

—||—

Princípio da legalidade e boa administração: dificuldades e desafios

Princípio da legalidade e controle principialista da atividade administrativa

Num Estado de Direito, é afirmada a existência de um *princípio de legalidade da Administração Pública*. Como estabelece o artigo 266^º, da CRP, “os órgãos e agentes administrativos: estão subordinados à Constituição e à lei”. Ora, o princípio da legalidade administrativa é, hoje, associado a uma exigência de *prevalência de lei*, de modo com a qual o exercício de poderes por parte dos órgãos da Administração Pública — e entidades equiparadas para o efeito — depende da existência de uma base normativa, isto é, de uma fonte de direito, na qual, em última análise, radicarão os efeitos jurídicos produzidos⁽²⁸⁾.

guesa, de um *direito societário administrativo*, e, a propósito das empresas municipais, cf. PEDRO GONÇALVES, *Regime jurídico das empresas municipais*, Coimbra, 2007, pp. 192-195. Não podemos deixar, em todo o caso, de reconhecer, com o Autor (à pp. 415-417 da primeira das obras citadas), que, em termos gerais, não está assegurada, no nosso ordenamento jurídico, a existência de um regime geral que assegure, em termos de direito público, uma influência e controlo públicos sobre o que qualifica como entidades administrativas privadas — o que nos conforta no entendimento de que estas entidades não devem ser qualificadas como Administração Pública em sentido orgânico ou organizatório.

(28) V. J. O CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, 1986, pp. 297-298.

Significa isto que a lei não é apenas o limite, mas o pressuposto e o fundamento de toda a atividade administrativa, pelo que não existe Administração Pública, nem exercício da função administrativa, sem lei, sem norma legal que o fundamente. E isto, sem que se possa ou deva distinguir consoante as matérias ou domínios de atuação da Administração Pública.

No que se refere ao poder normativo da Administração, da consagração deste princípio parece resultar que, mesmo quando não se trate de dar execução ou de completar um ato legislativo anterior, mas de introduzir disciplina nova, regulando de início as relações sociais, as normas ditadas pela Administração, os *regulamentos*, devem ser precedidos de um ato legislativo, de uma norma legal de habilitação, que pelo menos fundamente “a competência objetiva e subjetiva” para a sua emissão — a seu tempo regressaremos ao tema (cfr. *infra*, n.ºs 33 e 34).

Já no que diz respeito às decisões concretas da Administração, os *atos administrativos*, deve entender-se que do mesmo princípio decorre uma *reserva absoluta de norma jurídica* e, portanto, um *princípio de precedência direta ou indireta de ato legislativo*. Isto significa que só podem ser tomadas decisões de autoridade correspondentes a tipos previstos em normas de Direito Administrativo: seja directamente em atos legislativos, seja em regulamentos, emanados pela própria Administração Pública, ao abrigo da Constituição e das leis ⁽²⁹⁾.

Coloca-se, entretanto, a questão de saber qual a densidade exigível às normas em que, de harmonia com o princípio da legalidade, deve fundar-se a emissão das decisões de autoridade da Administração Pública, designadamente quando directamente contendem com os direitos fundamentais dos particulares. E a questão coloca-se com cada vez maior acuidade, na medida em que, nos tempos de globalização em que vivemos, se tem vindo a assistir a um fenómeno de *progressiva erosão*, que resulta da tendencial redução da densidade do conteúdo da regulação normativa dos poderes de autoridade que a lei formalmente confere à Administração — com a concomitante atenuação da intensidade do controlo jurisdicional que pode ser exercido sobre os

⁽²⁹⁾ Cfr., por todos, SÁRVALO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual...*, pp. 284 segs.

atos jurídicos em que se concretiza o exercício desses poderes, na medida em que, como é sabido, a maior ou menor intensidade do controlo jurisdicional depende da maior ou menor densidade da regulação normativa.

A questão está longe de esgotar-se nesse plano, mas coloca-se com particular intensidade nos domínios da chamada *regulação administrativa* ⁽³⁰⁾, em que se assiste a um interessantíssimo fenómeno de convergência de um conjunto de tendências que, por serem directamente em causa os postulados em que assenta a afirmação do princípio da legalidade administrativa, constituem objeto privilegiado de análise.

10. Cumpre começar por referir que, tal como sucede noutros países europeus, também em Portugal a regulação administrativa é um fenómeno recente, mas em franca expansão. São hoje vários os setores em que, designadamente por impulso da União Europeia, foram, com efeito, instituídas entidades administrativas independentes do Governo, dotadas de poderes de regulação ⁽³¹⁾, e a doutrina vem dedicando ao

⁽³⁰⁾ O conceito de *regulação* não é entendido de modo unívoco na doutrina comparada. Ainda que, no entanto, nele se entenda incluir uma dimensão legislativa, consubstanciada nas normas legais instituidoras dos sistemas regulatórios públicos e disciplinadoras da atuação das entidades administrativas reguladoras e dos agentes por elas regulados, a *regulação administrativa* há de reportar-se à atividade que as entidades reguladoras desenvolvem no exercício das suas funções. Sobre estes conceitos, na doutrina portuguesa, cfr., por todos, VITAL MOREIRA, *Autorregulação profissional e Administração Pública*, Coimbra, 1997, pp. 34 segs., e “Regulação económica, concorrência e serviços de interesse geral”, in *Estudos de Regulação Pública*, vol. I, Coimbra, 2004, pp. 547 segs.; PEDRO GONÇALVES, “Direito Administrativo da Regulação”, publicado nos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. II, Coimbra, 2006, pp. 535 segs., e republicado no livro do mesmo Autor *Regulação, Eletronicidade e Telecomunicações — Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra, 2008, pp. 7 segs.

⁽³¹⁾ As principais manifestações do fenómeno, no ordenamento jurídico português, correspondem à regulação da concorrência pela Autoridade da Concorrência, do setor bancário pelo Banco de Portugal, das seguradoras pelo Instituto de Seguros de Portugal (ISP), do setor dos valores mobiliários pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), do setor da energia pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSF), do setor das comunicações e serviços postais pela Autoridade Nacional das Comunicações (ANACOM), do setor da água e dos resíduos pelo Instituto Regulador das Águas e Resíduos, do setor dos transportes ferroviários pelo Instituto Nacional do Transporte

tema uma atenção crescente ⁽³²⁾. Só há relativamente pouco tempo começou, no entanto, a desenhar-se, no panorama doutrinário português, a tentativa de estruturar um pensamento sistemático sobre o Direito Administrativo da Regulação, designadamente do ponto de vista da análise das especificidades com que, nesse domínio, se concretiza a aplicação dos conceitos e princípios enformadores da teoria geral do Direito Administrativo ⁽³³⁾.

Ora, para os efeitos que interessam à presente análise, os aspetos em que, a exemplo do que tem sucedido noutros países, também entre nós têm sido identificadas tendências específicas de evolução no domínio da regulação dizem, fundamentalmente, respeito à *retração do princípio da legalidade, à intensificação dos poderes inspetivos e sancionatórios e à atenuação do controlo jurisdicional* ⁽³⁴⁾.

Com efeito, se a diminuição da intensidade da disciplina legal dos poderes da Administração é, hoje, identificada pela doutrina como uma tendência de âmbito geral, a verdade é que o fenómeno avulta

Ferroviário, do setor da aviação civil pelo Instituto Nacional da Aviação Civil, do setor das obras públicas pelo Instituto dos Mercados das Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPP), do setor da saúde pela Entidade Reguladora da Saúde (ERS) e do setor da comunicação social pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC).

⁽³²⁾ Merece referência especial o trabalho que, no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tem sido desenvolvido pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE). Cf., por exemplo, VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades reguladoras independentes — Estudo e Projeto de Lei-Quatro*, Coimbra, 2003; *Estudos de Regulação Pública*, vol. I (coordenação de Vital Moreira), Coimbra, 2004; PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Elétrica e Telecomunicações — Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra, 2008; MARIA FERNANDA MAÇÃS, “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa* nº 58, pp. 21 segs.

⁽³³⁾ O mais consistente estudo orientado nesta perspetiva é o de PEDRO GONÇALVES, “Direito Administrativo da Regulação”, já atrás referenciado.

⁽³⁴⁾ Sem prejuízo de anteriores abordagens parcelares, são estes os aspetos com relevo para o objeto da nossa análise identificados por PEDRO GONÇALVES no seu citado estudo “Direito Administrativo da Regulação”, que acompanhamos de perto no subsequente trecho da exposição (as referências indicadas reportam-se à republicação incluída em PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Elétrica e Telecomunicações — Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, pp. 7 segs.).

com particular nitidez no domínio da regulação, em que, mais do que em nenhum outro, se multiplicam as manifestações de *autocontenção do legislador*, mediante as quais a lei tende a limitar-se a conferir às entidades reguladoras a *habilitação formal* para a emissão de regulamentos e mesmo para a prática de atos administrativos, sem se pronunciar sobre a substância dos poderes de autoridade que confere.

O ponto avulta, desde logo, no que respeita ao poder regulamentar. Com efeito, a generalidade dos regulamentos emanados pelas entidades reguladoras são *regulamentos independentes*, que introduzem disciplina inovadora sobre as matérias a que respeitam, sem se reportarem ao conteúdo de uma lei anterior, sendo apenas precedidos de uma pura *norma de produção normativa*, isto é, de uma lei que se limita a atribuir a competência objetiva e subjetiva para a sua emissão.

Mas também no que respeita à prática de atos administrativos, tem sido assinalada a tendência do legislador para se limitar “a definir os *objetivos públicos* e os *resultados* a atingir”, confiado às entidades reguladoras “uma ampla liberdade de escolha das medidas que, em concreto, se mostrem *adequadas, eficazes e eficientes* para a produção dos efeitos desejados”, com o que se abre espaço à adoção de *atos administrativos atípicos*, em relação aos quais a lei se limita a conferir a habilitação formal para a sua emissão, sem pré-determinar minimamente o respetivo conteúdo ⁽³⁵⁾.

Em contrapartida, são intensos os poderes que a lei confere às entidades reguladoras, designadamente poderes de inspeção, que compreendem a possibilidade de realizar buscas e apreender documentos nas instalações dos agentes regulados, e poderes sancionatórios, que envolvem o poder de aplicar sanções pecuniárias de montante extremamente elevado (e muito superior àquele que a lei, de um modo geral,

⁽³⁵⁾ Angurram-se, a este propósito, particularmente ilustrativos os exemplos apontados por PEDRO GONÇALVES, “Direito Administrativo da Regulação”, p. 45, do poder que a lei confere à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) de “adotar decisões em relação a uma entidade individualizada que prossiga atividades de comunicação social” e de “proceder à identificação dos poderes de influência sobre a opinião pública, na perspetiva da defesa do pluralismo e da diversidade, podendo adotar as medidas necessárias à sua salvaguarda”, e o poder da Autoridade Nacional das Comunicações (ANACOM) de “tomar as medidas adequadas e proporcionais” para garantir o cumprimento de certas obrigações por parte dos agentes regulados.

faz corresponder aos ilícitos administrativos cometidos nos demais setores de atividade), sanções acessórias, como a imposição da inibição do exercício de atividades, e sanções pecuniárias compulsórias.

Na prática, a propensão do legislador para a adoção de uma postura de autocontenção neste domínio tem conduzido, entretanto, a uma atenuação do controle jurisdicional. Na verdade, como a maior intensidade do controle jurisdicional depende da maior densidade da regulação normativa, quanto maior a abertura do quadro normativo, menos intensa é a vinculação das autoridades administrativas ao princípio da legalidade e, por conseguinte, mais rarefeito é o controle jurisdicional, à míngua de padrões suficientemente precisos de aferição da conformidade da atuação administrativa ⁽³⁶⁾.

