



O controle judicial do princípio da boa administração

Paulo de Oliveira Segundo

Mestrado em Direito
Ciências Jurídico-Administrativas

2020

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor João Pacheco de Amorim

AGRADECIMENTOS

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a redação desta dissertação, expresso a minha mais profunda gratidão:

A Deus quem me concedeu o dom da vida e me dá diariamente forças para ser leal aos meus princípios e fiel à minha vocação;

À minha família, que concedeu todo o apoio incondicional mesmo a um oceano de distância; em especial a minha mãe, Soraia Marrocos, que inundou minha vida com amor e fé, e que não raro abdicou dos seus sonhos a favor dos sonhos dos seus filhos, e, claro, sempre me inspirou a levar uma vida orientada para as causas da educação;

Ao meu orientador, o Prof. Dr. João Pacheco de Amorim, que me confiou a missão de fazer este projeto e forneceu valiosas ajudas ao longo desta dissertação;

Aos meus colegas do IFPE, em especial a Paulo Marcelo e Márcia Veríssimo, que vibraram de felicidade com a minha aprovação no mestrado e apoiaram a minha mudança para Portugal;

Aos inúmeros amigos e colegas que ajudam com dicas valiosas para a mudança a Portugal, em especial ao Prof. Robson Passos, que gentilmente concedia todas as informações para que eu fizesse uma mudança tranquila para o Porto e me dava sábios conselhos, a Vanessa, que com bom humor respondia minhas várias questões sobre a vida aqui em Portugal, a Hélder, que me há anos me agraciou com sua amizade;

Aos meus colegas da FDUP, Michele, Gabriel, Bruno, Aline, Raul, Rui e Sérgio, que me acompanharam junto nessa trajetória e fizeram os desafios da universidade se tornarem mais leves.

RESUMO

A positivação do princípio da boa administração no art. 5º do CPA, em virtude da reforma implementada pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro, gerou controvérsias quanto à sua natureza jurídica e possibilidade de controle judicial. Por um lado, parte da doutrina considera que o princípio consiste num *dever jurídico imperfeito*, que é de observância obrigatória para a Administração Pública, mas sem corresponder a um direito subjetivo tutelável pelo Poder Judiciário. Por outro, parte entende que ele consiste em norma de eficácia plena, e pode em condições especiais suscitar o seu controle judicial em caso de violação.

Baseada na segunda corrente doutrinária, o presente trabalho demonstra, por meio de dogmática rigorosa, que o controle judicial é possível, bem como quais são as condutas, os meios judiciais adequados e os aspectos operacionais necessários para esse controle, incluindo o sopesamento dos valores envolvidos. Para isso, investigaram-se as experiências jurídicas do direito comparado, a natureza jurídico-positiva do princípio no CPA, a delimitação das competências entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, a evolução do paradigma de controle judicial, a positivação progressiva de princípios jurídicos e os efeitos de um conceito jurídico indeterminado para o controle judicial.

Palavras-chave: boa administração, controle judicial, discricionariedade administrativa, sopesamento, proporcionalidade.

ABSTRACT

The legal definition of the principle of good administration in art. 5 of Administrative Procedure Code, created by recent reform implemented by Decreto-Lei nº 4/2015, on January 7th, brought controversies about its legal nature and the possibility of judicial review. On the one hand, part of the doctrine considers that the principle consists of an imperfect legal duty, which is mandatory for Public Administration, but without corresponding to a subjective right protected by the Judiciary. On the other hand, a party understands that it consists of a rule of full effectiveness, and may, under special conditions, give effect to its judicial review when it's violated.

Based on the second doctrinal thesis, the present dissertation demonstrates, through rigorous dogmatics, that judicial review is possible, as well as what are the conducts, the appropriate judicial tools and the operational aspects necessary for this review, including the ponderation of the involved values. To this end, we investigated the legal experiences of comparative law, the legal-positive nature of the principle on the CPA, the delimitation of powers between the Judiciary and the Executive branches, the evolution of the judicial review paradigm, the progressive positivization of legal principles and the effects of an indeterminate legal concept for judicial review.

Key-words: good administration, judicial review, administrative discretion, ponderation, proportionality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	07
2. A NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO.....	09
2.1. AS INFLUÊNCIAS DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO.....	09
2.1.1. A INFLUÊNCIA DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA ITALIANA.....	09
2.1.2. A INFLUÊNCIA DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA ANGLO-SAXÃ.....	11
2.1.3. A INFLUÊNCIA DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA ESPANHOLA.....	15
2.1.4. AS INFLUÊNCIAS DA EXPERIÊNCIA JURÍDICO-POLÍTICA EUROPEIA.....	17
2.1.4.1. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA.....	18
2.1.4.2. A ATUAÇÃO DO PROVIDOR DE JUSTIÇA EUROPEU.....	20
2.1.4.3. OS MÚLTIPLOS SIGNIFICADOS DO DIREITO.....	23
2.2. A CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO NA REALIDADE PORTUGUESA.....	29
2.2.1. O PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	29
2.2.2. O PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO COMO NORMA CONSTITUCIONAL.....	39
3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A DELIMITAÇÃO DAS ESFERAS DE COMPETÊNCIAS ENTRE AS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS E O PODER JUDICIÁRIO.....	41
3.1. O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DAS COMPETÊNCIAS JUDICIAIS.....	41
3.2. FUNÇÃO JURISDICIONAL E O ALCANCE DO CONTROLE DE LEGALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO.....	43
3.3. A ESFERA PROTEGIDA PELO MÉRITO E PELA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A CONSEQUÊNCIA DA GRADATIVA POSITIVAÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	48
3.3.1. O CONCEITO DE MÉRITO E DISCRICIONARIEDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O CONTROLE JUDICIAL.....	48
3.3.2. A JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS POSITIVADOS.....	52

3.4. A INDETERMINAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS E A AFETAÇÃO DAS ESFERAS DE COMPETÊNCIA ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PODER JUDICIÁRIO.....	57
4. AS TÉCNICAS DE CONTROLE APLICÁVEIS AO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO.....	61
4.1. DISCUSSÃO PRELIMINAR SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONTROLE.....	61
4.2. AS CARACTERÍSTICAS DO JUÍZO DE BOA ADMINISTRAÇÃO.....	65
4.2.1. AS CONDUTAS SINDICALIZÁVEIS.....	65
4.2.2. OS PRESSUPOSTOS DE CONTROLE JUDICIAL.....	67
4.2.3. TIPOS DE JUÍZO APLICÁVEIS.....	70
4.2.4. A CONSTRUÇÃO DO PARÂMETRO DO CONCEITO DE BOA ADMINISTRAÇÃO.....	70
4.3. AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL.....	74
4.4. AS AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO E CONDENAÇÃO A PRÁTICA DO ATO DEVIDO.....	79
4.4.1. OS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	80
4.4.2. AS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS.....	82
4.5. AS AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO E CONDENAÇÃO A NORMAS ADMINISTRATIVAS.....	84
4.5.1. AS NORMAS ADMINISTRATIVAS.....	84
4.5.2. AS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS.....	88
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	89
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	94
6.1. ARTIGOS E LIVROS CONSULTADOS.....	94
6.2. JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA.....	97
6.3. SITES DIVERSOS.....	98

1. INTRODUÇÃO

O princípio da boa administração se encontra expresso no art. 5º do Código de Procedimento Administrativo – CPA, acrescentado pela reforma implementada pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 07 de janeiro. Seu contorno normativo é tributário da doutrina e da jurisprudência portuguesas, assim como do direito comparado, designadamente, da Alemanha, da Itália e da Espanha, e do direito da União Europeia.

O problema concernente à possibilidade de controle judicial do princípio da boa administração reveste de compreensível complexidade: se, por um lado, há que se resguardar as prioridades estabelecidas pelos administradores públicos, em respeito ao princípio da separação e da interdependência dos poderes, positivado no art. 2º da Constituição da República Portuguesa e reforçado na Constituição pelo art. 111º; por outro, não se pode admitir que a boa administração deixe de ser um imperativo para a conduta da Administração, nem tampouco esse dever pode se converter num enunciado normativo sem efeitos práticos.

Em que pese a doutrina portuguesa ser razoavelmente pacífica quanto à juridicidade desse direito, ela está distante de encontrar pacificidade quanto a sua justiciabilidade. O Supremo Tribunal Administrativo ainda não se posicionou sobre a possibilidade de controle judicial de forma elucidativa. Em face desse impasse, o presente estudo tem como objetivo central a investigação quanto à possibilidade do controle, sem se limitar à defesa apologética de uma das posições em conflito, e quanto às condições, os mecanismos e atributos em que esse direito pode ser controlado pelo Poder Judiciário, considerando a dogmática adequada dos direitos e institutos jurídicos aplicáveis ao caso.

Como pressuposto para investigar o seu potencial de controle, é necessário preliminarmente investigar a natureza jurídica do direito a boa administração, positivado no art. 5º do Código de Procedimento Administrativo. O conteúdo desse direito é mais bem elucidado quando as influências das experiências judiciais estrangeiras do mesmo direito são explicitadas. Além disso, essas experiências, por meio da técnica do direito comparado, permitem fazer prognóstico de como esse direito poderia *mutatis mutandis* se densificar na jurisprudência nacional.

Dessa forma, quatro experiências estrangeiras de como esse direito foi elaborado e construído pela jurisprudência foram apontadas como relevantes: a italiana, a britânica, a espanhola e a das instituições da União Europeia. A influência do direito italiano para a

elaboração do direito a uma boa administração é a mais mencionada na doutrina portuguesa. A influência do direito britânico foi apontada como relevante, uma vez que este é a inspiração remota do direito ao bom andamento italiano. A influência do direito espanhol foi apontada como relevante, tendo em vista a similaridade cultural entre Espanha e Portugal, que reflete em última instância nas instituições jurídicas. A influência da experiência jurisprudencial e normativa da União Europeia foi ponderada considerando o efeito irradiador que a União Europeia exerce nos ordenamentos dos Estados membros.

Em seguida, serão esclarecidas as funções do Poder Judiciário, conforme o tratamento constitucional, e as esferas legítimas em que este pode controlar as condutas da Administração, considerando: a) os limites de atuação do Poder Judiciário; b) os espaços de valoração pela Administração protegidos pela Constituição que não cabem interferência do Poder Judiciário, por força do princípio da separação e interdependência dos poderes; c) o alargamento da esfera de controle judicial a partir da introdução nos ordenamentos nacionais de conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, o princípio da boa administração.

Feito esses esclarecimentos, há de se apresentar as posições doutrinárias sobre a matéria, enfatizando os pontos de contato e de conflito, ao mesmo tempo em que devem ser elucidados os institutos jurídico-axiológicos que justificam a possibilidade ou impossibilidade do controle.

Por fim, serão elucidadas as balizas e parâmetros racionais de controle que possam ser aplicáveis nas hipóteses de declaração de ilegalidade de algum ato considerado violador do direito a uma boa administração, incluindo os modos e atributos de controle, bem como as ações judiciais cabíveis em cada caso.

2. A NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO

2.1. AS INFLUÊNCIAS DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO

O preâmbulo do Código do Novo Código de Procedimento Administrativo, por meio do item 05, enfatiza que “(...) *começou por incluir-se no novo Código o princípio da boa administração, indo ao encontro ao que era sugerido pelo direito comparado, com essa ou outra designação, e a sugestões da doutrina.*” O texto não é explícito sobre o quanto a influência do direito estrangeiro contribuiu para delinear os contornos jurídicos específicos do princípio da boa administração na realidade portuguesa. No entanto, o item 02 frisa que:

“(...) na sua elaboração [do Novo Código de Procedimento Administrativo] foram, entretanto, também levados em conta os contributos da doutrina e da jurisprudência portuguesas, assim como do direito comparado, designadamente, da Alemanha, da Itália e da Espanha, e do direito da União Europeia.”

A doutrina portuguesa enfatiza que o instituto em questão tem nítidas influências do direito italiano e do direito da União Europeia. As influências da experiência inglesa e espanhola normalmente não são enfatizadas pelos doutrinadores, mas, no entanto, não podem ser consideradas desprezíveis.

2.1.1. A INFLUÊNCIA DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA ITALIANA

Dentre todas as influências estrangeiras, a influência do direito italiano para a elaboração do princípio da boa administração é a mais mencionada na doutrina portuguesa¹. Uma razão para isso é que o *dever de bom andamento*, com significado correlato ao direito de boa administração consagrado no Código de Procedimento Administrativo Português, já era salvaguardado no art. 97 da atual Constituição da República Italiana, desde a data da sua promulgação em 1947, nestes termos: “*Os gabinetes públicos são organizados conforme disposição da lei, de modo a que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração.*”, muito antes de qualquer Estado europeu.

¹ “O conceito de boa administração tem tradição no nosso panorama doutrinal. Em tempos recentes, a elaboração, entre nós, do conceito tem sido, sobretudo, tributária da doutrina italiana.” ALMEIDA, Mário Aroso. *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*. Almedina, 2012, pg 47.

Aldo Sanduli menciona a definição apresentada por G. Partori²:

“(…) Da um lato, um senso ristretto, più risalente ed aderente all’accezione letterale del termine: (...) buon andamento como esigenza di buona amministrazione. (...) Dall’altro, um significato più ampio, maggiormente attuale e determinato della necessità contingente di attribuire valenza costituzionale alle regole di garanzia e di efficienza dell’azione amministrativa: (...) buon andamento como necessità di efficacia e di efficienza dell’azione, in modo da consentire il perseguimento di risultati adeguati.

Inicialmente o referido instituto era aplicável apenas à organização administrativa, sem qualquer referência direta aos elementos do ato administrativo, como imperativo para que a Administração prosseguisse o interesse público com maior eficiência e eficácia. Depois de uma década de promulgada a Constituição italiana, o alcance do instituto vinha se transmutando num preceito valorativo que incide não só sobre a organização administrativa, mas também sobre a função administrativa pela qual os agentes dessa organização são revestidos³.

Desde então, ainda que o dever de bom andamento não fosse correlato a um direito fundamental subjetivo, ele passou a ser considerando um *princípio da ação administrativa*, com inequívoca vocação para reconduzir o mérito administrativo, apontando as situações em que era legítimo o exercício da discricionariedade administrativa. A inobservância desse dever teria resultado no prejuízo não de situações jurídicas, mas no prejuízo dos interesses da comunidade como um todo sem diferenciação de seus integrantes.

Durante o controle de constitucionalidade de leis e da atividade legislativa, a Corte Constitucional italiana atribuiu a esse dispositivo múltiplos significados, entre os quais: vedação da arbitrariedade, vedação de manifesta irrazoabilidade, necessidade de congruência; ao mesmo tempo que correlaciona com inúmeros preceitos normativos entre os quais: princípio da separação entre a política e a Administração, princípio da continuidade da ação administrativa e necessidade de limitar o inconveniente de uma administração excessivamente procedimentalizada. O controle dificilmente é aplicado de forma específica, e normalmente é coligado com o princípio da razoabilidade ou com o princípio da imparcialidade⁴.

² SANDULI, Aldo. *Il procedimento*, in: *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di Sabino Cassese, *Diritto Amministrativo Generale*, Tomo Secondo, Seconda Edizione, Milano – Dott. A. Giuffrè editore – 2003, p. 1066.

³ Na constituição italiana, o dever de um bom andamento era articulado com o princípio da imparcialidade, no sentido de que, embora distinto, ambos se articulavam para garantir um conceito unitário de legalidade. Cf. SANDULI, Aldo. *Il procedimento*, in: *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di Sabino Cassese, *Diritto Amministrativo Generale*, Tomo Secondo, Seconda Edizione, Milano – Dott. A. Giuffrè editore – 2003, p. 1064-1069.

⁴ Recomenda-se enfaticamente a leitura do presente artigo para melhor aprofundamento do tema: *Il principio di buon andamento dell’amministrazione nella giurisprudenza della corte costituzionale*, a cura di L. Iannuccilli e

As discussões sobre a necessidade de superar o paradigma de uma administração burocrática, de efetivar o princípio da boa administração e da necessidade de criar novos incentivos, prêmios e méritos que aperfeiçoem a busca pela eficiência e eficácia dos agentes públicos culminaram numa reforma administrativa, denominada de *Brunetta*, por meio do Decreto Legislativo nº 150/2009. O documento normativo aperfeiçoa os mecanismos de controle interno da Administração e controle da Corte de Contas, sem, contudo, versar expressamente sobre as competências do controle judicial sobre a eficiência e eficácia⁵.

Ainda que as acepções que o princípio-direito possa assumir sejam múltiplas, é possível inferir que na experiência italiana ele pode consistir num bloco de legalidade autônomo capaz de viabilizar o controle judicial para fins de nulidade do ato administrativo, ainda que se verifique que o princípio funciona como um significativo reforço para densificar a argumentação judicial para fins de controle. Conforme menciona o jurista Miguel Assis Raimundo⁶ sobre o direito na realidade italiana, “*a boa administração deve hoje considerar-se um parâmetro de validade da conduta administrativa, quer seja entendida como legalidade (legitimità) no contexto do vício do excesso de poder (eccesso di potere), quer se trate de afirmação do vício de violação de lei*”.

A ampliação de mais hipóteses, além das mencionadas previamente, em que se configurem violação do direito passível de invalidação judicial, não é excluída no futuro, conforme se verá, tendo a vista a evidente evolução do processo de intervenção do Poder Judiciário, em nível europeu, no sentido de coibir gradativamente os exercícios abusivos dos poderes públicos.

