

**Ricardo Sousa da CUNHA**

*A Prossecução Administrativa do Interesse Público Sujeita ao  
Direito*

DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(35\)2024.ic-29](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(35)2024.ic-29)

# Secção I

## Investigação Científica\*

---

\* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review* / The articles in this section have undergone a blind peer review process.

# A Prossecução Administrativa do Interesse Público Sujeita ao Direito

## *The Pursuit of Public Interest Under the Rule of Law*

Ricardo Sousa da CUNHA<sup>1</sup>

**RESUMO:** A dicotomia constitucional entre “prossecução do interesse público” e “tutela dos Direitos dos cidadãos, no número 1 do artigo 266.º, sujeita ao Direito, nos termos do número 2 do mesmo artigo, expressa os termos entre os quais, historicamente, se tem construído o Direito Administrativo contemporâneo. A afirmação de um regime especial de sujeição administrativa ao Direito para a prossecução do “interesse público” faz-se a partir da argumentação jurídica entre estes dois eixos concorrentes que condicionam, historicamente, cada uma das soluções contingentes do Direito Administrativo contemporâneo. Interessa avaliar a medida em que a prossecução administrativa do “interesse público”, salvaguardada na Constituição ainda se sujeita ao mesmo propósito constitucional de sujeição do exercício do poder ao Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; Interesse Público; Direito Administrativo; Princípio da Legalidade Administrativa; Boa Administração.

**ABSTRACT:** The constitutional dichotomy between "the pursuit of the public interest" and "the protection of citizens' rights" under Article 266(1), subject to the law under the terms of Article 266(2), expresses the terms under which contemporary administrative law has historically been constructed. The affirmation of a special regime of administrative subjection to the Law for the pursuit of the "public interest" is based on the legal argument between these two competing axes that historically condition each of the contingent solutions of contemporary Administrative Law. It is important to assess the extent to which the administrative pursuit of the "public interest", safeguarded in the Constitution, is still subject to the same constitutional purpose of subjecting the exercise of power to the Law.

**KEYWORD:** Constitution; Public Interest; Administrative Law; The Principle of Administrative Legality; Good Administration.

### 1. Introdução

Desde a famosa proclamação de CÍCERO “*Salus populi suprema lex esto*”<sup>2</sup> que se encontrava lançado o embrião do regime de exceção reconhecido à Administração Pública na sujeição ao “governo das leis”, Estado ao Direito ou

---

<sup>1</sup> Doutor em Ciências Jurídicas-Públicas (EDUM), Professor de Direito (ESG-IPCA / EDUM) e investigador integrado (JUSGOV/EDUM), ORCID: 0000-0003-2786-8195.

<sup>2</sup> MARCUS TULLIUS CÍCERO, *De Legibus*, Livro III-3-8, da edição de, Johannes Vahlen, *De legibus libri*, Berolinum, Vahlen, 1871, p. 132.

*rule of law*, parte mais visível do projeto político da Revolução Francesa de separação constitucional do exercício do poder público. A colocação do Direito no cerne da legitimação do exercício do poder encontra-se previsto no número 2 do mesmo artigo 266.º da Constituição, “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei” – numa relação simétrica com o Código do Procedimento Administrativo (CPA) que consagra o *princípio da legalidade*, no artigo 3.º.

A prossecução administrativa do *interesse público* justificou especiais condições de vinculação administrativa ao Direito que passaram, inclusivamente, pela criação de um novo aparelho normativo, metodológico e coercivo pelo qual, durante muito tempo, “julgar a Administração ainda foi administrar”. Naturalmente, a configuração atual do Direito Administrativo pouco tem desta formulação original (qual “pecado original”<sup>3</sup> do qual “a princesa da fábula” não se lembraria ao acordar do longo sono<sup>4</sup>). Compete aos órgãos da Administração Pública prosseguir o “interesse público”, no respeito pelos “direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”, nos termos do número 1 do artigo 266.º da Constituição. Se a prossecução do “interesse público” será o critério orientador da atuação administrativa<sup>5</sup>, o respeito pelos “direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” parece o legislador constituinte ter pretendido contruir como o seu limite constitucional. Esta é uma dicotomia parece construída numa alternativa de opostos, de forma que interessa avaliar, incluindo aqui a sua reprodução no Código do Procedimento Administrativo (CPA) de 2015 no artigo 4.º, a propósito do *princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos*.

Interessa aqui avaliar a medida em que a prossecução administrativa do “interesse público”, salvaguardada na Constituição, ainda marca o cumprimento do mesmo propósito constitucional de sujeição do exercício do poder ao Direito a partir da *contingência* da construção *argumentativa* das respetivas soluções.

---

<sup>3</sup> VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do ato administrativo perdido*, Almedina, Lisboa, 2016.

<sup>4</sup> ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Tenacitas, 2008, p. 23.

<sup>5</sup> O *princípio da prossecução do interesse público* é considerado o “princípio motor” da Administração Pública, na verdade, “o seu único fim” por DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito administrativo*. Lisboa: Bertrand Livresiros, v. II, 1988, p. 33. O seu “norte” para MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito administrativo geral I – Introdução e princípios fundamentais*. 3. ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008, p. 201.

O cumprimento deste propósito parte da exegese contextual das soluções constitucionais e legais aqui implicadas, como se verá, sempre aberta metodologicamente a diversas sugestões que não são tradicionalmente tratadas como jurídicas.

## 2. O argumento do interesse público na CRP

Não será fácil uma definição de interesse público<sup>6</sup>, que VIEIRA DE ANDRADE ensaia como o “*equilíbrio entre os interesses, diversos e muitas vezes contrapostos, da comunidade e dos indivíduos e grupos sociais*”<sup>7</sup> distinguindo, noutra ocasião, o interesse público dos interesses privados<sup>8</sup>. ROGÉRIO SOARES, a partir da emergência da sociedade técnica de massas e dos desafios assim colocados à “*prossecação*” administrativa, enquanto atividade material, técnica e jurídica, distinguiu *interesse público primário* e *interesse público secundário* – o interesse público primário referindo-se às *condições essenciais para a manutenção da vida em sociedade* (como a Paz, Justiça e Bem-estar), tradicionalmente deixados a cargo das funções primárias do Estado (política, legislativa e judicial), e o interesse público secundários relativo aos *instrumentos para a sua realização* (ensino, justiça, transportes), estes sim a cargo da prossecação administrativa<sup>9</sup>. O interesse público, previsto na Constituição, não é, assim, nem se opõe aos interesses privados, podendo coincidir, como se verá, nem sequer é o interesse de todos os membros da comunidade – é, exatamente, o interesse da comunidade, historicamente,

---

<sup>6</sup> A dificuldade parte, inclusivamente, da construção do conceito de interesse que PEDRO MÚRIAS ensaia com referência à necessidade de um sujeito sobre um objeto apto a satisfazer essa necessidade *in* PEDRO MÚRIAS, “O que é um Interesse, no sentido que geralmente interessa aos juristas?”, *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 829-857, que aqui se colocará no plano público entre as necessidades coletivas e as limitações dos recursos aptos a satisfazer essas necessidades.

