, mesmo no contexto da sujeição especial à lei excecionalmente permitida pelo poder de rever a constitucionalidade ou a legalidade da União Europeia das normas que aplica. Esta obrigação não pode, no entanto, ser estendida aos limites projetados para a implementação judicial interna do direito da União Europeia, nem pode pôr em causa as competências das instituições da União Europeia na garantia do cumprimento direito da União, *maxime* da Comissão e do Tribunal de Justiça, através do mecanismo da ação por incumprimento prevista nos arts. 258.º e segs. do TFUE.

Na definição desta diferente vinculação administrativa ao direito da União Europeia não se podem deixar de considerar as circunstâncias de cada caso entre

---

<sup>99</sup> RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., pp. 384 e segs.

<sup>100</sup> RICARDO SOUSA DA CUNHA, “A proibição de abuso na contratação laboral sujeita a termo pelo empregador público – conforme ao direito da UE é à margem da Constituição?”, in *Questões Laborais*, n.º 44, julho 2014, Coimbra Editora, pp. 15 a 40.

as referidas “condições de preferência” na solução do conflito principialista entre certeza e segurança jurídicas e (inter)constitucionalidade, nacional e europeia.

A partir da excecional utilização do critério hierárquico pela Administração Pública, a solução administrativa de um conflito entre Direito nacional e o direito da União Europeia deverá tomar em consideração os atos jurídicos em conflito para definir condições de preferência entre os princípios da legalidade administrativa e do primado do direito da União Europeia. A preferência administrativa pelo recurso, na solução de conflitos normativos, ao critério cronológico ao invés do critério hierárquico, como visto, torna mais difícil de resolver o conflito entre uma norma legal posterior a uma de valor hierárquico superior. Assim sendo, naturalmente, será mais fácil aceitar uma mais estrita vinculação administrativa ao direito da União Europeia que goza de aplicabilidade direta, como os Tratados e os Regulamentos, do que às Diretivas, em especial às Diretivas já transpostas<sup>101</sup>. Será também mais difícil aceitar a desaplicação de uma norma legislativa que, expressamente, pretende transpor uma Diretiva, que não goza de aplicabilidade direta, mas apenas de efeito direto vertical e indireto horizontal. Não será, mesmo, linear a solução de conflito entre norma posterior e ato jurídico da União Europeia que goze de aplicabilidade direta. Neste, como noutros casos, é necessário considerar a natureza dos órgãos administrativos, bem como a natureza do procedimento administrativo de administração europeia coadministração, direta ou indireta<sup>102</sup>. A integração dos órgãos das Administrações Públicas dos Estados-Membros nos procedimentos de coadministração ou de administração europeia direta facilita a sua vinculação ao direito da União Europeia, face àqueles de administração europeia indireta, mesmo que nestes últimos, na verdade, o mais fácil acesso à Comissão permita também um mais fácil uso da ação por incumprimento, previsto nos arts. 258.º e segs. do TFUE, afinal o mecanismo criado para fazer face ao incumprimento do direito da União Europeia pelos Estados-Membros, no exercício de qualquer uma das suas funções<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., pp. 384 e segs.

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 184 e segs.

<sup>103</sup> Sobre esta questão, vide RICARDO SOUSA DA CUNHA, “A vinculação administrativa ao Direito da União Europeia – a propósito da desaplicação da Lei n.º 58/2019, de 8/8, pela CNPD com fundamento na violação do RGPD”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 142, Julho/Agosto 2020, pp. 3 e segs.

Finalmente, pelo que vai referido, dificilmente este exercício hermenêutico admite uma desaplicação administrativa com ambição de eficácia *erga omnes* que não se encontra tipificada entre as suas competências, sem prejuízo para os efeitos de publicidade assim conseguidos. Não parece que a desaplicação administrativa do Direito, neste caso da União Europeia, tivesse sido pensada pela doutrina para atos genéricos de desaplicação suscetíveis de encontrar desafios importantes no cumprimento do princípio da separação de poderes<sup>104</sup>, mas antes para a desaplicação administrativa quando chamada a desempenhar as suas competências através dos seus atos típicos, em termos que pudessem ser argumentativamente desafiadores junto dos competentes sistemas de garantia jurisdicional<sup>105</sup>.

Por tudo o que vai referido, ao contrário do que o Tribunal indica no caso *Costanzo*, não seria de excluir uma diferente sujeição ao direito da União Europeia pelos diferentes poderes funcionalmente separados pela Constituição – essa é a sua natureza e o seu papel na estrutura de poder constitucionalmente controlada, em especial, considerando a referida excecional vinculação administrativa ao critério hierárquico na solução de conflitos normativos. Esta solução pode incluir casos em que a Administração Pública pode ter de recusar a aplicação de uma norma com base na violação do direito da União Europeia, por exemplo, em casos de incumprimento repetido do direito da União pelo legislador por falta ou erro na transposição, adjudicada pelo TJUE em caso de não conformidade com o di-

<sup>104</sup> A este propósito, não é despidiendo recordar que a Comissão Nacional de Proteção de Dados participou no procedimento legislativo que conduziu à aprovação da Lei n.º 58/2019, de 8/8, conforme se documenta em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e686279396a5a57593359544d794f4330325a44526c4c54526c4e546b74596a41304e4331694e54426d4f5449314d6a64684d7a45756347526d&fich=cef7a328-6d4e-4e59-b044-b50f92527a31.pdf&Inline=true>.