2.1.2. A INFLUÊNCIA DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA ANGLO-SAXÃ

A jurisprudência anglo-saxã não desenvolveu propriamente um conceito de boa administração que culminaria num direito subjetivo. Em que pese, à primeira vista, a realidade de um sistema de *common law* ser radicalmente distinta do sistema de *civil law*

A. de Tura. Disponível em: < https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_212.pdf > Acesso em 28/10/2019.

⁵ Para mais detalhes, Cf. GIANFRANCESCO. Fidone. *Eficacia y eficiencia en la reforma italiana de la administración pública (la llamada reforma brunetta). De las medidas para la optimización de la productividad del empleo público a la «acción por la eficiencia*. Revista de Administración Pública, núm. 186, Madrid, septiembre-diciembre (2011), págs. 371-388. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/eu/argitalpenak/aldizkariak/aldizkari elektronikokoak?IDR=1&IDN=1282&IDA=36267> > Acesso em 18/11/2019.

⁶ RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In: Comentários ao Novo Código de Procedimento. AAFDL Editora, 3ª ed, 2016, pg. 286.

português, há razões significativas para que a experiência consolidada nos tribunais ingleses não seja desconsiderada. Aldo Sanduli, em artigo do clássico tratado de Direito Administrativo italiano, enfatiza que os princípios italianos da imparcialidade e do bom andamento são de derivação anglo-saxã. O dever de bom andamento da Administração seria, portanto, um instituto genérico que implicaria a observância obrigatória pelos agentes da Administração de princípios específicos de ação administrativa, como o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, passíveis de controle judicial⁷.

Conforme enfatizado por Craig, os tribunais britânicos podem impor controles para estabelecer os limites legais para o exercício da discricionariedade administrativa. Ademais, os tribunais também podem reconhecer princípios jurídicos para garantir que a autoridade administrativa não atue de maneira abusiva⁸.

O campo de atuação do juiz inglês tende, portanto, a ser bem mais amplo do que o juiz oriundo de um sistema de origem românico-germânico. A doutrina anglo-saxã considera dois paradigmas para o controle judicial: a) o paradigma tradicional, em que o tribunal se limite a estabelecer os limites para a atuação legal, e estabelecer, na maior parte das vezes de forma indireta, a ação que a autoridade administrativa pode ou deve fazer (primeiro nível de controle); b) o paradigma moderno, em que o juiz, além das exercer as atribuições anteriores, pode suplementar (e não simplesmente complementar) a intenção do legislador, através do enquadramento de princípios de justa administração (segundo nível de controle)⁹.

Assim, um dos problemas fundamentais para o deslinde do problema é a investigação das circunstâncias fático-jurídicas que funcionam como ponto de ruptura para a mudança de paradigmas. No entanto, vale frisar que o paradigma tradicional ainda é o principal foco de controle adotado pelos tribunais britânicos. O segundo nível de controle só é aplicado quando o primeiro nível se mostra insuficiente.

Quanto ao primeiro nível de controle, a jurisprudência é abundante quanto à existência de casos enquadrados em dois métodos de controle¹⁰: a) quando a atividade administrativa é utilizada em desconformidade com os fins previstos em alguma lei (em especial o Human

⁷ SANDULI, Aldo. *Il procedimento*, in: *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di Sabino Cassese, *Diritto Amministrativo Generale*, Tomo Secondo, Seconda Edizione, Milano – Dott. A. Giuffrè editore – 2003, pg. 1065.

⁸ CRAIG, P.P. *Administrative Law*. Sweet e Maxwell, 5ª ed, 2003, pg. 521.

⁹ CRAIG, P.P. *Administrative Law*. Sweet e Maxwell, 5ª ed, 2003, pg. 522.

¹⁰ O estudo sobre os tipos de poderes administrativos que podem ser controlados não foram priorizados para o deslinde da matéria. Para mais detalhes, cf. CRAIG, P.P. *Administrative Law*. Sweet e Maxwell, 5ª ed. 2003, pg. 554-555. Quanto aos detalhes sobre os métodos de controle, cf. CRAIG, P.P. *Administrative Law*. Sweet e Maxwell, 5ª ed, 2003, pg. 554-608.

Rights Act de 1998, que transpõe a Convenção Europeia de Direitos Humanos para o sistema legislativo do Reino Unido) ou com o ato constitutivo, variando a intensidade do controle para determinar a extensão do poder discricionário a ser exercida, bem como indicar as prerrogativas de poder administrativo conferidas (embora, neste último caso, o controle tende a ser mais limitado, conforme a matéria a ser analisada no caso concreto); b) quando a Administração pondera considerações irrelevantes ou não pondera considerações relevantes¹¹.

O segundo nível de controle acontece quando os juízes passam a julgar o descumprimento de algum destes princípios de justa administração: razoabilidade, irracionalidade, desproporcionalidade, respeito às expectativas legítimas e equidade, cometida por algum órgão administrativo. Esses princípios foram formulados ao longo da experiência jurisprudencial, e tem um forte impacto além das fronteiras do Reino Unido, inspirando outras nações a positivarem-nos em suas Constituições nacionais ou na legislação administrativa infraconstitucional, em especial os Códigos de Procedimento Administrativo. A título de exemplificação, a Constituição da República Portuguesa – CRP protege os seguintes princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública, expressos no art. 266º, nº 02: igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé

Conforme se infere da obra de Craig, a evolução da jurisprudência quanto ao controle da ausência de razoabilidade e da irracionalidade na Administração evoluiu a partir da decisão judicial correspondente ao caso *Associated Picture Houses Ltd vs Wednesbury Corporation* (1948), donde surgiu um precedente judicial bastante notório em que um ato administrativo, excepcionalmente e em situações extremas, pode ser declarado nulo se ofender o princípio da razoabilidade. O teste de *Wednesbury* parte da premissa que a nulidade judicial é possível “quando o ato administrativo for tão irrazoável que nenhum órgão administrativo razoável tomaria essa decisão”, nas palavras do Lord Greene. De forma complementar, a decisão judicial do caso *Council of Civil Service Unions vs Minister for the Civil Service* (1985) criou um importante precedente ao considerar irracional uma “decisão que é tão ultrajante em seu desrespeito à lógica ou padrões morais aceitáveis que nenhuma pessoa normal que tivesse debruçado sobre a questão teria chegado a essa decisão”, nas palavras do Lord Diplock¹². Os precedentes acima ainda são frequentemente invocados, em especial quando

¹¹ Em tese, conforme enfatiza Craig, o controle da má-fé poderia ser considerada um terceiro método de controle, mas, no entanto, é inviável considera-lo de forma autônoma dos outros dois. Para mais detalhes, cf. CRAIG, P.P. *Administrative Law*. Sweet e Maxwell. 5ª ed. 2003, p. 562.

¹² O estudo sobre os tipos de poderes administrativos que podem ser controlados não foram priorizados para o deslinde da matéria. Para mais detalhes, cf. CRAIG, P.P. *Administrative Law*. Sweet e Maxwell. 5ª ed. 2003, p.

não há alguma matéria dentro do âmbito de incidência do Human Rights Act ou por tratados europeus suficiente para invalidar o ato administrativo viciado.

O controle do princípio da proporcionalidade pode ser aplicado em conjunto com os testes de primeiro nível de controle ou, excepcionalmente, de forma autônoma. O ato administrativo deve ser avaliado, conforme os três critérios clássicos da doutrina, a serem posteriormente aprofundados: a) necessidade; b) adequação; c) proporcionalidade em sentido estrito¹³. E pode ser aplicado para balizar a incidência de direitos fundamentais, anular penalidades e, em situações mais raras, para condicionar o exercício da discricionariedade administrativa como um todo.

A adoção desses princípios como parâmetros de controle, evidentemente, não confere o poder para que os juízes invadam os espaços de valoração típicos dos entes administrativos, nem o mérito do administrativo. A existência desses espaços, inclusive, é bem destacada pela jurisprudência. Se, por um lado, essa adoção tem um caráter excepcional, por outro lado, o gradativo surgimento de novos princípios e a constante densificação desses princípios em novos casos evidencia que o Poder Judiciário assume uma postura hermenêutica criativa e com a responsabilidade de impor vários limites de intensidade de controle variando conforme o caso e grau de enquadramento do precedente judicial.

Dos princípios elencados acima, o princípio da proporcionalidade é aquele que, em tese, tem maior correlação com o teor do princípio da boa administração português, uma vez que a aplicação dos subprincípios positivados (eficiência, economicidade e celeridade) são casos específicos de aplicação daquele, conforme se verá.

Não se pode evidentemente afirmar que a evolução do controle judicial teria destino similar na realidade português, só por causa da influência remota presente na formulação do direito constitucional italiano. Mas a experiência nos tribunais britânicos pode ser um indicativo de que, caso o ordenamento jurídico amplie gradativamente os espaços de valoração próprios do Poder Judiciário, o controle judicial possa expandir de forma legítima e criativa, sem necessidade, em tese, de invocar questões de direito natural ou princípios

554-555. Quanto aos detalhes sobre os métodos de controle, cf. CRAIG, P.P. *Administrative Law*. Sweet e Maxwell. 5ª ed. 2003, p. 610-612.

¹³ A aplicação do princípio da proporcionalidade na Dogmática dos direitos fundamentais é brilhantemente sistematizada por Alexy, e segue diretrizes similares na experiência anglo-saxã. *Mutatis mutandis* o raciocínio pode ser aplicado no contexto do Direito Administrativo, considerando a sua posituação no art. 07º, do CPA. Para mais detalhes, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pgs. 587-611

jurídicos de carácter suplementar ao conteúdo da lei, como ocorre no sistema de *common law* britânico.

2.1.3. A INFLUÊNCIA DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA ESPANHOLA

A experiência espanhola normalmente não é citada como influência para a formulação do conceito português do princípio da boa administração. No entanto, ela não pode ser desconsiderada, não só evidentemente em virtude das semelhanças culturais entre Portugal e Espanha, mas também em virtude da rápida progressão da intensidade e extensão do controle em relação ao princípio da boa Administração, evidenciando uma postura mais proativa do Judiciário espanhol, que pode ser um indicativo de um potencial a ser inspirado ou aperfeiçoado por Portugal. Além disso, cumpre destacar que, nos termos do preâmbulo do novo CPA, os contributos da doutrina e jurisprudência espanhola também foram relevantes para a reforma do documento legal como um todo.

Com significado correlato ao princípio da boa administração que já estava a ser construído pela jurisprudência, embora sem ser rigorosamente idêntico, foi positivado o princípio da boa regulação no art. 129 da Lei do Regime Jurídico do Procedimento Comum Administrativo - LRJPCA da Espanha nestes termos:

1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios

A incidência do princípio é demasiado restrita, ainda que haja diversos subprincípios em comum com o princípio da boa administração do CPA português, nomeadamente o da eficácia e da eficiência, uma vez que aquele se limita a normatizar a atividade legisladora e a criação de regulamentos, ao passo que, na realidade portuguesa, o princípio se aplica à ação administrativa como um todo. Os itens 02 e 06 do art. 129 corroboram a aplicação exclusiva como princípios norteadores para a elaboração de atos normativos.

A boa administração não foi positivada de forma expressa no LRJPCA e na Constituição Espanhola como um instituto jurídico que orienta a ação administrativa de forma integral. No entanto, subtede-se de forma implícita sua presença no art. 103, inciso 1, nestes termos: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de*

acuerdo com los principios de eficacia, jerarquia, descentralización, desconcentración y coordinación, com sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”

A jurisprudência constitucional espanhola não delimitou um conceito unívoco de boa administração, nem tampouco elucidou um princípio autônomo de controle. No entanto, é inequívoca a vocação do Judiciário Espanhol para controlar tal princípio. Em primeiro lugar, as técnicas de controle judicial não se limitam à legalidade estrita, mas incluem ainda a discricionariedade administrativa, conforme enfatizado pela doutrina e na jurisprudência. Desse último tipo de controle, conforme evidencia Luciano Parejo Alfonso, as técnicas possíveis, listadas em ordem decrescente de frequência e intensidade, a serem aplicadas como testes sucessivos: a) controle dos elementos vinculados do ato discricionário: poder, competência, procedimento e finalidade da atuação administrativa; b) controle dos direitos determinantes; c) controle dos princípios jurídicos¹⁴.

Os princípios jurídicos foram formulados com base em valores, bens jurídicos e outros princípios insculpidos na Constituição, ainda que exijam maior parcimônia e forte fundamentação jurídica pelos Magistrados para afastar a aplicabilidade e declarar nulos atos administrativos abusivos. Segundo Luciano Parejo Alfonso, os princípios passíveis de controle judicial são: a) proibição de arbitrariedade dos poderes públicos e da boa administração; b) proporcionalidade; c) confiança legítima¹⁵. Todos esses princípios, inclusive, já eram objeto de controle pelos tribunais anglo-saxões.

Dr. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, magistrado do Supremo Tribunal da Espanha, mencionou 08 linhas de orientação de como o conceito era aplicado ao longo da argumentação jurídica da Corte para sustentar as decisões finais: a) “direito do cidadão a ser tratado de forma objetiva e imparcial, com uma ponderação de interesses equilibrada e racional”; b) “ferramenta contra uma decisão arbitrária que pode violar um direito fundamental”; c) “direito à motivação”; d) “direito dos cidadãos de serem ouvidos”; e) “relacionada ao direito ao procedimento devido, que não seja uma mera discussão sobre regras formais”; f) “pode gerar, dependendo do caso e circunstâncias específicas, a necessidade de abrir uma rescisão processual convencional”; g) “permite cidadãos têm poderes administrativos, como o de planejamento; h) “relação da boa administração com o paradigma do controle administrativo e o combate a arbitrariedade”¹⁶.

¹⁴ ALFONSO, Luciano Parejo. *Leciones de Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch. 2014, pg. 298-301.

¹⁵ ALFONSO, Luciano Parejo. *Leciones de Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch. 2014, pg. 298-301.

¹⁶ Não é objetivo do trabalho aprofundar o bloco de legalidade aplicável em cada caso, nem sistematizar as classificações para organizar as definições adotadas. Para mais detalhes, cf. MIGLIARI, Wellington. *El derecho*

Na maior parte dos casos, o Supremo Tribunal da Espanha invocou o princípio da boa administração para tornar nulos contratos administrativos e, em menor número, licenças ambientais e atos administrativos pertinentes à matéria urbanística¹⁷. Migliari enfatiza a evolução desse controle de discricionariedade, relatando que, no início, o controle judicial se voltava à aplicação do princípio da proibição de arbitrariedade, que vedava qualquer decisão sem motivação ou irracional, ao passo que atualmente controle também avalia a ponderação entre a motivação e os fundamentos do agente público nos casos em que ela é nitidamente incongruente ou insuficiente, ao mesmo tempo em que ressalta a influência das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia na composição desse conceito, por força do dever jurídico de devido cuidado ou diligência¹⁸.

Ainda que nenhuma delas coincida as noções de eficiência e eficácia que integram o princípio da boa administração positivado no Código de Procedimento Administrativo Português, resta evidente que o Tribunal Supremo da Espanha aplica os princípios de boa administração, integrados a vários de princípios positivados na Constituição Espanhola, para reduzir a discricionariedade dos órgãos públicos espanhóis, evidenciando um amplo controle de legalidade. A amplitude dos significados é aspecto que pode se repetir em outras realidades, como a portuguesa, bem como requer cautelas quanto o risco de mitigar a segurança jurídica.

2.1.4. AS INFLUÊNCIAS DA EXPERIÊNCIA JURÍDICO-POLÍTICA EUROPEIA

O direito a uma boa Administração foi consagrado pela primeira vez como direito fundamental no art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice em 07 de dezembro 2000. Ainda que as nomenclaturas adotadas pelo Tratado e pelo

a una buena administración y su protección judicial. La contribución del Derecho y de los juristas al buen funcionamiento de las instituciones públicas. Disponível em: <<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/10/22/el-derecho-a-una-buena-administracion-y-su-proteccion-judicial-la-contribucion-del-derecho-y-de-los-juristas-al-buen-funcionamiento-de-las-instituciones-publicas-wellington-migliari-y-juli-ponce-s/>> Acesso em 13/11/2019.

¹⁷ Os anexos do trabalho do Migliari ilustram com brilho os exemplos dos julgados recentes. MIGLIARI, Wellington. *El derecho a una buena administración y su protección judicial. La contribución del Derecho y de los juristas al buen funcionamiento de las instituciones públicas.* Disponível em: <<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/10/22/el-derecho-a-una-buena-administracion-y-su-proteccion-judicial-la-contribucion-del-derecho-y-de-los-juristas-al-buen-funcionamiento-de-las-instituciones-publicas-wellington-migliari-y-juli-ponce-s/>> Acesso em 13/11/2019.

¹⁸ MIGLIARI, Wellington. *El derecho a una buena administración y su protección judicial. La contribución del Derecho y de los juristas al buen funcionamiento de las instituciones públicas.* Disponível em: <<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/10/22/el-derecho-a-una-buena-administracion-y-su-proteccion-judicial-la-contribucion-del-derecho-y-de-los-juristas-al-buen-funcionamiento-de-las-instituciones-publicas-wellington-migliari-y-juli-ponce-s/>> Acesso em 13/11/2019.

CPA português sejam similares, o alcance do direito europeu é mais amplo e abrange um feixe de significados estranhos ao direito em Portugal, na Itália, no Reino Unido e na Espanha, mediatizados por várias garantias específicas.

O alcance e limite desse direito foi resultado de uma longa construção jurisprudencial no seio do Tribunal de Justiça da União Europeia e da sistematização dos casos de má administração pelo Provedor de Justiça Europeu, após ouvir queixas de indivíduos e empresas que presenciaram irregularidades das autoridades europeias.

2.1.4.1. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Desde a criação do Tribunal de Justiça da até então Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA em 1952¹⁹, a Corte vem se preocupando em determinar que as instituições e os países-membros da UE estabeleçam os procedimentos administrativos necessários e adequados para a melhor concretização do direito europeu.

