

# Curso de Direito Administrativo

VOLUME II

Diogo Freitas do Amaral

2014 · 2ª Edição

Com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal



ou distinção de tratamento: se é razoável, não há violação do princípio da igualdade; se não é, então há violação do princípio da igualdade.

b) Por sua vez, a *obrigação de diferenciação* parte da ideia de que a igualdade não é uma igualdade absoluta e cega.

O princípio da igualdade manda tratar por igual as situações que forem juridicamente idênticas, mas, já desde Aristóteles, aceita e exige um tratamento desigual para as situações que forem diferentes. Daí que haja, na própria Constituição e nas leis, a previsão da adopção de medidas administrativas especiais de protecção em relação aos mais desfavorecidos, em relação às classes mais pobres da sociedade, ou em relação àqueles grupos de pessoas que pela sua situação física ou social careçam de uma protecção mais forte, designadamente a protecção especial à infância, à juventude, à terceira idade, aos trabalhadores, etc.<sup>194</sup> É também ao abrigo desta noção que se tem defendido, sobretudo a partir dos EUA, a ideia de «protecção das minorias», que se apresenta como ideia muito forte nas actuais democracias ocidentais, e de que decorre a necessidade de tratar desigualmente o que deve vir a ser igual mas ainda é desigual (são as chamadas *discriminações positivas*).

## 27. *Idem*: o princípio da proporcionalidade

*Generalidades.* – O princípio da proporcionalidade constitui uma manifestação essencial do princípio do Estado de Direito (art. 2.º da CRP). Na verdade, está fortemente ancorada a ideia de que, num Estado de Direito democrático, as decisões ou medidas tomadas pelos poderes públicos não devem

---

<sup>194</sup> V. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, IV, pp. 238-241.

exceder o estritamente necessário para a realização do interesse público<sup>195-196</sup>.

Historicamente, a «área de eleição» do princípio da proporcionalidade foi o Direito de Polícia<sup>197</sup>. Assim, «na Alemanha, embora apenas na expressão de um princípio de *necessidade*, detecta-se-lhe o rasto até se chegar ao direito prussiano de polícia do final do século XVII (...) e citam-se os ensinamentos de Carl Gottlieb Suarez ao futuro rei Frederico Guilherme III, em 1791/2»<sup>198</sup>.

Todavia, «numa linha de aproximação de todo o ordenamento vigente ao *Direito justo*, o princípio expandiu-se a outros ramos do Direito Administrativo e, não obstante as críticas que lhe foram dirigidas por alguns autores, foi inclusivamente acolhido no Direito Constitucional. Entre nós, à semelhança do que sucede no Direito Comparado, onde se tende hoje a reconhecer que o princípio da proporcionalidade não é uma invenção do juiz constitucional retirada do seu “chapéu mágico”, pode também dizer-se que o princípio da proporcionalidade (...) tem dignidade de princípio constitucional»<sup>199</sup>.

Por outras palavras, «a facilidade de contaminação sucessiva de domínios materiais mais extensos permitiu que o princípio da proporcionalidade abandonasse a sua função localizada de princípio sectorial, para assumir a natureza de princípio geral de direito, a que nenhuma área do direito interno, nem

---

<sup>195</sup> V. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 266 e ss.

<sup>196</sup> V. Vitalino Canas, «Princípio da proporcionalidade», in *DJAP*, VI, Lisboa, 1996, p. 600.

<sup>197</sup> V. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, 1999, p. 698.

<sup>198</sup> V. Vitalino Canas, «Princípio da proporcionalidade», *loc. cit.*, p. 591.

<sup>199</sup> V. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, pp. 698-699.



nenhum acto (legislativo, regulamentar, judicial, administrativo, político *stricto sensu*, porventura até de revisão constitucional) está imune»<sup>200</sup>.

