

# Revista JURÍDICA PORTUCALENSE



[www.upt.pt](http://www.upt.pt)



UNIVERSIDADE  
PORTUCALENSE  
IJP  
Instituto Jurídico Portucalense



Fundação  
para a Ciência  
e a Tecnologia

Nº 37 | Universidade Portucalense | Porto | 2025

[https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(37\)2025](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(37)2025)

**Ricardo SOUSA DA CUNHA**

*A Divisão Constitucional do Trabalho na Discricionariedade Jurídico-Administrativa*

**DOI:** [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(37\)2025.ic-14](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(37)2025.ic-14)

## Secção Investigação Científica / Scientific Research\*

---

\* 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 DIVISÃO CONSTITUCIONAL DE TRABALHO NA DISCRICIONARIEDADE JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

## THE CONSTITUTIONAL DIVISION OF LABOUR OVER ADMINISTRATIVE LEGAL DISCRETION

Ricardo Sousa da Cunha<sup>□</sup>

**RESUMO:** O tratamento da matéria da discricionariedade é das mais tradicionais questões do Direito Administrativo, mas que se mantém permanentemente entre as preocupações jurídicas contemporâneas. Na doutrina nacional, tardam em chegar ao tratamento da discricionariedade administrativa as muito significativas alterações sentidas pelo Direito Administrativo nos últimos anos, a partir. Perspetivada a partir das renovadas preocupações da metódica jurídica com o cumprimento administrativo do princípio da legalidade, a superação da tradicional dicotomia entre discricionariedade de decisão e de escolha parece afastar-se do seu ponto de partida entre as “imunidades de Estado” revelando uma divisão de trabalho ainda a fazer na separação constitucional de poderes.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1) Discricionariedade Administrativa, 2) Constituição, 3) Função Administrativa, 4) Legislação e 5) Controlo Judicial

**ABSTRACT:** The treatment of the matter of discretion is one of the most traditional issues of Administrative Law, but it remains permanent among contemporary legal concerns. In the national doctrine, the very significant changes felt by Administrative Law in recent years appear to be slowly considered in the treatment of administrative discretion. From the perspective of the renewed concerns of the legal methodology with the administrative compliance with the principle of the rule of law, overcoming the traditional dichotomy between discretion of decision and of choice reveals a constitutional division of labour in the matter of administrative discretion away from the traditional “immunities of the State”.

**KEYWORDS:** 1) Administrative Discretion, 2) Constitution, 3) Administration, 4) Legislation and 5) Judicial control

---

<sup>□</sup> Doutor em Ciência Jurídicas-Públicas, Professor de Direito (ESG/IPCA, EDUM), Investigador JUSGOV – rcunha@ipca.pt, ricardoscunha@direito.uminho.pt. ORCID: 0000-0003-2786-8195 Ciência Vitae ID: BB1B-AFC6-A4EF

## 1. Introdução

A configuração tradicional do problema da discricionariedade administrativa foi-se construindo em torno da histórica excepcionalidade da vinculação administrativa ao Direito a partir da clássica caracterização da função administrativa como secundária, sujeita a uma lei aprovada por um legislador legitimado democraticamente, à orientação da função política e ao controlo judicial. Este paradigma, que levou GARCIA DE ENTERRIA a colocar o problema da discricionariedade entre as “imunidades do poder”<sup>1</sup>, encontra-se em crise, especialmente, a partir do exercício hermenêutico imposto aos órgãos administrativos na definição do Direito aplicável de entre as diferentes fontes de Direito a que se encontra vinculada a Administração.

Um “receio garantístico”<sup>2</sup> parece ter orientado a doutrina jurídico-administrativa nacional tradicional, de um lado, entre o risco de excessivo controlo judicial, de outro, dos potenciais efeitos de excessos administrativos sobre os particulares. Este tratamento doutrinal tem levado a que o problema do cumprimento administrativo da discricionariedade administrativa seja, genericamente, tratado, por um lado, de forma demasiado intimamente ligado com o seu controlo judicial e, por outro lado, virtualmente ignorando o ponto de partida da (in)determinação da previsão legislativa<sup>3</sup>. Esta tradição é, certamente, fruto de um contexto histórico que viu o direito administrativo nacional passar de uma relação autoritária com os cidadãos para uma ambição de contencioso de plena jurisdição em pouco mais de vinte anos. O resultado parece é potenciar um *desvio comportamental* no desempenho jurídico do problema da discricionariedade administrativa, como um todo. A omissão do tratamento da previsão legislativa do problema dos poderes discricionários à administração parece ter permitido, tradicionalmente, desresponsabilizar o legislador nas escolhas da (in)determinabilidade legislativa, neste caso a propósito do exercício de poderes administrativos discricionários, ao mesmo tempo que o tratamento do controlo judicial (tradicionalmente referido como atenuado) parece ambicionar, precisamente, vincular o decisor judicial a uma posição pensada a partir do desempenho administrativo. Com isto, potenciam-se mais do que um efeito desviante *ex ante* no desempenho administrativo, que se, por um lado, permite descomprometer do esforço implicado na interpretação/ aplicação de uma previsão legal indeterminada, por outro lado, espera, precisamente, um controlo judicial atenuado (que muitas vezes tem). Muito tem mudado, felizmente, na doutrina, como na jurisprudência, no tratamento do problema da discricionariedade administrativa - que começa

<sup>1</sup> ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 3.º Edição (2.ª Reimpressão), 1995.

<sup>2</sup> DUARTE, David. A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa, Almedina, Coimbra, 2006, p. 459.

<sup>3</sup> EGÍDIO, Mariana Melo. “Panorama da discricionariedade administrativa em Portugal – breves notas” in GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda e BITENCOURT, Eurico. (Coord.), *IV Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público - Discricionariedade Administrativa e Controlo da Administração Pública*, ICJP, Lisboa, 2023, p. 86 e ss.

por ser um problema que exige uma mais clara *divisão constitucional de trabalho entre os poderes separados*, mas aqui, certamente, não se esgota.