<sup>105</sup> Uma desaplicação genérica de normas nacionais unilateral pelos órgãos administrativos pode levar a que fiquem por cumprir deveres administrativos definidos pelo legislador, como pode ter sido o caso com a desaplicação administrativa pela Comissão Nacional de Proteção de Dados da legislação nacional em matéria de recolha de metadados, mas que se manteve em vigor e cumprida pelos restantes destinatários na recolha, conservação e acesso aos respetivos dados. Sobre esta matéria, vide o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220268.html> [consultado pela última vez em 17/5/2022], e Acórdão do TJUE de 21/12/2016, procs. apensos C-203/15 e C-698/15, *Tele 2*, disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=71B41E9D9014ADBA11B96CDF71CBC79B?text=&docid=186492&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=256136??> [consultado pela última vez em 19/4/2022].

reito da União (nos termos dos arts. 260.º e segs. do TFUE) ou de uma decisão dos tribunais nacionais (prevista no art. 267.º do TFUE). Porém, mais relevante do que admitir a subversão dos termos de sujeição administrativa à lei, essa é a construção a ser feita com referência à participação e ao controlo, também pelas Administrações Públicas dos Estados-Membros, na vinculação externa ao Estado, conforme construído pelo “direito constitucional externo” (*Außenverfassungsrecht*), em termos comparáveis aos adotados pelo TFUE no reforço da participação dos Parlamentos Nacionais na adoção da legislação da União Europeia<sup>106</sup>. Esta é a melhor forma de garantir a unidade da ação estadual, envolvendo, sempre que relevante, a Administração Pública e recusando reduzir o autocontrolo legislativo do Direito aplicado pela Administração Pública a uma fase interna do procedimento legislativo ou de logística.

#### 4. “Poderes” e “fins” da definição administrativa da legalidade

A crescente abertura cosmopolita do sistema de fontes de direito administrativo vem confirmar a debilidade da natureza imperativa do “bloco de juridicidade” a que, tradicionalmente, se considerava, metodologicamente, sujeita a Administração Pública portuguesa com a possibilidade de um controlo muito limitado ou excecional. O conflito de princípios anunciado na fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis é mais claramente evidenciado, e exacerbado, pela consideração hierárquica do direito da União Europeia pelas Administrações Públicas dos Estados-Membros. A partir deste mesmo diagnóstico, PAULO OTERO vislumbra uma ameaça para a tradicional construção da própria unidade do sistema jurídico para concluir como a “*Constituição está ainda por cumprir e a unidade do sistema jurídico por realizar*”<sup>107</sup>.

Os exemplos acrescentados ao longo deste texto podem, no entanto, indiciar que, mais do que saber se está por cumprir integralmente a Constituição e o princípio constitucional da legalidade administrativa, interessa procurar saber se este diagnóstico não é revelador de uma marca genética da separação constitucional

<sup>106</sup> VOLKER RÖBEN, *Außenverfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, *passim*, e RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, *op. cit.*, pp. 507 e segs.

<sup>107</sup> PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, *op. cit.*, p. 1102.

de poderes que ameaça antes a percepção de (mais) um mito constitucional consuetudinário a propósito daquele princípio, cujo entendimento tradicional da nossa doutrina se encontra definitivamente posto em causa. Na resolução destes conflitos, não há soluções unilaterais apriorísticas que resolvam esta questão, colocada no cerne do próprio projeto constitucional liberal, mas revelam as *singularidades* de uma metódica jurídica administrativa em construção no quadro do princípio da separação de poderes que interessa continuar a prosseguir num contexto cada vez mais cosmopolita, complexo e muitas vezes multidirecional. Já se viu como mesmo o argumento em torno da eventual responsabilidade administrativa não é aqui decisivo, uma vez que os juristas, enquanto construtores de sentido, devem sempre preferir soluções de coerência jurídica primária em detrimento de soluções secundárias de responsabilidade esgrimidas *ad terrorem*<sup>108</sup>.

A definição administrativa do Direito aplicável não se pode converter num exercício dirigido a adivinhar as soluções dos tribunais, mesmo considerando o peso da jurisprudência na definição do Direito aplicável pela Administração Pública, como, por exemplo, se viu na solução do conflito de princípios entre a certeza e a segurança jurídicas e a constitucionalidade, na fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis – que nunca pode pretender definir as condições de vinculação administrativa ao Direito, como também se viu a propósito da crítica formulada ao referido acórdão *Fratelli Constanzo*.