II. É preocupante a vertigem com que, neste domínio, têm sido paulatinamente postos em causa os principais postulados em que assenta a afirmação do princípio da legalidade administrativa ⁽³⁷⁾. Não pode, na verdade, perder-se de vista que, num Estado de Direito, o pressuposto fundamental da própria admissibilidade do exercício de poderes de autoridade pelas autoridades públicas assenta na delicada conjugação de um conjunto de fatores, que, na exemplar síntese de *José Carlos Vieira de Andrade* ⁽³⁸⁾, podem ser enunciados do seguinte modo:

a) "Em primeiro lugar, a admissibilidade abstrata de uma posição de superioridade (nesse sentido, de autoridade) da Administração na sua relação com os cidadãos, determinando unilateralmente efeitos (ainda que desfavoráveis) na esfera jurídica deles, justifica-se, no

⁽³⁶⁾ Como reconhece FERNANDA MAÇÃS, *op. cit.*, p. 49, "as características mencionadas a propósito do direito que rege a atuação das autoridades reguladoras independentes [ARJI] não pode deixar de ter consequências no controle jurisdicional dos seus atos. A complexidade técnica e a indeterminação das normas e atos das ARI associadas à falta de preparação técnica dos magistrados contribui para que o controle judicial dos seus atos de autoridade se torne uma questão delicada e difícil, não permitindo em muitas situações senão um controle limitado ou atenuado".

⁽³⁷⁾ Cfr., designadamente, PEDRO GONÇALVES, *op. loc. cit.*; FERNANDA MAÇÃS, *op. cit.*, pp. 24-26.

⁽³⁸⁾ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, "Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de ato administrativo", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 1197.

sistema de administração executiva, pela circunstância de a atuação administrativa ser precedida de uma decisão legislativa substancial, isto é, de ser, genericamente, uma atividade de aplicação da lei. De facto, nos sistemas do continente europeu, a lei fixa previamente e em abstrato as condições de realização do interesse público, construindo assim, para a comunidade, uma caução de democraticidade e de racionalidade, e, para os cidadãos, uma garantia de previsibilidade e de segurança";

b) "Por outro lado, a admissibilidade do poder de decisão unilateral da Administração também se justifica pelo facto de a atividade administrativa estar sujeita a um controle judicial posteriorístico, garantido por um direito de impugnação dos cidadãos, que assegura o cumprimento das condições estabelecidas pela lei e, nos espaços discretionários, o respeito pelos princípios jurídicos que regem as atuações públicas";

c) Por último, impõe-se falar "da autolegitimação da Administração e da actividade administrativa: quer da legitimidade democrática própria que agora tem de reconhecer-se ao poder administrativo (indireta, nas administrações estraduais, direta, nas administrações autónomas), quer da legitimidade que resulta de procedimentos abertos à participação dos particulares interessados".

Ora, se bem se reparar, todos estes fatores são postos em causa no domínio da regulação administrativa. Senão, vejamos.

a) Em primeiro lugar, e mercê da mencionada propensão do legislador para a adoção de uma postura de autocontenção, mediante a qual se demite das suas responsabilidades do ponto de vista da regulação mínima dos aspetos substantivos do exercício dos poderes de autoridade das entidades reguladoras, falece "a caução de democraticidade e de racionalidade, e, para os cidadãos, a garantia de previsibilidade e de segurança", que, num Estado de Direito, deveria resultar da "circunstância de a atuação administrativa ser precedida de uma decisão legislativa substancial, isto é, de ser, genericamente, uma atividade de aplicação da lei" — circunstância tanto mais gravosa dada a intensi-

dade dos poderes inspetivos e sancionatórios que, como vimos, são atribuídos às entidades reguladoras.

b) Como já foi explicado, esta circunstância fragiliza a sujeição da atuação das entidades reguladoras a um efetivo controle jurisdicional posteriorístico. Como, na verdade, já atrás foi recordado, a maior intensidade do controle jurisdicional depende da maior densidade da regulação normativa, na medida em que, quanto maior a abertura do quadro normativo, mais rarefeito se torna o controle jurisdicional, à margem de padrões suficientemente precisos para aferir da conformidade da atuação administrativa.

c) Por outro lado, a tendência para a atenuação do princípio da legalidade no domínio da regulação administrativa reveste-se de tanto maior gravidade na medida em que a maior parte das entidades reguladoras independentes não gozam da autolegitimação que, de um modo ou de outro, resulta, para as autoridades administrativas clássicas, da legitimidade democrática de que, direta ou indiretamente, elas são investidas. Esse é, na verdade, o preço do fenómeno de *desgovernmentalização*, que está associado à maior parte das formas de regulação administrativa e que assenta numa *lógica de separação entre política e administração* ⁽³⁹⁾, que, inspirada pelo propósito de obter uma administração assética, neutra, quimicamente pura, de base técnica, cuja competência e profissionalismo seriam o fundamento da sua própria autolegitimação, tem vindo a proliferar nas sociedades ocidentais, em que a política está desacreditada e o mercado tem sido o Alfa e o Ómega.

Tem, na verdade, prevalecido na doutrina, neste domínio, o discurso de que o poder político se deve confinar à identificação dos fins e objetivos da ação pública, deixando para a competência dos tecnocratas a concretização e a prossecução desses fins. Não pode, porém, esquecer-se que a concretização dos fins, quando envolve o exercício de poderes de autoridade, designadamente no domínio da prática de atos

⁽³⁹⁾ Sobre este ponto, na doutrina portuguesa, veja-se ainda PEDRO GONÇALVES, "Direito Administrativo da Regulação", pp. 26 segs.

impositivos e sancionatórios, é criação de Direito, que, num Estado de Direito democrático, não pode deixar, em última análise, de encontrar a sua legitimação, ainda que indireta, na sede do poder, que reside no Povo.

12. Como já foi assinalado, os problemas decorrentes do fenómeno da crescente indeterminação do conteúdo das normas que disciplinam o exercício dos poderes da Administração Pública não se colocam apenas no plano da regulação administrativa, embora, nesse domínio, apresentem especificidades que, como vimos, lhes conferem maior acuidade. E, a nosso ver, são o resultado da influência que, nos tempos de globalização em que vivemos, o Direito anglo-saxónico tem exercido sobre o Direito Administrativo da tradição europeia continental, transformando-o quanto a alguns dos seus traços identitários. Senão, vejamos.

Como muito pertinentemente fez, entre nós, notar Paulo Otero, o "milagre", de que falava Prosper Weil, do surgimento do Direito Administrativo, tal como o entendemos durante parte significativa do século XX, foi o resultado de um fenómeno muito particular, e historicamente condicionado, de construção jurisprudencial pretoriana, pelo Conselho de Estado francês, de todo um corpo de regras, que, na prática, transformaram o que, à partida, seria o ramo de Direito dos privados da Administração Pública num ramo de Direito (também) dos deveres específicos da Administração Pública e dos correspondentes direitos dos administrados. Ao longo das últimas décadas, contudo, tem-se assistido a um retrocesso nesta matéria, que, em bom rigor, se consubstancia num paulatino *regresso* da Administração Pública aos tempos que precederam a sua subordinação a regras impositivas de deveres específicos ⁽⁴⁰⁾. → *desregulação da administração pública*

Ora, a nosso ver, para isso tem contribuído o fenómeno da globalização, que, neste domínio, tem conduzido a uma dinâmica de confluência com o Direito anglo-saxónico, que, na transição do século XIX para o século XX, não conheceu o Direito Administrativo, tal como

⁽⁴⁰⁾ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 275 segs.

nós os entendemos, nem instituiu um sistema de controlo substantivo da observância de um tal Direito.

Como, na verdade, fez, entre nós, notar *Rogério Ehrhardt Soares* de modo exemplar, a tradição europeia continental do Direito Administrativo caracterizou-se, entre outros aspectos, pela subordinação da Administração Pública a regras substantivas densificadas e a uma fiscalização progressivamente mais exigente da observância dessas regras por tribunais especializados, que, tendo nascido da própria estrutura da Administração Pública, desenvolveram técnicas específicas para aprofundar o controlo da substância das decisões administrativas. Pelo contrário, a tradição do Direito anglo-saxónico caracterizou-se, entre outros aspectos, pela ausência de regras substantivas densificadas e de técnicas de controlo aprofundado da substância das decisões administrativas, a cargo de tribunais especializados — o que, no mundo anglo-saxónico, de algum modo se procurou compensar através da valorização do direito das formas, da procedimentalização da atividade administrativa e da afirmação da legitimização do *decision making process* da Administração Pública através da publicidade e da participação dos cidadãos.⁽⁴¹⁾

Ora, o que, ao longo das últimas décadas, tem sucedido com o Direito Administrativo europeu continental é que ele tem evoluído num sentido de convergência com o modelo anglo-saxónico, que, naturalmente, se evidencia no âmbito da regulação administrativa, que resulta precisamente da adoção do modelo norte-americano das *agencies*, mas, como já foi dito, nele não se esgota.

13. Em nossa opinião, sobre os cultores do Direito Administrativo impende o imperativo ético de exigirem do legislador um esforço no sentido da maior densificação das normas disciplinadoras do exercício dos poderes da Administração, pelo menos nos domínios em que esses poderes são mais intensos e contendem com valores fundamentais e, em particular, com o conteúdo essencial de direitos, liberdades e

garantias, domínio em que se deve mesmo entender que a abertura das normas deve ser reduzida a um *“mínimo incompressível”*, com a inerente compressão dos poderes discricionários da Administração e o concomitante reforço da efetividade do controlo jurisdicional⁽⁴²⁾.

Por outro lado, o fenómeno da crescente indeterminação do conteúdo das normas que procedem à identificação dos pressupostos de que depende o exercício dos poderes da Administração Pública coloca o intérprete e aplicador das normas perante o desafio de lançar mão de novos instrumentos e desenvolver técnicas mais apuradas, no sentido de aprofundar o controlo jurisdicional sobre os atos que exprimem o exercício de poderes cada vez mais discricionários da Administração.

Na síntese feliz de *Fernanda Macãs*, “o aparecimento das autoridades reguladoras independentes veio acentuar as críticas e fortalecer as vozes daqueles que apontam o direito administrativo clássico como um obstáculo à eficiência e racionalidade da atuação da Administração Pública. Em nome do interesse público, verifica-se uma tendência para privilegiar a eficácia e a funcionalidade, assistindo-se não só à deriva generalizada para o direito privado, o que coloca questões relevantes no plano da tutela dos direitos fundamentais e das garantias procedimentais, mas também à reivindicação de um direito administrativo que se afasta do clássico. Em nome da operacionalidade e da eficácia, fala-se de um direito público especial que mantém as prerrogativas de autoridade, mas requer flexibilidade, celeridade e espaço para o consenso e a concertação. Trata-se de um direito caracterizado pelo apagamento da racionalidade jurídica em favor da racionalidade funcional e técnica, o que significa, em última instância, o privilegiar da eficácia em detrimento das garantias inerentes ao Estado de direito”⁽⁴³⁾.

É a esta nova realidade que o intérprete e aplicador das normas deve procurar responder, desenvolvendo os instrumentos e técnicas adequados para evitar que o Direito fique à margem da evolução. No debate que, na doutrina comparada, tem sido travado em torno da

⁽⁴¹⁾ Cf. *ROGÉRIO EHRHARDT SOARES*, “A propósito dum projeto legislativo: o chamado Código de Processo Administrativo Gracioso”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência* n.º 3699, pp. 177 segs..

⁽⁴²⁾ Cf. *SÉRVULO CORREIA*, *Legalidade e autonomia contratual...*, pp. 335-340. Cf. também *VLIRA DE ANDRADE*, “O ordenamento jurídico administrativo português”, in *Contencioso Administrativo*, Braga, 1986, pp. 38-40.