Se o problema deste tratamento “receoso” para DAVID DUARTE, além de “insuficiências inaceitáveis de objetividade”, tem ocultado o que, para o Autor, é essencialmente, uma questão normativa<sup>4</sup>, a colocação do problema da discretariedade administrativa no cumprimento da norma (da previsão, da estatuição e do operador deôntico) procura, aqui, metodologicamente, o seu ponto de partida, mas não limite. A maior indeterminação da norma jurídico-administrativa habilitadora do exercício de poderes discricionários refere-se a um exercício pelo qual é necessário o seu preenchimento factual, realçando mais complexas etapas metodologicamente discricionárias e vinculadas. Este movimento contínuo entre interpretação e aplicação é uma importante evolução na metodologia jurídica contemporânea, segundo a qual “interpretar é sempre aplicar”<sup>5</sup>, ao contrário dos pressupostos em que assenta a divisão, já tradicional, na doutrina nacional. É, por isso, sempre diversamente vinculado este exercício hermenêutico, o que não significa, no entanto, que se recuse qualquer diferença entre o exercício de poderes vinculados e discricionários. Interessa é indagar os caminhos desta integral vinculação ao Direito nos diferentes espaços da discretariedade administrativa, desde a sua previsão legal, ao seu exercício administrativo e controlo administrativo ou judicial.

## 2. A Discretariedade Administrativa na separação constitucional de poderes

O princípio da separação de poderes é o ponto de partida para a caracterização das especificidades metodológicas próprias de cada função estadual, sujeitas ao Direito<sup>6</sup>. A norma pela qual os diferentes poderes são acometidos pela Constituição ao cumprimento de finalidades específicas num particular sistema de equilíbrios é, assim, construída como decisiva norma de princípio a partir da qual, entre outros comandos deônticos relativos à separação e interdependência dos poderes, se estabelece uma norma de competência<sup>7</sup> que habilita e limita os órgãos competentes com variáveis consequências nas condições de cumprimento do princípio da legalidade. Os desafios daqui suscitados na relação entre cada uma das funções separadas constitucionalmente são instáveis e estão, senão

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> SILVA, Joana Aguiar e. *Para uma teoria hermenêutica da Justiça: repercussões juisliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 303, a partir da formulação de GADAMER “Compreender é sempre também aplicar” in HANS-GEORG GADAMER, *Verdad y Método*, I. vol., página 382.

<sup>6</sup> LAMEGO, José. *Metodologia Jurídica*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 237 e ss, e, em especial, sobre a relevância constitucional, páginas 293 e ss.

<sup>7</sup> LOPES, Pedro Moniz. *Derrotabilidade normativa e normas administrativas: o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 58 e ss.

permanentemente em causa, em especial, aqui em causa nas condições do cumprimento do princípio da legalidade, em matéria administrativa – que convoca todas as funções do Estado.

A dimensão operativa do princípio da separação de poderes, na perspetiva histórica referida, revela uma *argumentação* a partir da qual não se pode configurar uma reserva de qualquer destas funções Estaduais, *aprioristicamente*, a partir da consideração unidirecional de uma norma de princípio como a de separação de poderes. Esta apenas pode ser apreendida numa *relação* entre dois vetores – duas modalidades, funcional, procedural e formalmente distintas, de exercício do poder (legislativa e administrativa) – numa “dupla subtração” feita ao legislador e à administração em homenagem ao *princípio do Estado de Direito*<sup>8</sup>.

Esta *relação* encontra acolhimento constitucional, especialmente clara na relação entre legislador e administração. Da perspetiva do legislador, parte-se da proibição de regulamentos independentes, no número 7 do artigo 112.º da Constituição, como da parte administrativa, na proibição de leis-medida. Também, por isso, o princípio da legalidade como fundamento jurídico do poder regulamentar impõe “como regra, a existência de uma lei prévia que habilite a Administração a emanar regulamentos (princípio da precedência de lei)”<sup>9</sup> que não habilita o exercício de um poder regulamentar originário para cumprimento das competências discricionárias da administração – sem prejuízo para as “diretivas de discricionariedade”<sup>10</sup>. 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>11</sup>, mais uma *condição de preferência constitucional administrativa*, no que aqui mais interessa, na prossecução do interesse público – evidenciada na competência governamental, administrativa, de adoção de todos os regulamentos necessários à boa execução das leis, na falta de uma reserva material de regulamento<sup>12</sup>. Daqui, necessariamente, decorre é também uma maior responsabilização e controlo, expressamente, consagradas na própria Constituição – no artigo 266.º e seguintes. Nesta dimensão *relacional*, o princípio da separação de poderes segundo GOMES CANOTILHO “assegura uma justa e adequada ordenação das funções do Estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades

<sup>8</sup> COUTINHO, Luís Pedro Pereira. “As duas subtrações – esboço de uma reconstrução de separação entre as funções de legislar e de administrar”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol.41 nº1, 2000, p. 99 e ss, máxime p. 112.

<sup>9</sup> MONIZ, Ana Raquel. *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 41.

<sup>10</sup> *idem*, página 38.

<sup>11</sup> LOPES, Pedro Moniz. *Derrotabilidade normativa...*, op. cit., p. 290.

<sup>12</sup> *Idem*, página 294.

dos órgãos constitucionais de soberania”<sup>13</sup>.

Este exercício não só recusa espaços livres de atuação livre do Direito, como recusa também a construção de momentos diferentes de *interpretação* e *aplicação* do Direito, numa perspetiva metodologicamente unitária que parte da constatação de um *continuum* metodológico entre interpretação e aplicação construído a partir da ideia, cada vez mais relevante para a própria metodologia jurídica, segundo a qual “interpretar é sempre aplicar”<sup>14</sup>. Este ponto é levado mais longe na procura da própria “vinculatividade” do Direito pelo realismo jurídico escandinavo de ALF ROSS, tal como mais recentemente reconstruído na descoberta do *continuum* entre a justificação do ponto de vista interno e externo de HART<sup>15</sup> - afirmando uma importante passagem de uma teoria normativista do Direito para uma teoria realista com decisivas implicações metodológicas. Este é um dos mais importantes contributos recolhidos na “viragem linguística” do século XX, da centralidade da mediação linguística na construção das soluções jurídicas aqui, especialmente, relevante a propósito no movimento contínuo de construção, interpretação e aplicação de soluções normativas – como o *quid* do Direito – implicado na consideração *metodológica* da discricionariedade administrativa.