<sup>7</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*. Coimbra, IUC, 2017.

<sup>8</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Dicionário jurídico da Administração Pública*. Coimbra, Coimbra Editora, V, 1993, p. 275. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA distinguem, ainda: “em virtude do feixe de interesses que converge ou pode convergir sobre determinado bem, há que distinguir: (1) o interesse individual, isto é, o direito subjetivo ou interesse específico de um indivíduo; (2) o interesse público ou interesse geral, subjetivado como interesse próprio do Estado e dos demais entes territoriais, regionais e locais; (3) o interesse difuso, isto é a refração em cada indivíduo de interesses unitários da comunidade, global e complexamente considerada; (4) o interesse coletivo, isto é, interesse particular comum a certos grupos e categorias. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, Volume I, 2014, pp. 696 e seguintes.

<sup>9</sup> ROGÉRIO SOARES, *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra, Universidade de Coimbra, 1955, pp. 99 e seguintes.

definido pelo “soberano”, desde as revoluções constitucionais, democratizado e “prosseguido” pelos poderes, funções e órgãos separados constitucionalmente<sup>10</sup>. Também MARCELLO CAETANO afirmava como o interesse público não depende da Administração Pública, pelo contrário, exerce sobre ela o seu império<sup>11</sup>.

### 3.1 O argumento jurídico do interesse público

A interpretação da fórmula constitucional que distingue a prossecução do “interesse público” da comunidade dos “direitos dos cidadãos”, no número 2 do artigo 266.º, abre as portas à construção da atividade administrativa, mediada linguisticamente, como o argumento jurídico administrativo que voga entre *interesse público* e a *legalidade* tuteladora dos Direitos dos cidadãos. Foi a revalorização da mediação linguística de qualquer exercício humano, a partir da viragem linguística de meados do século XX feita com base na constatação dos próprios “limites da linguagem” que evidenciou a natureza argumentativa de qualquer construção significativa intersubjetivamente como a jurídica e, em especial, a jurídico-administrativa. O *argumento jurídico-administrativo*<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> PETER HÄBERLE assinalou como uma aproximação jurídica ao conceito de interesse público implicava todas as funções do Estado, implicando um exercício especificamente jurídico para sustentar o significado do “interesse público” especificamente para a “interpretação constitucional” na base da sua “comunidade aberta de interpretes da Constituição” in PETER HÄBERLE. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem: eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*. Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 1970.

<sup>11</sup> MARCELLO CAETANO, *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Coimbra, Almedina, 2010, p. 183.

<sup>12</sup> A outro propósito, COENDET parte da ideia de argumentação de TOULMIN, segundo o qual o modelo silogístico falha na justificação prática da argumentação, uma vez que a lógica formal não produz quaisquer ideias de substância, apenas estrutura ideias de uma forma analítica, numa distinção, assim, construída entre o “*argumento substancial*” e o “*argumento analítico*”. A estrutura do argumento substancial utiliza um mandado (W) para passar de um dado específico (D) à conclusão (C), apoiando (B) o mandado com mais informações STEPHEN TOULMIN, *The Uses of Argument*, Cambridge 1958, 95 *apud* COENDET, “Legal Reasoning: Arguments from Comparison”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 102, 2016/4, p. 485 No entanto, COENDET critica como TOULMIN, simplesmente, presume os conhecimentos em cada uma das áreas disciplinares implicadas na formulação da informação que alimenta os argumentos jurídicos formulados, razão pela qual se vira para WOHLRAPP que explica como se produz “conhecimento” para a argumentação jurídica. A informação que alimenta qualquer argumentação é produzida argumentativamente, porque toda a atividade humana é mediada linguisticamente e, por isso, assim construída. Assume aqui especial relevância o uso natural da linguagem que assim sempre alimentam (factualmente) a argumentação jurídica. Não se argumenta sobre o que se conhece, pelo que o conhecimento é também uma construção – é pelo diálogo argumentativo que se afere se uma tese oferece uma orientação válida para a solução de um problema prático. Se o método do Direito é a argumentação, as técnicas usadas na formulação da geração de argumentos não já não são especificamente jurídicas, mas são decisivas na realização prática do Direito. É a partir da formulação aberta de argumentos jurídicos que se responde aos desafios metodológicos da *indeterminação jurídica*, aqui, colocados perante a *abertura cognitiva* da linguagem usada na construção de argumentos jurídicos informados pela

formulado em torno do “interesse público” tem, aliás, um inegável efeito retórico<sup>13</sup>, cuja solução implica *inputs* factuais integrados na argumentação jurídica que impõe uma contribuição interdisciplinar.

A ausência de um conceito legislativo ou jurídico-constitucional de interesse público tem apenas resposta em alguns indícios deixados pela Constituição a partir, naturalmente, de um projeto material previsto em diversas passagens, nomeadamente no disposto no artigo 9.º, relativo às tarefas fundamentais do Estado, nas quais se incluem propósitos a cargos das diferentes funções do Estado aqui especialmente relevantes aquelas relativas ao exercício da função administrativa. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA referem-se a conceitos próximos na Constituição, em especial, “interesse geral”, no número 1 do artigo 52.º, na alínea c) do número 2 do artigo 65.º, e na alínea f) do artigo 81.º, ou “interesse coletivo, no número 1 do artigo 47.º, sempre como “*um momento teleológico necessário de qualquer atividade administrativa*”, previsto na Lei ou na Constituição, segundo a ideia de que “*o interesse público é posto e não pressuposto*”<sup>14</sup>. Na procura de uma referência constitucional das bases para a prossecução do *interesse público primário*, é, especialmente, relevante a referência feita pelo artigo 9.º a atividades, materialmente, administrativas, especialmente a partir do disposto na sua alínea “(...) d) *Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais*”.

### **3.2 O interesse público à margem do Direito Administrativo (Tradicional)**

*A fluidez, complexidade e multidireccionalidade das respostas impostas a estes desafios* questiona a própria subsistência do Direito Administrativo, apontando-se, com ROSENAU, por isso, o aparecimento da *Global Governance*.

---

realidade em que se integram ao *encerramento normativo* que se permite compreender como a metodologia jurídica permite justificar decisões diferentes, por vezes até opostas. Vide THOMAS COENDET, *Rechtsvergleichende Argumentation*, Tubingen, Mohr Siebeck, 2012, pp. 94 e seguintes.

<sup>13</sup> LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, “Constituição, Administração e Interesse Público. O Entorno ao Momento Originante ou o Estado contra a Administração” in *Evolução constitucional e perspectivas futuras nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 513.

<sup>14</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, *op. cit.*, anotação ao artigo 266.º, p. 796.