⁽⁴³⁾ Cf. *FERNANDA MACÃS*, *op. cit.*, p. 48.

questão da intensidade de controlo jurisdicional no domínio específico da regulação administrativa, tem sido defendida a necessidade de reforçar o controlo nesse domínio ⁽⁴⁴⁾. Como tem defendido a melhor doutrina, não nos parece, no entanto, que a questão da intensidade do controlo jurisdicional se coloque, no domínio da regulação administrativa, em moldes qualitativamente diferentes daqueles em que se coloca noutros domínios, em que, ainda que em menor grau, também se tem assistido, como já foi notado, a uma evolução marcada pela crescente abertura do quadro normativo, com concomitante atribuição às autoridades administrativas de amplos poderes de apreciação próprios. Os novos tempos exigem, por isso, em termos gerais, um esforço no sentido do aprofundamento do controlo jurisdicional dos poderes discricionários da Administração Pública.

Como já há mais de trinta anos fazia notar Rogério Ehrhardt Soares, em texto precursor na doutrina portuguesa ⁽⁴⁵⁾, as profundas transformações pelas quais passou o Direito Administrativo desde meados do século passado constituem “um desafio à ciência do Direito Administrativo para que ela encontre a possibilidade de converter os velhos esquemas às exigências atuais: Mas muito mais do que isso: para que tenha a ousadia de procurar novos meios, que hoje devem dirigir-se fundamentalmente à garantia do cidadão em face dum Administrador desejoso de compensar o cansaço de encargos diariamente acrescentados com uma liberdade e indiscutibilidade dos seus comportamentos”.

Ora, o caminho que, neste contexto, o ilustre Autor aponta é o de que, como os novos tempos não se compadecem com a “sobrevivência dum preocupação positivista”, apenas concebível num “quadro de Estado estável e comprimido nas suas intenções perante uma sociedade estável no seu equilíbrio económico”, “a ordenação da sociedade num constante devir reclama a comunicação mais profunda com a ideia de Direito que salve o homem cercado pela inundação de prin-

⁽⁴⁴⁾ Também há, por outro lado, quem sustente que ele deve ser atenuado. Como facilmente se compreende pelo contexto da exposição, tal entendimento parece-nos inteiramente inaceitável. Para a respetiva crítica, cfr. PEDRO GONÇALVES, “Direito Administrativo da Regulação”, p. 61.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo*, lições polícopiadas ministradas no Curso de Direito no Porto da Universidade Católica Portuguesa, s/d, n.º 19.

cípios de simples oportunidade técnica”. Perante a crescente abertura dos quadros normativos que conferem poderes à Administração Pública, há, assim, que zelar por “manter vivos princípios fundamentais que se impõem à Administração e garantem que a maior liberdade, de que tem de dispor por força da natureza das coisas, não se transforme em atropelo do direito”.

Neste quadro de ideias, “o que está agora em causa não é a manifestação da dependência umbilical da Administração à lei, nos esquemas do princípio do século [XX]; mais importante é postular uma subordinação da Administração ao Direito”, de acordo com uma visão *principlista*, que “exige da parte da doutrina uma sensibilidade mais aguda e disposição para não se comprometer com soluções geométricas; e pede à jurisprudência a coragem de tomar decisões sem o arrimo total num preceito jurídico legislado, que aplique como receita de farmácia; mas, ao mesmo tempo, a humildade de reconhecer que, ao seu lado, a Administração é também um poder a quem igualmente cabe uma parte importante da realização da ideia de Direito” ⁽⁴⁶⁾.

Na verdade, cumpre reconhecer que, embora tributários do modelo garantístico perante a Administração Pública herdado do Estado liberal, textos constitucionais como o nosso procuram a síntese com novas exigências de programas legislativos de intervenção administrativa em matéria económica e social, que não se compadecem com defunções rígidas por parte da lei e antes exigem a atribuição à Administração Pública da tarefa de as otimizar, para o que se torna necessário reconhecer-lhe um espaço próprio de autonomia, mediante o qual ela estabeleça uma relação funcional, que não estritamente formal, com a lei.

A questão que se coloca é, pois, a de determinar a justa medida a que deve corresponder esse espaço próprio de autonomia da Administração Pública. Ora, o caminho parece dever passar, em primeiro lugar, pela redução da discricionariedade administrativa às devidas

⁽⁴⁶⁾ Todas as citações são extraídas do texto de EHRHARDT SOARES, *op. cit.*, n.º 19. Na doutrina mais recente, assinalando também que o fenómeno de erosão do princípio da legalidade conduza a uma transfiguração material da legalidade, conducente à afirmação de uma “normatividade principlista”, cfr. PAULO OTRO, *op. cit.*, pp. 152 sgs. e 162 sgs.

proporções e, por outro lado, pela intensificação do controle da observância pela Administração Pública de um elenco de princípios jurídicos de conteúdo cada vez mais densificado e exigente.

No primeiro dos planos referidos, há, na verdade, que começar, a nosso ver, por limitar o âmbito da chamada *discricionabilidade técnica*, em nome da qual os nossos tribunais administrativos tradicionalmente se furtam ao dever que se lhes impõe e deles deve ser veementemente exigido de, recorrendo à prova pericial, sindicarem os juízos técnicos da Administração que, por não envolverem prerrogativas de avaliação valorativa ou de prognose, não exprimam o exercício de verdadeiro poder discricionário⁽⁴⁷⁾.

Por outro lado, como tem defendido *Diogo Freitas do Amaral*, “a única forma ampla e eficaz de criar condições para um controle efetivo do exercício do poder discricionário da Administração está no aumento do número de vinculações legais, isto é, de aspetos vinculados, no exercício de poderes administrativos”. Neste plano, o caminho passa, pois, por “sujeitar progressivamente novos aspetos da atividade da Administração a princípios e critérios jurídicos que a vinculem, de tal modo que os tribunais os possam abranger — sem qualquer entorse ao princípio da separação de poderes — no âmbito de um normal controlo jurisdicional de legalidade”⁽⁴⁸⁾.

Ao longo das últimas décadas, o ordenamento jurídico português deu importantes passos neste sentido, ao reconhecer que a justiça e os seus corolários não são critérios de mérito, mas padrões de juridicidade da atuação administrativa⁽⁴⁹⁾. Há, pois, que aprofundar esse caminho, investindo um esforço crescente na concretização das exigências que, em cada caso, para a Administração Pública decorrem do princípio da justiça e dos seus corolários, consagrados no n.º 2 do artigo 266.º da

⁽⁴⁷⁾ Para a correta colocação da questão nestes termos, cf. SÉRVULO CORRÊA, “Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 70, p. 38.

⁽⁴⁸⁾ Cf. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, vol. II, pp. 115-116.

⁽⁴⁹⁾ Sobre este ponto, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, “A evolução do Direito Administrativo em Portugal nos últimos 10 anos”, in *Contencioso Administrativo*, Braga, 1986, pp. 10 segs., e *Curso...*, vol. II, pp. 109-111.

CRP — sendo que, de entre eles, o *princípio da proporcionalidade* é, claramente, aquele que apresenta maior capacidade expansiva.

A nosso ver, um ordenamento jurídico em que é reconhecida a força suprema da Constituição e a aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias é, na verdade, incompatível com um modelo de Administração Pública poderosa e incontrolada, em que quadros normativos tendencialmente abertos investem a Administração Pública na titularidade de poderes mais vastos e incisivos do que nunca de intervenção e conformação da vida dos cidadãos, sem que, em contraponto, se reconheça e imponha com toda a veemência aos tribunais administrativos o poder e o dever de imputarem o máximo alcance prático possível, em função das circunstâncias de cada caso concreto, aos princípios jurídicos conformadores da atuação administrativa, em particular nos domínios em que disso dependa a efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos: em prol de uma *boa administração*.

2. Princípio da legalidade e boa administração

Em estreita conexão com a questão abordada no ponto anterior está a análise do conceito de *boa administração*. Vejamos em que termos.

1. Conceito tradicional de boa administração

14. O conceito de *boa administração* tem tradição no nosso panorama doutrinário⁽⁵⁰⁾. Em tempos recentes, a elaboração, entre nós, do conceito tem sido, sobretudo, tributária da doutrina italiana⁽⁵¹⁾. O que não surpreende. Com efeito, a doutrina italiana tem sido aquela

⁽⁵⁰⁾ Para a sua circunstanciada caracterização, cf., por todos, РОГЭРИО ВЕННАРДТ SOARES, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, designadamente a pp. 179 segs.

⁽⁵¹⁾ Veja-se a marcada influência da doutrina italiana, não só na obra citada na nota anterior, mas também nas obras gerais que, mais recentemente, se têm debruçado sobre o tema, como, por exemplo, a de RAULIO ORERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo*, vol. II, Lisboa, 1995, designadamente a pp. 638 segs.

que, no conjunto dos países europeus, maior atenção tem dedicado ao tema⁽⁵²⁾.

A elaboração do conceito tem assentado na clássica contraposição entre legalidade e mérito e, nessa perspetiva, na configuração da boa administração como um *dever* que se concretiza na observância de parâmetros de natureza extrajurídica — as chamadas *regras* ou *princípios de boa administração*⁽⁵³⁾.

O conteúdo do conceito é, assim, associado à ideia de que a Administração Pública tem o dever de prosseguir sempre da melhor maneira possível o interesse público, a satisfação das necessidades coletivas possí-
veis a seu cargo⁽⁵⁴⁾, adotando, para o efeito, as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro)⁽⁵⁵⁾.

A ideia de boa administração tem sido, por isso, associada à ideia de eficácia e eficiência da Administração Pública⁽⁵⁶⁾. Neste sentido, define-se o dever de boa administração como o “dever de a Administração prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível”⁽⁵⁷⁾ — e até se fala, indiferenciadamente, num *princípio da boa administração, do mérito ou da eficiência*⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵²⁾ Cfr., por todos, GIUNDO CORSO, “Le norme costituzionali sull’organizzazione” e WALDEMARO MORGESI, “Buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione: considerazioni in ordine al controllo dell’azione amministrativa”, ambos in *La pubblica amministrazione nella Costituzione — Riflessioni e indicazioni di riforma*, Milão, 1995. O conceito de boa administração já é desde há muito objeto de atenta elaboração doutrinária: cfr., por exemplo, o clássico escrito de RAFAELE RUSSA, “L’onere di buona amministrazione”, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Pádua, 1940, pp. 103 segs.

⁽⁵³⁾ Cfr., por todos, ВИРНАРДТ СОАРЭС, *op. cit.*, designadamente a pp. 201 segs.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. FAIZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milão, 1953, p. 128; entre nós, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, 2ª ed., Lisboa, 2006, p. 205.

⁽⁵⁵⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2ª ed., Coimbra, 2011, p. 46.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., entre tantos, BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milão, 1969, pp. 79 segs.; TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milão, 1974, pp. 119 segs.

⁽⁵⁷⁾ FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 46.

⁽⁵⁸⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa, 1999, p. 114.

O conceito de *boa administração* surge, pois, neste contexto, associado à afirmação de um *princípio* ou de um *dever*, a cargo da Administração Pública, que se caracteriza por possuir um conteúdo vago e flexível, de contornos imprecisos, a partir da ideia de que a atividade administrativa deve traduzir-se em atos cujo conteúdo seja também inspirado pela necessidade de satisfazer da forma mais expedita e racional possível o interesse público constitucional e legalmente fixado⁽⁵⁹⁾; e por ser “uma situação ativa a que não corresponde nenhuma situação passiva”, um “dever em sentido estrito”, de caráter *objetivo*, na medida em que ao dever de boa administração que é posto a cargo das entidades públicas não correspondem situações jurídicas subjetivas na esfera jurídica de eventuais interessados⁽⁶⁰⁾ — numa palavra: por ser um *dever objetivo*, a que não corresponde qualquer direito subjetivo⁽⁶¹⁾.

2. Conceito de boa administração no âmbito do Direito da União Europeia

15. O conceito de *boa administração* tem sido, entretanto, objeto, designadamente no âmbito do Direito da União Europeia, de uma abordagem que se afasta daquela de que, em termos necessariamente sintéticos, se acaba de dar conta e que, ao que julgamos, não tem tido o devido eco na doutrina administrativa portuguesa.