Se, como se viu, “interpretar é sempre aplicar”, este exercício é também o resultado da solução constitucional – mesmo que sempre precário – uma vez que a Constituição determina as diferentes condições de vinculação ao Direito dos poderes e funções aí também separados – como se verá, mas que já se pode enunciar, mais claramente, a partir de uma previsão como aquela do número 3 do artigo 20.º da *Constituição Federal Alemã (Rechtfindung contra legem intra ius)*. O problema da discricionariedade administrativa abre-se, assim, a um conjunto de problemas (metodológicos) no cumprimento, administrativo, mas não só, de uma determinada previsão normativa (legal, mas não só). Este exercício não se pode bastar com a identificação *normativista* das possibilidades alternativas de ação administrativa, mas, numa perspetiva metodológica, obriga-se a ponderar as condições de realização do Direito, necessariamente, variáveis à luz do regime constitucional de separação de poderes, numa perspetiva que também se poderá, assim, afirmar realista da discricionariedade administrativa<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7<sup>a</sup> ed., Almedina, 2003, p. 250.

<sup>14</sup> SILVA, Joana Aguiar e. *Para uma teoria hermenêutica da Justiça...*, op. cit., p. 303.

<sup>15</sup> Neste sentido *vide* RAMOS, J Restrepo. *The binding character of the law: A case for realism and decisionism*. [Doctoral Thesis], Tilburg Law School, Triburg, 2017, p. 236 e ss. O Novo Realismo Jurídico (NLR no acrônimo em inglês New Legal Realism) revaloriza esta análise realista a partir da revelação dos padrões argumentativos usados na solução de diferendos argumentativos, neste caso jurídicos, a partir, precisamente da ideia segundo a qual se argumenta sobre aquilo em que não há acordo.

<sup>16</sup> Como já referido por LAMEGO, José. *Metodologia Jurídica...*, op. cit., p. 293 e ss, em especial, sobre a relevância constitucional.

### 3. Uma divisão constitucional de trabalho a propósito da discricionariedade jurídico-administrativa

O exercício aqui empreendido parte de um “universalizável” princípio constitucional de separação de poderes que, comparativamente, resulta numa “soma-zero”, variável em função das comparáveis reservas de cada uma das funções estaduais. É, neste aspeto, comparável a função desempenhada pelas diferentes soluções jurídicas de construção de uma adequada vinculação administrativa à legalidade plural. Exemplo disso, é a discussão atual dos termos da vinculação administrativa à legalidade em sistemas jurídicos comparados de inspiração anglo-saxónica, como acontece nos EUA pela discussão em torno da manutenção ou reversão do precedente vinculativo no caso *Chevron*<sup>17</sup>, no qual se distingue o tratamento de daquilo que, aqui, se trata como *interpretação administrativa* e *discricionariedade administrativa*<sup>18</sup>. A centralidade renovada do problema da discricionariedade é exemplificada pela recente discussão no US *Supreme Court* em torno do teste *Chevron* que levou, recentemente, à sua reversão<sup>19</sup> - na mesma lógica dualista alargaram-se as condições de controlo judicial da *interpretação administrativa* da lei a que se encontra vinculada.

As posições tradicionais sobre a discricionariedade administrativa partem de uma divisão tradicional de trabalho entre os poderes constitucionais – que repartem, no que interessa para o exercício da função administrativa, a “prosecução do interesse público”, nas suas diferentes dimensões, entre legislador, administração e juiz. O já referido de um “receio garantístico” no tratamento da discricionariedade administrativa é o resultado de um caminho de exceção administrativa no cumprimento do princípio da legalidade, também em matéria administrativa, historicamente, justificado à luz da referida prossecução do “interesse público”, atualmente, previsto no número 1 do artigo 266.º da Constituição. Esta prossecução, no entanto, acontece de forma variável, dentro dos diferentes poderes de vinculação ao Direito dos poderes e funções separados constitucionalmente – como se viu, com referência especial ao número 2 do artigo 266.º da Constituição, relativamente ao exercício da função administrativa, tal como melhor concretizado no artigo 5.º do CPA, e ao artigo 202.º, no que se refere ao exercício da função jurisdicional, apesar da omissão na CRP de uma disposição como o número 3 do artigo 20.º da *Constituição Federal Alemã*.

---

<sup>17</sup> *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* disponível em: [www.oyez.org/cases/1983/82-1005](http://www.oyez.org/cases/1983/82-1005), consultado em 5 de janeiro de 2022.

<sup>18</sup> De forma interessante, esta é uma discussão que chegou a um sistema jurídico comparado de inspiração romano-germânica, apesar da ampla abertura à influência norte-americana, em especial em matéria constitucional, como é o brasileiro, onde o caso *Chevron* foi discutido a propósito de um problema de discricionariedade administrativa, no julgamento pelo STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.874/stf37.

<sup>19</sup> No recente caso *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* (22-451), de 28/06/2024, disponível em [https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/22-451\\_7m58.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/22-451_7m58.pdf) (04/07/2024).

### 3.1 A Prosssecução do Interesse Público sujeita ao Direito

Muito mudou na “prosssecução do interesse público” desde a original previsão constitucional liberal que, no berço do Direito Administrativo, procurou reconhecer à Administração Pública especiais imunidades na sujeição ao Direito<sup>20</sup>. A plasticidade da definição do que seja o interesse público coloca a ênfase na sua “prosssecução”. A primeira lição foi constatada por ROGÉRIO SOARES com a emergência da sociedade técnica de massas e os desafios assim colocados à “prosssecução” administrativa, enquanto atividade material, técnica e jurídica. Nem só a Administração pública prossegue interesse público, nem a administração pública só prossegue o interesse público. A fuga para o Direito Privado significou não apenas uma organização administrativa segundo os modelos típicos do setor privado, como 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 outros recursos que determinava um poder administrativo discricionário por razões técnicas tão complexas que estariam apenas ao dispor do Estado.

Na verdade, 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 “prosssecução”. A *jurisdificação* do “interesse público” 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, estreitamente 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).

A “prosssecução do interesse público” como catalisador para a atuação administrativa constitui-se como um poder/dever que, com ROGÉRIO SOARES, cedo entrou na discussão

---

<sup>20</sup> CUNHA, Ricardo Sousa da. “A Prosssecução Administrativa do Interesse Público Sujeita ao Direito” (The Pursuit of Public Interest Under the Rule of Law), Revista Jurídica Portucalense, n.º 35, Porto, 2024, páginas 619-641.

sobre os limites do exercício dos poderes discricionários<sup>21</sup> e assume cada vez maior relevância sob a forma do *princípio /norma de boa administração*. Apesar das críticas formuladas ao texto do artigo 5.º do CPA, nomeadamente relativamente ao conteúdo deôntico escolhido<sup>22</sup>, entre eficiência, economicidade e desburocratização, bem como à aproximação dos cidadãos, não é difícil ler aqui um conjunto de deveres, não apenas “deontológicos”<sup>23</sup>, mas verdadeiros deveres metodológicos na vinculação administrativa ao Direito, especialmente relevantes no exercício do poder discricionário.