Esta nova realidade globalizada caracteriza-se pela emergência de novos “*mecanismos de dirigir sistemas sociais para os seus objetivos*”<sup>15</sup>, cuja necessidade de legitimação assume papel decisivo na esfera internacional marcada pela “*engrenagem multilateral*”<sup>16</sup>. Em sociedades crescentemente diversas e complexas, nas quais se confrontam interesses também crescentemente diversos e complexos, os “processos, formais e informais, que guiam e condicionam as atividades do grupo” deslocam-se da centralidade governamental para uma “governança, sem governo”<sup>17</sup>. Não é apenas (ou nem é principalmente) o exercício da ação pública que se globaliza, mas são todos os diferentes atores sociais que se relacionam num “ecossistema” global, fixando mecanismos formais e informais de condução política, descritas como “redes de governança em diferentes níveis” (“*multi-level networks of Governance*”).

Não se pode recusar como os desafios colocados ao Direito Público pelas propostas da *Governance* no exercício do poder, em especial, aquelas dirigidas ao desenvolvimento de estratégias alternativas de responsabilização (*accountability*) ou participação (*participation*), são condição nova para o reconhecimento da legitimidade da atuação estadual e sua consequente eficácia. No entanto, a orientação destas propostas, tem vogado entre diferentes aproximações científicas e metodológicas, especialmente em ciências não jurídicas. Mesmo que as preocupações da *Governance* possam incidir sobre o mesmo objeto, a partir, aliás, de um semelhante diagnóstico, a verdade é que estão orientadas por diferentes preocupações científicas - dirigidas que estão a garantir a maior eficiência da atuação administrativa parecem afastar-se do acervo das preocupações típicas da ciência do Direito, aproximando-se mais

---

<sup>15</sup> JAMES N. ROSENAU, “Governance in the 21st Century”, *Global Governance*, Vol. 1, 1995, p. 14. Também se refere como os “*steering mechanisms employed to frame and implement goals that move communities in the directions they wish to go or that enable them to maintain the institutions and policies they wish to maintain*” in JAMES N. ROSENAU, “Globalization and Governance: Bleak Prospects for Sustainability”, *IPG*, 3/2003, pp. 11 e seguintes.

<sup>16</sup> KIMON VALAKASKIS, “Long-term trends in Global Governance: From “Westphalia” to “Seattle”, *Governance in the 21st Century - Future Studies*, OECD, 2021, p. 58.

<sup>17</sup> JAMES N. ROSENAU, “Governance, Order, and Change in World Politics”, in: J.N. ROSENAU /O. CZEMPIEL (Eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, 1992, capítulo 1. “*Governance is not the same as government in that the rule systems of the latter are rooted in formal and legal procedures, while those of the former are also marked by informal rule systems*”.

daquelas da Economia, da Ciência Política e da Ciência da Administração<sup>18</sup>. Por isso, não se pode abandonar as preocupações tradicionais do Direito Administrativo às mãos desta suposta “revolução” meta-jurídica na legitimação do exercício de autoridade, dita administrativa, ao nível estadual ou supraestadual, de “Governance”, em especial, na sua dimensão “Global” superadora de tradicionais paradigmas de territorialidade nacional, internacional ou transnacional<sup>19</sup>. Mesmo os proponentes de uma radical reforma do Direito Administrativa a partir, entre outras, da impossibilidade de ignorar a relevância de mecanismos alternativos de “Direção” (*Steurung, Steering*) social não estritamente jurídico-administrativos, que convertem a Administração e o Direito Administrativo de prestador em “garante”, concedem não ser este o cerne das preocupações da reforma jurídico-administrativa<sup>20</sup>. As novidades trazidas ao Direito Administrativo tradicional por este diagnóstico são encontradas de diversas direções<sup>21</sup>. Entre estas, a emergência de um “Novo Direito

---

<sup>18</sup> Neste mesmo sentido SABINO CASSESE, “Gli Stati nella Rete Internazionale dei poteri pubblici”, *RTDP*, n.º 1, 1999, pp. 321 e seguintes.

<sup>19</sup> JAMES N. ROSENAU, “Governance, Order, and Change in World Politics” in JAMES N. ROSENAU & ERNST-OTTO CZEMPIEL (eds), *Governance Without Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 1 e seguintes.

<sup>20</sup> EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2.ª Ed., Springer, Heidelberg, 2004, p. 21 e ANDREAS VOßKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft” in WOLFGANG HOFFMANN-RIEM / EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN / ANDREAS VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, Munique, C. H. Beck, § 1, pp. 18 e seguintes, *maxime* pp. 25 e 56 e seguintes. Sobre as vantagens e limites dos sistemas de redes na conceptualização do exercício supra-nacional de autoridade (governance), na qual se incluem entes privados, redes judiciais cosmopolitas, ao mesmo tempo que aponta a falta normatividade (importante em casos limites) ver também CHRISTIAN WALTER, “International Law in a Process of Constitutionalization” in JANNE E. NIJMAN E ANDRÉ NOLLKAEMPER, *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, pp. 198 e seguintes.

<sup>21</sup> A partir de semelhante diagnóstico, com o qual não se confunde, em especial, cruzado com o projeto “anti-moderno” do projeto do Direito pós-moderno, que, em especial, para a ação administrativa, se constituiu sobre novos paradigmas pós-modernos de legitimidade (DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “Os quatro paradigmas para um direito administrativo: pós-moderno: legitimidade – finalidade – eficiência – resultados”, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008). Os limites dos pré-existentes paradigmas Modernos de legitimação da ação administrativa de *existência* (como presença de todos os elementos juridicamente necessários), *validade* (pela perfeição jurídica de cada um deles) e *eficácia* (pela possibilidade jurídica da produção dos efeitos visados pela Administração) imporiam, assim, quatro adicionais referências paradigmáticas para o cumprimento dos objetivos afirmados pelo Estado pós-moderno: 1) *legitimidade* (primária ou substancial e derivada ou formal) e uma nova dimensão de legitimação imposta pelo respeito aos direitos fundamentais a serem realizados pelas políticas públicas; 2) *finalidade* na redescoberta principialista de valores e finalidades especialmente em matéria de tutela dos Direitos Fundamentais; 3) *eficiência*, considerada no quadro da Governança Global, como já referido; 4) *resultado*, nas diferentes instâncias do controlo (dos resultados) da ação administrativa, económica, jurídica (judicial) ou política (DIOGO NETO, “Os quatro