A primeira declaração de nulidade dos atos administrativos das instituições europeias que não respeitaram os tratados europeus foi realizada por meio da Decisão de 12 de Julho de 1957, em que as partes envolvidas eram Dineke Algera, Giacomo Cicconardi, Simone Couturaud, Ignazio Genuardi, Félicie Steichen em desfavor da Comunidade Europeia do Carvão e Aço. Na fundamentação da decisão, o Tribunal enfatiza o dever de revogação ou anulação dos atos administrativos, apenas naquilo em que violar os normativos europeus. Da mesma forma, o Tribunal também enfatiza que, quando essa revogação acontecer em virtude do reconhecimento da ilegalidade do ato revogado, as instituições responsáveis têm o dever de compensar os danos provocados aos administrados²⁰.

¹⁹ Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt> - Acesso em 09/12/2018

²⁰ Sobre a decisão em questão, destacam-se os seguintes trechos do documento: 1 . THE ADOPTION OF AN ADMINISTRATIVE MEASURE CREATES A PRESUMPTION AS TO ITS VALIDITY . THE ILLEGALITY OF AN INDIVIDUAL ADMINISTRATIVE MEASURE ENTAILS ITS COMPLETE NULLITY ONLY IN EXCEPTIONAL CASES . IN PRINCIPLE, SUCH AN ADMINISTRATIVE MEASURE CAN BE SET ASIDE ONLY BY MEANS OF ANNULMENT OR WITHDRAWAL, IN SO FAR AS THOSE MEASURES ARE LAWFUL .(...) 4 . IF A SERVANT HAS BEEN VALIDLY ESTABLISHED IN A POST IN ACCORDANCE WITH THE STAFF REGULATIONS OF THE COMMUNITY, THE UNLAWFUL WITHDRAWAL OF THAT MEASURE BY THE INSTITUTION CONCERNED CONSTITUTES A WRONGFUL ACT OR OMISSION WHICH ENTAILS AN OBLIGATION ON THE PART OF THAT INSTITUTION TO MAKE GOOD THE INJURY CAUSED TO THE SERVANT . Acórdão da CECA – Processo apensos 7/56 e 3/57 a 7/57 - Data da Decisão: 19/07/1957 - ECLI identifier: ECLI:EU:C:1957:7

Assim, o Tribunal associa a uma boa administração a existência de procedimentos internos para o controle de legalidade da Administração em prazo tempestivo.

Destaque-se que a postura proativa do tribunal em realizar longas considerações doutrinárias a respeito do controle de legalidade e dos prazos que a Administração deve atentar para revogar os atos eivados de ilegalidade era justificada, em tese, pela relevância do tema e pela aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Esse pressuposto influenciaria direta ou indiretamente a aplicação em vários países europeus.

A decisão acima abriu precedente para embasar posteriores ações judiciais de particulares que almejavam reparar prejuízos pretensamente causados pelos órgãos oficiais da Comunidade Europeia. Segundo Lanza²¹, as matérias envolvidas se concentravam em quatro áreas de natureza econômica, compatíveis com o nível de integração da Comunidade Europeia à época: competição, anti-*dumping*, tributos de importação e exportação e implementação de políticas de subsídios governamentais.

Ao analisar o mérito desses pedidos, o Tribunal de Justiça eventualmente passou a mencionar “um direito a boa administração”, mesmo que ele não fosse positivado, para fundamentar as suas decisões.

Além da compensação dos danos, as partes frequentemente invocavam um direito a uma boa administração como fundamento para invocar o direito a determinados procedimentos a serem observados pelos órgãos da Comunidade Europeia com o intuito de concretizar outros direitos fundamentais²².

Para exemplificar essa tendência, destacamos a decisão de 15 de março de 1984, proferido no processo (C-64/82) ajuizado pela empresa Tradax Graanhandel BV em desfavor da Comissão Europeia, para que esta apresente de forma circunstanciada todas as informações que embasaram as taxas de um imposto. Conforme a decisão, o Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que seria consistente com uma boa administração a Comissão divulgar periodicamente as principais informações sobre banco de dados do referido imposto, sem, contudo, existir a obrigatoriedade da divulgação integral dos dados²³.

²¹ LANZA, Elisabetta. The right to good administration in the European Union: Roots, rationes and enforcement in antitrust case-law. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593523>. Acesso em 10 de novembro de 2018

²² Sobre detalhes desse processo de construção jurisprudencial: MENDES, Joana. Good administration in EU law and the European code of good administrative behavior. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1554907>>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

²³ Sobre a decisão em questão, destacam-se os seguintes trechos do documento: (...) IT SHOULD HOWEVER BE POINTED OUT THAT IT WOULD BE CONSISTENT WITH GOOD ADMINISTRATION FOR THE COMMISSION PERIODICALLY TO PUBLISH FOR THE INFORMATION OF THE TRADERS

Em que pese o Tribunal não ter firmado a boa administração como um direito, ela a associou a um direito de transparência, e posteriormente considerou como um *princípio geral de Direito*²⁴. O alcance jurídico, no entanto, não é unívoco, ainda mais quando se considera que o próprio Tribunal de Justiça definia esse conceito em várias situações distintas, com grandes dificuldades de estabelecer um ponto de convergência. O alcance jurídico desse direito tornava-se mais cristalino quando conjugado com outros princípios já positivados, como frequentemente ocorria nos tribunais.

Nos primórdios da jurisprudência, era nítido que as definições convergiam no sentido de tornar obrigatório que os órgãos da União Europeia assegurem *um conjunto de tipos* de procedimentos administrativos *sob determinadas formas* para que efetivassem os direitos fundamentais dos cidadãos europeus e os fins da União Europeia.

Os principais deveres da Administração que eram correlatos a um direito a boa Administração a ser progressivamente consolidados na jurisprudência eram: a) dever de cumprir a lei e anular os atos eivados de ilegalidade; b) dever de instituir procedimentos que garantam a transparência das informações; c) dever de indenizar os danos provocados; d) dever de fundamentação das decisões administrativas; e) dever de imparcialidade; f) dever de equidade; g) dever de garantir os procedimentos em prazos razoáveis²⁵.

2.1.4.2. A ATUAÇÃO DO PROVIDOR DE JUSTIÇA EUROPEU

A redação legal do art. 41 da Carta de Nice foi proposta pelo primeiro Provedor de Justiça Europeu Jacob Söderman, cujas competências do cargo foram instituídas por meio do art. 195 do Tratado da União Europeia de Maastricht (Países Baixos) em 1992. Dentre elas,

CONCERNED THE MAIN DATA TAKEN INTO ACCOUNT IN FIXING CIF PRICES . SUCH AN ARRANGEMENT FOR THE SUPPLY OF PERIODIC INFORMATION DOES NOT HOWEVER INCLUDE A DUTY TO REPLY TO INDIVIDUAL REQUESTS SUCH AS THAT MADE BY THE APPLICANT OR TO ALLOW INSPECTION AT THE COMMISSION ' S PREMISES OF ALL THE DATA WHICH IT HAS ASSEMBLED . Acórdão da CECA – Processo 64/82 - Data da Decisão: 15/03/1984 - ECLI identifier: ECLI:EU:C:1984:106.

²⁴ Os seguintes julgados reforçam a boa administração como um princípio geral: ECLI:EU:C:2017:982, ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 20 de dezembro de 2017, Espanha vs. Conselho da União Europeia: “(...) o Conselho, apoiado pela Comissão, reconhece que este Estado-Membro pode invocar o princípio da boa administração enquanto princípio geral do direito da União. ECLI:EU:C:2014:302, ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção) de 8 de maio de 2014: “(...) No que diz respeito ao direito a uma boa administração, consagrado no artigo 41.º da Carta, importa recordar que esse direito reflete um princípio geral do direito da União.”

²⁵ Cf. LANZA, Elisabetta. The right to good administration in the European Union: Roots, rationes and enforcement in antitrust case-law. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593523>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

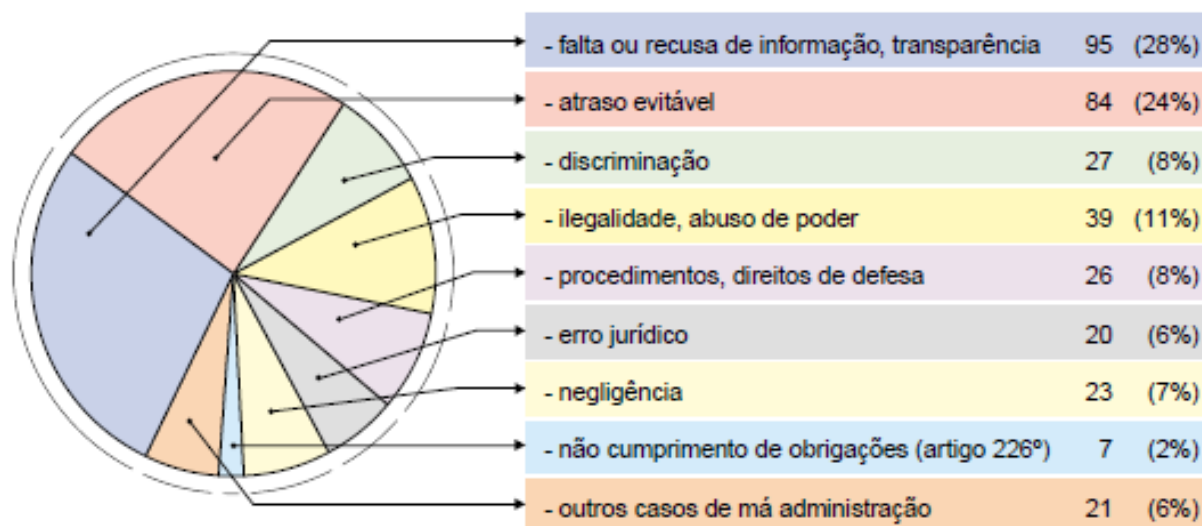
destacam-se as competências para receber e investigar queixas apresentadas por qualquer cidadão, empresa ou instituição da União Europeia.

A definição do conceito de má administração foi o ponto de partida para se aferir o conceito de boa administração. A partir da apuração dos casos de má administração mais frequentes e com mais queixas, chegou-se a uma conclusão sobre quais elementos do direito a uma boa administração deveriam ser positivados. A primeira tentativa de definição é datada de 1997, quando o Provedor de Justiça Europeu por meio do Relatório Anual²⁶ mencionou que a má administração acontece “quando o órgão público falha em seguir a regra e o princípio legal que o vincula”.

Dentre os organismos submetidos a inquéritos, as denúncias encaminhadas ao Provedor de Justiça Europeu em sua maioria eram em virtude da falta de acesso a documentos pessoais e atraso injustificado dos processos administrativos, conforme se observa do gráfico abaixo, extraído do Relatório Anual de 2000 do Provedor de Justiça Europeu.²⁷

TIPO DE MÁ ADMINISTRAÇÃO ALEGADA

(Em alguns casos foram alegados 2 tipos de má administração)



Em conclusão a essas apurações, a definição de má-administração foi ampliada para além da noção da mera atuação ilegal por parte da Administração. Nesse sentido, o art. 41 da

²⁶ Cf. Relatório Anual de 1997 do Provedor de Justiça Europeu. Disponível em < <https://www.ombudsman.europa.eu/pt/annual>>. Acesso em 14 de novembro de 2018.

²⁷ Cf. Relatório Anual de 2000 do Provedor de Justiça Europeu. Disponível em < <https://www.ombudsman.europa.eu/pt/annual/pt/3440>>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia²⁸ consagrou os seguintes direitos fundamentais como corolários do direito fundamental maior a uma boa administração, nitidamente inspirados nas queixas de má administração relatadas pelo Provedor de Justiça Europeu: a) Direito de que os assuntos submetidos à esfera administrativa sejam tratados de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável (n.1); b) Direito de ser ouvido (n.2, a); c) Direito de acesso a processos de seus interesses (n.2, b); d) Obrigação pela Administração de fundamentação das suas decisões (n. 2, c); e) Direito a Indenização em casos de má administração (n. 3); f) Direito ao respeito pela língua pessoal ante às instituições da União (n. 4). O art. 42 que trata do direito de acesso aos documentos é considerado um desdobramento daquele direito.

Nesse sentido, ao apontar os casos de má Administração, o Provedor de Justiça Europeu aponta diretrizes de quais parâmetros as instituições europeias devem atentar, na mesma forma em que determina a importância para que essas instituições elaborem os procedimentos administrativos que garantam a concretude desse direito fundamental a uma boa administração, bem como os demais direitos fundamentais que ainda precisam de regulamentação para ter eficiência e eficácia.

Em suma, a positivação desse direito revestiu uma dupla finalidade: a) por um lado, organizou as discussões jurisprudenciais e os debates políticos travados no seio da Comissão Europeia, em especial através do Provedor de Justiça Europeia, por meio da consolidação em direitos explícitos dos resultados dessas discussões; b) por outro lado, ampliou a feixe das discussões do TJUE, no seio da União Europeia e dos países membros, por meio da positivação de conceitos indeterminados como “boa Administração”, “prazo razoável”, “tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa” e por meio da positivação de direitos procedimentais que determinam uma postura proativa das instituições europeias para a codificação que complementa o conteúdo desses mesmos direitos.

²⁸ 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respetivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

2.1.4.3. OS MÚLTIPLOS SIGNIFICADOS DO DIREITO

A estrutura do direito fundamental a uma boa administração na realidade da UE é inovadora na sua gênese. Os direitos fundamentais clássicos consistem basicamente na sua anunciação, ao passo que os procedimentos e garantias para a garantia desse direito normalmente não são direitos fundamentais, mas temas jurídicos relegados a outras áreas do Direito Internacional, Constitucional, Administrativo, Penal e Processual Penal. No caso do direito em questão, alguns procedimentos e garantias necessários para a concretização dos direitos fundamentais são eles próprios direitos fundamentais, com reflexos interessantes na Hermenêutica Constitucional.

Conforme se infere desde as primeiras decisões do Tribunal de Justiça e da sua evolução jurisprudencial, o direito a uma boa administração é, em suma e originalmente, um direito procedimental²⁹³⁰. Como corolário dessa premissa, a boa administração não corresponde a natureza dos resultados, nem às finalidades que os Tratados da União Europeia devem definir, mas aos meios utilizados pela Administração na prossecução daqueles.

Destaque-se que o art. 3º, número 6, do Tratado de Lisboa³¹ reforça o conteúdo do direito a uma boa administração, na medida em que torna obrigatória a União prosseguir os seus objetivos pelos meios adequados.

No início, a principal finalidade para que esse direito era invocado era a *garantia e proteção de direitos fundamentais*, de modo a evidenciar um carácter subjetivista acentuado. Uma vez expressamente codificado, o direito passa a se estabilizar enquanto instituto e o seu carácter objetivista passa a ganhar maior relevo na definição dessas finalidades, dando ênfase na conduta da Administração e sua relação com os fins institucionais da União Europeia, ainda que aquele ainda seja o carácter predominante.

²⁹ A existência de uma conexão entre direito fundamental, organização e procedimento é motivo de discussões inconciliáveis entre os doutrinadores jurídicos. De um lado, existem doutrinadores que são movidos por um certo ceticismo de elevar o procedimento ao status de direito subjetivo, a tal ponto de afirmar que os resultados da discussão seriam arriscados e triviais. De outro lado, há doutrinadores a sustentar o fato de que o procedimento integra a essência do direito fundamental, e ele próprio deve ser considerado um direito. Sobre o estado da arte da discussão, cf. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pgs. 470-472.

³⁰ A natureza procedimental é enfatizada por vários juristas e pesquisadores, cf. LANZA, Elisabetta. The right to good administration in the European Union: Roots, rationes and enforcement in antitrust case-law. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593523>. Acesso em 10 de novembro de 2018. MACHADO, Jónatas E. M., Direito da União Europeia, Coimbra: Coimbra editora, 2010, pp. 254-255. MENDES, Joana. Good administration in EU law and the European code of good administrative behavior. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1554907>>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

³¹ ARTIGO 3.º 6. A União prossegue os seus objectivos pelos meios adequados, em função das competências que lhe são atribuídas nos Tratados.

As finalidades da União Europeia estão determinadas em vários tratados, mas destacamos o art. 3º, número 1 a 5, do Tratado de Lisboa³² de 2007, pela sua essencialidade e importância histórica, bem como por sua extensão e profundidade.

Por esse raciocínio, não é adequado afirmar que esse direito é equivalente, subordina ou possui como elementos *a ideia de justiça, o bem-estar dos povos europeus, a pacificação social e a prossecução do interesse público*, mas, pelo contrário, o direito a uma boa administração é um *instrumento e garantia* daquelas finalidades. Uma vez definidas essas finalidades, o conteúdo jurídico do direito em questão se subordina, modula e modifica na mesma proporção.

O princípio da boa administração se correlaciona com o *princípio da legalidade* de duas formas principais. Em primeiro lugar, pois aquele consiste na própria expressão do Estado de Direito, por incentivar um conjunto de procedimentos que visam limitar o poder e *vedar o exercício abusivo do poder*. O jurista brasileiro Juarez Freitas³³ enfatiza vários aspectos desse direito, em especial, a obrigatoriedade de “*observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem*”, num claro limitador da discricionariedade administrativa:

“[...] o direito fundamental à boa administração pública é o direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”

³² ARTIGO 3.º 1. A União tem por objectivo promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos. 2. A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno. 3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico. A União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a protecção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a protecção dos direitos da criança. A União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-Membros. A União respeita a riqueza da sua diversidade cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu. 4. A União estabelece uma união económica e monetária cuja moeda é o euro. 5. Nas suas relações com o resto do mundo, a União afirma e promove os seus valores e interesses e contribui para a protecção dos seus cidadãos. Contribui para a paz, a segurança, o desenvolvimento sustentável do planeta, ARTIGOS 2.º/5.º | 19 a solidariedade e o respeito mútuo entre os povos, o comércio livre e equitativo, a erradicação da pobreza e a protecção dos direitos do Homem, em especial os da criança, bem como para a rigorosa observância e o desenvolvimento do direito internacional, incluindo o respeito dos princípios da Carta das Nações Unidas.