Essa abordagem parte da afirmação da *boa administração* como um *valor jurídico* e, portanto, da assunção de uma *conceção jurídica* da ideia de *boa administração* e veio a culminar no artigo 41º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em cuja epígrafe se faz referência a um *direito à boa administração* dos cidadãos europeus perante a Administração da União.

O conteúdo deste artigo da Carta foi deduzido do *case law* do Tribunal de Justiça em torno de alguns dos princípios que, ao longo do tempo, aquele tribunal foi qualificando como *princípios de boa administração* e

⁽⁵⁹⁾ FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 46.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. ainda ВИРНАРДТ СОАРЭС, *op. cit.*, pp. 179 segs.

⁽⁶¹⁾ Este ponto foi, designadamente, assinalado, no âmbito de uma Conferência Europeia organizada pelo Conselho da Europa, em Varsóvia, em dezembro de 2003, por PIERRE BUDOVICZ, no seu relatório geral sobre “Le droit à une bonne administration”, a p. 131 das Atas da Conferência (versão francesa).

concretiza-se na consagração de um direito dos cidadãos europeus à tomada de decisões imparciais, equitativas e em prazo razoável por parte dos órgãos da União, do direito à informação e audiência prévia no âmbito dos procedimentos e no direito à fundamentação das decisões⁽⁶²⁾.

Ainda no âmbito do Direito da União Europeia, o Tratado de Maastricht tinha, entretanto, instituído a figura do Provedor de Justiça Europeu, com o assumido propósito de combater a *má administração* (*maladministration*) no âmbito da atividade das instituições e organismos comunitários. E o artigo 43º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também consagrou o direito dos cidadãos europeus de apresentarem petições ao Provedor de Justiça Europeu, respeitantes a casos de *má administração*.

Desde o início de funções do Provedor Europeu, colocou-se a questão de saber qual o sentido e alcance do conceito de *má administração*, para o efeito de se delimitar o campo de intervenção do Provedor, na sua função de dar resposta às queixas que lhe sejam dirigidas. No Relatório Anual que apresentou ao Parlamento Europeu em 1997, o primeiro titular do cargo, *Jacob Söderman*, propôs a seguinte definição: "A má administração ocorre quando um organismo público não atua em conformidade com uma regra ou princípio a que está vinculado". E explicou: "A legislação é o ponto de partida da atividade de todas as instituições e organismos criados pelos Tratados europeus ou ao abrigo destes. Como sublinhou o Tribunal de Justiça em numerosas ocasiões, a Comunidade Europeia é uma Comunidade de direito. Por conseguinte, quando o Provedor de Justiça Europeu procede a um inquérito para apurar se uma instituição ou organismo comunitário atuou em conformidade com as normas e princípios a que está vinculado, a sua tarefa fundamental consiste em determinar se atuou de harmonia com o direito comunitário"⁽⁶³⁾. A definição foi aprovada pelo Parlamento Europeu.

⁽⁶²⁾ Cfr. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 15.10.1987, Proc. 222/86, *Colect.* 1987, p. 4097; de 18.10.1989, Proc. 374/87, *Colect.* 1989, p. 3283; de 21.11.1991, Proc. C-269/90, *Colect.* 1991, I-5469; e de 31.3.1992, Proc. C-255/90, *Colect.* 1992, I-2253.

⁽⁶³⁾ O Provedor Europeu já anteriormente tinha expresso o entendimento de que "existe má administração quando uma instituição ou organismo da Comunidade não atua de acordo com o Tratado e os atos da Comunidade que o vinculam ou não observa as

Por outro lado, o Provedor Europeu defendeu, no mesmo Relatório, que a questão de saber o que constitui, na prática, má administração pode ser esclarecida "mediante a adoção de uma lei ou de um código de conduta referente à boa prática administrativa, como acontece em muitos Estados-Membros". E exprimiu a opinião de que "a publicação de um código de boa prática administrativa permitiria informar os funcionários sobre os serviços que devem prestar e os cidadãos sobre os direitos que lhes assistem. Esta medida contribuiria para melhorar a qualidade do trabalho administrativo e as relações com os cidadãos".

Na sequência disto, o Provedor de Justiça Europeu procedeu à elaboração de um Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, com o assumido propósito de compilar as principais regras e princípios cuja infração deve ser qualificada como *má administração*, para o efeito de habilitar os eventuais interessados à apresentação de uma queixa junto do Provedor de Justiça Europeu, tendo esclarecido, a propósito, que "os funcionários que o sigam poderão estar seguros de que evitarão instâncias de má administração".

O Código consagra princípios como os da legalidade (artigo 4º), igualdade (ou ausência de discriminação: artigo 5º), proporcionalidade (artigo 6º), vinculação ao fim legal (ou ausência de abuso de poder: artigo 7º), imparcialidade e independência (artigo 8º), objectividade (artigo 9º), protecção da confiança e colaboração com os particulares (ou respeito pelas expectativas legítimas, coerência e consultoria: artigo 10º), justiça (artigo 11º) e cortesia (artigo 12º); direitos como os de participação e audiência (direito a ser ouvido e prestar declarações: artigo 16º), à notificação das decisões (artigo 20º) e à informação (artigo 22º) e consulta de documentos (artigo 23º); e deveres como os de adotar as decisões dentro dos prazos (artigo 17º), de indicar a respetiva fundamentação (artigo 18º) e as vias de impugnação a que podem

regras e princípios jurídicos estabelecidos pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância", manifestando a convicção de que "a jurisprudência dos tribunais do Luxemburgo e a literatura do Direito Administrativo Europeu, assim como ao nível nacional, hão de guiar com segurança o navio do Provedor pelo mar revolto da boa e má administração". cfr. SÖDERMAN, "A thousand and one complaints: the European Ombudsman en Route", *European Public Law*, vol. 3, p. 354.

ser submetidas (artigo 19^o), e de privacidade na manipulação de dados pessoais (proteção de dados: artigo 21^o).

3. *Apreciação crítica*

16. Como se pode verificar, a utilização que, designadamente ao nível do Direito da União Europeia, tem sido dada aos conceitos de *boa e má administração*, nos moldes que, em termos sempre sintéticos, se acabam de descrever, atribui-lhes um sentido e alcance que se afasta do modo tradicional como, designadamente entre nós, tem sido concebido o dever de boa administração a cargo das entidades públicas.

Com efeito, trata-se, no essencial, de configurar a *boa administração* como um *dever jurídico* que se concretiza na observância de parâmetros de natureza jurídica, de *regras* ou *princípios jurídicos*, com o que o conceito de *boa administração* vem a ser utilizado como uma *fórmula de síntese*, sob a capa da qual se reúne um conjunto de regras e princípios de indiscutível natureza jurídica, dos quais resultam deveres jurídicos perfeitos, cujo cumprimento pode ser exigido perante os tribunais, e que, de um modo geral, se encontram consagrados na legislação interna dos Estados europeus mais avançados (64).

17. Isto afigura-se, desde logo, evidente relativamente ao artigo 41^o da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo conteúdo se concretiza, como já foi referido, na consagração do direito dos cidadãos europeus à tomada de decisões imparciais, equitativas e em prazo razoável por parte dos órgãos da União, do direito à informação e audiência prévia no âmbito dos procedimentos que por eles são conduzidos e do direito à fundamentação das decisões que são tomadas no âmbito desses procedimentos.

(64) O ponto foi claramente assumido, tanto, por LEON KIRES, na sua intervenção "Les fondements du droit à une bonne administration", a p. 15 das Atas da já citada Conferência de Varsóvia (versão francesa), como por THEODOR FORTSAKIS, na sua intervenção "Les principes gouvernant une bonne administration", a p. 34 das mesmas Atas, onde se refere ao "direito a uma boa administração" como "um teto sob o qual são juntas regras dispersas, reunidas na base da ideia comum que as inspira" e que é a da proteção (designadamente, ao nível judicial) dos cidadãos perante a Administração.

Com efeito, os deveres que, neste artigo, são impostos aos órgãos comunitários são *deveres jurídicos*, que, aliás, correspondem a direitos daqueles que se encontrem em posição de exigir o respetivo cumprimento. Deduzidos, como foi referido, a partir do *case law* do Tribunal de Justiça, apenas recolhem alguns dos princípios que, ao longo do tempo, aquele tribunal foi qualificando como *princípios de boa administração*. (65) — aqueles que se terá entendido serem dotados de uma *maior densidade jurídica*, no conjunto de uma jurisprudência pretoriana, que tem, por vezes, avançado para aspetos que ultrapassam as fronteiras do estritamente jurídico (66). Por isso mesmo, trata-se, no essencial, de deveres que, de um modo geral, se encontram consagrados, na ordem interna dos Estados membros da União, como deveres jurídicos que se impõem às respetivas Administrações (67) e podem ser objeto de tutela judicial.

A nosso ver, a análise do artigo 41^o da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia justifica, entretanto, a formulação de duas ordens de observações.

a) A primeira, de sentido positivo, para assinalar a relevância de que, do ponto de vista jurídico-comunitário, se revestiu a inclusão deste artigo na Carta. Num plano mais geral de análise, porque se trata de reconhecer direito de cidadania, no plano da sua afirmação como parte integrante do património jus-fundamental europeu, a um conjunto de direitos de que os cidadãos são especificamente titulares

(65) Cf. também KIARA KANSKA, "Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights", *European Law Journal*, vol. 10 (2004), p. 304, e pp. 299-300, onde faz notar que o conceito de boa administração do artigo 41^o da Carta se funda no princípio da legalidade (*rule of law*), invocando, a propósito, o seguinte passo das Explicações (*Explanations*) sobre o texto da Carta que foram apresentadas pelo *Præsidium*: "O artigo 41^o é baseado na existência de uma Comunidade sujeita ao princípio da legalidade (*rule of law*), cujas características foram desenvolvidas no *case law* que consagrou *inter alia* o princípio de boa administração".

(66) Cf., por exemplo, as referências em JULI PONCE SOLÍS, *Dever de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Madrid, 2001, pp. 143-146.

(67) Neste sentido, escreve KIARA KANSKA, *op. cit.*, p. 307, que "o direito à boa administração é uma compilação de princípios desenvolvidos pelos Estados membros e talhado medida das necessidades da Comunidade".

no âmbito das suas relações com a Administração Pública e que, deste modo, são definitivamente elevados, no panorama jurídico europeu, ao estatuto de direitos fundamentais — o que, na doutrina, já levou a que fossem qualificados como uma nova categoria de direitos fundamentais, os *direitos humanos administrativos*, por “fazerem parte de uma nova dimensão da cidadania”, acrescentando uma nova dimensão (supranacional) à noção de cidadania europeia introduzida pelo Tratado de Maastricht⁽⁶⁸⁾.

Num plano já mais concreto de análise, merece ser sublinhada a circunstância de, no artigo 41º, n.º 1, se consagrarem como direitos fundamentais e, portanto, *trazizem para a linguagem dos direitos dos cidadãos*⁽⁶⁹⁾ os valores da imparcialidade, da justiça e da observância de um prazo razoável, por parte da Administração, na tomada das decisões — o que, do ponto de vista do nosso próprio quadro constitucional interno, não deixa de constituir um avanço e, portanto, um alargamento do catálogo dos direitos fundamentais perante a Administração.

No que se refere aos restantes direitos consagrados no artigo ora em análise, no essencial, eles encontram correspondência, no plano do nosso direito interno, no artigo 268º, da CRP, que os consagra como direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Merece, ser, no entanto, sublinhada a expressa consagração como direito fundamental, no artigo 41º, n.º 2, do direito à audiência prévia — o que, com a extensão que lhe é dada, constitui uma novidade, mesmo em relação ao *case law* do Tribunal de Justiça⁽⁷⁰⁾. Como é sabido, este direito não se encontra expressamente consagrado, enquanto tal, na CRP — razão pela qual não tem sido reconhecido, pela jurisprudência, como um direito fundamental, cuja preferência implique a nulidade das decisões que venham a ser tomadas. O artigo 41º, n.º 2, da Carta poderá impulsionar uma evolução nesta matéria.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. ainda KLARA KANSKA, *op. cit.*, pp. 302-303.