Pelo que vai referido, a afirmação do Direito como linguagem da separação de poderes, mesmo na “prosecução do interesse público”, permanentemente reconstruída argumentativamente numa relação entre diferentes poderes/funções, recoloca também o problema da discricionariedade administrativa como um poder/dever jurídico implicado no cumprimento das possibilidades abertas pela norma administrativa num caso concreto, com o instrumentário metodológico próprio de cada uma das funções do Estado,— que aqui interessa considerar.

### 3.2 A repartição de trabalho com o Legislador

O problema da discricionariedade administrativa, metodologicamente, colocada na relação hermenêutica com a “norma” em matéria administrativa começa por ser um problema da Ciência da Legislação, da Legística ou da Legisprudência<sup>24</sup>, mais do que do Direito Constitucional ou do Direito Administrativo, pelo qual o legislador define as condições legais, sujeitas ao prévio escrutínio administrativo, da atividade administrativa.

O legislador não pode prever, na definição das atribuições (*fins*) das pessoas coletivas, das competências (*poderes*) dos seus órgãos ou nas normas de conduta ou procedimento, todas as situações da vida (do lado da *previsão*) nem todos os poderes a exercer (do lado da *estatuição* e do *operador deôntico*), pelo que é inevitável uma margem de conformação – neste caso administrativa - no cumprimento da lei – em sentido amplo, com as possíveis expressões formais da atividade administrativa, em especial, regulamentar ou o ato administrativo. A abertura do sistema de fontes de Direito tem colocado a consideração de obrigações legislativas a partir de uma previsão normativa paramétrica para o legislador, já não apenas no texto constitucional, mas também no plano de uma cada vez mais relevante vinculação paramétrica do Direito da União Europeia e mesmo do Direito Internacional, como já referido. Este é, assim sendo, um problema que suscita autónomas preocupações

<sup>21</sup> SOARES, Rogério. Direito Público e Sociedade Técnica, Coimbra, Tenacitas, 2008, p. 140.

<sup>22</sup> DUARTE, David. *Alguns Problemas de Teoria do Direito no Novo Código do Procedimento Administrativo*, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 2017/1, LVII, p. 19 e ss.

<sup>23</sup> GONÇALVES, Pedro. *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 235.

<sup>24</sup> CUNHA, Ricardo Sousa da. “A Legisprudência na construção de uma teoria normativa da legislação em Timor-Leste”, *e-BLJ*, Ano 1 (2018), n.º 2, pp. 122 a 144.

metodológicas, administrativa e judicialmente, desde a definição do direito aplicável, aqui, em especial, a partir da “determinabilidade” da previsão legislativa, necessariamente, “indeterminada” na atribuição de poderes discricionários, mesmo que limitada perante o cada vez mais complexo sistema de fontes de Direito Administrativo<sup>25</sup>. Daqui também se têm extraído verdadeiras regras dirigidas ao legislador, nomeadamente dirigidas à previsão de poderes administrativos discricionários<sup>26</sup>, dirigidas a garantir a unidade, clareza e facilidade de implementação da previsão normativa<sup>27</sup>. Mesmo neste espaço, em primeiro lugar, de tradicional livre conformação político-legislativa têm-se afirmado instâncias de controlo judicial dirigidas a garantir a unidade da atuação legislativa e política sob o Direito. Entre estes últimos redutos das referidas “imunidades de Estado”, o controlo judicial dos atos políticos tem-se afirmado, como se viu, ao passo que o controlo judicial do procedimento legislativo também tem feito o seu caminho na garantia da coerência e unidade legislativa, enquanto decorrências do princípio do Estado de Direito, mais do que na afirmação de um *procedimento legislativo devido* (“*due legislative process*”) como parte da doutrina tem pretendido<sup>28</sup>.

A discricionariedade administrativa encontra-se, assim, prevista numa *norma* – em qualquer norma, de entre o cada vez mais diverso, complexo e multidirecional “bloco de juridicidade” a que a administração se encontra vinculada, com poderes também “próprio” como já se apontou ao artigo 3.º do CPA. A discricionariedade administrativa parte da norma, de um comportamento deôntico habilitado por uma norma<sup>29</sup>, razão pela qual não parece feliz a designação de uma “concessão legislativa” – o próprio legislador encontra-se vinculado normativamente e a ideia de que o legislador esgota o Direito vigente, já se viu ameaçada de diferentes quadrantes, é aqui também afastada em preferência pelo exercício hermenêutico de descoberta da norma aplicável, num movimento contínuo que leva à sua aplicação a um caso concreto.

A norma nem se confunde com o enunciado normativo positivado – como bem ensina a referida posição normativista de onde parte o exercício *contínuo* aqui enunciado de definição

<sup>25</sup> Com referência ao procedimento legislativo da Lei de proteção de dados pessoais, em cumprimento de obrigação emergente de regulamento da União Europeia, *vide* EGÍDIO, Mariana Melo. “Panorama da discricionariedade administrativa em Portugal...”, op. cit., p. 86 e ss.

<sup>26</sup> Assim, em Timor-Leste, a Resolução do Governo n.º 21/2019, de 26 de junho, Resolução sobre Legística, no artigo 32.º, n.º 3, a propósito da “uniformidade de expressões e conceitos”, determina que na redação de normas deve ser, especialmente, tomado em consideração na alínea “a) a necessidade de garantir o regular funcionamento da administração pública, pelo correto uso dos conceitos de Direito Administrativo: (...) vi. A atribuição de poderes discricionários pela indeterminação estrutural da norma, no uso do verbo “poder” e de alternativas, e pela indeterminação conceptual da norma, no uso de conceitos indeterminados”.

<sup>27</sup> Entre as regras gerais formais dirigidas a garantir a clareza da redação do conteúdo normativo, poder-se-iam acrescentar regras como a previsão de previsão antes da estatuição, a referência clara a alternativa, explícitas ou implícitas, bem como as respetivas preferências de ordenação, entre outras.

<sup>28</sup> CUNHA, Ricardo Sousa da. “A Legisprudência na construção de uma teoria normativa da legislação em Timor-Leste”, op. cit., p. 122-144.