³³ FREITAS, Juarez, *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

Em segundo lugar, pois, dentre as múltiplas dimensões a que esse direito pode significar, uma delas é o “procedimento interno para o controle de legalidade da Administração em prazos tempestivos”, conforme já evidenciado desde a decisão de 12 de Julho de 1957 comentada anteriormente.

Assim, elementos do princípio da legalidade foram trazidos para o bojo do direito a boa administração, enquanto direito fundamental subjetivo, de forma a implicar que consiste numa boa administração o cumprimento da legislação posta, ainda que o mero cumprimento legal não seja suficiente por si.

Ademais, esse direito foi positivado no rol de direitos de cidadania do Capítulo V da Carta de Nice, e é sintonizado com o contexto histórico em que ele foi aprovado, por três aspectos. Em primeiro lugar, a União Europeia estava num momento de transição da integração econômica para a integração política. Nesse sentido, a positivação reforça simbolicamente a unidade política da recém-nascida ordem jurídico-internacional europeia, na medida em que reforça um conjunto de compromissos institucionais de natureza político-constitucional, além das habituais obrigações de organizar as concorrências comerciais e circulação de capitais, trabalhadores, bens e pessoas entre os países europeus.

Em segundo lugar, os direitos de cidadania positivados consistem numa tentativa de as instituições europeias tornarem-se mais próximas do cidadão, garantindo-lhe direitos subjetivos elevados à categoria de direitos fundamentais para que elas realizem procedimentos administrativos conforme tipos e modos adequados.

O próprio fato de o direito ser construído a ser construído como uma resposta às legítimas exigências de transparência, celeridade e imparcialidade no funcionamento da administração comunitária, apresentadas ao Provedor de Justiça, bem como a existência direito ao respeito pela língua pessoal ante às instituições da União expresso no art. 41, numero 04, reforçam essa tentativa de aproximação.

Em terceiro lugar, a exigência desses procedimentos, em especial o direito a ser ouvido e o direito à transparência quanto aos processos de interesses específicos do cidadão, previsto no art. 41, número 02, a, b, garante ao cidadão um empoderamento político-jurídico que garante um maior *controle social* da Administração, ao mesmo tempo em que consiste uma significativa expressão do *princípio democrático*, que é um valor fundante da União Europeia, previsto no art. 2º, do Tratado de Lisboa, e que deve nortear as atividades da União, nos termos do Preâmbulo da Carta de Direitos Fundamentais, e contribui para que o projeto de integração contínua da União seja revestido de legitimidade.

O jurista Jónatas Machado³⁴ sintetiza o direito europeu englobando os múltiplos significados:

“O artigo 41.º da CDFUE consagra o direito a uma boa administração como um direito de cidadania europeia. Pretende-se criar uma administração bem dirigida, com capacidade de prestação, funcionalmente ordenada e adequada, estruturada com base nos direitos fundamentais e nos princípios estruturantes do direito da EU, como a democracia e o Estado de direito. Em rigor, como resulta do teor literal do preceito, trata-se de um direito de todas as pessoas, físicas e colectivas, que por qualquer motivo entrem numa relação com os serviços administrativos da EU. O mesmo pretende concretizar, na relação entre a administração da EU e os particulares, os princípios da igualdade, da justiça e da eficiência e eficácia e da equidade procedimental. O direito abrange as garantias de procedimento administrativo, como o direito de audiência, o direito à consulta dos processos em que esteja envolvido – sem prejuízo do sigilo profissional e comercial – o direito à fundamentação das decisões da administração, o direito à indemnização por danos e o direito de queixa junto das autoridades administrativas. Trata-se de um elenco não taxativo, que remete para um amplo conjunto de garantias administrativas substantivas e procedimentais reconhecidas, quer pela jurisprudência constitucional dos Estados-membros, quer pela jurisprudência do TEDH.”

Em que pese a importância da síntese acima, ressaltamos que ela não esgota todos os princípios e subprincípios associados ao direito em tela, necessários para determinar o seu alcance. Na definição exposta anteriormente por Machado, o rol de direitos ali expressos não é taxativo. Lenza³⁵ enfatiza o trabalho de Usher pela importância em ressaltar as múltiplas acepções do direito encontrados na jurisprudência da Corte Europeia, como os princípios da *boa fé administrativa*, da *consistência*, da *diligência* e da *comunicação*.

Para dar concretude ao direito a uma boa administração, O Código Europeu de Boa Conduta Administrativa foi proposto pelo Provedor de Justiça Europeu e aprovado no Parlamento Europeu em setembro de 2001. Mais acepções ao direito a uma boa conduta administrativa são acrescentadas de forma a convergir com o texto da Carta de Nice, a saber:

³⁴ MACHADO, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra editora, 2010, pgs. 254-255.

³⁵ Cf. LANZA, Elisabetta. The right to good administration in the European Union: Roots, rationes and enforcement in antitrust case-law. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593523>. Acesso em 10 de novembro de 2018. A lista dos julgados citados são: boa fé administrativa (C-293/85, Commission vs. Belgium; C-56/90, Commission vs. United Kingdom; C-8/55, Fédération Charbonnière de Belgique vs. High Authority; T-33/89, and T-74/89, Blackman vs. European Parliament; C-155/85, Strack vs. Parliament); consistência (: C-81/72, Commission vs. Council; C-68/86, United Kingdom vs. Council; C-43/75, Defrenne vs. Sabena; C-188/82, Thyssen; C-188/83, Witte vs. European Parliament; C-68/86, United Kingdom vs. Council; C-29, 31, 36, 39-47, 50, 51/63, Usines de la Providence vs. High Authority; C-100-103/80, Pioneer vs. Commission); diligência (C-120/73, Lorenz vs. Germany; C-96-102, 104, 105, 108 and 110/82, IAZ International case; C-179/82, Lucchini; C-61/74, Santopietro vs. Commission; C-19/69, Richez-Parise; C-103/85, Usinor vs. Commission; C-14/78, Denkavit vs. Commission; T-73/89, Barbi); comunicação (C-49/88, Al-Jubail Fertilizer vs. Commission; C-316/82 and 40/83, Kohler vs. Court of Auditors; C-111/83, Picciolo v European Parliament; T-156/89, Mordt; C-322/81, Michelin vs. Commission; C-107/82, Telefunken v Commission; C-169/73, Continental France vs. Council; C-144/82, Detti vs. Court of Justice; C-270/82, Estel vs. Commission; C-24/62, Germany vs. Commission)

- a) princípios de serviço público, como: Compromisso para com a União Europeia e os seus cidadãos, Integridade, Objetividade, Respeito pelos outros, Transparência;
- b) aspectos do princípio da legalidade, da Ausência de discriminação, Proporcionalidade, Ausência de abuso de poder, Imparcialidade e independência, Objetividade, Expectativas legítimas, coerência e consultoria, Equidade, Cortesia;
- c) direitos como: Resposta a cartas na língua do cidadão, Aviso de receção e indicação do funcionário competente, Obrigação de transmitir ao serviço competente da Instituição, ser ouvido e a prestar declarações, Prazo razoável para a adoção de decisões;
- d) deveres como: indicar os motivos das decisões, Indicação das possibilidades de recurso, Notificação da decisão, Proteção de dados, Conservação de registos Adequado, Publicidade do Código;
- e) direitos de petição como: Pedidos de informação, Pedidos de acesso do público a documentos, apresentação de queixa ao Provedor de Justiça Europeu.

Mendes³⁶ enfatiza que esse direito tem três camadas de significados que precisam ser ponderados em conjunto, nestes termos:

“On this basis, one may characterise good administration as being composed of different interconnected layers. Firstly, it comprises procedural guarantees that are primarily directed at protecting the substantive rights of the persons dealing with the European administration, whose infringement is capable of giving rise to a legal action and may ultimately lead to the annulment of the vitiated act or to a compensation for damages. This is the common denominator of Article 41 of the Charter, which, to the extent that it coins good administration as a public subjective right, arguably delimits the segments of good administration that can primarily be perceived as such. Secondly, good administration encompasses legal rules that structure the exercise of the administrative function primarily by reference to the objective interests of a proper application of the Treaty rules and to the definition of the public interest (e.g. the duty of careful and impartial examination to the extent that it has a broader scope than the handling of personal affairs). These rules also function as procedural guarantees, but their primary function is to structure the exercise of discretionary power in line with the correct pursuance of the public interest in each case and to ensure control over acts of the administration.²⁷ Non-legal rules form the third layer of good administration. They define standards of conduct directed at ensuring the proper functioning of the administrative services delivered to the public, both ensuring and demonstrating their efficiency and quality.”

As duas primeiras camadas correspondem ao caráter de direito procedimental que se reveste do direito-princípio em tela. No entanto, a primeira camada enfatiza o enfoque subjetivo, ao passo que a segunda enfatiza o enfoque objetivo. Ao passo que a primeira se conecta mais intimamente à literalidade do art. 41, atribuindo ao cidadão europeu e qualquer indivíduo um leque de garantias administrativas em face da discricionariedade administrativa, a segunda faz referência às relações ao princípio da prossecução ao interesse público que deve

³⁶ MENDES, Joana. Good administration in EU law and the European code of good administrative behavior. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1554907>>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

nortear a atividade administrativa e à imparcialidade que os agentes devem ter ao conduzir os atos administrativos.

A terceira camada refere-se ao significado implícito no texto normativo: o tipo e a forma de desempenho que a Administração deve atentar. Em outras palavras, a terceira camada faz referência à *diligência* e a *performance* que os órgãos revestir, nos sentido de efetivar os princípios da *eficiência*, *eficácia*, *boa governação* e *boa qualidade dos gastos públicos*, tendo em vista um cenário de constante expansão das atribuições da União Europeia e necessidade de estabelecer metas e prioridades para utilizar os recursos públicos escassos.

Essa terceira camada, ainda não assimilada adequadamente pelo TJUE, acrescenta os valores económico-utilitários aos valores ético-jurídicos evidenciados nas camadas anteriores, resultando num rico feixe de significados que se irradiam não só na Administração Europeia, mas também na Política Legislativa dos estados membros.

A *boa governação* na Administração Europeia compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle implementados para avaliar, gerenciar e monitorar a gestão europeia, com vistas à condução de políticas públicas e da prestação de serviços públicos de qualidade. A administração europeia, através de suas comissões, visa difundir essas boas práticas de governança a todas as nações europeias, para que sejam aperfeiçoados os seus sistemas de controle interno.

A boa governança refere aos mecanismos de controle e desempenho da Administração, com ênfase na atuação sincronizada entre os agentes da Administração e da sociedade civil, com o intuito de melhor servir aos cidadãos. Sobre a definição de Governança, apontamos a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, Governança e Desenvolvimento, nestes termos³⁷:

“(…)

Muito embora não exista uma definição de governança internacionalmente acordada, o conceito tem vindo a ganhar importância e, ao longo dos últimos dez anos, todos os parceiros em matéria de desenvolvimento expandiram as suas actividades neste domínio. A Comunidade tem financiado, também, de forma pragmática, vários programas neste domínio de actividade ao longo dos últimos anos. "Governança" significa a capacidade do Estado de servir os cidadãos. Esta definição é suficientemente lata para permitir destinar, em termos conceptuais, a governança de outros elementos tais como os direitos humanos, a democracia ou a corrupção. A governança diz respeito às regras, processos e comportamentos segundo os quais são articulados os interesses, geridos os recursos e exercido o poder na sociedade. O modo como são desempenhadas as funções públicas, geridos os recursos públicos e exercidos os poderes públicos regulamentares constituem os principais aspectos a ter

³⁷ Disponível em <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/PT/1-2003-615-PT-F1-1.Pdf>> - Acesso em 11.03.2018).

em conta neste contexto. O verdadeiro valor do conceito de governança reside no facto ser terminologicamente mais pragmático do que outros termos tais como "democracia", "direitos humanos", etc. No entanto, apesar do seu carácter aberto e abrangente, trata-se de um conceito extremamente útil e prático, que permite analisar os aspectos básicos do funcionamento de qualquer sociedade e de qualquer sistema político e social. Pode ser descrito como uma forma básica de aferir a estabilidade e o desempenho de um modelo de sociedade. À medida que os conceitos de direitos humanos, democratização e democracia, Estado de direito, sociedade civil, partilha descentralizada do poder e administração pública sólida vão assumindo cada vez mais importância à medida que essa sociedade se vai transformando num sistema político mais sofisticado, o conceito de governança evolui para "boa governança". O conceito de governança é hoje geralmente utilizado para avaliar a qualidade e desempenho de qualquer sistema político/administrativo.

Destaque-se que o próprio Código de Boa Conduta Administrativa inclui subprincípios que sistematizam e integram as três camadas, evidenciando que elas não se limitam à discussão doutrinária, mas incluem e integram a própria realidade normativa da União Europeia. Comparando com as experiências italiana, anglo-saxã e espanhola, a experiência europeia é a mais polissêmica e de significado pouco estável na jurisprudência, integrando conceitos jurídicos que já se encontravam estabilizados em outros institutos jurídicos de maior historicidade nas democracias ocidentais. Por essa razão, frequentemente é criticada pela doutrina, nomeadamente a portuguesa³⁸.

2.2. A CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO NA REALIDADE PORTUGUESA

2.2.1. O PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

O conceito de boa administração no seio da União Europeia tem fortes raízes na jurisprudência do TJUE, mesmo antes da positivação na Carta de Direitos Fundamentais, ao passo que a jurisprudência nacional praticamente não se debruçou diretamente sobre o tema antes da reforma implementada pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 07 de janeiro. Ainda que com

³⁸ A multiplicidade de significados e a obscura unidade de um direito a boa administração é alvo de grandes críticas na doutrina portuguesa e europeia. Para maiores aprofundamentos do tema, sugerimos: NEHL, H.P. *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford, 1999, pg. 17. RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In: *Comentários ao Novo Código de Procedimento*. AAFDL Editora, 3ª ed, 2016, pg. 280/281. BOUSTA, Rhita. 'Who Said There is a 'Right to Good Administration'? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union' (2013) 19 *European Public Law*, Issue 3, pg. 481–488

redação bastante distinta da experiência europeia, a boa administração foi instituída como princípio jurídico no art. 5º do novo Código de Procedimento Administrativo.. A doutrina majoritária no âmbito nacional entende que o conceito de boa administração é fortemente tributário à doutrina, especialmente a italiana, de onde surgiu o conceito de *bom andamento do processo*³⁹.

O conceito de *bom andamento do processo* enfatiza que a Administração deve executar a melhor *performance* entre as situações fático-jurídicas possíveis, com vistas a efetivar os seus objetivos, em especial a prossecução do interesse público⁴⁰. Em outras palavras, o conceito atribui juridicidade a aspectos da atuação da Administração Pública, tradicionalmente reservados ao âmbito da discricionariedade administrativa, designadamente a eficiência e a eficácia da administração.

O conceito de “Boa Administração” é condicionado ao conceito que o adjetivo “boa” assume na composição do instituto. De fato, o adjetivo remete a conteúdos filosóficos de ordem moral, ética, utilitária e econômica, muito além da esfera jurídica, cuja especulação teórica pode culminar numa equivalência a dezenas princípios e regras, nem sempre convergentes, extraídos da Teoria Geral do Direito, do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito do Processo e Procedimento Administrativo e da Ciência da Administração. Todos eles remetem a algum tipo de *virtude* que a Administração deve resguardar.

Assim, o princípio em questão consiste num conceito indeterminado que permite ampla margem de interpretação quanto a sua aplicabilidade. No entanto, há alguns limites que devem ser resguardados, nos termos em que o Código de Procedimento Administrativo positivou no art. 5º o direito com a seguinte redação:

“Artigo. 5º Princípio da boa administração

1 - A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada.”

³⁹ O texto do preâmbulo que aprova o Novo Código de Procedimento Administrativo cita expressamente que a opção vai “ao encontro do que era sugerido pelo direito comparado, com essa ou outra designação” e de “sugestões da doutrina. A doutrina italiana também exerceu alguma influência na elaboração do conceito na jurisprudência do Tribunal Europeu. Cf. LANZA, Elisabetta. The right to good administration in the European Union: Roots, rationes and enforcement in antitrust case-law. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593523 Acesso em 10 de novembro de 2018.

⁴⁰ O ilustre administrativista Vieira de Andrade enfatiza em sua obra que a “boa administração” é um corolário do princípio da prossecução do interesse público. Cf. ANDRADE, Vieira de. Curso de Direito Administrativo. Almedina, 2016, pg. 33-35.

O direito-princípio no código português é mediado por quatro subprincípios expressos: o princípio da *eficiência, economicidade, celeridade* e da *desburocratização*⁴¹. Da redação acima, o primeiro aspecto que se destaca é que o Código nacional enfatiza somente e exclusivamente a terceira camada de significado que é presente no Direito Europeu, enfatizada no item 2.1.4.3: o tipo e a forma de desempenho que a Administração deve atentar.

Os contornos e o alcance que o direito assume na experiência europeia, no entanto, são mais amplos, numerosos e de maior indeterminação, dentre os quais a maior parte já faz referências a garantias constitucionais já consagradas em outros dispositivos diversos, com tradição e evolução normativas próprias, completamente estranhas ao significado conferido à nova redação.