⁽⁶⁹⁾ Para utilizar a expressão de Eduardo García de Enterría, importada da intervenção de ENRIQUE MÚGICA HERRZOG in *Ombudsman — Novas Competências, Novas Funções — VII Congresso Anual da Federação Iberoamericana de Ombudsmen*, Lisboa, 2002, p. 112.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 315.

b) A segunda ordem de considerações, já de sentido negativo, prende-se, entretanto, com a referência que, na epígrafe do artigo, é feita a um *pretense direito à boa administração*. A nosso ver, esta referência deve ser, na verdade, desvalorizada, por possuir um sentido e alcance político, e não propriamente técnico-jurídico.

Com efeito, não se vê, desde logo, que haja necessidade ou conveniência, de um ponto de vista estritamente técnico-jurídico, em articular sob uma única designação e, portanto, conglobar artificialmente num único pretense (super)direito, os diferentes direitos e garantias que, no seu conjunto, e pese embora a epígrafe, aquele artigo consagra⁽⁷¹⁾. Ainda que com várias diferenças de conteúdo, o artigo 41º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia possui uma intencionalidade equivalente à do artigo 268º da CRP. Uma epígrafe do género daquele que este último artigo apresenta — tal como *direitos perante a Administração Pública* — afigurar-se-ia, pois, muito mais adequada à heterogeneidade do respectivo conteúdo.

Por outro lado, não se nos afigura adequada a designação encontrada: *direito à boa administração*. Com efeito, essa opção debate-se, a nosso ver, com uma enorme dificuldade. E essa dificuldade tem que ver com a questão fundamental de saber se a boa administração é um valor passível de ser subjetivado, isto é, se se trata de um dever, a cargo da Administração, a que possa corresponder um direito na esfera jurídica de certos e determinados particulares. E, portanto, com a questão de saber se fará, na verdade, sentido falar-se de um *direito à boa administração* — pelo menos, sem o risco de se cair numa construção de tal modo abstrata que não possa ter qualquer operacionalidade, tal como, historicamente, sucedeu com a mirífica construção de um direito à legalidade das atuações administrativas.

Ora, a nossa resposta é negativa⁽⁷²⁾. Como adiante melhor se verá, é, para nós, evidente que o conceito de *boa administração*, pela amplitude e heterogeneidade das tarefas que oneram a Administração Pública

⁽⁷¹⁾ Assinalando o ponto, cfr. ПЕРКЕ ДЕЛЮВНЪ, *op. cit.*, p. 132. A heterogeneidade do conteúdo do artigo 41º também é assinalada por KLARA KANSKA, *op. cit.*, a p. 301 e a p. 320, onde procede ao confronto do direito à compensação de danos causados pela Comunidade com os outros direitos reunidos no artigo em análise.

⁽⁷²⁾ Em sentido igualmente crítico em relação à construção de um direito à boa administração, cfr., por exemplo, B. M. HERRZOG, *op. cit.*, pp. 112 segs.

nas sociedades modernas, faz apelo à satisfação de uma multiplicidade de valências que não podem ser, todas elas, traduzidas em direitos subjetivos ⁽⁷³⁾.

É por isso que, quando, uma vez lida a epígrafe, se avança para a leitura do conteúdo do artigo 41º da Carta, não pode deixar de sentir-se uma indistigível sensação de desconforto.

Com efeito, na epígrafe, a Carta proclama um *direito à boa administração* — o que, como assinalou o Provedor de Justiça Europeu *Jacob Söderman*, constitui (sintomaticamente, acrescentaríamos nós...) uma novidade absoluta em todo o mundo ⁽⁷⁴⁾. Mas a verdade é que, quando, depois, se trata de concretizar o conteúdo desse direito — ou seja, de traduzir o conceito de *boa administração* para a *linguagem dos direitos subjetivos* —, o resultado não pode deixar de ser altamente redutor e, por isso, de conduzir à completa adulteração da ideia de partida.

Com efeito, “se a ideia de um autónomo direito à boa administração é uma ideia nova, o seu conteúdo, tal como expresso no artigo 41º, reconduz-se a várias fontes já existentes” ⁽⁷⁵⁾; por outro lado, as soluções consagradas partem — como não poderia deixar de ser, atenta a natureza e função da Carta, enquanto instrumento de declaração de direitos — de uma *perspetiva subjetivizante, garantística*, direcionada para a proteção dos particulares perante a Administração. Ora, uma

⁽⁷³⁾ No mesmo sentido, cfr. PIERRE DELVOUVÉ, a pp. 131-132 das Atas da já citada Conferência de Varsóvia (versão francesa): “Pode concordar-se em reconhecer que todos podem reclamar que a administração seja organizada e funcione de maneira satisfatória: a má administração afeta a coletividade inteira e cada um dos seus membros. Isso não basta para dar a cada um um direito subjetivo, independentemente da situação que lhe é própria [...] Independentemente de uma prescrição precisa ou de uma prestação direta, o direito a uma boa administração, na sua generalidade, não pode ser um direito subjetivo [...] Pode dizer-se o mesmo do aspeto de uma boa administração atinente a que ela respeite de maneira geral a regra de direito. Ainda a este propósito, a submissão da administração ao direito, por necessária que seja, não pode ser reivindicada por cada um como uma exigência que lhe diga pessoalmente respeito, independentemente da sua situação própria: para justificar a contestação de uma ilegalidade, há que poder invocar, senão um direito adquirido, pelo menos um interesse próprio”.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. “The Struggle for Openness in the European Union”, discurso proferido em 21 de março de 2001.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 303.

tal perspectiva, pelas óbvias limitações que são inerentes ao caráter *unilateral* do prisma com que encara o fenómeno administrativo, não pode conduzir à definição do que deve ser a *boa administração*.

Com efeito, “a julgar pelas palavras da Carta, poderia chegar-se à conclusão de que a Administração é ‘boa’ se proteger os direitos dos indivíduos. [...] A Carta nada diz, não só sobre a prossecução do interesse público, como também sobre efetividade e economia” ⁽⁷⁶⁾. Ora, seja qual for o entendimento de que se para do conceito de *boa administração*, sempre se terá de reconhecer que é pelo menos redutor associar esse conceito ao mero cumprimento, por parte da Administração, dos deveres que lhe impõem os vários preceitos que compõem o artigo 41º da Carta. A haver um direito à boa administração, ele teria necessariamente que ter, a nosso ver, um alcance muito mais vasto.

Num esforço bem intencionado de salvar a epígrafe, pode, naturalmente, admitir-se que, na casuística do Tribunal de Justiça, o alcance do artigo possa vir a ser aprofundado, para além do que nele se encontra escrito. E é mesmo natural que, no futuro, o Tribunal de Justiça, no normal desenvolvimento do *case law* que, ao longo de décadas, já vinha produzindo a partir do princípio da boa administração — configurado como um *princípio guarda-chuva*, do qual foi extrahido direitos e deveres —, passe a fazer menção à apelativa fórmula do *direito à boa administração*, com referência à epígrafe do artigo 41º da Carta ⁽⁷⁷⁾.

A nosso ver, também essa evolução não terá, porém, consequências no plano técnico-jurídico. Não será, na verdade, por vir a ser utilizada a despropósito a fórmula do *direito à boa administração* que a realidade deixará de ser o que é e, portanto, que os deveres objetivos de boa administração que o Tribunal de Justiça já vinha reconhecendo que vinculavam as instituições e organismos comunitários — sem nunca os ter configurado como corresponsáveis de um qualquer direito à boa administração, cuja existência o Tribunal de Justiça nunca tinha afirmado ⁽⁷⁸⁾ — passarão a ser necessariamente passíveis de uma leitura subjetiva, do

⁽⁷⁶⁾ Cfr. KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 324.

⁽⁷⁷⁾ Dom o que se confirmará que o direito à boa administração não será, na verdade, mais do que “a general, catch-all phrase” (KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 325).

⁽⁷⁸⁾ Cfr., a propósito, KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 304.

ponto de vista de darem lugar à titularidade de verdadeiros direitos subjetivos, dotados de um conteúdo suficientemente preciso para terem verdadeira operacionalidade jurídica.

Reitera-se, por isso, o entendimento de que a *boa administração* deve continuar a ser vista como um dever cuja concretização se impõe à Administração e como uma legítima aspiração da comunidade, no seu conjunto — mas não faz sentido configurá-la como o objeto de um pretensão direito subjetivo, porque diz respeito a um bem que não é passível de apropriação individual⁽⁷⁹⁾.

18. Quanto ao Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, ele foi elaborado, como foi dito, com o assumido propósito de compilar as principais regras e princípios cuja infração deve ser qualificada como *má administração*, para o efeito de habilitar os eventuais interessados à apresentação de uma queixa junto do Provedor de Justiça Europeu. O essencial do seu conteúdo concretiza-se, assim, na imposição, a nível comunitário, da observância de um conjunto de regras e princípios jurídicos a que, de um modo geral, os organismos públicos estão vinculados e cuja violação é, também de um modo geral, passível de controlo judicial⁽⁸⁰⁾.

Também a propósito deste Código se justifica, a nosso ver, a formulação de duas ordens de observações, cujo sentido acompanha, aliás, com relativa simetria, o daquelas que foram deduzidas a propósito do artigo 41º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁽⁷⁹⁾ Após muitas hesitações, também KLARA KANSKA, *op. cit.*, p. 326, parece acabar por chegar à conclusão de que “a ‘boa administração’ devia permanecer ao nível de um *princípio*, em vez de ser transformada num *direito* subjetivo”, sugerindo que “melhor opção teria sido a de aprovar um código de procedimento administrativo da Comunidade, que estabelecesse o balanço da necessidade de proteção dos indivíduos com a eficiência administrativa e providenciasse a representação de interesses públicos não-governamentais”.

⁽⁸⁰⁾ A ideia da elaboração do Código pelo Provedor de Justiça Europeu — inicialmente avançada, no Parlamento Europeu, pelo Deputado Roy Perry, em 1998 — poderá ter sido influenciada por um importante relatório, publicado em Inglaterra em 1988 e, desde então, muito debatido naquele país, no qual se defendeu que o Provedor de Justiça inglês (*Parliamentary Commissioner for Administration*) procedesse à codificação de um conjunto de *principios de boa administração*, cuja violação deveria ser submetida a controlo judicial: cfr. *Administrative Justice. Some Necessary Reforms*, Oxford, 1988, pp. 21-23.

a) A primeira, de sentido positivo, é para assinalar a relevância de que, do ponto de vista jurídico-comunitário, se revestiu a elaboração deste Código, cuja importância tem sido justamente reconhecida.

Na ausência, no âmbito do Direito da União Europeia, de um quadro normativo completo e uniforme, destinado a regular os procedimentos administrativos⁽⁸¹⁾, é útil estabelecer uma clara base legal para um direito administrativo europeu, igualmente aplicável a todas as instituições e organismos da União. O Código tem, pois, o importante mérito de reunir — aliás, de maneira que se afigura feliz — o essencial do acervo dos princípios fundamentais, de índole eminentemente garantística das esferas jurídicas privadas, que integram a Parte Geral do *Direito Administrativo Europeu*⁽⁸²⁾. Por esta razão, o Código foi encarado como um relevante passo no sentido da *codificação*, com efeito vinculativo para todas as instituições e organismos comunitários, dos princípios do Direito Administrativo Europeu, e, nessa perspectiva, embrionário de um Código de Princípios do Procedimento Administrativo Europeu.

Num ou noutro ponto, o seu conteúdo pode ser, entretanto, fonte de inspiração para eventuais aperfeiçoamentos a introduzir no nosso CPA — no que, ao que julgamos, poderia constituir mais um passo na caminhada que, entre nós, tem sido trilhada, desde a aprovação da CRP, no sentido da progressiva codificação (e, por essa via, também, em grande medida, juridificação) de exigências que se impõem à Administração Pública nos modernos Estados de Direito democráticos.