Administrativo” parece evidenciar-se na “corrosão interna do Direito Administrativo Geral” que, em Portugal, SUZANA TAVARES DA SILVA encontra: 1) na contaminação de institutos jurídicos tradicionais pelo Direito da UE, como seja o contrato administrativo, o procedimento e o controlo, 2) a flexibilização do regime jurídico do ato administrativo, 3) na proliferação de reguladores independentes, 4) na autonomização de novas formas de atuação administrativa, 5) na redução da discricionariedade administrativa face ao incremento da discricionariedade técnica. As origens deste novo processo são tanto externas (na abertura da estadualidade, como na americanização do direito europeu e na europeização do direito nacional), como internas de redução do âmbito do Direito Administrativo geral (pela autonomização de novos “direitos administrativos especiais”, pela empresarialização da administração pública, privatização da relação jurídica de emprego público, pelo reconhecimento mútuo de poderes no âmbito da administração pública)<sup>22</sup>. Assim, se tem revelado como a Administração Pública, cada vez mais, aponta opções num ordenamento jurídico complexo, avalia as suas consequências, confronta-se com conflitos de interesses e, na verdade, apresenta propostas de solução. Por isso, o Direito Administrativo, de ciência de interpretação legal, orienta-se a uma ciência de produção jurídica, por atos e decisões – de *Rechtsanwendungswissenschaft* a uma *Rechtssetzungswissenschaft*<sup>23</sup>. Ainda, noutra perspetiva afirma-se a crescente centralidade do individuo perante a Administração Pública que é mesmo o fundamento para a superação do paradigma *autoritário* do Direito Administrativo para a sua compreensão “*paritária*”<sup>24</sup>. Uma ordem jurídica que define “o estatuto jurídico do Estado como o do cidadão, reconhecendo-lhes direitos e deveres recíprocos” constrói-se, pois, a partir de uma “relação jurídica [administrativa] geral” que ultrapassa a tradicional “relação geral de poder”<sup>25</sup>.

---

paradigmas...”, *op. cit.*, respetivamente, pp. 40 e seguintes, 84 e seguintes, 103 e seguintes e 138 e seguintes.).

<sup>22</sup> SUZANA TAVARES DA SILVA, *Um Novo Direito Administrativo*, IUC, Coimbra, 2010, *maxime* pp. 60 e seguintes.

<sup>23</sup> ANDREAS VOßKUHLE, “*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*” in HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ABMANN / VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, Munique, C. H. Beck, § 1, pp. 18 e seguintes.

<sup>24</sup> PEDRO MACHETE. “A subordinação da Administração Pública ao Direito e a Dogmática do Direito Administrativo no âmbito do Estado de Direito Democrático” in ATHAYDE, Augusto, CAUPERS, João e GARCIA, Maria da Glória F. P. D., *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 191 e seguintes.

<sup>25</sup> *Idem*, *maxime* pp. 222 e 223.

#### 4. A prossecução do interesse público sujeita ao Direito

A plasticidade da definição do que seja o interesse público coloca a ênfase na sua “prossecução”, como se viu já, a partir do contributo de PETER HABERLE, na prossecução do interesse público como atividade jurídica de uma comunidade aberta de interpretes constitucionais aqui recolocado argumentativamente, e da seminal lição de ROGÉRIO SOARES com a referência feita à emergência da sociedade técnica de massas e os desafios assim colocados à “prossecução” administrativa, enquanto atividade material, técnica e jurídica.

##### 4.1 A Separação de Poderes como norma

Atualmente, no entanto, como se viu, estas fronteiras são mais fluídas. Nem só a administração pública prossegue interesse público, nem a administração pública só prossegue o interesse público.

A fuga para o Direito Privado não significou apenas uma organização administrativa segundo os modelos típicos do setor privado, mas também que entes privados satisfazem, por si só ou em parcerias estaduais, o interesse público, muitas vezes com mais meios do que o próprio Estado. Com isto se retirou o exclusivo de conhecimentos, meios e até poderes que determinava um poder administrativo discricionário por razões técnicas tão complexas que estariam apenas ao dispor do Estado – num dos fundamentos possíveis para o aumento do risco para a captura dos interesses públicos por interesses privados. O “interesse público” também nunca foi apenas prosseguido pela Administração pública – mesmo na divisão constitucional de poderes a função política sempre definiu o interesse público primário, orientando também a função legislativa nesta “prossecução”<sup>26</sup>. Da perspetiva administrativa consagrada no número 2 do artigo 266.º da Constituição, a tutela do interesse público ainda acontece no quadro da divisão constitucional de trabalho operada pela separação e interdependência de poderes, no artigo 111.º. Esta previsão como uma *norma de princípio* é ponto de partida a partir do qual se habilita e limita de forma *deôntica* a atuação de cada um dos órgãos de soberania, como *primeira norma*

---

<sup>26</sup> PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, AAFDL, 2019, p. 142.

de competência operativa do sistema constitucional de limitação jurídica do exercício do poder<sup>27</sup>. Este é, pois, ainda um exercício especificamente jurídico, normativamente alicerçado em *relações sistemáticas de pertinência*, que se constroem sob a vigência de diferentes dimensões do *princípio constitucional da legalidade* – aqui especialmente relevante em matéria de legalidade administrativa.

A solução deste contraponto entre *legalidade* e *administração*, aqui especialmente retratado em matéria de prossecação do interesse público, parte da norma de princípio constitucional da separação (e interdependência) de poderes. Não se pode configurar uma reserva de qualquer destas funções Estaduais *aprioristicamente*, apenas a partir da consideração unidirecional de uma norma de princípio como a de separação de poderes. A configuração desta divisão apenas pode ser apreendida numa *relação* entre dois vetores – duas modalidades, funcional, procedimental e formalmente distintas, de exercício do poder (legislativa e administrativa). Podem, por isso, ser aqui perspetivados dois princípios em conflito cuja solução deverá ser procurada na garantia de um núcleo essencial, sem prejuízo para o reconhecimento de espaços de conflito positivo de intervenção. Este núcleo essencial encontra acolhimento constitucional, da parte do legislador, por exemplo, na proibição de regulamentos independentes, no número 7 do artigo 112.º da Constituição, como da parte administrativa, na proibição de leis-medida. É a partir daqui que se tem construído o princípio de intervenção legislativa mínima (justificado ao abrigo da necessidade implicada num juízo de proporcionalidade), especialmente fundamentada, político e económico-financeiramente, preferindo-se sempre medidas menos intrusivas, mais participadas e controladas. A construção assim feita de uma reserva de administração *prima-facie*<sup>28</sup>, mais uma *condição de preferência constitucional administrativa*, no que aqui mais interessa, na prossecação do interesse público – evidenciada na competência governamental, administrativa, de adoção de todos os regulamentos necessários à boa

---

<sup>27</sup> PEDRO MONIZ LOPES, Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas..., *op. cit.*, pp. 17 e seguintes. Mesmo que mais facilmente derrotável pela sua maior generalidade.

<sup>28</sup> PEDRO MONIZ LOPES, Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas..., *op. cit.*, p. 290.

execução das leis, na falta de uma reserva material de regulamento<sup>29</sup>. Daqui, necessariamente, decorre é também uma maior responsabilização e controlo, expressamente, consagradas na própria Constituição – no artigo 266.º e seguintes.