E assim, como recorda Rui Medeiros, «poucas ideias jurídicas receberam nas últimas décadas uma prosperidade e uma difusão tão grande no Direito Comparado como a ideia de proporcionalidade. Mesmo sem referir a expansão do princípio fora do Velho Continente ou o seu acolhimento pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e pelo Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho, o princípio da proporcionalidade constitui um dos domínios do actual *ius commune europaeum*. A jurisprudência comunitária, ao receber o modelo alemão do controlo da proporcionalidade, teve um papel decisivo na difusão e divulgação dessa técnica de controlo»<sup>201-202</sup>.

*Conceito.* – O que vem então a ser o princípio da proporcionalidade que, estando consagrado em vários preceitos da CRP (cfr. arts. 18.º, n.º 2, 19.º, n.º 4, 272.º, n.º 1), é depois especificamente enunciado no artigo 266.º, n.º 2, da CRP e no n.º 2 do artigo 5.º do CPA como padrão de toda a actividade administrativa<sup>203</sup>?

O «princípio da proporcionalidade» é o *princípio segundo o qual a limitação de bens ou interesses privados por actos dos poderes*

<sup>200</sup> V. Vitalino Canas, «Princípio da proporcionalidade», *loc. cit.*, p. 636.

<sup>201</sup> V., com indicações, Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 702.

<sup>202</sup> V. Maria Luísa Duarte, *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*, Lisboa, Lex, 1997, p. 540 e ss.

<sup>203</sup> Diz o n.º 2 do art. 5.º do CPA: «As decisões da Administração que colidam com direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afectar essas posições em termos adequados e proporcionais aos objectivos a realizar».

*públicos deve ser adequada e necessária aos fins concretos que tais actos prosseguem, bem como tolerável quando confrontada com aqueles fins.*

A definição evidencia as três dimensões essenciais do princípio:

- *Adequação;*
- *Necessidade;*
- *Equilíbrio.*

A *adequação* significa que a medida tomada deve ser causalmente ajustada ao fim que se propõe atingir. Procura-se deste modo verificar a existência de uma relação entre duas variáveis: o meio, instrumento, medida ou solução, de um lado; o objectivo ou finalidade, do outro<sup>204</sup>.

No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21 de Junho de 2000, depois de se afirmar que «*compete aos júris dos concursos da função pública, no respeito dos princípios e preceitos legais (...), adoptarem os critérios e fórmulas de avaliação que melhor se adaptarem ao tipo de concurso em causa e às características da categoria a prover, estando o poder de controlo do tribunal limitado à ocorrência de erros grosseiros na actuação do júri ou à adopção, pelo mesmo, de critérios manifestamente inadequados*», entendeu-se que «*não configura adopção de critério manifestamente inadequado o relevo dado, na ponderação do factor “qualificação e experiência profissionais”, no âmbito da avaliação curricular, ao tempo de serviço de funções na carreira administrativa (...), conjugado com outros aspectos tidos por relevantes, designadamente a variedade das áreas em que aquelas funções se desenvolveram (...)*»<sup>205</sup>.

Pode, no entanto, dizer-se que já será desadequado que, no âmbito de um concurso de pessoal para o preenchimento de um lugar de telefonista no quadro de determinado Ministério, se eleja como critério de avaliação das candidaturas, por ex., «*a prática pelo candidato de desportos radicais*».

<sup>204</sup> V. Vitalino Canas, «Princípio da proporcionalidade», *loc. cit.*, p. 621.

<sup>205</sup> Processo n.º 38 663.

Outro exemplo: «haverá violação do princípio da adequação quando a expropriação se apresentar como um meio manifestamente incapaz de atingir a utilidade pública pretendida»<sup>206</sup>.

A *necessidade* significa que, para além de idónea para o fim que se propõe alcançar, a medida administrativa deve ser, dentro do universo das medidas abstractamente idóneas, aquela que, em concreto, lese em menor medida os direitos e interesses dos particulares. Como se escreveu num acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, «a Administração está obrigada, ao actuar discricionariamente perante os particulares, a escolher, de entre várias medidas que satisfazem igualmente o interesse público, a que menos gravosa se mostrar para a esfera jurídica daqueles»<sup>207</sup>. O centro das preocupações desloca-se para a ideia de *comparação*: *a operação central a efectuar é a comparação entre uma medida idónea e outras medidas também idóneas*<sup>208</sup>. O objectivo de tal comparação será a escolha da *medida idónea que seja menos lesiva*. Do ponto de vista do princípio da proporcionalidade, a medida administrativa necessária é assim *a medida menos lesiva*<sup>209</sup>.