<sup>29</sup> DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, op. cit., p. 465.

administrativa do direito do aplicável, sua interpretação e aplicação - mesmo num sistema em que o legislador tem a ambição de esgotar a normatividade vigente num determinado território. A revalorização da função legislativa assim imposta é, por isso, especialmente, relevante, mais ainda a propósito da definição competencial do Direito Administrativo e do exercício de poderes discricionários. A indeterminação legislativa é, particularmente, difícil de resolver com o instrumentário hermenêutico ao dispor da administração, como visto, e, no caso do exercício administrativo de poderes discricionários, pode ser o legislador a criar ainda maiores dificuldades, nomeadamente, se não for rigoroso, uniforme e claro nas opções formais tomadas, em matéria de uso da linguagem no enunciado normativo positivado - o potencial de indução de desvios cognitivos, como referidos, é aqui acrescido, potencialmente, colocando à administração a solução de problemas que são do legislador.

### 3.3 A repartição de trabalho com os Tribunais

Na perspetiva argumentativa “relacional” da separação de poderes aqui referida, a questão do controlo jurisdicional toda a atuação, mesmo a discricionária, da Administração Pública, é um problema diferente daqueles que ocupam o exercício administrativo da discricionariedade, centrando-se no quadro constitucional da separação de poderes. Aliás, a consideração em conjunto do exercício administrativo e do seu controlo, como acontece com a generalidade da doutrina que se dedica a este assunto, a partir da “imunidade” administrativa de um controlo judicial atenuado parece ter como efeito um *desvio comportamental* (mesmo que não pretendido) “ex ante” que parece pretender “iliber” os órgãos administrativos do cumprimento de diferentes deveres no exercício administrativos – o que se revela uma solução argumentativamente insatisfatória. Mesmo que possa merecer consideração no estudo da discricionariedade administrativa não pode ser, numa perspetiva finalística, invertido como o cerne das preocupações do estudo da discricionariedade que o converta num exercício de predição da atuação administrativa à la escola realista escandinava. O cumprimento administrativo é sempre prévio ao controlo judicial o que, num sistema jurídico romano-germânico onde o precedente judicial não é fonte de Direito, não garante qualquer maior previsibilidade à atuação administrativa. Além de que, mesmo de uma perspetiva administrativa metodologicamente realista, deixa de fora todos os casos que não são sujeitos a controlo judicial.

A distinção das especiais condições metodológicas da Administração Pública no cumprimento do princípio da legalidade face ao seu controlo judicial, no quadro da separação constitucional de poderes, não a constitui, no entanto, um espaço livre de Direito, recusando-se, de há muito, qualquer espaço de decisionismo administrativo, como se viu. É, por isso, difícil partir para a definição das condições administrativas ou judiciais de sujeição ao Direito, nas quais se inclui o exercício de poderes discricionários, de um qualquer regime de exceção

que, nomeadamente, que possa excluir da vinculação aos princípios gerais de Direito e de Direito Administrativo. Este é, precisamente, o vício da argumentação das tradicionais “imunidades de Estado”, que dá por assente (que há uma exceção para o exercício dos poderes discricionários) o que pretende provar (se o exercício de poderes discricionários se encontra exencionado da vinculação ao Direito), que se deve evitar. Como sugestivamente estabeleceu o *Supreme Court* inglês, a propósito da já referida justiciabilidade dos atos políticos, qualquer ato que contrarie o padrão legal afirmado normativamente será justicável para garantir esse controlo – numa desarmante argumentação que, pelo menos, revela como não se pode partir para a solução desta questão da arguição de uma qualquer pré-determinada imunidade de jurisdição, por mais anos em que tenha sido afirmada<sup>30</sup>.

### 3.4 A vinculação administrativa à indeterminação normativa

A afirmação da norma como ponto de partida para o exercício de qualquer ação pública, mas sempre orientada, num exercício metodológico jurídico, à sua aplicação a um caso concreto, afasta, assim, a dicotomia contruída (em larga medida, retoricamente) na doutrina nacional a propósito da discricionariedade administrativa entre uma *reserva de administração*, que distingue *aplicação* e *interpretação* e, assim, retira (pelo menos parte) do exercício da função administrativa do Direito, (da Escola de Lisboa) e a configuração da discricionariedade como uma “concessão legislativa” de uma margem de apreciação à administração que, apesar de recusar a ideia de uma reserva administrativa fora do Direito, aceita a possibilidade de o legislador conceder à administração pública um espaço de conformação, que não se encontra fora do Direito porque atribuído pelo legislador, mas que reconhece à administração pública um muito amplo espaço de decisão administrativa, sujeito a um muito “atenuado” controlo judicial (da Escola de Coimbra).

Por um lado, a divisão de trabalho entre “interpretação” e “aplicação” legislativa, a partir da qual a Escola de Lisboa constrói a posição dualista, encontra-se superada pelas posições que afirmam o *continuum* metodológico entre interpretação e aplicação. A reconfiguração normativa da separação de poderes determina uma vinculação ao Direito como um espaço que não se encontra originalmente retirado pela Constituição do Direito, incluindo no caso da previsão legislativa de poderes discricionários. Qualquer previsão legislativa é também uma decisão, necessariamente proceduralizada e sujeita também a diversas modalidades de controlo – incluindo o controlo administrativo e judicial. Por outro lado, a perspetiva de um espaço “concessão legislativa”, a partir da qual a Escola de Coimbra constrói a posição monista da discricionariedade administrativa, encontra os limites da própria função legislativa,

---

<sup>30</sup> CUNHA, Ricardo Sousa da. “O Controlo Judicial dos Atos Políticos – uma perspetiva de Direito Comparado”, *Revista Julgar Online*, outubro de 2021, página 1 e seguintes disponível em <http://julgar.pt/o-controlo-judicial-dos-atos-politicos-uma-perspetiva-de-direito-comparado>.

sujeita ao mesmo bloco de juridicidade que a Administração Pública, apenas com diferentes poderes de desaplicação.