Este primeiro exercício de *jurisdificação* do “interesse público” a partir da norma de princípio da separação de poderes tem, aliás, um duplo sentido – por um lado, complexifica-se a posição da administração pública perante o Direito, a sua interpretação e aplicação, ao mesmo tempo que, por outro lado, mudaram as condições do seu controlo judicial. Como já se viu, mudou radicalmente a ideia de uma administração pública secundária, estritamente vinculada a uma legalidade que lhe é estranha porque legitimada democraticamente pelo voto popular (direta ou indiretamente, no Parlamento ou no Governo). Os órgãos administrativos têm cada vez mais uma posição “criativa” na definição do Direito aplicável, tanto mais relevante quanto são também cada vez mais diversas as fontes de Direito aplicáveis (supra). O sentido reverso desta alteração da vinculação administrativa à lei (a alteração não é tanto das condições de vinculação administrativa à lei como é da sua constatação) foi também a alteração das condições do seu controlo judicial com o alargamento das condições de acesso ao processo administrativo a partir das pistas do subjetivismo processual (de inspiração germânica).

#### **4.2 Invalidades na Prossecução do Interesse Público**

Ficou assim completo o quadro para a discussão contemporânea em torno da plena sujeição ao Direito da “prossecução” do seja definido como sendo “interesse público”, sempre com uma referência normativa passível de também a construir como um *poder* sujeito a um *dever* normativo de *prossecução administrativa do interesse público*<sup>30</sup>. Pelo que se viu já, é clara a maior fluidez da caracterização da separação de funções estaduais que aqui se referiu, pela qual as fronteiras tradicionais se esbatem. Já se viu a atuação administrativa na definição do direito aplicável é, cada vez mais, criativa e a aproxima do exercício de funções estaduais primárias, tradicionalmente, reservadas aos atos

---

<sup>29</sup> PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas...*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>30</sup> PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, Parte II, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, pp. 142 e seguintes.

diretamente habilitados na Constituição<sup>31</sup>. A direta habilitação constitucional, principal e até supraestadual (Europeia ou Internacional), da atuação administrativa na prática regulamentar ou individual e concreta também a aproxima do exercício de funções primárias tradicionalmente reservadas à função político-legislativa. O controlo judicial de atos, tradicionalmente, caracterizados como atos políticos e, por isso, insuscetíveis de controlo judicial, nomeadamente face a padrões de verificabilidade argumentativa factual, bem como a eventual sujeição da atividade administrativa discricionária à integridade do teste da proporcionalidade, integram também este movimento.

A crescente complexidade e fluidez da atuação administrativa na prosseccção do interesse público tem consequências decisivas para o que ainda é a juridicidade da atuação administrativa de prosseccção do interesse público numa lógica válido/inválido que caracteriza também o funcionamento argumentativo jurídico-administrativo<sup>32</sup>, em que a fluidez das fronteiras tradicionais da separação de poderes realça a natureza *relacional* do princípio da separação de poderes, na sua dimensão de interdependência de poderes *num permanente exercício de reconstrução*. Neste exercício, o CPA admite a invalidade de diferentes atos administrativos adotados na prosseccção do interesse público em violação das limitações legais aqui enunciadas. Assim, no número 2 do artigo 161.º do CPA, “são, designadamente, nulos: a) Os atos viciados de usurpação de poder; b) Os atos estranhos às atribuições dos ministérios, ou das pessoas coletivas referidas no artigo 2.º, em que o seu autor se integre; (...) d) Os atos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental; e) Os atos praticados com desvio de poder para fins de interesse privado (...)”.

### 4.3 Direitos dos Cidadãos

A previsão da nulidade dos atos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental, nos termos da alínea d) do número 2 do artigo 161.º do CPA, não afasta a eventual invalidade, designadamente a anulabilidade prevista no artigo 163.º também do CPA, dos atos adotados em violação dos direitos e

---

<sup>31</sup> GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 250.

<sup>32</sup> GUNTHER TEUBNER, “Two faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, (1992) 13 *Cardozo Law Review*, pp. 1443 e seguintes.

interesses legalmente protegidos dos cidadãos, referidos expressamente na parte final do número 1 do artigo 266.º. Já se viu, aliás, como a previsão constitucional parece estabelecer este como o limite à prossecução do interesse público, numa dicotomia que o legislador constituinte parece ter querido contruir argumentativamente.

Em desenvolvimento desta previsão, o artigo 268.º da Constituição inclui, entre os *direitos e garantias dos administrados*, um catálogo de direitos que não podem deixar de ser também considerados a propósito do problema da discricionariedade administrativa - o direito à informação (número 1) e de acesso aos arquivos e registos administrativos (número 2), num prazo definido por lei (número 6), a *fundamentação expressa e acessível* dos atos administrativo (incluindo discricionários) quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos (número 5), bem como a *tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos* (número 4), incluindo o *direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos* (número 5). Nada no texto da Constituição admitiria uma exceção *imane*nte a estes direitos (alguns dos quais discutidos entre os Direitos, Liberdades e Garantias, administrativamente geradores de nulidade) – mesmo a tutela do interesse público (previsto no número 2 do artigo 266.º será sempre um poder/dever. Assim, neste exercício, as limitações administrativas na tutela dos direitos liberdades e garantias, colocado entre a vinculação do número 1 do artigo 18.º e os limites da desaplicação da lei com fundamento na sua inconstitucionalidade, parecem gerar um potencial *paradoxo na vinculação administrativa aos Direitos Fundamentais* considerando que vinculação administrativa ao regime de direitos fundamentais poderá encontrar os órgãos da administração incapazes de adequadamente o aplicar. que, aliás, poder reforçar as exigências colocadas ao seu controlo judicial. Nestes termos, o eventual juízo administrativo de fiscalização da constitucionalidade (imposto pelo princípio da constitucionalidade, na defesa dos direitos fundamentais vinculativos à atuação administrativa, nos termos da segunda parte do número 1 do artigo 18.º) sobre a ponderação legislativa restritiva (a título exclusivo) de Direitos, Liberdades e Garantias (nos termos do número 2 do artigo 18.º, pelo qual princípio da legalidade vincula a atuação da administração) parece poder

gerar um paradoxo na vinculação administrativa ao bloco da juridicidade de difícil solução.

## 5. Reconciliar a Prosecação do Interesse Público com Direitos(s)

Um dos mais recentes desenvolvimentos argumentativos entre a prosecação do interesse público e a tutela dos direitos dos cidadãos procura reconciliar os dois termos da equação prevista no número 1 do artigo 266.º da Constituição sob a figura do princípio/ dever /direito fundamental à “boa administração”. Este passo procura um aprofundamento jurídico da bondade material da prosecação do interesse público face à atual previsão do princípio da prosecação do interesse público prevista na Constituição e no artigo 4.º do CPA, cominado, como se viu com a nulidade apenas nos casos de desvio de poder para fins privados. A previsão do princípio da boa-administração entre os direitos da cidadania europeia no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no artigo 5.º do CPA, em 2015, não pode deixar de ter consequências no exercício do poder administrativo.