No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 19 de Março de 1999, depois de se recordar que «o princípio da proporcionalidade reclama o *princípio da justa medida* na prossecução do interesse público, com vista a evitar o excessivo gravame para a esfera jurídica dos administrados (...)\", entendeu-se ser ilegal, por exceder manifestamente a gravidade da falta cometida, o despacho que pune com a pena de demissão, ao abrigo do n.º 1 do artigo 26.º, do Estatuto Disciplinar, «uma médica que, sem qualquer anterior punição disciplinar, exerceu, durante certo período do

---

<sup>206</sup> V. Margarida Cabral, «Poder de expropriação e discricionariedade», in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 2, 1994, p. 123.

<sup>207</sup> Ac. do STA, de 10 de Outubro de 1998, Processo n.º 28 610.

<sup>208</sup> V. Vitalino Canas, «Princípio da proporcionalidade», *loc. cit.*, p. 624.

<sup>209</sup> V. Vitalino Canas, «Princípio da proporcionalidade», *loc. cit.*, p. 624.



internato complementar (...), também funções de Técnica de Exploração Postal dos CTT, por contrato, assim afrontando a proibição de acumulação resultante de incompatibilidade directamente estabelecida nos n.º 4 do artigo 9.º e n.º 2 do artigo 10.º do D. L. n.º 310/82, de 3/8, na redacção dada pelo D. L. n.º 90/88, de 18/3»<sup>210</sup>.

No que toca ao regime jurídico das expropriações, pode ilustrar-se a ideia de necessidade com a exigência que a lei faz de que a Administração tente previamente obter os bens por via contratual<sup>211</sup>.

Finalmente, a vertente do *equilíbrio* (ou da proporcionalidade em sentido estrito) exige que os benefícios que se espera alcançar com uma medida administrativa *adequada e necessária* suplantem, à luz de certos parâmetros materiais, os custos que ela por certo acarretará. «Procura avaliar-se – diz Vitalino Canas – se o acto praticado, na medida em que implica uma escolha valorativa, isto é, o sacrifício de certos bens a favor da satisfação de outros, é correcto, é *válido* à luz de parâmetros materiais»<sup>212</sup>.

Por exemplo, no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 24 de Outubro de 1991, entendeu-se que o «despacho do Secretário de Estado da Administração Local e do Ordenamento do Território (...) que ordena o embargo do último piso de um edificio de cinco andares e manda notificar o particular embargado para proceder à sua demolição» não viola o princípio da proporcionalidade, «nas vertentes da indispensabilidade e do equilíbrio ou razoabilidade (...), pois além dos interesses particulares há que atentar na salvaguarda dos valores estéticos e arquitectónicos que interessam a toda a comunidade, estando ainda em causa a confiança das populações na política governamental de não pactuar com a passiva violação do plano de urbanização aprovado para a zona»<sup>213-214</sup>.

<sup>210</sup> Processo n.º 30 896.

<sup>211</sup> V. Margarida Cabral, «Poder de expropriação e discricionariedade», *loc. cit.*, p. 124.

<sup>212</sup> V. Vitalino Canas, «Princípio da proporcionalidade», *loc. cit.*, p. 628.

<sup>213</sup> Processo n.º 26 570.

<sup>214</sup> V. também os exemplos referidos por Margarida Cabral, «Poder de expropriação e discricionariedade», *loc. cit.*, p. 129 e ss.

Em suma, se uma medida concreta não for simultaneamente adequada, necessária e equilibrada, em relação ao fim tido em vista com a sua adopção, ela será ilegal por desrespeito do princípio da proporcionalidade.