O exercício administrativo de poderes, discricionários ou vinculados, é um problema metodológico diferente daquele suscitado pelas modalidades do seu controlo. Já se viu como, partir para o exercício administrativo de poderes discricionários das condições do seu controlo (mesmo que num exercício concomitante) é, argumentativamente, dar por assente o que se pretende provar e, metodologicamente, pretender criar um efeito (jurídico) que não se encontra ainda produzido, numa conhecida lógica consequencial. A consideração autónoma, da perspetiva jurídico-administrativa, das especiais condições (metodológicas) de vinculação administrativa ao Direito no cumprimento do princípio constitucional da legalidade administrativa. Esta é, cada vez menos, uma função secundária estritamente vinculada à lei, mas é crescentemente afirmada a sua dimensão criativa, desde logo, na definição administrativa do Direito aplicável, perante uma *juridicidade* cada vez mais complexa, aberta e até multidirecional<sup>31</sup>. Naturalmente, como referido já, a vinculação administrativa ao Direito não é apenas à Lei mas a toda a *juridicidade*, referida no artigo 3.º do CPA, no qual se podem incluir, cada vez mais, fontes de Direito cosmopolitas – o Direito da UE, o Direito Internacional, mas também o costume. Depois da definição (escolha) administrativa do Direito aplicável, o momento seguinte de aplicação da lei pela Administração Pública suscita também, de há muito, diversas perplexidades hermenêuticas.

Entre este exercício de *juridificação* da atividade administrativa, a “prosecução do interesse público” constrói-se como um poder/dever, como visto, que limita o exercício dos poderes discricionários<sup>32</sup> e assume cada vez maior relevância sob a forma do *princípio /norma de boa administração*, apesar das críticas formuladas ao texto do artigo 5.º do CPA. Em qualquer dos casos, os deveres daqui extraídos para o exercício dos poderes discricionários da administração não podem ser apenas “deontológicos”<sup>33</sup>, mas constituem-se como vinculações constitucionais e legais ao cumprimento administrativo do Direito, especialmente relevantes no exercício do poder discricionário.

Simetricamente, a atuação administrativa sujeita a uma juridicidade complexa é também, cada vez, mais responsável perante os cidadãos, nomeadamente, pelos danos causados. E esta circunstância é, metodologicamente, cada vez mais desafiante, considerando também as limitações dos referidos poderes/ deveres de fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis e do demais Direito vigente para a atuação administrativa. O cumprimento destes deveres metodológicos, jurídico-administrativos,

<sup>31</sup> É seminal o contributo de OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 19 e ss.

<sup>32</sup> SOARES, Rogério. *Direito Público e Sociedade Técnica*, op. cit., p. 140.

<sup>33</sup> GONÇALVES, Pedro, *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 235.

estende-se também ao exercício de poderes discricionários uma vez que não há espaços, mesmo discricionários, não sujeitos ao Direito – a partir da ideia que “interpretar é sempre aplicar”<sup>34</sup>, aqui reversamente aplicada. Esta é uma vinculação “paritária” ao Direito, na glosa da expressão já aqui usada, mesmo que com diferentes poderes e fins hermenêuticos, novamente nos termos literais do artigo 3.º do CPA renovado.

#### **4. A Atividade Administrativa Discricionária sujeita ao Direito**

Uma Administração Pública sujeita ao Direito significa que os órgãos administrativos encontram na norma o seu ponto de partida e padrão de conduta, da mesma forma que os demais poderes separados constitucionalmente, mesmo que com diferente “poderes e fins”, para usar a sugestiva referência do artigo 3.º do CPA. A discricionariedade administrativa se traduz na consideração de alternativas de ação administrativa abertas a partir de uma previsão normativa especialmente indeterminada, reciprocamente, também um espaço de vinculação jurídica da atuação administrativa.

##### **4.1 O *continuum* metodológico administrativo entre interpretação e aplicação**

O ponto de partida para a ação administrativa discricionária é a habilitação normativa deôntica, mas este não é, naturalmente, o seu fim, pelo menos, no exercício metodológico, como aquele aqui tentado, que se alicerça no *continuum* entre interpretação e aplicação. E se, administrativamente, a norma de competência é também norma de discricionariedade administrativa, significa que a norma de princípio da separação de poderes será também decisiva para a definição das condições de decisão administrativa, tanto quanto já o foi para o próprio desenvolvimento legislativo, como já visto, e para o seu controlo judicial<sup>35</sup>.

A partir da referência constitucional mais relevante, são cada vez mais complexas as condições de cumprimento da legalidade em matéria administrativa, com diversas consequências para as atividades de controlo em matéria de finanças públicas. Se, por um lado, é cada vez mais reconhecido o referido espaço de criatividade administrativa na definição do Direito aplicável, por outro lado, daqui extrai-se, necessariamente, como consequência a respetiva responsabilização da administração pública pelas decisões aqui tomadas. Naturalmente, neste exercício não se podem deixar de considerar as limitações hermenêuticas assinaladas nos poderes dos órgãos administrativos, designadamente, a propósito da fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis. Os órgãos administrativos podem revelar não ter poderes para desaplicar a legislação que considerem

---

<sup>34</sup> SILVA, Joana Aguiar e. *Para uma teoria hermenêutica da Justiça...*, op. cit., p. 303.

<sup>35</sup> LAMEGO, José. *Metodologia Jurídica...*, op. cit., p. 293 e ss.

inconstitucional, podendo, no limite praticar atos administrativos ilegais, pelos quais podem ser responsabilizados.

O primeiro ponto de encontro da unidade metodológica procurada a propósito do exercício administrativo de poderes (discricionários ou não) concedidos normativamente parece encontrar-se na integral sujeição do exercício do poder administrativo ao *Direito* (à *juridicidade*), cada vez mais plural, complexa e cosmopolita, mesmo que o instrumentário metodológico aplicável se possa revelar mais limitado do que aquele, por exemplo, ao dispor dos Tribunais. Na verdade, a consideração adequada do sentido dos “atos discricionários” significa que há espaços de vinculação em todos os atos administrativos e espaços de discricionariedade, sendo que em ambos os casos o ponto de partida e o limite se encontra na previsão normativa habilitadora.

Por tudo isso, inclusivamente, se afirmou a inexistência de uma diferença entre o exercício de poderes discricionários e vinculados, o que não sendo metodologicamente aqui aceite, se comprehende no sentido, já pacífico, em que o espaço da discricionariedade administrativa é ainda um espaço vinculado ao Direito<sup>36</sup>. A integralidade da vinculação administrativa (discricionária ou vinculada) ao Direito significa que a sua preterição gera um vício e uma invalidade – como se viu a propósito da justiciabilidade dos atos políticos, na desarmante argumentação do *Supreme Court* inglês qualquer ato que viole um padrão normativo será ilegal e, por isso, justiciável.