### 5.1 Princípio da boa administração

Na vinculação principal do Direito Administrativo da UE discute-se a autonomia de um *princípio da boa administração*, a partir do qual MARIA LUÍSA DUARTE, aliás, organiza os demais princípios da atividade administrativa da UE, por, numa dimensão subjetiva, o encontrar como direito fundamental indutor dos demais princípios da atividade administrativa<sup>33</sup>. Pela promoção da boa administração no Direito da UE não se pode prescindir: 1) da limitação do poder e 2) da garantia da sua eficácia; em ambos os casos especialmente pensada no quadro do equilíbrio de poderes entre a Comissão e as demais instituições da União. Este princípio poder-se-ia retirar a *contrario* da previsão das competências do Provedor de Justiça em matéria de fiscalização da “má administração” na atuação das instituições da União, no artigo 228.º TFUE, bem como no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais e ainda no Código

---

<sup>33</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 90. Em sentido diverso, MARIO P. CHITTI, *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè, Milano, Terceira Edição, 2008, p. 496, que o entende como uma decorrência, em termos de eficiência e eficácia administrativa, da vinculação ao princípio da legalidade. Ver também JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 254.

Europeu de Boa Conduta Administrativa<sup>34</sup>. O conceito de “má administração” começou por ser densificado pelo próprio Provedor de Justiça, no seu Relatório de 1997, referindo que “*a má administração ocorre quando um organismo público não atua em conformidade com uma regra ou princípio a que está vinculado*”<sup>35</sup>. Este princípio obteve no caso *Technische Universität München*<sup>36</sup> galões de Princípio Geral de Direito da UE. Da mesma forma, na jurisprudência do TJUE se tem afirmado, por exemplo, a partir do dever de diligência na análise do exercício do direito de queixa, em especial, em matéria de concorrência, conforme enunciado no caso *Max Mobil*<sup>37</sup>, apesar da subsequente limitação dos poderes de cognição judicial à existência de coerente fundamentação, não se detendo sobre a apreciação discricionária da Comissão.

A natureza jurídico-fundamental do direito à boa-administração é aceite por parte da doutrina a partir da previsão da Carta dos Direitos Fundamentais<sup>38</sup>. A extração do pleno efeito do princípio da boa administração não parece impor, necessariamente, a sua construção jus-fundamental subjetiva, mesmo que a nível da União Europeia que sempre se discutiria nos sistemas jurídicos dos Estados-membros. Não será, aliás, fácil construir uma dimensão jus-fundamental da “boa administração”, subjetivamente distinta, para cada titular de direito subjetivo público de “boa administração” contra qualquer atuação administrativa do Estado. A partir de uma previsão muito diferente, no artigo 97.º na Constituição Italiana, CASSESE encontra na importante evolução do princípio da boa administração como um “*principio in funzione dei diritti dei cittadini (“ex parte civis”)*”<sup>39</sup>.

## 5.2 A boa administração no CPA

No CPA, o princípio da boa administração, encontra-se previsto no artigo 5.º, mais longe do que a previsão original do CPA relativamente ao princípio da prossecução do interesse público. A previsão do número 1 de como a

<sup>34</sup> Disponível em <https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/pt/3510>.

<sup>35</sup> Relatório do Provedor de Justiça de 1997 disponível in <http://www.ombudsman.europa.eu/pt/activities/annualreports.faces>.

<sup>36</sup> Ac. de 21.11.1991, no Proc. C-269-90, *Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte*.

<sup>37</sup> Ac. de 30.01.2002, no Proc. T-54/99, *max.mobil Telekommunikation Service c. Comissão*.

<sup>38</sup> JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, op. cit., pp. 254 e seguintes.

<sup>39</sup> SABINO CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25º anniversario della legge sul “Sindic de Greuges” della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009, disponível in <https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2019/04/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf>.

“Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade”, que, nos termos do número 2, “(...) deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada”. Esta previsão tem sido criticada por DAVID DUARTE por *falta de unidade normativa*, considerando que estes serão “alguns” dos casos possíveis de boa administração de forma nenhuma esgotando os casos de possível “má-administração”. Além disso, esta previsão normativa não parece ser suficientemente geral e abstrata para garantir os requisitos de normatividade exigidos, mesmo que seja como princípio normativo<sup>40</sup>.

Assim, também se pode partir da construção de normas de princípio, como MONIZ LOPES faz com o *princípio da necessidade*, a partir “da decisão, passando pela regra culminando no princípio”<sup>41</sup>. Recusando a distinção tradicional entre normas e princípios, a partir da maior generalidade e abstração destes, a possibilidade de construir, mesmo que a partir de uma previsão mais indeterminada<sup>42</sup>, uma estatuição através de um operador deôntico justifica a caracterização de normas de princípio<sup>43</sup>. A relevância da discussão em torno da natureza jurídica do *princípio da boa administração*, nomeadamente como direito subjetivo público, empalidece face à sua construção como *norma de princípio*<sup>44</sup> a partir do qual se pode extrair a invalidade de qualquer atuação em violação de uma previsão, mesmo que mais genérica e, assim derrotável, de boa administração. Tem sido este o sentido atribuído a partir da previsão original referida pelo Direito da UE, entre nós acolhida já, em especial, a propósito da tutela dos interesses económicos do Estado, uma modalidade de interesse público. Em matéria de Finanças Públicas, em especial no controlo da “boa administração” da despesa pública, este assumirá, segundo FREITAS DA ROCHA, a natureza de “princípio jurídico” e não mero princípio económico, funcionando, ainda assim, como “critério de otimização” da despesa pública e não como norma, mesmo que norma de princípio, assim, recusando a

---

<sup>40</sup> DAVID DUARTE, *Alguns Problemas de Teoria do Direito no Novo Código do Procedimento Administrativo*, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 2017/1, LVII, pp. 19 e seguintes.

<sup>41</sup> PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas...*, *op. cit.*, pp. 157 e seguinte, *maxime* 191.

<sup>42</sup> Que determina a sua maior derrotabilidade, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas...*, *op. cit.*, p. 196.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> DAVID DUARTE, *A norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 621 e seguintes.

possibilidade de aqui se alçar um controlo de mérito sobre a realização da despesa pública<sup>45</sup>. Parece, no entanto, inevitável uma aproximação do controlo, em especial, judicial, a instâncias de controlo de mérito, inclusivamente, considerando os padrões de “boa administração” construído entre uma dimensão material, de “indicadores de performance” como sejam a “economia (ou proibição de desperdício), eficiência e eficácia”, e uma dimensão temporalmente razoável<sup>46</sup>. Esta formulação do “princípio da boa administração” em matéria de controlo de finanças públicas é, de qualquer forma, bem mais determinada do que aquela que, em matéria administrativa, se encontra no artigo 5.º do CPA.