⁽⁸¹⁾ Cfr. K. LENAERTS/J. VANHAMME, “Procedural rights of private parties in the Community Administrative Process”, *Common Market Law Review*, vol. 34 (1997), p. 531.

⁽⁸²⁾ Como é sabido, o Direito Administrativo Europeu tem sido construído a partir da *dedução*, muito impulsionada pela casuística do Tribunal de Justiça, do acervo de regras e princípios que constituem o denominador comum aos Direitos Administrativos dos ordenamentos jurídicos dos Estados membros da União Europeia; para além da obra fundamental de JÜRGEN SCHWARZE, *Europäische Verwaltungsrecht*, publicada em várias línguas e edições, cfr., por exemplo, P. OGÁVITS, “Droits fondamentaux et principes généraux du droit administratif dans la jurisprudence de la Cour de Justice”, *European Review of Public Law*, vol. 4 (1992).

b) A segunda ordem de considerações, já de sentido negativo, prende-se, entretanto, mais uma vez, com as referências que, a propósito deste Código, são feitas ao conceito de *boa administração*.

Como já foi dito, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa foi elaborado com o assumido propósito de compilar as principais regras e princípios cuja infração deve ser qualificada como *má administração*, para o efeito de habilitar os eventuais interessados à apresentação de uma queixa junto do Provedor de Justiça Europeu. Nele surge, portanto, associada a ideia de *má administração* à violação das regras e princípios — dir-se-á, de *boa administração* — que se impõem à Administração e, portanto, a ideia de *boa administração* — deduzida pela negativa, a partir da ideia de *má administração* — à observância dessas regras e princípios. Por outro lado, nele se associa o papel do Provedor de Justiça Europeu ao de guardião do respeito pelo Código e, portanto, pela *boa administração* que nele está consagrada.

Ora, esta linha de raciocínio possui um mérito que, a nosso ver, deve ser reconhecido, mas comporta riscos que importa assinalar.

O mérito reside, quanto a nós, em que, deste modo, se supera o tradicional divórcio entre a ideia de *boa administração* e a do respeito pelas regras e princípios jurídicos que vinculam a Administração e, em especial, daqueles que o ordenamento jurídico lhe impõe para proteção dos direitos e interesses dos particulares. Consideramos, na verdade, positiva a tendência — que, aliás, se tende a expandir em tempos recentes nos diferentes países europeus — para um entendimento da ideia de *boa administração* que não abstrai — e muito menos se coloca em contraposição — à ideia do respeito pelos princípios do Estado de Direito democrático; e, portanto, a assunção de que a *boa administração* (também) passa pelo cumprimento pelas exigências que decorrem desses princípios.

Importa, porém, notar que a *boa administração* (também) passa pelo respeito das regras e princípios jurídicos não é o mesmo que dizer que a *boa administração* se concretiza ou esgota nessa dimensão e que a garantia de uma *boa administração* se resume, portanto, à garantia do respeito pelas regras e princípios jurídicos que se impõem à Administração. E é neste plano que, a nosso ver, surgem os riscos.

Pelo modo como é apresentado, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa corre, na verdade, o risco de induzir nos menos prevenidos a ideia de que a observância das regras e princípios nele consagrados, evitando a *má administração*, assegura a *boa administração* — com o que tenderá a formar-se um entendimento redutor do conceito de *boa administração*, identificado com o respeito pelas regras e princípios jurídicos consagrados no Código; por outro lado, como o Código foi elaborado pelo Provedor de Justiça Europeu e por ele apresentado como ponto de referência para a sua intervenção em defesa de quem se lhe dirija invocando situações de *má administração*, o Código também corre o risco de induzir nos menos prevenidos a ideia de que o papel do Provedor de Justiça, enquanto guardião da boa administração, se esgota em zelar pelo cumprimento das regras e princípios consagrados no Código — com o que também se tenderá a formar um entendimento redutor do papel do Provedor de Justiça, identificado com a mera garantia do respeito pelas regras e princípios jurídicos que obrigam a Administração.

Ora, pela nossa parte, é importante evitar estes riscos. O que, a nosso ver, facilmente se consegue desde que, afastando os equívocos, se reconheça que este tipo de Códigos deve ser encarado como um instrumento útil de sedimentação das exigências que o ordenamento jurídico impõe à Administração Pública nos modernos Estados de Direito democráticos. Corporiza, portanto, (i) *uma parcela* do que é necessário para que haja *boa administração* e (ii) *uma parcela* daquilo que, no caso de faltar, pode motivar uma intervenção do Provedor de Justiça. A existência deste tipo de Códigos e a garantia do respectivo cumprimento *concorre* ou *contribui*, pois, para que haja *boa administração*, mas, só por si, não garante a sua existência.

Na verdade, a abordagem de que, num desenvolvimento a partir da casuística do Tribunal de Justiça, o conceito de *boa administração* tem sido objeto no âmbito do Direito da União Europeia, parte da afirmação da *boa administração* como um *valor jurídico* e, portanto, da assunção de uma *conceção jurídica* da ideia de *boa administração*. Essa é uma tendência que, também induzida por diversos documentos do Conselho da Europa e pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, se vem afirmando no panorama europeu e que, em si mesma,

se nos afigura positiva. Cumpre, porém, encontrar, neste domínio, o adequado ponto de equilíbrio, que, a nosso ver, não deve passar por uma concepção estritamente jurídica da ideia de *boa administração*, mas por uma perspectiva que, procurando a síntese entre componentes jurídicos e componentes extrajurídicos, possa servir como ponto de referência orientador da conduta da Administração Pública, a quem se impõe realizar a boa administração.

4. Por um novo conceito de boa administração.

4.1. *Contra um conceito estritamente jurídico de boa administração*

19. Como vimos, tem feito caminho no panorama doutrinal europeu o entendimento de que, para que o princípio de boa administração, do ponto de vista jurídico, tenha um alcance útil — o que tende a confundir-se com a possibilidade de ser objeto de tutela judicial —, ele deve ser densificado por referência a regras precisas e, portanto, o seu conteúdo deve ser reconduzido à imposição de um conjunto de deveres jurídicos⁽⁸³⁾. Esses deveres não de ser aqueles cuja observância se considera que cria condições para a tomada de boas decisões, com o que, a nosso ver, se desloca o ponto de referência da definição da boa administração, da substância das decisões — e, em geral, dos resultados da atuação administrativa, em si mesmos considerados —, para as exigências que, no desenvolvimento da função, se entende que devem ser observadas para potenciar a tomada de boas decisões, ou, em geral, o atingimento de bons resultados.

Nesta perspectiva, o imperativo da *boa administração* não exige, portanto — pelo menos, no plano jurídico —, que a Administração administre bem, do ponto de vista da substância do que decide ou dos resul-

⁽⁸³⁾ O ponto é, por exemplo, claramente assumido na já oportunamente citada intervenção de KORZSAKIS na Conferência de Varsóvia, a p. 34 das respetivas Atas (versão francesa), mas também está subiacente à exposição de DELVOUVÉ, que, na segunda parte do seu relatório geral (a pp. 132 segs., na versão francesa das Atas), se pronuncia sobre o conteúdo do direito a uma boa administração a partir de uma perspectiva centrada na possibilidade da existência de controlo judicial.

tados práticos que resultam da sua ação. Para que se considere que há *boa administração* — *rectius*, que não há *má administração*, já que, nesta perspectiva, mais não se faz do que definir a boa administração pela negativa, a partir do conceito de má administração, como aquilo que existe quando não se identificarem situações de má administração —, basta que — para além das eventuais regras que lhe imponham vinculações estritas — ela observe os princípios jurídicos dirigidos a criar as condições para que administre da melhor maneira.

Tal como, neste sentido, tem sido sustentado no próprio panorama doutrinal italiano⁽⁸⁴⁾, trata-se, assim, de substituir uma concepção extrajurídica (de cariz economicista ou, em todo o caso, técnico-administrativo) de *boa administração*, “pouco significativa do ponto de vista jurídico”, por uma concepção jurídico-administrativa de *boa administração*⁽⁸⁵⁾ — no pressuposto de que, como, do ponto de vista jurídico, não é possível, nos domínios em que a Administração não se encontre vinculada por regra estrita, dizer propriamente se uma dada decisão é boa ou má, o que importa é assegurar que essa decisão é produzida no respeito pelos princípios jurídicos que potenciam a tomada de boas decisões e, portanto, promovem a consecução de uma *boa administração*⁽⁸⁶⁾. Com a alegada vantagem de que, deste modo, se assegura a *judicialização da boa administração* — que, afinal, em mais não consiste do

⁽⁸⁴⁾ Com efeito, mesmo na doutrina italiana, tem sido sustentada, em certos setores da doutrina, a necessidade de se precisar o conteúdo do princípio constitucional do bom andamento da administração como princípio jurídico, por forma a dar-lhe uma maior operacionalidade, para o que se defende que ele deve ser afastado de conceitos extrajurídicos como a eficácia e a eficiência, e densificado por referência a exigências sobretudo de carácter procedimental: cfr., por todos, ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, pp. 22 segs.

⁽⁸⁵⁾ Neste sentido, MARCOS GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la administración*, Madrid, 2000, p. 48; PONCE SOLÉ, *op. cit.*, p. 141.

⁽⁸⁶⁾ Nesta perspectiva, o dever de boa administração reconduz-se ao dever de a Administração, observando princípios jurídicos como aquele que exige que ela tenha em devida conta todos e cada um dos interesses em presença, se colocar nas melhores condições sobretudo do ponto de vista da observância de regras e princípios procedimentais — para decidir o melhor para o interesse geral: cfr. PONCE SOLÉ, *op. cit.*, designadamente a pp. 130 segs. e 146-147.

que no normal controle judicial do respeito pelos referidos princípios jurídicos⁽⁸⁷⁾.

Mas, do mesmo passo, trata-se, a nosso ver, de adotar um conceito *formalizado de boa administração*, assente na substituição do objetivo (*finalístico*) da *boa administração* propriamente dita — que se concretiza na tomada das melhores decisões e na obtenção dos melhores resultados —, pelo objetivo (*instrumental*) da observância das regras e princípios jurídicos dirigidos a promover uma *boa administração*⁽⁸⁸⁾.

Dir-se-á que, se a Administração observar todas as regras e princípios jurídicos que se lhe impõem, haverá todas as condições para que a administração que produz seja boa — e, portanto, que a administração é “boa” se cumprir as regras e princípios de garantia dos cidadãos. Mas, a nosso ver, dizendo isso, apenas se diz uma parte da verdade, na medida em que a estrita observância das regras e princípios jurídicos não garante, só por si, a *boa administração*, na medida em que, para nós, existem problemas de *má administração* que se colocam noutros planos e, por isso, só se resolvem mediante a intervenção de considerações que ultrapassem, claramente, as fronteiras do jurídico⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. ainda PONCE SOLÉ, *op. cit.*, pp. 160-161. O ponto é claramente assumido por FORRSAKIS, *op. cit.*, pp. 34-35.

⁽⁸⁸⁾ Claramente nesta perspectiva, PONCE SOLÉ, *op. cit.*, p. 132, onde se sustenta que, como “não existe um critério jurídico para estabelecer o que seja de interesse geral e a aplicação de critérios extrajurídicos não conduz a uma solução unívoca sobre o que seja melhor, mais oportuno ou mais adequado ao serviço dos interesses gerais”, deve entender-se que o dever de boa administração “não vai dirigido tanto ao resultado final [...] como ao iter de elaboração do mesmo, ao modo de desenvolvimento da função administrativa”. Também FORRSAKIS, *op. cit.*, p. 39, se pronuncia no sentido de que a evolução comunitária do conceito de boa administração sugere a tendência para que “o acento [seja] colocado não mais no produto da ação administrativa (resultado), mas no comportamento da administração (funcionamento)”. Também KLARA KRANSKA, *op. cit.*, parece transparecer, designadamente a p. 320, a propósito do confronto entre o direito à compensação de danos e os demais direitos consagrados no artigo 41^o da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, um entendimento que associa o direito à boa administração à titularidade de situações subjetivas de índole procedimental.