#### 4.2 A discricionariedade administrativa e a *incompletude do pressuposto de facto*

Uma das mais interessantes perspetivas sobre o exercício da discricionariedade administrativa na resposta aos desafios aqui lançados aponta para a *incompletude do pressuposto de facto* da norma jurídico-administrativa que transforma o labor aplicativo em preencher factualmente esta falta. A norma determina integralmente os factos a que se aplica no caso da prática de atos administrativos vinculados, enquanto, no caso dos atos discricionários, a norma deixa este espaço por preencher, administrativamente, em relação à previsão da factualidade sobre a qual a norma produz efeitos. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, a partir do trabalho de WALTER SCHMIDT, refere como se está perante a *concretização de normas abertas em sede aplicativa*<sup>37</sup>. Na doutrina nacional esta posição tinha já encontrado

---

<sup>36</sup> GONÇALVES, Pedro. *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 234, nota de rodapé 347.

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula. *A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 55, com referência ao trabalho de WALTER SCHMIDT, *Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften und zur Selbstbindung der Verwaltung*, Bad Homburg v.d.H., Gehlen, 1969.

acolhimento, parcial<sup>38</sup> é certo, e foi defendida por GOMES CANOTILHO<sup>39</sup> a partir da recusa da dicotomia entre a *discricionariedade de decisão* (*Entescheidungsermessen*) e a *discricionariedade de escolha* (*Auswahlermessen*), ao mesmo tempo que afirmando a sua vinculação ao regime constitucional de direitos fundamentais, segundo o princípio da proporcionalidade - o resultado é “*permitir aos tribunais um controlo do fim em virtude do qual se concedeu à administração um poder discricionário, sobretudo quando a este fim se contrapõe um direito fundamental ‘coagido’ por este ato discricionário*”<sup>40</sup>.

Esta posição surge, assim, de forma frontalmente oposta à teoria dualista na qual a discricionariedade se encontra apenas na estatuição da norma<sup>41</sup>. Nesta posição a imperfeição do pressuposto factual da norma surge tanto da sua incompletude na previsão ou abertura quanto aos efeitos jurídicos na estatuição. A limitação normativa, naturalmente, decorrente da sua natureza geral e abstrata, como da natural indeterminação, impõe ao intérprete/ aplicador o esforço de preencher ou determinar os pressupostos de facto sobre o qual a norma é aplicável, assim, determinando também os efeitos jurídicos que a norma o habilita. Neste exercício, a diferença entre a discricionariedade aberta pelas possibilidades normativas, do lado da estatuição da norma, e a previsão factual aberta, nomeadamente pelo uso de conceitos indeterminados na previsão da norma, advém do facto de a primeira ter carácter “acumulativo” (juntando-se aos pressupostos de facto já enunciados neste caso) e a segunda “disjuntivo” em que tem de ser determinado o espaço (positivo ou negativo) de aplicação na incerteza, além daquele que é certo<sup>42</sup>.

A colocação do problema da discricionariedade administrativa no cumprimento *metodológico* da previsão factual da norma, necessariamente, incompleto, tem como ponto

<sup>38</sup> CORREIA, Sérvalo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 473, “a discricionariedade, mesmo quando formalmente situada na estatuição da norma, implica o carácter aberto da previsão, isto é, a necessidade de aditar aos pressupostos enunciados na norma aquele ou aqueles outros que se revelem adequados para justificar uma certa decisão”.

<sup>39</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. “Fidelidade à República ou Fidelidade à NATO? O Problema das Credenciações e o Poder Discricionário da Administração Militar”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Coimbra, BFDUC, volume I, 1984, p. 51, “a escolha de um efeito jurídico, pela Administração, só pode ser função da complementação de uma previsão que deve conter as condições ou os requisitos essenciais da escolha a efectuar pelas autoridades administrativas competentes (discricionariedade como complementação do Tatbestand) (...)", valendo-se na ocasião do pensamento de ROGÉRIO SOARES e CASTANHEIRA NEVES.

<sup>40</sup> *Idem*, página 180. Esta posição é mais facilmente entendida no quadro da posição assumida face ao desvio do fim legislativo pelo mesmo Autor em CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

<sup>41</sup> Sobre esta posição *vide* também GONÇALVES, Pedro, *Manual de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 209 e seguintes, que integra esta entre uma das modalidades de conceção de poderes discricionários.

<sup>42</sup> Valendo-se de KOCH *vide* OLIVEIRA, Fernanda Paula. *A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal...*, *op. cit.*, p. 58. Também aqui podem conviver normas em que se junta a indeterminação do lado da previsão factual e da instituição normativa, impondo um esforço duplicado neste caso.

de partida a indeterminação da norma – o mesmo que da perspetiva da teoria do Direito normativista parte da análise estrutural da norma de habilitação<sup>43</sup> para o necessário estabelecimento da operação (*deôntica*) entre a previsão e a estatuição. O exercício aqui proposto, no entanto, além desta perspetiva normativista, prossegue, num movimento contínuo, para o seu cumprimento metodológico que parece mais decisivo, num exercício unitário, metodologicamente jurídico, que questiona as fronteiras referidas na divisão de trabalho entre as diferentes funções do Estado. Já se referiu como *interpretação* e *aplicação* são momentos *contínuos* do mesmo exercício metodológico jurídico, aqui jurídico-administrativo, pelo que é, nesta perspetiva, especialmente, virtuosa a referência a uma abertura factual do tradicional encerramento normativo do exercício da discricionariedade administrativa, na medida dos poderes metodológicos de cada um dos momentos de exercício administrativo de poderes administrativos e do respetivo controlo judicial. É, assim, a revalorização da metódica jurídica, em especial jurídico-administrativa, que aqui se prossegue, necessariamente, envolvendo os poderes administrativos de instrução e valoração probatória que implica também os deveres emergentes da fundamentação da sua atividade. Esta unidade do exercício metodológico jurídico supera a distinção entre reserva administrativa, construída a partir da separação de poderes, e a concessão legislativa que reparte trabalho entre administração e tribunais, respetivamente, da perspetiva dualista ou monista, a favor de uma perspetiva hermenêutica da discricionariedade administrativa.

#### 4.3 Discricionariedade *evidence-based*

Nem sempre é, no entanto, possível encontrar suficiente informação para instruir, valorar e fundamentar adequadamente as decisões jurídico-administrativas, aqui discricionárias. Este não é apenas um exercício deontológico, mas um exercício vinculado juridicamente, imposto pela própria vigência legal e constitucional do princípio da legalidade, da prossecução do interesse público, recentemente feito boa-administração, bem como do princípio da proporcionalidade, aqui construídos normativamente como decorrência do princípio do Estado de Direito. Por isso, este é também um exercício jurídico que parte da identificação as opções regulatórias abertas pela norma da discricionariedade num exercício dirigido à fundamentação de uma decisão jurídica (administrativa) racionalizada.