O diálogo entre o direito nacional e o direito europeu é, portanto, problemático. Na opinião do jurista Miguel Assis Raimundo, o direito europeu não poderia ser invocado como

⁴¹ O Lexcionário constante do site oficial apresenta uma síntese das vertentes do princípio da boa administração que merece ser avaliada para averiguar como o Poder Legislativo entende o significado de uma boa administração, ainda que o Poder Judiciário, a Administração Pública e a doutrina jurídica não se limite a esse feixe conceitual. Discordamos quanto a definição de eficiência adotada, uma vez que o conceito apresentado remete melhor à ideia de eficácia. Assim, dispõe o verbete *in verbis* (Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/117357342/view> - Acesso em 01/04/2020):

“O princípio da boa administração encontra-se previsto no artigo 5.º do Código de Procedimento Administrativo, estando também consagrado no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Este princípio desdobra-se em três vertentes diferentes.

Em primeiro lugar, boa administração significa eficiência da Administração Pública, no sentido que se exige que a atividade administrativa deve ser apta a atingir os objetivos que lhe cabe prosseguir.

Em segundo lugar, boa administração significa economicidade, em termos tais que a atividade administrativa deve pautar-se por uma gestão a mais equilibrada possível dos recursos públicos.

Em terceiro lugar, boa administração significa celeridade da atividade administrativa, no sentido que o tempo de decisão e atuação da Administração Pública deve durar apenas o estritamente necessário para que esta possa atingir os fins que lhe competem.

Por forma a dar concretização ao princípio da boa administração prescreve a lei que a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações de forma não burocratizada.

Discute-se se a observância deste princípio pode ser controlada pelos tribunais, porque, atendendo ao seu conteúdo, a anulação de um ato administrativo por violação deste princípio seria susceptível de interferir no mérito de atuação administrativa.

Daí que tradicionalmente se entenda que o princípio da boa administração consagra apenas um dever jurídico imperfeito, não permitindo a anulação de um ato administrativo apenas com fundamento na sua violação, podendo, porém, a Administração incorrer em responsabilidade civil pelos danos causados aos particulares sempre que infrinja este princípio.”

fundamento supralegal para o direito nacional⁴². Segundo o autor, a falta de unidade da conceituação europeia, dentro de um conjunto de significados muito heterogêneos, não só dificulta a sua operacionalidade, mas também consiste numa banalidade.

Além disso, muito dos conceitos que integram a definição europeia já estavam estabilizados em institutos jurídicos de forma mais clara e distinta, e com maior historicidade; o que tem potencial efeito de confusão dos significados e compromete a integridade do sistema jurídico. Vale frisar que os significados do texto português não estão expressos no texto da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, ainda que parte da doutrina possa considerar que essa camada de significado não esteja excluída da incidência do direito europeu, ainda mais quando se considera o Código de Boa Conduta Administrativa, que releva esses significados ao longo de seus dispositivos para as autoridades europeias.

Superada a discussão sobre a relação entre o direito europeu, é preciso sanar as controvérsias internas sobre o conceito. Em primeiro lugar, o princípio da boa administração português não tem equivalência direta ao princípio da persecução ao interesse público, uma vez que aquele diz respeito não aos objetivos e fins últimos que Administração deve alcançar, mas aos *meios* que a Administração deve respeitar e aperfeiçoar. Por essa razão, também é chamado de princípio instrumental.

Ademais, rejeitamos o entendimento de que o princípio da boa administração é equivalente ao subprincípio da *eficiência*, ou mesmo estabelece que ele seja tratado de forma prioritária em relação aos demais. Primeiramente, porque há uma série de princípios de ordem econômica implícitos que devem ser levados em consideração e não se confundem com aquele, como, por exemplo, o princípio da *eficácia*⁴³ que preconiza o máximo grau de atingimento dos objetivos legal e constitucionalmente determinados. Assim, uma ação pode ser eficaz, conforme o grau de atingimento dos seus objetivos, mas pode ser ineficiente, conforme o excesso de recursos materiais e tempo empregados para esse fim. O conceito também é confundido com o de *efetividade*, que corresponde ao grau de satisfação dos fins sociais a que as metas e objetivos estabelecidos visam alcançar.

Da mesma forma, o princípio da *boa governação*, oriundo da Ciência Política e da Administração, mais contemporâneo e balizador das discussões sobre reforma e modernização

⁴² Cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In: Comentários ao Novo Código de Procedimento. AAFDL Editora, 3ª ed, 2016, pg. 267.

⁴³ O administrativista Miguel Assis Raimundo ressalta que “continua a não se falar em eficácia, seguramente por se entender que esta exigência já resulta dos demais imperativos aplicáveis à atividade administrativa”. Cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In: Comentários ao Novo Código de Procedimento. AAFDL Editora, 3ª ed, 2016, pg. 268-276.

da Administração Pública, poderia ser invocado, em hipótese para justificar a juridicidade do direito em análise, ainda que ele precise de melhor densificação pela doutrina e pela jurisprudência⁴⁴.

Ao considerar a noção de eficácia, está implícita a noção de que os meios que a Administração emprega para o exercício de sua função devem ser adequados e suficientes para o fim; o que, em última instância, remete ao princípio da *proporcionalidade*⁴⁵ e aproxima esse princípio simultaneamente como norma e baliza hermenêutica.

O princípio da *eficiência* é o princípio mais invocado e associado pela doutrina para determinar os contornos do direito em análise⁴⁶. Para fins de exemplificação, o jurista Mário Aroso de Almeida⁴⁷ associa à eficiência a ideia de que a:

“Administração tem o dever de prosseguir sempre da melhor maneira possível o interesse público, a satisfação das necessidades coletivas postas a seu cargo, adotando, para o efeito, as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo.

As origens do conceito remontam à filosofia clássica, com Aristóteles. Segundo o estagirita, todo ato possui uma causa eficiente, isto é, que desencadeou e gerou o ato⁴⁸. No entanto, a conotação atual é mais específica.

O princípio da boa administração do CPA já tinha um significado específico no art. 03, da Lei nº 04/2004, que estabelece os princípios e normas que vinculam a Administração Direta, bem antes da promulgação das reformas do novo CPA. Como as situações de boa administração estão mais especificadas nesta lei, eles invariavelmente podem integrar o bloco de legalidade quando o princípio da boa administração na Administração Direta estiver sujeita ao controle judicial, com hipotética possibilidade de integração analógica em situações especiais envolvendo a Administração Indireta, mais especialmente os itens 1 a 8 do artigo⁴⁹.

⁴⁴ Uma sistematização mais detalhada de como o princípio da boa governação se relaciona não só com a atividade administrativa, mas também ao Estado de Direito, recomendamos o trabalho do jurista Francisco Rego. Cf. REGO, Francisco Lima. *Boa Governação e o Estado de Direito*. Universidade do Porto: Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Administrativas, 2018.

⁴⁵ Para mais aprofundamentos sobre o princípio e a sua correlação com o tema da eficiência. Cf.. RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In: Comentários ao Novo Código de Procedimento. AAFDL Editora, 3ª ed, 2016, pg. 276-281.

⁴⁶ O ilustre administrativista Vieira de Andrade enfatiza em sua obra que a “boa administração” é um corolário do princípio da prossecução do interesse público. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Almedina, 2016, 4ª ed, pg. 33-35

⁴⁷ ALMEIDA, Mário Aroso. Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares. Almedina, 2012. p 48.

⁴⁸ Cf. REALE, Giovane e ANTISERI, Dário. História da Filosofia: Filosofia pagã antiga. 1º vol. Paulus, 2007. 3ª ed, pg. 196.

⁴⁹ “1 - A organização, a estrutura e o funcionamento da Administração Pública devem orientar-se pelos princípios da unidade e eficácia da acção da Administração Pública, da aproximação dos serviços às populações,

A Lei nº 66-B/2007 que estabelece o Sistema de Avaliação e Desempenho na Administração Pública - SIADAP, com o intuito de contribuir com a melhoria e aperfeiçoamento dos serviços da Administração, fornece diretrizes para o significado da eficiência no ordenamento jurídico português e também funciona como orientação hermenêutica do princípio da boa administração positivado no CPA. Nos termos do art. 5º, alínea f da Lei nº 66-B/2007, a eficiência implica a melhor utilização de recursos,

da desburocratização, da racionalização de meios, da eficiência na afectação de recursos públicos, na melhoria quantitativa e qualitativa do serviço prestado e da garantia de participação dos cidadãos, bem como pelos demais princípios constitucionais da actividade administrativa acolhidos pelo Código do Procedimento Administrativo.

2 - O princípio da unidade e eficácia da acção da Administração Pública consubstancia-se no exercício de poderes hierárquicos, nomeadamente os poderes de direcção, substituição e revogação e nas inerentes garantias dos destinatários dos actos praticados no âmbito destes poderes.

3 - Em obediência ao princípio da aproximação dos serviços às populações, as funções de cada serviço devem ser exercidas no nível territorial mais próximo possível dos respectivos destinatários.

4 - A desburocratização deve traduzir-se numa clara definição de atribuições, competências e funções, numa simplificação das estruturas orgânicas existentes e na redução dos níveis hierárquicos de decisão.

5 - Em cumprimento do princípio da racionalização, devem ser prosseguidas a economia de meios e a eficácia da actuação administrativa, evitando-se a criação de novos serviços e a dispersão de funções ou competências por pequenas unidades orgânicas.

6 - Tendo em vista o acréscimo da eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria quantitativa e qualitativa do serviço prestado ao cidadão pode, desde que no respeito pela Constituição e em termos e condições a fixar em diploma próprio, ser objecto de delegação ou concessão a entidades privadas, por prazo determinado, a prossecução de algumas das funções de serviços da administração directa do Estado.

7 - No respeito pelo princípio da participação dos administrados, a administração directa do Estado deve assegurar a interacção e a complementaridade da sua actuação com os respectivos destinatários, bem como com entidades representativas dos interesses económicos e sociais.

8 - Norteados pela prossecução do interesse público, os órgãos e serviços da administração directa do Estado devem observar ainda os princípios gerais referidos nos números anteriores mediante o incremento, na sua actuação:

- a) Da prestação de serviços orientados para os cidadãos;
- b) Da imparcialidade na actividade administrativa;
- c) Da responsabilização a todos os níveis pela gestão pública;
- d) Da racionalidade e celeridade nos procedimentos administrativos;
- e) Da eficácia na prossecução dos objectivos fixados e controlo de resultados obtidos;
- f) Da eficiência na utilização dos recursos públicos;
- g) Da permanente abertura e adequação às potencialidades das tecnologias da informação e comunicações;
- h) Do recurso a modelos flexíveis de funcionamento em função dos objectivos, recursos e tecnologias disponíveis.”

relacionando os bens produzidos e os serviços prestados. Nos termos do art. 5º, alínea e, da lei mencionada, a eficácia implica a orientação da Administração para a obtenção dos resultados previstos.

Dois planos de significado podem ser reconhecidos na construção do conceito de eficiência. No plano puramente econômico, corresponde à ausência de desperdício ou utilização racional dos recursos materiais e imateriais com o grau máximo de satisfação possível com as tecnologias existentes e disponíveis. Em outras palavras, o princípio pugna pela otimização dos meios utilizados e a mitigação do desperdício de tempo e recursos materiais. Remete ao ótimo de Pareto, que corresponde a um estado em que já não é possível realizar qualquer realocação dos bens para melhorar a situação sem que se prejudique a situação atual de outro⁵⁰.

No plano econômico-jurídico, corresponde a ponderação dos bens jurídicos ou interesses legalmente protegidos envolvendo, de modo a elucidar uma alternativa juridicamente viável que garante o atingimento aos objetivos institucionais, de modo a provocar o mínimo de lesões para os bens jurídicos em questão. Conforme esse plano, o princípio jurídico da eficiência não pode desconsiderar o regime jurídico do ato, regulamento ou contrato administrativo em análise. Dessa forma, é de se inferir que essa interpretação é mais abrangente e evita que o princípio seja uma baliza hermenêutica para que os valores econômicos sejam interpretados de forma atômica e que o respeito aos limites legais devam ser a fronteira para o qual a boa administração deve ser realizada.

Na tradição juspositivista clássica, a *economicidade* era um domínio de valores distinto da juridicidade. A partir de meados da década de 90, o princípio da *economicidade* passou a relevar os valores econômico-utilitários, que integram uma dimensão fundamental do homem concreto, a um patamar de juridicidade e de relevância para a função administrativa, ao mesmo tempo em que reconhece que o procedimento também tem um fim econômico. Numa acepção mais específica, corresponde à manutenção da atividade administrativa com o menor custo possível, primando pela redução dos desperdícios, desde que respeitados os limites legais aplicáveis. Enfatiza que a Administração deve se orientar por técnicas econômicas para realizar suas ações e avaliar os seus resultados. Tem íntima relação com o princípio da *eficiência*, não raro sendo confundido por ele. A diferença essencial é que

⁵⁰ LEONG, Hong Cheng. O Princípio da Eficiência no “Cosmos” da Ilicitude da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado-Administração, Publicações CEDIPRE Online - 30, <http://www.cedipre.f.d.uc.pt>, Coimbra, março de 2017.

este princípio tende a ser mais amplo, englobando questões que ultrapassam variáveis de índole econômica.

A economicidade tem íntima relação com o princípio da *boa governação*, embora este seja mais abrangente e tenha significado que ultrapassa a mera questão tática ou operacional administrativa, mas envolve a escolha estratégica da política adequada e dos atores políticos e administrativos, na esfera pública e privada, que possam participar na sua formulação, implementação e controle.

O princípio da *celeridade*, conjugado com o dever de celeridade, expresso no art.59º, do CPA, preconiza que as ações administrativas devem economizar o tempo, para que os procedimentos tenham duração razoável e o máximo de agilidade possível. Considerando que o tempo é um componente econômico, a dimensão desse princípio está abrangida pelos princípios da *eficiência* e da *economicidade*, e é um dos objetivos que o princípio da *desburocratização* visa alcançar.

O princípio da *desburocratização* está expresso no art. 5º, número 2 e é intimamente relacionado com a *boa governação* no sentido de que a Administração, por meio de seus normativos, mecanismos de liderança e procedimentos operacionais tenham gradativamente mais preocupação em garantir a qualidade dos serviços públicos em vez de se limitar a manter rotinas inflexíveis que dificultem a celeridade das suas atividades.

Quando teorizada por Max Weber, a estrutura burocrática da Administração Pública não era apontada como causa da ineficiência ou má qualidade da gestão. Pelo contrário, o modelo foi criado para demolir o modelo patrimonialista de Administração, fonte de nepotismo, corrupção e confusão entre os espaços públicos e os espaços privados dos agentes políticos e administrativos, que, por sua vez, gerava ineficiência e pouca efetividade. Dessa forma, o modelo burocrático racionalizaria a Administração propondo uma clara separação entre a Administração e Política, de modo que aos políticos competiria a definição estratégica das ações do governo, e aos administradores, a sua implementação tática e operacional⁵¹.

Para garantir a eficiência, uma série de medidas foi proposta por Weber e implementada em boa parte das democracias ocidentais: a) regras operacionais que delimite a separação das esferas administrativas e políticas, ao mesmo tempo em que estabeleça hierarquias impessoais; b) sistema de recrutamento e seleção de pessoas, com base no princípio da impessoalidade e em qualificação técnica; c) avaliação periódica de desempenho

⁵¹ RODRIGUES, Carlos. Governação de Organizações Públicas em Portugal: A Emergência de Modelos Diferenciados. Edições Pedagogo, 2011, pg. 125-132.

como meio de conferir maior transparência e controle de qualidade; d) sistema de especialização profissional para os agentes administrativos; e) plano de carreira prévio, em que a remuneração é correlata a um cargo, a ser ocupado por um membro da Administração, com possibilidade de progressões horizontais e verticais⁵².

O princípio da *desburocratização* visa acabar não com o modelo burocrático idealizado por Max Weber em si, mas com a sua versão degenerada, em que as regras criam rotinas administrativas rígidas que não ponderam a flexibilidade e investigação criativa necessárias para modernizar e racionalizar o alcance das metas e objetivos da Administração, ao mesmo tempo em que torna mais onerosa a manutenção da máquina pública. Em outras palavras, a manutenção da burocracia passaria a ser um fim em si mesmo em primeiro lugar, ao passo que a preocupação com os objetivos da Administração assumiriam uma dimensão secundária.

Difícilmente o princípio poderia ser invocado para acabar de forma irresoluta com todos os elementos do sistema burocrático, uma vez que a existência de regras impessoais na Administração Pública é condição indispensável do Estado de Direito, e tem efeito mitigador das condutas patrimonialistas que caracterizam o prévio modelo absolutista de Estado. No entanto, ele poderia ser invocado para que a Administração busque realizar os estudos sobre os limites entre uma burocracia eficiente e uma burocracia ineficiente, evitando de forma estratégica se enquadrar nesse último caso, ainda mais num contexto de expansão das demandas por institucionalização legal das relações sociais e, em alguns casos, por constante expansão dos gastos públicos.

Há, nesse contexto, uma preocupação gradativa desde a década de 80 em eliminar alguns aspectos burocráticos da Gestão Pública para introduzir aspectos gerenciais, conforme uma ideologia denominada *gerencialismo*, que preconiza a implementação de diversas práticas e valores normalmente aplicáveis a organizações empresariais, bem como elementos doutrinários da *New Public Management*, supostamente com o intuito de atingir os resultados institucionais com mais eficácia. Esse movimento tem relação íntima com a discussão da governação em nível mundial.

As práticas incluem: o aperfeiçoamento dos sistemas de controles internos, incluindo entre estes o aperfeiçoamento no âmbito português do Provedor de Justiça, dos Tribunais de

⁵² Cf. RODRIGUES, Carlos. Governação de Organizações Públicas em Portugal: A Emergência de Modelos Diferenciados. Edições Pedagogo, 2011, pg. 125-132. ARAGÃO, Cecília Vescosi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. In: Revista do Serviço Público, ano 48, nº 03, 1997. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/391/397>. Acesso em 29 de janeiro de 2020.