⁽⁸⁹⁾ Nas palavras de PONCE SOLÉ, *op. cit.*, p. 127, “o ordenamento jurídico deseja que a Administração tome decisões que não o vulnerem, mas quer também que a Administração adote boas decisões, que administre bem, em definitivo. Que quando decida o faça para servir da melhor maneira possível os interesses gerais”.

Com efeito, quer-nos parecer que, subjacente à construção em análise, está uma perspectiva do fenómeno administrativo que é tendencialmente redutora, na medida em que tende a encará-lo numa perspectiva excessivamente jurídica — e isto, a um duplo título.

Por um lado, porque tende a centrar-se excessivamente na administração burocrática e, portanto, no procedimento administrativo, dirigido à tomada de decisões de autoridade⁽⁹⁰⁾. A verdade, porém, é que *boa administração* é dar a mais adequada satisfação às necessidades coletivas, e isso passa, nos Estados modernos, por muitos campos de intervenção da Administração, que não se esgotam, longe disso, na prática de atos administrativos⁽⁹¹⁾. De um modo geral, existe *má administração* sempre que existam *disfunções, mau funcionamento dos organismos e serviços públicos* — realidade de amplo espectro, que cobre um universo heterogêneo de situações, que podem ir da prática de um ato administrativo vinculado ilegal até à existência de uma situação de mau funcionamento generalizado de todo um serviço ou departamento público (seja, v. g., por injustificada morosidade sistemática na atribuição de pensões por um determinado serviço, ou por inaceitável estado de conservação das estradas em determinada região, causador de reiteradas situações lesivas). As disfunções, da mais variada índole, não decorrem, normalmente, da específica violação de princípios jurídicos, proclamados em letra de forma.

Por outro lado, porque a perspectiva em análise conduz à tendencial identificação do conceito de *boa administração* com o de *juridicidade* (e

⁽⁹⁰⁾ O que se compreende quando a questão é colocada ao nível das instituições europeias, como sucede no âmbito de instrumentos como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, a que oportunamente nos reportámos, atendendo ao âmbito circunscrito e especializado de funções que a administração europeia desenvolve.

⁽⁹¹⁾ Chamando a atenção para este ponto, cfr. DELVOLVÉ, *op. cit.*, pp. 129-130, que dá o exemplo da *voiture*: “a sua gestão, sua manutenção relevam da boa administração. Para assegurar, basta — mas é necessário — que sejam reparados os buracos na calçada, alargadas as ruas e as estradas, rebaixados os passeios, para não dar senão exemplos semelhantes. Estes podem ser entendidos ao domínio dos transportes, ao dos socorros, da recolha dos detritos, para nos limitarmos ainda aos serviços essenciais. O desenvolvimento das sociedades modernas conduz a crescer-lhes o número em quantidade e as exigências em qualidade”.

de *judicialidade*), enquanto conformidade às normas jurídicas (e *sin-dicabilidade* pelos tribunais). Ora, se, do ponto de vista da definição dos domínios da atuação administrativa que devem estar submetidos ao controlo judicial, não nos suscita, naturalmente, qualquer reserva a adoção de um critério de *juridicidade* ⁽⁹²⁾, já nos parece que o conceito de *boa administração* não deve ser definido de acordo com esse critério, pela simples razão de que a Administração Pública não está colocada perante o imperativo da *boa administração* na posição que corresponde ao Poder Judicial.

4.2. Por um conceito amplo de boa administração, integrado por componentes jurídicos e não jurídicos

20. De tudo o que acaba de ser dito decorre que, em nossa opinião, o conceito de *boa administração* não deve ser re(con)duzido, em nome da pretensa necessidade de uma maior operacionalidade jurídica, ao de *juridicidade*. Essa solução tem, na verdade, o inconveniente de conduzir a uma desnecessária duplicação de conceitos e, do mesmo passo, de ser redutora, do ponto de vista do que, efetivamente, se deve entender por *boa administração*.

Mas daí não resulta, só por si, que, a nosso ver, não possa e não deva ser adotada uma *conceção jurídica* da ideia de *boa administração*, que, como já atrás foi antecipado, buscando a síntese entre componentes jurídicos e extrajurídicos, possa servir como ponto de referência orientador da conduta da Administração Pública, a quem se impõe realizar a boa administração.

Pelo contrário, parece-nos possível e desejável tentar reconstruir, nessa perspetiva, o conceito de *boa administração* em novos e mais amplos moldes, como um conceito capaz de *abarcar* e, ao mesmo tempo, de transcender, tanto o conceito de *juridicidade* (= *conformidade ao Direito*), como os de *eficácia* e *eficiência* da Administração. Esta parece ser,

⁽⁹²⁾ Recorde-se que, de acordo com o artigo 3.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, "os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação". Exercem, portanto, um controlo de estrita *juridicidade* da atuação administrativa.

na verdade, a única maneira de fazer corresponder do modo mais adequado o continente ao conteúdo: acima de todas as regras e de todos os princípios, jurídicos e não-jurídicos, a que a Administração deve obedecer no desenvolvimento da sua atividade (entre os quais se há de incluir, portanto, o da eficácia ou da eficiência, com a sua identidade própria), está o *superconceito* de boa administração. A boa administração haverá, pois, de resultar do equilíbrio entre as exigências de uma eficiência economicista e as exigências de juridicidade que são próprias de uma visão constitucionalmente adequada em função de ingredientes democráticos, participativos e axiológicos.

a) Foi sensivelmente nesta linha que se orientou o grupo de trabalho, que tivemos a honra de integrar, que, no âmbito do Conselho da Europa, se debruçou sobre o tema, tendo elaborado uma recomendação acompanhada de um modelo de código de boa administração ⁽⁹³⁾.

Na verdade, ao procurar identificar as linhas de tendência que se vêm desenhando sobre a matéria nos diferentes países europeus, o trabalho que, nessa sede, foi desenvolvido conduziu ao reconhecimento de que a boa administração é uma *exigência* que se impõe nas modernas sociedades democráticas, constitui um elemento essencial da ideia de *boa governação* e, por isso, desdobra-se num componente jurídico e num componente não jurídico.

o conceito de *boa governação* (*bonne gouvernance, good government*) desempenha, neste contexto, um papel central. Trata-se de um conceito que é frequentemente utilizado, designadamente no âmbito de organizações internacionais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, como um critério de aferição da conformidade de cada Estado com um sistema móvel de padrões (*standards*) que, no seu conjunto, revelam a existência, nesse Estado, de uma cultura democrática, de respeito pela lei e de adequada *performance* das instituições públicas, apta a promover o desenvolvimento económico e social. E, por isso, entende-se que as estruturas políticas de cada Estado devem adotar as medidas necessárias para perseguir o preenchimento

⁽⁹³⁾ Referimo-nos à Recomendação CM/Rec(2007)7, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 20 de junho de 2007.

destes padrões. Os padrões em causa são os seguintes: qualidade da legislação, legalidade das atuações, participação e transparência nos processos de decisão, acesso à informação, qualidade da organização, qualidade dos recursos humanos, qualidade da gestão financeira e orçamental, efetividade das políticas, instâncias de controlo (*accountability*) e supervisão.

A boa administração é, portanto, um elemento muito importante da boa governação. É sabido como, no quadro do Estado de Direito emergente das duas guerras mundiais, em que se faz sentir a tendência do legislador para proceder a uma definição aberta dos programas de intervenção do Estado em matéria económica e social, deixando ao executivo o poder de identificar o modo ótimo de os concretizar com a máxima rentabilização dos meios, se accentuou fortemente o papel da Administração Pública, designadamente como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesta perspetiva, a boa administração, enquanto elemento da boa governação, exige, portanto, uma Administração que, ao mesmo tempo que respeita os direitos dos particulares, providencie serviços públicos eficientes, através da utilização de adequados métodos de gestão. Daí a imprescindibilidade do componente jurídico e do componente não jurídico, que correspondem, respetivamente, a exigências de *legalidade, participação e transparência*, e a exigências de *performance e controlo*:

(i) Constituem, assim, padrões jurídicos de boa administração deduzidos das diferentes recomendações e resoluções produzidas, ao longo dos anos, pelo Conselho da Europa, os princípios jurídicos fundamentais que se impõem à Administração nos modernos Estados de Direito, tais como o princípio da igualdade e não discriminação, da neutralidade ou objetividade, da imparcialidade, do respeito pelos direitos de defesa, da proporcionalidade, da proteção da confiança e da boa fé; o direito à tomada de decisões em prazo razoável; o direito a ser ouvido e participar nos procedimentos administrativos; o dever de fundamentação das decisões administrativas e de indicarem as vias de impugnação utilizáveis e respetivo prazo; o direito à notificação das decisões; o direito de recurso contra as decisões administrativas; o di-

reito à proteção da privacidade dos dados pessoais; o direito à prestação de informações e o direito geral de acesso aos documentos.

(ii) Constituem, entretanto, padrões não jurídicos de boa administração, também deduzidos das recomendações e resoluções do Conselho da Europa, a acessibilidade dos serviços públicos, a efetividade — continuidade e flexibilidade dos serviços públicos, produtividade no cumprimento das tarefas administrativas, em conformidade com os objetivos politicamente traçados —, a adequada formação dos agentes públicos, a qualidade da regulamentação produzida pela Administração — do ponto de vista da sua simplicidade, compreensibilidade e permanente atualização —, a manutenção, proteção e preservação dos bens públicos, a simplificação e flexibilidade dos procedimentos — designadamente, através da coordenação das diferentes entidades e organismos que neles devam tomar parte ⁽⁹⁴⁾.

b) A nosso ver, o conceito proposto de *boa administração* pode ser, entretanto, deduzido, na ordem jurídica interna portuguesa, do artigo 266º, nº 1, da CRP, de acordo com o qual “a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”.

Com efeito, é possível deduzir deste preceito que a *boa administração* é aquela que assegura a eficaz e eficiente satisfação das necessidades coletivas que a Constituição e a lei põem a seu cargo (nisso se concretiza a correta *prosssecução do interesse público*) ⁽⁹⁵⁾, sem, para o efeito, atropelar as exigências que, no plano jurídico, lhe são impostas para

⁽⁹⁴⁾ Na doutrina portuguesa, PAULO OTERO, *op. cit.*, pp. 638 segs., concretiza o imperativo da eficiência administrativa na observância das regras técnicas, de experiência e de racionalidade aptas a assegurar a adequação, a economicidade, a rentabilidade, a simplicidade e a prontidão da atividade administrativa.

⁽⁹⁵⁾ Neste sentido, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 46. Também no sentido de que, como a Constituição fixa imperativos teleológicos de ação para a Administração, não lhe é indiferente o modo de concretização desses imperativos, pelo que exige que a Administração procure as medidas mais adequadas e escolha as melhores soluções para realizar o modelo de bem-estar em condições de efetividade do resultado e, portanto, de otimização na concretização do interesse público, cfr. PAULO OTERO, *op. loc. cit.*.

proteção dos direitos e interesses dos particulares (nisso se concretiza o *respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*). Nesta síntese, encontra-se “retratada a essência do Direito Administrativo, que se caracteriza pela necessidade permanente de conciliar as exigências do interesse público com as garantias dos particulares”⁽⁹⁶⁾.