A ilustração da consideração dos “poderes” e “fins” enumerados pelo n.º 1 do art. 3.º do novo CPA na vinculação administrativa à legalidade é também referida à questão que parece (erroneamente) identificada como dirigida à vinculação administrativa ao direito civil, mas que considera, precisamente, os limites da posição administrativa na vinculação ao Direito.

As pistas aqui prosseguidas implicam a adequada consideração dos desafios jurídicos metodológicos próprios do exercício da função administrativa no quadro do diálogo dos poderes separados pela Constituição. As propostas de reforma afirmadas, entre outras, alargando a legitimidade processual ativa da Administração ou, inclusivamente, aquelas avançadas sobre a participação administrativa na vinculação externa do Estado, procuram “apenas” uma mais perfeita determinação administrativa do Direito aplicável, em especial, na solução de conflitos e

---

<sup>108</sup> RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Fragmentação e a Constitucionalização*, op. cit., p. 287.

antinomias. A “navegação de um cosmos normativo” cada vez mais complexo – de origem nacional, europeia e internacional, administrativa e civil – ilustra aqui os complexos poderes de vinculação administrativa à legalidade, na prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos fundamentais, em especial do direito de propriedade dos terceiros afetados. Naturalmente, a complexificação das funções do Estado Social de Direito, mais ainda na sua permanente reinvenção, evidencia, cada vez mais, esta muito particular vinculação administrativa ao Direito. As soluções, por vezes contraditórias, encontradas revelam os desafios em geral deixados à metodologia jurídica *plural* em tempos de *indeterminação jurídica cosmopolita* a que também se sujeita a Administração Pública. Aliás, a consideração de muitos dos instrumentos hermenêuticos aqui afirmados, por exemplo, na solução administrativa de conflitos e antinomias normativas, nomeadamente na fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis, aponta para a integração de elementos novos, alguns “meramente” *de facto*, na argumentação jurídica, com consequências que ultrapassam este espaço.

## 5. Conclusão

As pistas aqui lançadas procuram não abandonar a função administrativa na interceção com a crescente abertura, complexidade e indeterminação do sistema de fontes de Direito, ao cuidado de um *niilismo* hermenêutico que converta o exercício do poder público administrativo em mero *decisionismo*. Se, como se afirmou, o *princípio da separação de poderes* é o ponto de partida para a caracterização das especificidades metodológicas próprias de cada função estadual, é o particular sistema de equilíbrios criado que se constituiu como decisiva *norma de competência* a partir da qual se podem construir as condições, mesmo que variáveis, de cumprimento do princípio da sujeição da atividade administrativa ao Direito.

Esta vinculação, nos termos do n.º 1 do art. 3.º do novo CPA, feita ao “*direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins*”, integra já as especificidades metodológicas colocadas aos órgãos administrativos na definição de uma cada vez mais complexa vinculação a um cada vez mais complexo mundo jurídico. A abertura do sistema de fontes de direito administrativo junta, necessariamente, à cada vez mais rica normatividade também o “Direito” cada vez mais complexo e sofisticado. Na verdade, a Constituição nunca escondeu as especificidades da atividade administrativa, metodologica-

mente significativas, naturalmente – o n.º 1 do art. 266.º inaugura a referência constitucional à “Administração Pública” com a previsão de que esta “*visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*”. Esta dicotomia entre *interesse público* e *direitos dos cidadãos* revela uma tensão no exercício da atividade administrativa entre legalidade e interesse público que se viu ter sido remetida para o cumprimento do projeto constitucional liberal, e que não é decisiva na realização constitucional do Direito do *caminho* (método) do Direito pela função administrativa.

As consequências extraídas da reafirmação quotidiana das especificidades metodológicas da vinculação administrativa ao Direito estendem daqui às demais funções do Estado. Para a construção administrativa do direito administrativo, a evidência dos limites do *princípio da legalidade administrativa* face a uma perspectiva que orientou larga parte da construção do direito administrativo contemporâneo não pode deixar de ter consequências, desde a formação procedimental da vontade administrativa, passando pela posição processual afirmada na resolução de conflitos, bem como a intensidade de controlo, nomeadamente face ao exercício dos poderes discricionários. Em todos estes casos, apenas mais e melhor atenção às especificidades metodológicas da função administrativa permitem construir um diálogo jurídico politicamente significativo sob a Constituição. As consequências serão ainda mais interessantes para a construção da vinculação jurídica das demais funções do Estado, separadas pela Constituição, assim revalorizada como critério decisivo para a metodologia jurídica a partir, também aqui, dos respetivos “poderes” e “fins”, exemplo quotidiano da quebra hermenêutica da tradicional distinção metodológica “norma” e “facto”.