Contas, da Inspeção-Geral de Finanças e dos órgãos de controle dos Ministérios; a criação de novas formas de participação e colaboração com os particulares, seja através de contratos público, seja através de delegação de atribuições às associações privadas; implementação gradativa de indicadores públicos; transparência da informação, dos processos de decisão, bem como incentivos para o acesso à informação; qualidade na gestão financeira; planejamento orçamental adequado; implementação de regimes de avaliação, gerenciamento e monitoramento dos riscos; criação de incentivos pecuniários na política de recursos humanos; flexibilização das carreiras profissionais⁵³. Evidentemente, essa tendência perpassa os ramos da Ciência Jurídica, mas, no entanto, suas influências são nela perceptíveis e transbordam tanto no direito europeu quanto no direito administrativo dos países membros, incluindo Portugal.

A importância da múltipla dimensão que as ideias de boa administração revestem é assim resumida nas seguintes assertivas do jurista Miguel Assis Raimundo⁵⁴:

Pensamos, no entanto, que tudo isso não prejudica que, na eficiência, se tenha encontrado uma dimensão específica da ideia geral de proporcionalidade e justiça. A eficiência apela imediatamente para um quadro onde aquilo que está em causa é uma justificação da razoabilidade da afectação de fundos públicos a um certo fim e uma ideia de gestão prudente e diligente dos interesses alheios.

2.2.2. O PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO COMO NORMA CONSTITUCIONAL

A constitucionalidade do princípio da boa administração pode ser inferida de forma indireta quando se observa a Constituição como um todo sistêmico, ou pode ser deduzida com base na própria literalidade de alguns artigos considerados de forma isolada. Para explicar o primeiro caso, lembremos que toda instituição, pública ou privada, por definição tem *objetivos organizacionais* que justificam a sua existência, ainda que esses objetivos não sejam

⁵³ Os exemplos ilustram a quantidade de demandas pela sociedade e por organismos internacionais que aspiram por modernização, racionalização e eficiência dos processos administrativos. Só esse fenômeno já seria um forte componente de densificação axiológica do princípio da boa administração. Evidentemente o conceito muitas vezes é carregado de ceticismo por doutrinadores que alegam que, sob a aparência de um pragmatismo supraideológico, se trata de uma escolha política para diminuir a participação do Estado na direção da economia e na elaboração de políticas de teor socializante. Os aspectos políticos dessa controvérsia fogem do âmbito do âmbito deste trabalho. Para mais detalhes, cf. RODRIGUES, Carlos. *Governança de Organizações Públicas em Portugal: A Emergência de Modelos Diferenciados*, Edições Pedagogo. 2011, pg. 125-132.

⁵⁴ Para mais aprofundamentos sobre o princípio e a sua correlação com o tema da eficiência. Cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In: Comentários ao Novo Código de Procedimento. AAFDL Editora, 3ª ed, 2016, pg. 276-281.

alcançáveis e funcionem como norte que compele essa organização a uma gradativa aproximação para uma situação hipotética ideal. Na Constituição Portuguesa de 1976, esses objetivos estão expressos no 4º § do Preâmbulo e no art. 9º quando se enfatizam as tarefas fundamentais do Estado Português.

Se uma instituição tem objetivos organizacionais, ela precisa se dispor dos *meios adequados* para a sua concretização ou, pelo menos, para a sua aproximação gradativa. Naturalmente, no caso de um Estado Democrático de Direito, a parte significativa desses meios é de responsabilidade do Poder Executivo e das pessoas coletivas e entidades administrativas a eles associadas, uma vez que, em respeito ao princípio da separação e interdependência dos poderes que norteia o Estado, nos termos do 5º § do Preâmbulo e a do art. 2º da Constituição, com reforço em seu art 111º, este Poder concentra as funções administrativas, expressas nos termos do art. 199º. Por sua vez, a Administração Pública, nos termos do art. 266º, é a entidade intermediária que visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Em última instância, a atuação da Administração Pública deve concretizar na medida do possível e de suas competências as tarefas fundamentais do Estado Português. Dessa forma, considerando a importância nuclear e suprema dos objetivos do Estado expressos na Constituição, é de se inferir não só que a Administração deve se revestir da qualidade necessária para tanto, mas que *o princípio da boa administração possa ser erigido a um princípio de direito implícito pela Constituição*, fundamental para a continuidade do Estado Democrático de Direito.

Além disso, o reforço da constitucionalidade do princípio da boa administração pode ser dado pelo art. 9º, alínea b da CRP, quando se considera que o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático é uma tarefa fundamental de Estado. Assim, mais do um princípio instrumental, em tese, ele é um princípio que integra os objetivos do Estado e deve ser alvo de constante aperfeiçoamento, uma vez que o parâmetro daquilo que é bom varia conforme a evolução da Ciência e das experiências administrativas e jurisprudenciais.

Se a própria lógica interna da Constituição não fosse suficiente para considerar esse direito a boa administração como um princípio do Estado de Direito, o apelo à jurisprudência do TJUE poderia ser invocado para isso, uma vez que ele já é estabilizado como o princípio geral de Direito há décadas, ainda que com sentidos excessivamente polissêmicos e com significados que ultrapassam os limites dos conceitos adotados pela lei nacional. Além disso, o respeito à principiologia jurídica da União Europeia é requisito para tornar mais efetiva a

construção e aprofundamento da União, nos termos do art. 7º, item 06 da CRP, ainda que não exerça força vinculante, mais apenas força sugestiva e apelo político.

Com maior distinção e clareza, a Constituição Portuguesa de 1976 resguarda o princípio da eficiência em seu art. 81º, alínea c, indicando que incumbe ao Estado “*assegurar a plena utilização das forças produtivas, designando pela eficiência do Setor Público.*” Considerando o caráter constitucional atribuído ao princípio, ao mesmo tempo em que sua conexão com os demais subprincípios do princípio da boa administração foi demonstrada, pode-se inferir que o princípio da boa administração tem caráter constitucional só por base da literalidade do dispositivo em tela.

Reforçando ainda esse caráter, o princípio da boa administração e o da eficácia são indiretamente protegidos em um caso específico, quando o art. 199, alínea c, da Constituição prevê que se incluem entre as funções administrativas a elaboração de regulamentos que garantam uma boa execução das leis.

Outro dispositivo constitucional que confirma a proteção constitucional do princípio da boa administração é o art. 267, em vários incisos. O nº 01 enfatiza que o modelo burocrático defeituoso deve ser evitado. O nº 02 protege o princípio quando se enfatiza que: a) as formas de descentralização e desconcentração previstas em lei devem ser adequadas; b) essas formas são mecanismos constitucionalmente criados para concretizar o princípio da desburocratização; c) a ação da Administração e dos poderes de direção, superintendência e tutela dos órgãos competentes não podem se esquivar da necessária eficácia e unidade. O nº 03 protege de forma indireta e implícita, uma vez que a garantia da independência das entidades administrativas é um meio constitucionalmente postulado para que a Administração seja mais eficiente e eficaz. O nº 5 dispõe que a racionalização dos meios empregados durante o processamento da atividade administrativa deve ser assegurada por lei. A racionalização implica que a ação administrativa deve ser eficiente, e por extensão deve respeitar o princípio da administração, ainda que na época, ele não tinha sido expresso no CPA.

Assim, por interpretação literal dos dispositivos mencionados conjugada com a interpretação sistêmica da Constituição, é razoável afirmar que o princípio da boa administração, mais do que um princípio geral de direito, tem status constitucional, e a sua ofensa constitui medida a ser controlada preventiva e repressivamente pela Administração Pública, em larga escala, e pelo Poder Legislativo e Judiciário, em menor escala.

3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A DELIMITAÇÃO DAS ESFERAS DE COMPETÊNCIAS ENTRE AS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS E O PODER JUDICIÁRIO

O problema da possibilidade de controle judicial para qualquer situação jurídica atravessa a questão preliminar de quais competências das entidades administrativas e dos tribunais são concorrentes ou exclusivas entre si. Apenas quando devidamente esclarecidos os limites entre cada uma das esferas de atuação é que a solução do problema começa a aparecer.

A técnica para o esclarecimento dessas competências tem como ponto de partida a forma como o princípio da separação de poderes é valorado pela experiência histórico-constitucional portuguesa, é mediatizado por outros subprincípios e é operacionalizado, em primeira instância, pelas competências descritas na Constituição da República Portuguesa, e detalhadas em segunda instância pelas atribuições expressas na legislação ordinária, em especial o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais – ETAF e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos – CPTA.

3.1. O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DAS COMPETÊNCIAS JUDICIAIS

O princípio da separação e da interdependência dos poderes está expresso no 5º § do Preâmbulo, positivado no art. 2º da Constituição da República Portuguesa e reforçado em seu art. 111º. Da sua própria enunciação, resulta-se que o juiz, uma vez acionado para solucionar uma lide em que a Administração Pública figure como parte, não pode pura e simplesmente se substituir no lugar do administrador, em respeito à autoridade constitucional que lhe é devida. Em virtude disso, a cognição judicial dos tribunais administrativos é mais limitada em comparação aos outros tribunais, conforme se infere das lições do administrativista Vieira de Andrade⁵⁵.

A função essencial do Poder Judiciário é a “*administração da Justiça em nome do povo*”, nos termos do art. 202, nº 01. O número seguinte especifica os poderes dos tribunais necessários para o exercício da sua função: “*assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir*

⁵⁵ Cf. ANDRADE. José Carlos Vieira de. A Justiça Administrativa. Almedina, 2016, 15ª ed, pg. 83

os conflitos de interesses públicos e privados.” O dispositivo normativo consagra a clássica função jurisdicional como o poder-dever de aplicar o Direito para o caso concreto, concedendo aos tribunais a incumbência de dar a palavra definitiva sobre os litígios que sejam acionados a solucionar, com o intuito de garantir a paz jurídica e a justiça social⁵⁶. Assim, a conduta da Administração pode ser avaliada em virtude da sua ilegalidade por si mesma ou conforme a lesão que ocasiona os direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros.

A função jurisdicional é um mecanismo de controle mais restrito, em relação aos mecanismos de controle administrativo e legislativo, porque aquele se limita à legalidade, ao passo que estes últimos abarcam também assuntos relacionados ao mérito administrativo e à escolha dos programas políticos. Naturalmente, a legitimidade democrática conferida ao Poder Judiciário confere a este uma possibilidade de controle mais limitada, mais contida, em que o peso da decisão necessita ser lastreada por argumentação racional mais densa e por explicitação lógica e científica das suas premissas, sob o risco da sua imparcialidade e consistência serem questionadas.

O art. 266 estabelece que o objetivo da Administração é a prossecução do interesse público, com a ressalva de que deve proteger os *direitos e interesses legalmente protegidos*, que também correspondem a *limites formais* para a atuação da Administração. Assim, conjugado o teor do art. 226 com o art. 202, nº 01 e 02, resta evidente que os tribunais devem impugnar quaisquer atos da Administração que violem os bens jurídicos protegidos por esses *direitos e interesses legalmente protegidos*.

Para o direito subjetivo, a proteção é direta e imediata, de modo que o seu titular tenha a faculdade de exigir à Administração ações que satisfaçam o seu interesse privado dentro da esfera de proteção desse direito, bem como também aquelas que forem necessárias para sua proteção em caso de violação. Por outro lado, para o interesse legalmente protegido, a proteção é imediata, mas indireta, de modo que não é resguardada a faculdade para exigir ações da Administração que satisfaçam o seu interesse, mas somente para que ela não viole essa esfera de proteção jurídica.

A distinção entre esses institutos não tem efeitos práticos para fins de elucidação do controle judicial do princípio da boa administração⁵⁷. No entanto, resta evidente que o judiciário é responsável pela salvaguarda não só da dimensão subjetiva associada ao sistema

⁵⁶ Cf. MORAIS. Carlos Blanco de. Curso de Direito Constitucional, Tomo I – A Lei e os Actos Normativos no ordenamento jurídico português. Coimbra Editora, 2008, pg. 58-60.

⁵⁷ Para mais aprofundamento, aconselham-se as lições de Vieira de Andrade. Cf. ANDRADE. José Carlos Vieira de. A Justiça Administrativa, Almedina, 2016, 15ª ed, pg. 83.

administrativo, mas também da dimensão objetiva, mais especificamente no que concerne ao poder-dever de *reprimir a violação da legalidade democrática*, independente da investigação dos direitos subjetivos afetados. A qualificação democrática enfatiza o quanto estruturante e expressivo para a soberania popular é o princípio da legalidade.

O princípio da boa administração indica nominalmente, no art. 5º do Código de Processo Administrativo, um dever cujo titular do direito correspondente não é expresso. Desse modo, ainda que a ausência de previsão clara de quem é o titular fosse um aspecto prejudicial para detectar o alcance jurídico do instituto, a própria amplitude dos poderes investidos pela Constituição para o exercício da função típica dos tribunais, incluindo também a dimensão objetiva já mencionada, já era suficiente para que não se excluísse preliminarmente a possibilidade de controle judicial do princípio da boa administração e seus subprincípios.

Se o texto constitucional ainda deixasse dúvidas de que o controle da legalidade teria o maior alcance possível, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos deixa evidente que os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos, em seu art. 3º. Assim, não nos parece razoável excluir *a priori* a possibilidade do princípio da boa administração, independentemente de qualquer especulação teórica sobre as definições de norma ou princípio, ainda que *in casu* o controle judicial se mostre problemático, em especial no caso dos princípios polissêmicos.

3.2. A FUNÇÃO JURISDICIONAL E O ALCANCE DO CONTROLE DE LEGALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO

A dimensão e o alcance do controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário são condicionados à forma como é interpretado o princípio da separação e interdependência dos poderes, e não podem ser esclarecidos com base exclusiva na interpretação literal do art. 226 com o art. 202, nº 01 e 02, da CRP. Isso ocorre porque as noções de legalidade e de controle dos atos de um Poder por outro seguem paradigmas históricos semelhantes nas democracias ocidentais, e sofrem algumas modulações quando se referem a um contexto nacional ou outro.

Ainda que a existência de três funções estatais remetesse aos trabalhos de Aristóteles, o princípio da separação e interdependência dos poderes foi teoricamente idealizado pelos iluministas, em especial Locke e Montesquieu, que sustentava a divisão das funções estatais

em três órgãos distintos para que estes controlassem e fiscalizassem entre si, evitando os abusos de poderes pelos agentes políticos e a ascensão do despotismo⁵⁸. Inspirado por esse ideal, em conjunto com as concepções filosóficas do individualismo e do contratualismo, as nações contemporâneas instituíram o Estado Constitucional ou Estado de Direito, com o intuito de erradicar as ideologias absolutistas que inspiravam os antigos monarcas e de limitar o exercício do poder político, a partir das Constituições e das leis promulgadas por representantes do povo através de um processo legalmente devido e transparente⁵⁹.

O primeiro paradigma de controle judicial de referência para a contemporaneidade foi o do Estado Francês após a Revolução Francesa de 1789. Como os magistrados eram em sua maioria membros da antiga aristocracia, os revolucionários eram desconfiados da sua atuação no julgamento das lides que envolviam a Administração Pública. Em face disso, o contencioso administrativo na França revolucionária era separado do Poder Judiciário e tramitava dentro do Poder Executivo, onde o Conselho de Estado era a instância de julgamento. O princípio da separação de poderes, portanto, era tomado ao grau máximo, implicando poucos espaços para a colaboração e controle do Poder Executivo pelo Judiciário⁶⁰.

Por outro lado, a ideia de controle de recíproco entre os três poderes ganhou força na experiência constitucional norte-americana, a partir de 1787. Os juristas americanos desenvolveram a teoria do *checks and balances* como princípio de compartilhamento de competências, de modo que os poderes são capazes de fiscalizar e controlar os atos dos demais através de procedimentos constitucionalmente descritos, garantindo, na visão dos constituintes norte-americanos, por intermédio de compartilhamento de poderes mais efetivo, uma prevenção de abusos mais eficaz⁶¹. Esse experimento constitucional, amplamente difundido pelas democracias contemporâneas, sinaliza que a teoria da separação de poderes precisa ser modulada e relativizada para efetivar os fins a que a Constituição se propõe. No

⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Saraiva, 1999; LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o governo. São Paulo: Martin Claret, 2006.

⁵⁹ Os Estados modernos europeus passaram por evolução similar, ainda que com esforços político-sociais e tempos diferentes. MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra Editora, 2002, pg 68-75.

⁶⁰ Sobre os aspectos gerais da Revolução Francesa, cf. CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 4ª ed. 2000, pg 56-58, 71-72. Conforme enfatiza o administrativista Diogo Freitas do Amaral, o sistema administrativo de tipo francês ou de administração executiva foi instituído a partir da Revolução Francesa e tem as seguintes características: a) centralizador; b) sujeição da Administração a tribunais administrativos; c) subordinação da Administração ao direito administrativo; d) privilégio da execução prévias; e) garantias de particulares efetivadas por tribunais administrativos, AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Almedina, 2016. 4ª ed. Vol. 01, pg. 94-99.

⁶¹ CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 4ª ed. 2000, pg 70-71.

caso da experiência norte-americana, a Suprema Corte (Poder Judiciário) pode declarar inconstitucionais os atos emitidos pelo Presidente da República (Poder Executivo), com consequente declaração de nulidade. Evidentemente, a teoria por si não representava toda a magnitude do controle judicial dos atos da Administração Pública como um todo, mas desde já estava subentendida no formato da Constituição e das competências Constitucionais do Poder Judiciário a possibilidade de controlar os atos administrativos declarados ilegais.