A argumentação jurídica esgrimida em torno do cumprimento da norma discricionária é, aliás, mais um exemplo da quebra pós-positivista da distinção entre *facto* e *norma* em qualquer processo de argumentação jurídica. Este exercício, especificamente jurídico, tem consequências jurídicas no cumprimento de uma previsão normativa que se encontram, em larga medida, abertas, nomeadamente no que se refere ao cumprimento do dever de

---

<sup>43</sup> DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, op. cit., p. 75 e ss.

fundamentação administrativa dos atos administrativos discricionários.

Daqui fica também a ideia de como há muito ainda a fazer, num outro exercício, sobre a instrução probatória empírica dos procedimentos administrativos dirigidos à adoção de uma decisão jurídica racionalizada e fundamentada, em especial, no exercício de poderes discricionários, bem como no seu controlo judicial. Muito falta ainda fazer na aplicação, controlo e eventualmente na revisão do disposto artigo 55.º e dos artigos 115.º e seguintes do CPA, especialmente, com referência ao exercício de poderes discricionários. No entanto, ficam já presentes as possibilidades oferecidas pela abertura empírica imposta na argumentação jurídico-administrativa pela instrução procedural do cumprimento do princípio da legalidade aqui a propósito do cumprimento de uma norma discricionária administrativa.

## 5. Conclusão

Muito se passou já desde o “pecado original” o Direito Administrativo que o construiu as “imunidades do poder” na prossecução do interesse público, em especial aqui tratado no exercício dos poderes administrativos discricionários. No entanto, o tratamento tradicional do problema da discricionariedade administrativa parece colocado entre o *receio*, de um lado, de um restritivo controlo judicial, de outro, dos potenciais efeitos de excessos administrativos sobre os particulares. Este é o resultado (natural) da abertura empírica da argumentação jurídica esgrimida em torno do princípio da separação de poderes, feito norma – construída, empiricamente, como, aliás, se viu, em toda a construção metodológica do Direito.

A constatação de um movimento contínuo entre *interpretação* e *aplicação* é uma importante evolução na metodologia jurídica contemporânea, segundo a qual “interpretar é sempre aplicar”, impõe uma diferente vinculação ao Direito dos poderes separados constitucionalmente, que não deixa também de conduzir a uma solução diferente na divisão de trabalho feita a propósito da discricionariedade administrativa. Se, por um lado, se afasta a posição dualista que distingue, precisamente, entre “interpretação” e “aplicação” jurídica, por outro lado, integra a posição monista do exercício de poderes discricionários, metodologicamente, no exercício de preenchimento empírico-factual da maior indeterminação da norma jurídico-administrativa.

Este movimento é a consequência da revalorização da mediação da linguagem (também *natural*) na argumentação jurídica que a abre o exercício jurídico de todas as funções do Estado, empiricamente, realçando a centralidade da instrução probatória de procedimentos dirigidos a fundamentar uma decisão racionalizada. No caso do exercício dos poderes administrativos discricionários, este problema parte da construção, suficientemente fundamentada, de uma previsão legislativa (in)determinada, para a sua concretização

administrativa e controlo judicial. Sem qualquer “receio garantístico” (que, até geracionalmente, mais facilmente se comprehende a partir da transição constitucional democrática), resta ainda muito trabalho para fazer na instrução probatória do exercício de qualquer uma das funções do Estado – um desafio ainda deixado à metodologia jurídica e, muito especialmente, à metodologia jurídico-administrativa.

**REFERÊNCIAS:**

- CANOTILHO, J. J. Gomes. "Fidelidade à República ou Fidelidade à NATO? O Problema das Credenciações e o Poder Discricionário da Administração Militar", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Coimbra, BFDUC, volume I, 1984, p. 51 e ss.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7<sup>a</sup> ed., Almedina, 2003.
- CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira. "As duas subtrações – esboço de uma reconstrução de separação entre as funções de legislar e de administrar", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol.41 nº1, 2000, p. 99 e ss.
- CUNHA, Ricardo Sousa da. "A Legisprudência na construção de uma teoria normativa da legislação em Timor-Leste", *e-BLJ*, Ano 1 (2018), n.º 2, pp. 122-144.
- CUNHA, Ricardo Sousa da. "A Prosssecução Administrativa do Interesse Público Sujeita ao Direito" (The Pursuit of Public Interest Under the Rule of Law), *Revista Jurídica Portucalense*, n.º 35, Porto, 2024, páginas 619-641.
- CUNHA, Ricardo Sousa da. "O Controlo Judicial dos Atos Políticos – uma perspetiva de Direito Comparado", *Revista Julgar Online*, outubro de 2021, página 1 e seguintes disponível em <http://julgar.pt/o-controlo-judicial-dos-atos-politicos-uma-perspetiva-de-direito-comparado>.
- 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, p. 19 e ss.
- EGÍDIO, Mariana Melo. "Panorama da discricionariedade administrativa em Portugal – breves notas" in GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda e BITENCOURT, Eurico. (Coord.), *IV Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público - Discricionariedade Administrativa e Controlo da Administração Pública*, ICJP, Lisboa, 2023, p. 86 e ss.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 3.<sup>a</sup> Edição (2.<sup>a</sup> Reimpressão), 1995.
- GONÇALVES, Pedro. *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2019.
- LAMEGO, José. *Metodologia Jurídica*, Almedina, Coimbra, 2021.
- LOPES, Pedro Moniz. *Derrotabilidade normativa e normas administrativas: o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, Lisboa, AAFDL, 2019.
- MONIZ, Ana Raquel. *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidade*, Coimbra, Almedina, 2012.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula. *A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*, Coimbra, Almedina, 2011.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2017.
- RAMOS, J Restrepo. *The binding character of the law: A case for realism and decisionism*. [Doctoral Thesis], Tilburg Law School, Triburg, 2017.
- SILVA, Joana Aguiar e. *Para uma teoria hermenéutica da Justiça: repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*, Coimbra, Almedina, 2011.
- SOARES, Rogério. *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Tenacitas, 2008.

Data de submissão do artigo: 12/02/2025

Data de aprovação do artigo: 15/05/2025

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)