Entre a consideração jus-fundamental de um direito à boa-administração e um dever administrativo, não ficam dúvidas quanto ao potencial de alargamento do controlo substantivo da atuação administrativa – levado às últimas consequências, todas as dimensões do exercício do poder administrativo, como oportunidade e mérito, podem, assim, encontrar-se *juridificadas* e sujeitas a controlo, nomeadamente, jurisdicional face a um padrão normativo habilitador e limitador<sup>47</sup>. Mesmo que não seja fácil construir uma dimensão jus-fundamental da “boa administração” que se distinga subjetivamente em cada individuo contra qualquer atuação administrativa do Estado, a sua densificação normativa não se reduz a um mero dever deontológico administrativo, sem consequências jurídicas. A consideração da sua natureza principial não se parece limitar a um “comando de otimização” da atuação administrativa, mas, pelo contrário, parece impor que aqui se encontre um operador deontico (dever-ser) pelo qual se constrói uma *norma de princípio de boa administração* que vincula toda a atuação administrativa e cuja violação pode ser cominada com invalidade. Naturalmente, não parece suficiente a previsão literal do artigo 5.º do CPA que, no número 1, parece pretender limitar a boa administração a “*critérios de eficiência, economicidade e celeridade*”, e, no número 2, “*(...) a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada*”. Uma interpretação conforme deste artigo, desde logo ao Direito da UE, impõe o seu alargamento.

---

<sup>45</sup> JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Direito da Despesa Pública*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 120.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Recusado por MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral...*, *op. cit.*, p. 206.

Em especial, os critérios de eficiência e economicidade devem, como referido a propósito do controlo da despesa pública, abrir-se a critérios de “economia” que ponderem as diferentes dimensões, jurídicas e factuais, da atuação administrativa, em especial, no que se refere às diferentes dimensões da “economia” da decisão administrativa e não de mera “economicidade” – numa abertura interdisciplinar proporcionada pela prossecução administrativa do interesse público integrada, argumentativamente, em tempos em que a Economia é perspetivada como uma forma de interesse público e de justiça. Não se pode, naturalmente, abandonar esta argumentação jurídica aos critérios da Análise Económica do Direito, como defende JOAQUIM ROCHA para a despesa pública<sup>48</sup>, mas a sua integração na argumentação jurídica é inevitável, na perspetiva argumentativa com que se abriu este texto e à qual, necessariamente, se acaba por regressar.

### 5.3 A dimensão preventiva da boa administração

A boa administração tem também uma dimensão *preventiva*, especialmente, relevante considerando a potencial instrumentalização retórica referida, dirigido a casos em que exista má-fé das entidades administrativas, violação do dever de diligência, falta de fiscalização ou controlo deficiente<sup>49</sup>. São diversas as possibilidades abertas pela exigência de uma adequada *compliance* administrativa na tutela (preventiva) da boa-administração. É a *reconstrução* de todo um aparelho metodológico que revaloriza instrumentos tradicionais do Direito Administrativo, relevantes ainda mesmo perante todas as novidades aqui retratadas, não apenas como deveres deontológicos<sup>50</sup>, mas como *deveres metodológicos*, construídos a partir das sugestões da *norma de princípio de boa-administração*, construída como um poder dever que vincula juridicamente a administração pública ao poder/dever de tutela do interesse público. O cumprimento destes deveres é, assim, condição de validade da atuação

---

<sup>48</sup> JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Direito da Despesa Pública*, op. cit., p. 120.

<sup>49</sup> SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra, IUC, 2010, p. 27. CASSESE pronuncia-se como “Verificar a conformidade da ação administrativa é tarefa dos juízes no direito nacional e supranacional, ou dos juízes e órgãos semi-contenciosos, chamados de “comitês de conformidade” ou “painéis de inspeção”, no direito global. A parte menos desenvolvida e mais minúscula da boa administração está contida nos códigos de boa conduta, e o controlo do seu cumprimento é, em regra, confiado aos mediadores.” in SABINO CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione...*, loc. cit.

<sup>50</sup> Na formulação de PEDRO GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 235.

administrativa, controlada administrativa e judicialmente. É aqui especialmente decisiva a revalorização metodológica do *dever de fundamentação dos atos administrativos*, em especial, em matéria de discricionariedade administrativa, como aconteceu já na reforma do no número 5 do artigo 163.º do CPA que salvou a falta de fundamentação de atos discricionários da desconsideração do efeito anulatório reconhecido nos atos vinculados, em homenagem às exigências de eficiência administrativa impostas pelo princípio do aproveitamento dos atos administrativos. É também a revalorização da medida da proporcionalidade para qualquer atuação administrativa, mesmo discricionária, numa discussão mantida pela doutrina e pela jurisprudência, também em matéria de discricionariedade administrativa, a partir da revisão do artigo 7.º do novo CPA. Entre outras previsões, estas merecerão renovada atenção.

## 6. Conclusão

A construção argumentativa do Direito encontra-se plasmada no texto da Constituição a propósito do exercício da função administrativa. A formulação constitucional do número 1 do artigo 266.º coloca o exercício da função administrativa entre o “interesse público” no respeito pelos “direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” numa alternativa equívoca, uma vez que estes dois termos de uma qualquer equação não são necessariamente alternativos ou contraditórios. “Interesse público” e “direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” estarão, aliás, as mais das vezes alinhados, e serão, por isso, de forma igual o “motor” que alimenta a ação administrativa, nos termos do número 2 do mesmo artigo 266.º da Constituição, pela sujeição dos órgãos administrativos “à Constituição e à lei” – na qual estes dois termos da ação administrativa se encontram. No entanto, a construção desta distinção na Constituição revela padrões argumentativos que convivem no exercício da função administrativa, especialmente, relevantes na solução dos chamados “casos difíceis” da hermenêutica jurídica colocada entre “interesse público” e “Direito(s)”. Não é apenas a formulação alternativas destes termos que parece equívoca, mas a sua ordenação também não parece suficiente para resolver eventuais problemas na solução administrativa de “interesse público” e “Direitos dos cidadãos”.

Neste exercício, contataram-se aqui dois movimentos contemporâneos de juridificação da prossecação do interesse público sujeito ao Direito. Um primeiro movimento parte dos limites da própria separação de poderes como norma de princípio constitucional, apesar de diversas sugestões que revalorizam diferentes dimensões alternativas de legitimação do exercício do poder administrativo. Ainda no quadro da separação constitucional dos poderes, estes padrões argumentativos revelam é uma administração pública cada vez menos secundária e, cada vez mais, criativa em diferentes momentos da prossecação do “interesse público” e dos “Direitos dos cidadãos” previstos na lei – aqui se podem elencar os desafios deixados pela definição administrativa do Direito aplicável, também cada vez mais ao nível global, a discricionariedade administrativa ou a tutela dos Direitos dos cidadãos, em termos que merecem melhor atenção. São inúmeras as consequências jurídicas que invalidam atos administrativos adotados na prossecação do interesse público, como visto, seja a partir da violação da norma de princípio da separação de poderes, do princípio da prossecação do interesse público ou da violação dos Direitos dos cidadãos, sumariamente elencados no próprio número 1 do artigo 268.º da Constituição.