A experiência britânica conferia ao princípio da separação de poderes outra interpretação daquela experiência consolidada na França a partir da Revolução Francesa. O arranjo legal britânico implicava que a Administração Pública acha-se submetida ao controle jurisdicional dos Tribunais Comuns, ao mesmo tempo em que ela seria regida pelo regime de direito comum, da mesma forma que um ente privado. Ademais, no sistema de administração britânico, as decisões da Administração só podem ser executadas, caso haja sentença autorizativa do Tribunal, ao passo que o sistema de administração executiva francês atribui autoridade própria às suas decisões administrativas, dispensando a intervenção prévia de qualquer Tribunal⁶².

Em contraste ao modelo seguido pela França Revolucionária, o sistema português implica que o controle de legalidade é transferido para um Tribunal do Poder Judiciário especializado nas lides que envolvam a Administração Pública ou entidades que a representam. Assim, a experiência portuguesa flexibiliza a rigidez da interpretação do princípio da separação de poderes, submetendo a Administração Pública à responsabilidade e sujeição por nulidade dos atos ilegais através de instâncias conferidas a outro Poder, nomeadamente o Poder Judiciário.

A primeira Constituição Portuguesa, de 1822, inspirada nos ideais revolucionários franceses e iluministas, decretou o fim do absolutismo e instituiu o Estado Liberal. O controle jurisdicional da Administração Pública não era tão problemático, uma vez que a Administração Pública não tinha tantas competências constitucionais e as atribuições principais eram garantir a ordem pública interna e a segurança social, de modo que a discussão quanto às hipóteses de controle do ato administrativo seriam circunscritas com mais clareza⁶³.

Assim, a postura hermenêutica do Poder Judiciário, enquanto intérprete das leis e aplicador do Direito, era inclinada a se limitar a interpretação literal e sistêmica do texto legal.

⁶² AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Almedina, 2016. 4ª ed. Vol. 01, pg. 90-94

⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 4ª ed. 2000, pg 128-134. GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Almedina, 2011. 4ª ed. Vol. 01, pg. 414-431

Durante a década 30, acentuam-se a dispersão das ideologias positivistas no direito, que preconizavam a relativização da ideia de justiça para, em seguida, limitar as questões jurídicas enfrentadas pelo Poder Judiciário quanto à validade da norma (se ela foi emitida pela autoridade competente, se não foi anulada e se é compatível com as outras normas do sistema jurídico) e quanto à subsunção do fato ao tipo legalmente discriminado, numa posição, em tese, de neutralidade axiológica⁶⁴.

Paralelamente a essa tendência positivista, crescia uma tendência nas democracias ocidentais a mitigar o caráter liberal nos seus ordenamentos jurídicos. Por um lado, a constante expansão das atividades estatais foi cenário propício para a ascensão de modelos mais socializantes de Estado. Por outro, a constante intervenção na vida privada dos cidadãos construiu plataformas institucionais que possibilitaram a ascensão dos regimes totalitários, de inspiração comunista e fascista.

O trauma dos regimes totalitários suscitou inúmeras reflexões jusfilosóficas quanto aos rumos dos ordenamentos jurídicos europeus, em especial quanto à legitimidade das normas jurídicas e quanto à inserção de valores que protegessem a esfera privada dos cidadãos e a dignidade humana no plano estatal e supranacional, ao mesmo tempo em que se exigia que o controle da Administração Pública seja efetivo e não se limitasse ao plano formal. Nesse contexto, começaram a brotar as ideologias pós-positivistas.

Em linhas gerais, conforme teoriza o jurista Kai Möller, um modelo global de direitos constitucionais (inicialmente oriundo da Europa, mas com posterior expansão para a Ásia, América e África, com exceção dos Estados Unidos) parte das seguintes premissas: a) a inflação de direitos constitucionais, que implica na sua relativização gradativa e cuja força normativa só seja definida *prima facie*; b) coexistência de direitos que impliquem em obrigações negativas por parte do Estado com direitos que impliquem em obrigações positivas, que visam a atenuar as desigualdades sociais e equilibrar as relações sócio-econômicas; c) possibilidade para a Constituição de disciplinar relações horizontais entre entes privados; d) ênfase na aplicação dos testes de proporcionalidade⁶⁵.

⁶⁴ Sobre o processo de como o convencionalismo jurídico em sentido amplo, e o positivismo jurídico, em sentido estrito, desenvolveu-se intelectualmente desde o início da Idade da Moderna até ganhar sua expressão máxima com a teoria pura do Direito de Hans Kelsen, recomendamos o trabalho de Goyard-Fabre. Cf. GOYARD-FABRE, Simone. Fundamentos da Ordem Jurídica. São Paulo: Martins Fontes. 2002. Recomendamos, ainda, a síntese interpretativa das ideias de Kelsen sobre o positivismo jurídico elaborada por Reale e Antiseri. Cf. REALE, Giovane e ANTISERI, Dário. História da Filosofia: De Freud a Atualidade. 7º vol. Paulus, 2006, pg. 25-29

⁶⁵ MÖLLER, Kai. The Global Model of Constitutional Rights. Oxford University Press: 2012, pg. 1-15.

A ideia de Constituição como norma suprema vem a se consolidar e a assumir forte tendência a disciplinar as relações jurídicas. Assim, normas de caráter principiológico ganham força normativa, e a premissa de que a atividade do juiz reveste de neutralidade axiológica é posta em xeque, uma vez que, ao sustentar a juridicidade de princípios, a realização de juízo de valores pelo Poder Judiciário seria inevitável⁶⁶.

Assim, o paradigma de que as normas positivadas devem ponderar todas as situações da realidade de forma explícita, sendo suplementadas apenas por normas de integração jurídica quando existam lacunas na lei, passa a ser superado por um paradigma em que elas coexistam com normas de maior grau de indeterminação ou com caráter principiológico, que atribuem ao Judiciário uma relativa e moderada criatividade durante a construção de conceitos jurídicos.

Essa postura também afeta a relação do Poder Judiciário com os atos da Administração. Se, por um lado, o Poder Judiciário tem a prerrogativa de se revestir de determinados juízes de valor ao interpretar normas e princípios jurídicos; por outro lado, a Administração Pública deve ter seus próprios espaços de valoração, protegidos pelo mérito administrativo. O limite entre os dois espaços de valoração é diretamente relacionado ao direito e princípio que integra o bloco de legalidade, a forma como ele é integrado em todo ordenamento jurídico, os componentes histórico-axiológicos que sustentam a sua relevância e a grau de violabilidade que a situação concreta apresenta. Naturalmente, quando o grau de indeterminação de um princípio é alto, o ônus argumentativo para justificar o controle pelo Poder Judiciário tende a ser proporcionalmente alto ou, em algumas situações, logisticamente impraticável, quando acionado por intermédio de ação administrativa. O juiz, portanto, não controla apenas a legalidade administrativa, mas também os limites da autonomia decisória da Administração.

Nesse sentido, a legalidade administrativa muda de significado: em vez de implicar a estrita observância de dispositivos legais ou na redução à formalidade, implica a observância da juridicidade em sentido amplo, que integra de forma sistêmica um conjunto de regras e princípios jurídicos, não só presente no CPA e na legislação administrativa esparsa, mas também com fonte na Constituição.

A atual Constituição de 1976 tem um forte caráter socializante (ainda que mitigado pelas revisões constitucionais posteriores de caráter mais liberal, em virtude da integração de

⁶⁶ A tese de que a Constituição é um sistema de regras e princípios é fortemente defendida por Canotilho e Robert Alexy. Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Portugal à União Europeia) e consolida o Estado Social de Direito, sem deixar de salvaguardar os direitos e garantias que foram positivados nas Constituições liberais. A Administração Pública no Estado Social assume mais responsabilidades e se reveste de mais atribuições, para executar as crescentes demandas sociais por políticas públicas, garantir a continuidade de serviços públicos, promover atividades de fomento e intervir no domínio econômico⁶⁷.

Nesse contexto, o potencial de maior controle dos atos da Administração Pública pelo Poder Judiciário vem ganhando destaque, e o princípio da separação de poderes vem progressivamente aumentando a sua flexibilidade, e sendo constantemente reavaliado e modulado conforme o caso concreto.

Conforme já demonstrado anteriormente, a forma como o princípio da boa administração vem sendo interpretado na jurisprudência italiana, espanhola e britânica é ilustrativa dessa tendência. E, tendo em vista que se o princípio, mais do que norma-princípio positivada em legislação ordinária, é um princípio de direito constitucional, conforme já demonstrado na presente tese, a vigilância pelo Poder Judiciário deve ser mais acentuada e cautelosa.

Desse modo, a esfera protegida pelo mérito e pela discricionariedade administrativa, a consequência da normatividade a atribuída aos princípios jurídicos e a influência da indeterminação dos conceitos positivados no ordenamento jurídico são questões preliminares e possivelmente prejudiciais para a investigação da possibilidade de controle do princípio da boa administração no ordenamento jurídico português e das condições em que é legítimo o exercício da discricionariedade administrativa, sem possibilidade de indevidas interferências judiciais.

3.3. DA ESFERA PROTEGIDA PELO MÉRITO E PELA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A CONSEQUÊNCIA DA GRADATIVA POSITIVAÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS

3.3.1. O CONCEITO DE MÉRITO E DISCRICIONARIEDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O CONTROLE JUDICIAL

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 4ª ed. 2000, pg 1063-1074. GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Almedina, 2011. 4ª ed. Vol. 01, pg. 492-562.

Evidentemente que não é todo ato administrativo, nem todos os seus aspectos, que são passíveis de controle e intervenção judicial, sob o risco de subordinação das entidades administrativas ao Judiciário, ou sob o risco de distribuição assimétrica de poderes, em desrespeito, em ambas as situações, ao princípio da separação e interdependência dos poderes. Há um conjunto de valorações que refletem os juízos de conveniência (a utilidade agregada pelo ato administrativo para satisfazer o interesse público) e a oportunidade (o momento em que o ato administrativo deve se concretizar) da sua atuação, que são a essência da atuação administrativa e não são passíveis de controle judicial.

São vários os preceitos ao longo do próprio Código de Procedimento dos Tribunais Administrativos que protegem esses espaços de valoração administrativa, conforme se infere das lições do Vieira de Andrade⁶⁸:

Art. 3º 1 - No respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação.

Art. 71º 2 - Quando a emissão do ato pretendido envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do ato devido.

Art. 95, 5 - Quando no processo tenha sido deduzido pedido de condenação da Administração à adoção de atos jurídicos ou comportamentos que envolvam a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, sem que a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma atuação como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato jurídico ou do comportamento a adotar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração.

Art. 179, 1 - Quando julgue procedente a pretensão do autor, o tribunal especifica, no respeito pelos espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa, o conteúdo dos atos e operações a adotar para dar execução à sentença e identifica o órgão ou os órgãos administrativos responsáveis pela sua adoção, fixando ainda, segundo critérios de razoabilidade, o prazo em que os referidos atos e operações devem ser praticados.

O art. 3º, nº 01 evidencia que os tribunais limitam à sua cognição para os casos em que há violação de normas e princípios jurídicos. A possibilidade de a Administração fazer

⁶⁸ Para mais aprofundamento, aconselham-se as lições de Vieira de Andrade. Cf. ANDRADE. José Carlos Vieira de. A Justiça Administrativa, Almedina, 2016, 15ª ed., pg. 83.

escolhas dentro de um universo de alternativas legalmente delimitadas remete à ideia de *discrecionalidade*⁶⁹. Conforme se infere das lições do professor Colaço Antunes, o resultado final do exercício do poder administrativo discricionário é o *mérito*⁷⁰. Assim, a ideia de mérito e de discrecionalidade são ideias correlatas entre si, funcionando como aspectos complementares de um mesmo fenômeno jurídico. A discrecionalidade pode ser entendida como a faculdade conferida à autoridade administrativa, devido à prerrogativa de função, para escolher uma entre várias alternativas possíveis.

O ato administrativo é considerado *vinculado* quando a margem de liberdade para realizar juízo de valor é muito reduzida ou praticamente nula, restando a alternativa de cumprir as prescrições e princípios legais. Caso contrário, ele é considerado *discricionário*.

A existência do mérito no ato administrativo discricionário corresponde uma prerrogativa que a Constituição atribui à Administração para que esta cumpra sua missão institucional em primeira instância, e em última instância os objetivos do Estado Português, ainda que o ordenamento jurídico português não apresente uma definição clara e distinta do mérito administrativo.

Enquanto que o controle de legalidade pode ser realizado tanto pela Administração quanto pelo Poder Judiciário, o controle de mérito, a princípio, só pode ser realizado pela própria Administração, através de suas instâncias de hierarquia e controle.

A doutrina não é unânime quanto à possibilidade do Poder Judiciário poder controlar o mérito. Por um lado, há os defensores de que o juízo de mérito e o juízo de legalidade são absolutamente distintos, em que o primeiro integra a tendência a que a jurisprudência do STA parece se assentar. Por outro lado, há aqueles que sustentam que durante o juízo de legalidade em sentido amplo (ou de juridicidade), o mérito do ato administrativo pode ser avaliado, em situações excepcionais pelo Poder Judiciário.

O primeiro posicionamento só pode ser considerado realista, desde que se considere a legalidade em sentido amplo (ou juridicidade) e que o Poder Judiciário tem a prerrogativa não só de fazer o controle da legalidade, mas também de estabelecer os *limites da valoração administrativa*, e por consequência, os limites do seu próprio controle de legalidade⁷¹. A

⁶⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Almedina, 2016. 3ª ed., p. 65-69.

⁷⁰ ANTUNES, Luís Filipe Colaço Antunes. A Ciência Jurídica Administrativa: Noções Fundamentais. Almedina, 2012. p. 286.

⁷¹ O Prof. Colaço entende que deve existir uma *complementaridade terapêutica*, de modo que, por um lado a Administração não fique imune ao controle da legalidade; e, por outro, o Poder Judiciário não viole os espaços da atividade administrativa. Cf. ANTUNES, Luís Filipe Colaço Antunes. A Ciência Jurídica Administrativa: Noções Fundamentais. Almedina, 2012. p. 323.

jurisprudência portuguesa enfatiza que a discricionariedade tem limites externos (entendidos como as vinculações explícitas) e os limites internos (aplicados ao caso concreto por força de um direito fundamental ou um princípio jurídico-administrativo que se apresente como violado, desde que devidamente aplicada a técnica de sopesamento dos valores envolvidos)⁷². Em outras palavras, o Poder Judiciário não pode afastar de se posicionar sobre a juridicidade do poder discricionário sob o argumento de que isso corresponderia a um controle de mérito⁷³.

Assim, o limite entre o campo destinado à discricionariedade legítima da administração e o campo de legalidade do ato administrativo está gradativamente mais nebuloso. A constante expansão do Estado e das atividades discricionárias, em especial nas áreas técnicas, intervenção do domínio econômico, intervenção do domínio social (incluindo áreas de educação e saúde), padronização de práticas corporativas, regulamentação do meio ambiente e do urbanismo, fatalmente suscitarão questionamentos quanto a sua legitimidade, e as possibilidades de controle pela própria Administração e pelo Poder Executivo.

O estabelecimento dos limites da valoração administrativa implica também uma postura hermenêutica mais criativa ao Judiciário, pois ele vai efetuar a ponderação de interesses e valores. A ponderação dos interesses e valores é justificada, em síntese, pelas teorias da vedação de abuso e excesso de poder e pela positivação de princípios jurídicos⁷⁴.

No primeiro caso, o juiz aplica as teorias da vedação do abuso de poder no caso concreto, de forma suplementar ao conteúdo legal, tendo em vista que esse é insuficiente para fundamentar a invalidação de um ato administrativo que ofendam a ideia de Estado de Direito e são nitidamente arbitrários. O abuso de poder ocorre, em suma, quando os atos

⁷² ANTUNES, Luís Filipe Colaço Antunes. *A Ciência Jurídica Administrativa: Noções Fundamentais*. Almedina, 2012, pg. 289.

⁷³ Assim dispõem os seguintes julgados. “I - A actividade de valoração das propostas em procedimento concursal insere-se na margem de “livre apreciação” ou de “prerrogativa de avaliação” que assiste à entidade administrativa decisora, sendo contenciosamente insindicação, salvo em caso de erro grosseiro ou manifesto, ou de violação dos princípios gerais reguladores da actividade administrativa. (...)Considerou, para tanto, ancorando-se na jurisprudência do STA, que a actividade de avaliação das propostas por parte da Comissão de Avaliação é contenciosamente insindicação, salvo em caso de erro grosseiro ou de inobservância dos princípios da proporcionalidade, da imparcialidade e da adequação, porquanto tal actividade se insere no âmbito da chamada “discricionariedade técnica”, situando-se dessa forma na margem de livre apreciação que lhe assiste, e que, no caso sub judice, se não vislumbrava qualquer erro grosseiro ou violação dos apontados princípios em sede da avaliação das propostas dos diversos candidatos, designadamente no que tange aos factores “características e valor técnico”, “nível de assistência técnica e fornecimento de sobresselentes” e “prazo de entrega”. (Acórdão do STA – Processo 0330/05 – Data do Acórdão: 11/05/2005 – 1ª SECÇÃO).

⁷⁴ Quando existem em princípios ou valores jurídicos em antinomia, um deles pode ser restringido no caso concreto. Não é objetivo aprofundar, em abstrato, como os pormenores da técnica de sopesamento. *Mutatis mutandis*, as lições de Alexy para direitos fundamentais referente a essa técnica podem ser transposta para outros ramos do direito, como o administrativo. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pg 85-179.

administrativos da autoridade, ainda que competente, ultrapassam os limites das suas atribuições ou se desviam das finalidades administrativas e, em última instância, do interesse público. Os primórdios da experiência britânica em Direito Administrativo são bem ilustrativos desse evento, como, por exemplo, no caso da aplicação do princípio da razoabilidade, conforme o teste de Wednesbury.