*Aplicação e relação com o princípio da igualdade.* — Na aplicação do princípio da proporcionalidade, define-se, primeiro, o fim que se pretende alcançar com a medida em causa; e apura-se, depois, a *relação* entre a medida que se idealiza tomar e o fim pretendido: será ela adequada para o realizar? Das várias adequadas, será a menos lesiva para os interesses particulares? E será que o fim a prosseguir justifica materialmente determinado sacrifício de interesses particulares conflitantes com o interesse público?

A ideia de proporcionalidade é, pois, inconfundível com a de igualdade. «Embora ambas visem assegurar a justa medida e o equilíbrio dos actos do Estado, pressupondo uma base comum de racionalidade, materialmente correm em direcções distintas»<sup>215</sup>. Como sintetiza Vitalino Canas, o juízo sobre a razoabilidade das discriminações (ou da parificação do tratamento), típico do exame do respeito pelo princípio da igualdade, baseia-se na apreciação ou na comparação de dois tipos legais na sua relação com a tensão entre base factual e resultado visado. O princípio da proporcionalidade preocupa-se antes com a questão de saber se o sacrifício de certos bens ou interesses é adequado, necessário e equilibrado, na relação com os bens e interesses que se pretende promover<sup>216</sup>.

Assim, uma decisão administrativa pode violar o princípio da proporcionalidade sem simultaneamente ferir o princípio da igualdade, e vice-versa.

---

<sup>215</sup> V. Vitalino Canas, «Princípio da proporcionalidade», *loc. cit.*, pp. 603-604.

<sup>216</sup> *Idem, ibidem*, p. 604.



Exemplo de *medida violadora da proporcionalidade sem ofensa da igualdade*: um doente com uma doença rara, contagiosa e desconhecida pode ser obrigado ao isolamento com vista a salvaguardar a saúde pública, sem que isso viole o princípio da igualdade. Mas poderá haver desrespeito pela proporcionalidade se, por exemplo, o tipo *concreto* de isolamento passar por rigores desnecessários, como a proibição de telefonemas<sup>217</sup>.

Exemplo de *medida violadora da igualdade sem desrespeito da proporcionalidade*: pretendendo-se combater a evasão fiscal, submete-se os advogados a fiscalização mais apertada do que a imposta aos médicos em profissão liberal. Não se vislumbra, à primeira vista, motivo razoável na distinção e tratamento diferente das duas categorias de profissões liberais, considerando o objectivo da medida<sup>218</sup>.

## 28. *Idem*: o princípio da boa fé<sup>219</sup>

*Generalidades.* – Originário da dogmática e do direito privados, o princípio da boa fé exprime, hoje, inquestionavelmente, um vector geral de todo o ordenamento jurídico<sup>220</sup>. Prova

<sup>217</sup> *Idem, ibidem*, p. 605.

<sup>218</sup> *Ibidem*.

<sup>219</sup> Sobre a boa fé, cfr., entre nós, Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito Civil*, I, Coimbra, 1984, p. 383 e ss. V. também Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos, *Direito Administrativo Geral (Introdução e princípios fundamentais)*, tomo I, p. 220 e ss.; Maria da Glória Garcia, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 1997, p. 86; e Diogo Freitas do Amaral / Rui Medeiros, «Parecer», in (org. Azeredo Perdigão Advogados) *Obras Públicas. Do Pagamento do Prémio pela Conclusão Antecipada da Empreitada*, Coimbra, 2001, pp. 82-85. Na doutrina estrangeira, entre tantos, v. Jesús Gonzalez Perez, *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, 3.ª ed., 1999; Fabio Merusi, «Il Principio di Buona Fede nel Diritto Amministrativo», in *Scritti per Mario Nigro*, II, Milão, 1991, p. 117 e ss.

<sup>220</sup> V. Menezes Cordeiro, *Da boa fé...*, I, p. 371 e ss., em especial p. 395. O Autor sublinha as virtualidades da aplicação da boa fé em domínios não civis, embora critique a falta de desenvolvimento sistemático do instituto nesses campos. Note-se que a aplicação da boa fé no Direito