Este segundo movimento parece pretender reconciliar a sujeição ao Direito da prossecação do interesse público na figura da “boa-administração”, cuja natureza jurídica, principial, normativa deôntica ou como direito subjetivo público se encontra ainda em discussão, mas inegavelmente alarga as instâncias de controlo jurídico (e judicial) da ação administrativa de prossecação do interesse público – já mais evidente em matéria de tutela das finanças públicas. O acolhimento desta figura na revisão do CPA de 2015 sujeitou-se às críticas à sua formulação literal que exige um esforço hermenêutico a partir do qual se abre a uma reconsideração dos termos de vinculação administrativa ao Direito, também aqui ordenada racionalmente pelo procedimento, mas sempre, ainda, mediada linguisticamente e construída argumentativamente – e, conseqüentemente, do seu controlo. Volta-se, assim, às aberturas impostas na estrutura da argumentação jurídica, sempre baseada em informação prestada, neste caso, administrativamente na tutela do interesse público. São, assim, cada vez mais relevantes os *inputs* (factuais) incorporados, jus-administrativamente, ao *dever de fundamentação dos atos administrativos*, como a outros como ao princípio da

proporcionalidade, no caso aqui tratado, por regras de *compliance administrativa* do cumprimento da *norma de princípio da boa-administração*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAETANO, MARCELLO. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Almedina, Coimbra, 2010.

CASSESE, SABINO. “Gli Stati nella Rete Internazionale dei poteri pubblici”, RTDP, n.º 1, 1999, pp. 321 e seg.

CASSESE, SABINO. *Il diritto alla buona amministrazione*, Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25º anniversario della legge sul “Sindic de Greuges” della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009, disponível in <https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2019/04/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf>.

CHITTI, MARIO P. *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffré, Milano, Terceira Edição, 2008.

CÍCERO, MARCUS TULLIUS. *De Legibus*, Livro III-3-8, da edição de, Johannes Vahlen, *De legibus libri*, Berolinum, Vahlen, 1871.

COENDET, THOMAS. “Legal Reasoning: Arguments from Comparison”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 102, 2016/4, pp. 485 e seg.

COENDET, THOMAS. *Rechtsvergleichende Argumentation*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

COLAÇO ANTUNES, LUÍS FILIPE. “Constituição, Administração e Interesse Público. O Entorno ao Momento Originante ou o Estado contra a Administração” in *Evolução constitucional e perspectivas futuras nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*. AAFDL, Lisboa, 2001, pp. 513 e seg.

DUARTE, DAVID. *A norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006.

DUARTE, DAVID. *Alguns Problemas de Teoria do Direito no Novo Código do Procedimento Administrativo*, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 2017/1, LVII, pp. 19 e seg.

DUARTE, MARIA LUÍSA. *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

FREITAS DA ROCHA, JOAQUIM. *Direito da Despesa Pública*, Almedina, Coimbra, 2019.

FREITAS DO AMARAL, DIOGO. *Direito administrativo*. Bertrand Livresiros, Lisboa, v. II, 1988.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição revista, Volume I e II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

GOMES CANOTILHO, JJ. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.

GONÇALVES, PEDRO. *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2023.

HÄEBERLE, PETER. "Öffentliches Interesse als juristisches Problem: eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung". Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 1970.

MACHADO, JÓNATAS. *Direito da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MACHETE, PEDRO. "A subordinação da Administração Pública ao Direito e a Dogmática do Direito Administrativo no âmbito do Estado de Direito Democrático" in ATHAYDE, Augusto, CAUPERS, João e GARCIA, Maria da Glória F. P. D., *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 191 e seg.

MONIZ LOPES, PEDRO. *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, AAFDL, Lisboa, 2019.

MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO. "Os quatro paradigmas para um direito administrativo: pós-moderno: legitimidade – finalidade – eficiência – resultados", Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008.

MÚRIAS, PEDRO. "O que é um Interesse, no sentido que geralmente interessa aos juristas?", *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 829-857.

PEREIRA DA SILVA, VASCO. *Em Busca do ato administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 2016.

REBELO DE SOUSA, MARCELO e SALGADO DE MATOS, ANDRÉ. *Direito administrativo geral I – Introdução e princípios fundamentais*. 3. ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008.

ROSENAU, JAMES N. "Governance in the 21st Century", *Global Governance*, Vol. 1, (1995), pp. 14 e seg.

ROSENAU, JAMES N. "Governance, Order, and Change in World Politics", in: J.N. Rosenau /O. Czempiel (Eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, 1992, capítulo 1.

ROSENAU, JAMES N. "Governance, Order, and Change in World Politics" in James N. Rosenau & Ernst-Otto Czempiel (eds), *Governance Without Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, pp. 1 e seg.

ROUSENAU, JAMES N. "Globalization and Governance: Bleak Prospects for Sustainability", *IPG*, 3/2003, pp. 11 e seg.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2.ª Ed., Springer, Heidelberg, 2004, pp. 21 e seg.

- SOARES, ROGÉRIO. *Direito Público e Sociedade Técnica*, Tenacitas, Coimbra, 2008.
- SOARES, ROGÉRIO. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra, Universidade de Coimbra, 1955.
- TAVARES DA SILVA, SUZANA. *Direito Administrativo Europeu*, IUC, Coimbra, 2010.
- TAVARES DA SILVA, SUZANA. *Um Novo Direito Administrativo*, IUC, Coimbra, 2010.
- TEUBNER, GÜNTHER. “Two faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, (1992) 13 *Cardozo Law Review*, pp. 1443 e seg.
- VALAKASKIS, KIMON. “Long-term trends in Global Governance: From “Westphalia” to “Seattle”, *Governance in the 21st Century - Future Studies*, OECD, 2021.
- VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS. *Dicionário jurídico da Administração Pública*. Coimbra, Coimbra Editora, V, 1993, pp. 275 e seg.
- VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS. *Lições de Direito Administrativo*. Coimbra, IUC, 2017.
- VOßKUHLE, ANDREAS. “*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*” in HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ABMANN / VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, C. H. Beck, Munique, 2009, pp. 18 e seg.
- WALTER, CHRISTIAN. “International Law in a Process of Constitutionalization” in JANNE E. NIJMAN E ANDRÉ NOLLKAEMPER, *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, OUP, Oxford, 2007, pp. 198 e seg.

Data de submissão do artigo: 11/04/2024

Data de aprovação do artigo: 28/06/2024

Edição e propriedade:

**Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL**

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: [upt@upt.pt](mailto:upt@upt.pt)