Nesta perspectiva, a dimensão da eficácia e eficiência da Administração está presente, pois não é boa a administração que, embora no respeito pelas exigências formais que o ordenamento jurídico lhe impõe, não assegure a eficaz e eficiente satisfação das necessidades postas a seu cargo⁽⁹⁷⁾. Mas a dimensão do respeito pelos direitos e interesses dos particulares não deixa igualmente de ser vista como uma das dimensões da boa administração num Estado de Direito democrático, pelo que também não é boa a administração que, embora sendo porventura eficaz na prossecução dos seus fins, o faça sem observância das exigências que o ordenamento jurídico lhe impõe e, em particular, daquelas que decorrem do dever de respeito pelos direitos e interesses dos particulares.

Deste modo se afasta a (clássica) perspectiva de que o valor da garantia dos direitos e interesses dos particulares — e, portanto, da observância das normas, designadamente de forma e de procedimento, que impõem vinculações à Administração em função da respetiva proteção — e o da boa administração — tradicionalmente entendida, em sentido estrito, como a mais eficaz e eficiente prossecução do interesse público, nos moldes em que a Administração a concretiza, no exercício do espaço próprio de que dispõe de conformação da sua atuação — se encontrariam colocados numa relação de *tensão dialética*⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁶⁾ FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 71.

⁽⁹⁷⁾ Assinalando este ponto, cfr. KLARA KANSKA, designadamente a pp. 324-325. Na doutrina portuguesa, cfr. ainda PAULO OTERO, *op. loc. cit.*

⁽⁹⁸⁾ A perspectiva pode ser surpreendida, por exemplo, na Resolução 77 (31) do Conselho da Europa, sobre a proteção do indivíduo em relação aos atos das autoridades administrativas, adotada pelo Conselho de Ministros em 26 de setembro de 1977, em que os direitos a ser ouvido, de acesso à informação, de assistência e representação, de participação e à indicação das vias de impugnação nas decisões administrativas eram preconizados sem prejuízo da devida consideração pelas “exigências da boa e eficiente administração”.

Não custa, naturalmente, admitir que existe uma tensão dialética entre os valores da eficácia e da eficiência da atuação administrativa e os valores que as exigências de forma e de procedimento visam garantir, na medida em que, muitas vezes, a necessidade de cumprir formalidades pode colidir com a necessidade de ocorrer em tempo útil a necessidades que o interesse público coloca. O que custa a aceitar é que a ideia de boa administração deva estar envolvida na contenda. A boa decisão administrativa é, na verdade, uma decisão esclarecida e ponderada, para o que pode concorrer a observância, por parte da Administração, de deveres legalmente impostos no interesse dos particulares. A *boa administração* há de, por isso, resultar do necessário equilíbrio entre valores tendencialmente conflitantes⁽⁹⁹⁾.

4.3. *Eficiência e legalidade da atuação administrativa*

21. Ao que acaba de ser dito deve ser, entretanto, acrescentado que, em nossa opinião, também à eficácia e à eficiência da Administração Pública deve ser reconhecida uma dimensão com relevância jurídica, que, dependendo das circunstâncias, poderá mesmo concretizar-se numa dimensão de tutela subjectiva, no sentido de que se poderão constituir situações jurídicas subjectivas, passíveis de serem acionadas nos tribunais administrativos, dirigidas a exigir atuações concretas da Administração em conformidade com critérios de eficácia e eficiência, designadamente quando esteja em causa a efetividade dos direitos fundamentais dos particulares, ou a contestar atuações concretas por desconformidade com esses critérios.

Nesse sentido, tem sido defendido em certos quadranes que, na perspectiva do esforço de aprofundamento da extensão e intensidade

⁽⁹⁹⁾ No mesmo sentido, escreve GÓMEZ PUENTE, *op. cit.*, p. 48, que, como, “na lógica do Estado social de Direito não vale um resultado a qualquer preço”, “numa boa administração pública, em sentido material ou objetivo, a eficácia na consecução do interesse público definido pela lei (ou pela Administração, de acordo com ela) deve articular-se com o respeito dos interesses particulares eventualmente afetados e objeto de proteção (por vezes insuficientemente e não por falta de vontade), ou sacrifício, nos termos legalmente previstos, mas presente por meio de um sistema de garantias que permite avaliar se a Administração resolve corretamente o conflito de interesses”.

do controle principialista da actividade da Administração que, em res-
posta à crescente abertura dos quadros normativos aplicáveis, parece
ser, hoje, exigível dos tribunais administrativos, deve ser perspectiva-
do o controle jurisdicional da eficiência da actividade administrativa,
desse modo erigida em novo padrão jurídico da actividade administra-
tiva ⁽¹⁰⁰⁾.

O tema é delicado, pelo que mereceria atenção mais circunstan-
ciada do que aquela que, neste momento, aqui lhe podemos dedicar.
Sempre adiantaremos, no entanto, que, a nosso ver, impõe-se algum
cuidado na diferenciação dos planos em que, nesta perspectiva, a ques-
tão deve ser colocada.

Com efeito, não temos dúvidas quanto ao mérito da evolução, a que
já atrás nos referimos, no sentido da crescente juridificação da atuação
administrativa, que resulta da identificação, ao longo do tempo, de no-
vos padrões de juridicidade, decorrentes de princípios jurídicos cuja
afirmação possibilita a extensão do controle jurisdicional do exercício
dos poderes discricionários a domínios que tradicionalmente eram ti-
dos como não jurídicos, reservados ao mérito administrativo. Mas não
aceitamos que aos tribunais seja reconhecido o poder de controlar,
ainda que dentro dos limites correspondentes a uma *zona de certeza ne-
gativa*, as escolhas concretas da Administração Pública, para o efeito
de censurar tais escolhas quando entendam que não correspondem à
melhor solução.

Do ponto de vista substantivo, não temos dúvidas em reconhecer
que, como a Administração Pública deve cumprir os seus deveres com

⁽¹⁰⁰⁾ Este entendimento tem sido sustentado no argumento de que o reconhecimento da força normativa da Constituição e, em particular, da aplicabilidade direta dos direi-
tos fundamentais teria o alcance de permitir que, em nome da Constituição, o Poder
Judicial interfra sobre o núcleo essencial do exercício da função administrativa, para
assegurar a realização da finalidade maior, constitucionalmente assumida, de maximizar
a prossecução administrativa do bem comum. Sensivelmente neste sentido, cf. ONORRE
RAVISTA JUNIOR, *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, ed. Mandamentos,
Belo Horizonte, 2004. Sobre o tema, cf. também, por exemplo, EMERSON GABARDO,
Princípio constitucional da eficiência administrativa, ed. Dialética, São Paulo, 2002, pp. 128
segs.; JUARIZ FREITAS, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa adm-
nistração pública*, ed. Malheiros, São Paulo, 2007, pp. 28 segs.

a máxima eficiência, os poderes discricionários concretizam-se no de-
ver do agente administrativo de identificar a melhor solução em cada
caso concreto, a solução ótima para a prossecução do bem comum, no
respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos parti-
culares. E, nesse sentido, também não temos dúvidas em reconhecer
o alcance do imperativo da eficiência, para a Administração Pública,
como um verdadeiro princípio jurídico, ainda que imperfeito.

A questão que, no entanto, se coloca é a da possibilidade — ou me-
lhor, quanto a nós, da extensão — da sindicância da observância das
exigências que decorrem deste princípio em cada caso concreto pelos
tribunais administrativos. E, nesse plano, não podemos deixar de re-
conhecer a necessidade de preservar o núcleo irredutível do mérito,
no âmbito do qual se deve admitir que as escolhas da Administração
Pública se devem pautar por critérios não juridicizados e, como tal,
insindicáveis pelos tribunais, sob pena de se promover a mera subs-
tituição de uma subjetividade por outra. A nosso ver, da imposição
constitucional à Administração Pública do imperativo da boa prosse-
cução do interesse público não resulta, na verdade, a atribuição aos
juizes administrativos do poder de determinarem a solução que me-
lhor realiza o interesse público em cada caso ⁽¹⁰¹⁾.

Dai não resulta, porém, a nosso ver, que em absoluto se recuse a
relevância jurídica dos valores da eficácia e da eficiência no âmbito da
actividade administrativa. E não só no estrito âmbito da própria esfera
administrativa, para efeitos disciplinares e em sede de impugnações
administrativas ⁽¹⁰²⁾, mas também, desde logo, para o efeito de admitir
a constituição das entidades administrativas em responsabilidade civil
extracontratual, sempre que a sua conduta viole referencias de eficiên-
cia, que, na ausência de outros parâmetros, possam ser identificados
por referência a cânones de experiência e às praxes administrativas.

Neste sentido parece, na verdade, apontar a previsão dos n.ºs 3 e 4
do artigo 7.º do Regime da responsabilidade civil extracontratual do
Estado e demais entidades públicas, que admite a constituição das
entidades públicas em responsabilidade civil pelas suas condutas de

⁽¹⁰¹⁾ No mesmo sentido, cf. FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 47.

⁽¹⁰²⁾ Cf. também FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 47.

que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos quando a produção dos danos deva ser imputada a um funcionamento anormal do serviço, entendendo-se que “existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões métricos de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos”.

Como claramente resulta da contraposição que, no artigo 9º do mesmo Regime jurídico, é estabelecida entre o n.º 1 e o n.º 2, o juízo de ilicitude em que assenta o reconhecimento da existência de um “funcionamento anormal do serviço” é distinto, e, por isso, complementar daquele que resulta da pura “violação de disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares” ou da infração de “regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado”. Nas situações de “funcionamento anormal do serviço”, a existência de ilicitude é estranha do reconhecimento de que, nas circunstâncias do caso, era exigível a um serviço que *funcionasse bem*, ou seja, que funcionasse *segundo adequadas referências de eficiência*, que tivesse atuado de outro modo — o que, dependendo das circunstâncias, pode significar, v.g., que ele deveria ter atuado com maior rapidez, que deveria ter atuado quando não atuou ou que deveria ter adotado medidas diferentes daquelas que adotou, em ordem a evitar o resultado danoso.

Como já atrás antecipámos, não excluímos, entretanto, que, dependendo das concretas circunstâncias do caso e do respetivo enquadramento normativo, o imperativo jurídico da eficácia e da eficiência — que, como vimos, para a Administração Pública decorre do dever constitucional que se lhe impõe de prosseguir a eficaz e eficiente satisfação das necessidades coletivas que a Constituição e a lei colocam a seu cargo, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares — possa ser invocado para exigir a adopção em tempo útil de actuações administrativas concretas, designadamente prestações individualizadas, cuja adopção não seja legalmente vinculada quanto à oportunidade, designadamente quando esteja em causa a efectividade de direitos fundamentais dos particulares.

Quanto ao mais, o juízo sobre a eficiência administrativa pode, em muitos casos, relevar como elemento auxiliar da fiscalização jurisdiccional da observância de princípios como o da proporcionalidade, na

medida em que o reconhecimento da vinculação da Administração Pública por este princípio teve o efeito de fazer transitar parcialmente do plano do mérito das decisões administrativas para o plano da sua legalidade em sentido amplo as considerações envolvidas na escolha discricionária dos meios adequados e necessários à prossecução do interesse público ⁽¹⁰³⁾ — sendo que, como já atrás foi assinalado, este princípio, pela sua capacidade expansiva, nos parece ser a via pela qual deve sobretudo passar a intensificação do controlo da observância pela Administração Pública, no exercício dos seus poderes discricionários, de princípios jurídicos de conteúdo cada vez mais densificado e exigente.

⁽¹⁰³⁾ Na verdade, afigura-se-nos que a aplicação do princípio da proporcionalidade permite dar resposta a grande parte das situações — diríamos, às situações em que a questão se coloca de modo mais pertinente — em que a doutrina atrás mencionada preconiza a fiscalização jurisdiccional concreta de decisões administrativas por referência ao princípio da eficiência. A nosso ver, é, a este propósito, pertinente a advertência de RRBITS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 48, na medida em que nos parece ser por descuidar que “certos parâmetros outrora considerados fora do mundo da juridicidade estão hoje dentro dele” pela via do princípio da proporcionalidade que alguma doutrina procura configurar certas categorias de situações como violações do princípio da eficiência.