No segundo caso, os princípios jurídicos positivados funcionam como um sistema aberto para que o juiz exerça juízos de valor, desde que haja uma densa argumentação jurídica que sustente o controle e desde que haja clara fundamentação dos prejuízos à sociedade e ao interesse público, mesmo nas situações em que a Administração cumpra os requisitos procedimentais do ato administrativo. Normalmente eles surgem nas discussões jurídicas como indagações doutrinárias ou por alguma decisão judicial, são densificados pela jurisprudência e, em seguida, orientam uma política legislativa para a sua positivação como meio mais efetivo de controle dos fins da Administração.

3.3.2. A JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS POSITIVADOS

A definição de princípio é polissêmica na Ciência Jurídica. Os princípios podem operar na fase pré-jurídica, como fonte material do Direito, orientando a atividade legiferante, ou podem atuar na fase jurídica, como os princípios descritivos, que apenas orientam a atividade interpretativa, e os princípios normativos, que funcionam como fonte formal do Direito, de forma concorrente ou subsidiária, ao restante do ordenamento jurídico.

O reconhecimento do princípio enquanto força jurídica não devidamente expressa no ordenamento nacional remonta ao teor do art. 10º, nº 03, do Código Civil, que autoriza o intérprete judicial a criar norma compatível com o espírito do sistema; o que em outras palavras equivale a atribuir juridicidade a critérios de equidade e a princípios gerais do direito que sustentam e conferem unidade ao sistema, nos casos em que a lei é lacunosa e quando o raciocínio analógico não seja aplicável. Assim, presume-se que a lei pode até ser lacunosa, mas o ordenamento jurídico é completo, considerando que o juiz não pode se furtar da atividade interpretativa quando é devidamente acionado⁷⁵.

⁷⁵ O Lexcionário enfatiza os procedimentos práticos de que o juiz deve se valer quando a lei apresenta lacunas, nestes termos (Disponível em: <https://dre.pt/lexionario/-/dj/115073175/view> - Acesso em 10/04/2020):

“(…)

A lacuna é uma falha de legislação, na regulação de uma situação da vida que exige uma disciplina normativa.

Enquanto espécie do gênero “norma”, Ricardo Guastini, citado por Paulo Bonavides, investigou seis grandes acepções jurídicas do termo princípio, a seguir transcritas: “*normas providas de alto grau de generalidade*”, “*normas de alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação nos casos concretos*”, “*normas de caráter programático*”, “*normas cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada*”, “*normas que desempenham uma função importante e fundamental no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto*”, “*normas dirigidas aos órgãos de*

I. A existência de lacunas é inevitável, pois as leis são impotentes para prever todas as situações que carecem de ser disciplinadas pelo Direito. Tal ocorre, seja pelo facto de existirem matérias não reguladas, seja porque o conteúdo da lei é incompleto pois não contempla certos domínios de uma determinada matéria, seja porque a mesma lei, abarcando os referidos domínios, não é suficientemente pormenorizada para reger determinados efeitos jurídicos que neles emirjam. Assim, lacuna pode envolver quer uma falha de previsão (a lei não contempla uma situação que deve ser regulada juridicamente) ou de estatuição (a lei prevê a referida situação mas não determina as correspondentes consequências jurídicas).

II. As razões que conduzem à existência de lacunas prendem-se a fatores tão diversos como:

i) A intenção do legislador em não regular;

ii) Falhas técnicas do legislador ou incapacidade de o mesmo encontrar uma solução jurídica adequada para uma dada situação;

iii) Aparecimento de situações imprevistas;

iv) Declaração de inconstitucionalidade de uma lei sem que haja direito revogado que possa ser reposto em vigor .

III. Na medida em que a lacuna é uma falha normativa que desafia exigências de completude reclamadas pelo sistema jurídico, este prevê mecanismos de integração do vazio jurídico. A integração de lacunas pode envolver institutos normativos, como é o caso da emissão de uma lei ou o efeito automático de uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, que determina, de acordo com o n.º 1 do art.º 282.º da Constituição, a reposição em vigor (represtinação) de uma lei revogada por aquela que foi julgada inconstitucional.

Contudo, quer o jurista comum quer os tribunais procedem à integração de lacunas através do recurso:

i) À analogia, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art.º 10º do Código Civil (CC), aplicando-se aos casos que a lei não preveja outra legislação que regule situações análogas, caracterizadas por uma identidade de razão com a situação não regulada;

ii) Na falta de caso análogo, o intérprete deve criar, com alguma discricionariedade, uma norma “dentro do espírito do sistema” (n.º 3 do art.º 10.º do CC), o que envolve para o caso concreto, a “construção” de uma norma segundo critérios de equidade e observância dos princípios estruturantes da ordem jurídica.

IV. Os juízes estão vinculados a integrar lacunas, na medida em que não podem abster-se de julgar invocando falta da lei, de acordo com o n.º 1 do art.º 8.º do CC (proibição de juízos de non liquet).

aplicação, cuja específica função é fazer escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos”⁷⁶.

No âmbito do direito administrativo, os princípios são fonte de interpretação para o exercício da discricionariedade, independente de serem expressos em legislação. A positivação de princípios jurídicos que anteriormente integravam o âmbito do mérito administrativo implica o alargamento do campo de legalidade e a proporcional redução do campo de atuação da Administração destinado ao mérito.

O art. 3º, item 01 do CPTA expressa de forma taxativa sobre a existência de princípios jurídicos, além das normas, que podem ser objeto do controle de legalidade pelo Poder Judiciário⁷⁷. Dessa forma, dificilmente uma alegação de abuso poder estaria desamparada na vasta principiologia expressa e implícita na Constituição e na introdução do CPA, além da previsão expressa de que são nulos os atos administrativos praticados com desvio de poder para fins de interesse privado, nos termos do art. 161, número 2, alínea “e”⁷⁸.

O princípio da razoabilidade, seguindo o parâmetro do teste de Wednesbury, invocado pela jurisprudência britânica, poderia, em tese, integrar o bloco de legalidade para o controle pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 8º do Código de CPA. Na atual redação, ele sofreu um reforço ao se coligar com a ideia de justiça, vedando de forma clara e manifesta as valorações administrativas que violem a ideia de Direito como um sistema unitário. No entanto, ele não está densificado nos mesmos termos na jurisprudência portuguesa. Uma provável razão para isso é que as definições aplicáveis seriam amplas e meramente formais,

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pg. 255-258.

⁷⁷ A juridicidade de princípios e a consequente possibilidade de controle judicial é fenômeno cada vez mais defendido pela doutrina contemporânea. As alegações de que o princípio tem apenas força sugestiva e são sindicalizáveis apenas na esfera interna da administração tem cada vez menos defensores. Cf. FERNANDES, Karen Ilanir Vernier Nunes. *A Discricionariedade Administrativa face ao princípio da boa administração*. Universidade do Porto: Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Administrativas, 2015, pg 22-25.

⁷⁸ O vasto conjunto de princípios adotados pelo novo CPA é umas das principais novidades trazidas reforma. Alguns princípios foram mantidos no Código, como o princípio da legalidade (art. 3º), Princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos (art. 4º). Outros foram inclusos, conforme evidencia o preâmbulo: “(...)Começou por incluir-se no novo Código o princípio da boa administração, indo ao encontro ao que era sugerido pelo direito comparado, com essa ou outra designação, e a sugestões da doutrina. Integraram-se nesse princípio os princípios constitucionais da eficiência, da aproximação dos serviços das populações e da desburocratização (artigo 5.º). Também foram incluídos no Código os novos princípios da responsabilidade (artigo 16.º), da administração aberta (artigo 17.º), da segurança de dados (artigo 18.º), da cooperação leal da Administração Pública com a União Europeia (artigo 19.º), bem como princípios relativos à administração eletrónica (artigo 14.º). A outros foram concedidos com reforço, conforme evidencia o preâmbulo: (...) Concedeu-se maior densidade aos princípios da igualdade (artigo 6.º), da proporcionalidade (artigo 7.º), da imparcialidade (artigo 9.º), da boa-fé (artigo 10.º) e da colaboração com os particulares (artigo 11.º). Merecem especial referência a expressa inclusão, no princípio da proporcionalidade, da proibição de excesso, e a nova ligação entre a justiça e a razoabilidade (artigo 8.º).” Outros princípios implícitos podem ser reconhecidos no CPA como, por exemplo da transparência (art. 14, nº01, CPA) e da fundamentação das decisões no âmbito do procedimento administrativo (art. 152 e 192, nº 02, CPA).

de modo que por si só não se configurariam uma forma clara de atuação do Poder Judiciário e só podem ser elucidadas caso a caso.

Freitas do Amaral⁷⁹ entende que integra o bloco de legalidade para fins de controle os princípios constitucionais da igualdade, proporcionalidade, boa-fé, justiça e imparcialidade.

O exemplo pioneiro da força jurídica dos princípios é o caso de Antónia de Jesus Aurélia (por meio do Acórdão do STA de 06/06/84), uma vez que o pleito pela nulidade com base na violação do princípio da boa-fé por estar implícito no princípio constitucional da justiça foi deferido pelo STA.

Esse entendimento, inclusive, é endossado pelo Supremo Tribunal Administrativo em vários julgados, exemplificadamente, muito antes da positivação do princípio: *“O princípio da boa-fé, na sua vertente de protecção de confiança, constitui um princípio geral da actividade administrativa, que só foi consagrado expressamente através do Dec-Lei nº 6/96, de 31 de Janeiro, e da revisão constitucional e 1997, mas que já era aplicável anteriormente por estar implícito no princípio da justiça e no princípio da imparcialidade”* (Acórdão do STA – Processo 01188/02 – Data do Acórdão: 18/06/2003 – 1ª Subsecção do CA)⁸⁰.

O princípio da justiça dos atos administrativos, por exemplo, foi positivado no art. 266, nº 02 da Constituição da República Portuguesa. Desse modo, ele pode, em tese, ser deslocado da esfera do mérito para o campo de legalidade, de modo que a sua violação passou a constituir uma ilegalidade, conforme se infere das decisões do STA.⁸¹

⁷⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Almedina, 2016. 3ª ed., p. 91.

⁸⁰ A técnica do reconhecimento de princípio implícito precisa ser extremamente cautelosa pela jurisprudência, ainda mais nas situações em que há potencial alargamento de significado pela jurisprudência e consequentemente margem para o questionamento da legitimidade da atuação excessivamente criativa do Poder Judiciário

⁸¹ (...) I - Revogação anulatória é aquela que, fundamentando-se em ilegalidade, retroage os seus efeitos jurídicos ao momento da prática do acto revogado e, em consequência, os efeitos de tal acto ter-se-ão como não produzidos, os actos de execução e os actos consequentes do acto revogado tornar-se-ão ilegais e as operações materiais desencadeadas ao abrigo do acto revogado tornar-se-ão ilícitas, já que a revogação opera com efeitos "ex tunc", fazendo desaparecer o anterior acto da ordem jurídica.

II - Revogação extintiva ou ab-rogatória é aquela que, fundamentando-se não em ilegalidade mas sim em mera conveniência ou oportunidade, faz cessar para o futuro os efeitos produzidos entre o início da eficácia do acto revogado e o início da eficácia do acto revogatório, ou seja, respeita os efeitos já produzidos pelo acto ulteriormente considerado inconveniente e apenas faz cessar, para o futuro, os efeitos que tal acto ainda estivesse em condições de produzir, operando, assim, com efeitos "ex nunc".

III - O princípio da justiça, bem como o princípio da imparcialidade, após a CRP de 1976, formam, com os princípios tradicionais da prossecução do interesse público, do respeito pelos direitos e interesses legítimos dos particulares e da legalidade, os chamados princípios constitucionais aplicáveis ao exercício do poder administrativo (art. 266 da CRP).

IV - Assim, a violação do princípio da justiça é fundamento da anulação contenciosa de um acto administrativo pelo vício de violação de lei, situando-se, assim, no âmbito do contencioso, e não, como anteriormente no campo do mérito.

V - Deve considerar-se como revogação anulatória e não extintiva ou ab-rogatória e que, assim, retroage os seus efeitos ao momento da prática do acto revogado a resolução da Caixa Nacional de Pensões (CNP) que, a

Os julgados acima mencionados exemplificam a tendência jurisprudencial não só em Portugal, mas em nível mundial, de permitir gradualmente a redução da discricionariedade através da sujeição da Administração ao controle jurisdicional, não só por causa da positivação de princípios expressos, mas pelo reconhecimento de princípios jurídicos implícitos. Freitas do Amaral⁸² explana o sentido da evolução legislativa e jurisprudência que confirma essa tendência com essas palavras:

- “- admissão do erro de facto como fundamento da ação de impugnação;
- estabelecimento do controlo jurisdicional sobre a existência ou inexistência dos pressupostos de facto da competência;
- imposição legal da obrigação de fundamentar os actos administrativos
- sujeição do exercício dos poderes administrativos a certos princípios gerais de direito, uns de carácter formal ou procedimental (...), e outros de natureza material

Ademais, mesmo antes do novo CPA em 2015 designar como nulos os atos administrativos praticados com desvio de poder para fins de interesse privado, nos termos do art. 161, número 2, alínea “e”, a jurisprudência já admitia ainda certo controle nos poderes discricionários quando há desvio de poder, isto é, quando o motivo determinante do ato administrativo não visa a prossecução do fim legal, seja quando o motivo determinante visa a prossecução de um interesse privado do autor do ato, seja quando o motivo determinante visa, em tese, a prossecução de um fim de interesse público, apesar de não ser o fim legal. Os casos de desvio de poder são normalmente dissimulados pelos seus responsáveis, por meio da ocultação dos verdadeiros motivos ilícitos do ato, o que tornaria especialmente difícil de provar, requerendo da parte queixosa o ônus para apresentar as provas adequadas e da Administração a responsabilidade de apresentar os procedimentos administrativos em análise, em anexo à peça contestatória.

A possibilidade de redução da discricionariedade por força de incidência de qualquer princípio de matriz econômica como a da boa administração em geral, e o da eficiência, efetividade e eficácia, em especial, não se encontra significativa guarida na jurisprudência.

reclamação do interessado, aceita e determina, por "razões de justiça", a revogação de uma pensão de aposentação do referido interessado, quanto ao seu quantitativo, a fixar de acordo com os valores que legalmente teria se tivesse sido fixada com efeitos a partir da data em que foi requerida, mas com efeitos para o futuro.

VI - A nova pronúncia ou regulamentação da situação operada pelo acto revogatório, ou seja, os efeitos construtivos da revogação hão-de produzir-se de acordo com as normas legais existentes no momento em que foi praticado o acto revogado, sob pena do acto revogatório enfermar do vício de violação de lei.

(Acórdão do STA – Processo 03209 – Data do Acórdão: 23/06/1994 – 1ª SUBSECÇÃO PLENO DA SECÇÃO DO CA).

⁸² AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Almedina, 2016. 3ª ed., pg. 92.

Não há indícios de que eles foram aplicados como princípio implícito e autônomo de direito, mesmo antes da posituação do direito na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia ou no CPA.

Há, contudo, um cenário propício para o futuro controle jurisprudencial do princípio da boa administração, em especial nos casos em que a má administração é tão patente que seria evidente a constatação de um abuso ou desvio de poder, ou de danos econômico-financeiros de difícil reparação. A experiência europeia é bastante exaustiva no que concerne à declaração dos casos de má administração e dos danos que ela pode provocar. Essa tendência, caso se verifique na realidade nacional, tende a ser bem mais ponderada e lenta, conforme se verá.

3.4. A INDETERMINAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS E A AFETAÇÃO DAS ESFERAS DE COMPETÊNCIA ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PODER JUDICIÁRIO

Nas palavras de Freitas do Amaral⁸³, os conceitos indeterminados “*são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou, noutra formulação, que não permitem comunicações claras quanto ao seu conteúdo, seja por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento.*”⁸⁴

A escolha por conceitos indeterminados não deve ser encarada como uma atuação pouco diligente do legislador em solucionar os problemas jurídicos por meio de conceitos jurídicos explícitos e fechados, mas por reconhecer que certos problemas só podem ser melhor resolvidos quando se reconhece a possibilidade da Administração densificar o conceito através das condutas cabíveis e coerentes a situações imponderáveis na época do legislador, bem como reconhecer a importância da evolução doutrinária e jurisprudencial para a construção do alcance hermenêutico⁸⁵. Além disso, é uma forma de assumir que certas

⁸³ AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Almedina, 2016. 3ª ed., pg. 93.

⁸⁴ Para aprofundar sobre a problemática que os conceitos indeterminados exercem no âmbito do Direito Administrativo, recomendamos o artigo de José Antônio Martins Lucas Cardoso. Cf. CARDOSO, José Antônio Martins Lucas. Do problema dos conceitos jurídicos indeterminados em Direito Administrativo In: Polis, nº 01 – Outubro Dezembro, 1994, pg 11-54.

⁸⁵ Vale relembrar as críticas das ideologias pós-positivistas à ambição da Escola da Exegese, que eram responsáveis pelo estudo doutrinário do Código Civil Napoleônico e dos pandectas, que foram os mentores do Código Civil Alemão, no sentido de que era recomendável que os conceitos jurídicos fossem elaborados através de categorias explícitas que deixassem o mínimo de liberdade de interpretação para o Poder Judiciário.

situações são demasiado complexas para que o legislador tenha uma solução definitiva sem prejuízo de outros bens jurídicos fundamentais.

Não pairam controvérsias significativas de que o conceito de *boa administração* seja indeterminado. Em que pese o STA ainda não ter se posicionado quanto à densificação jurídica do princípio da *boa administração*, já existem significativas decisões do STA quanto aos poderes conferidos à Administração quando se invoca um conceito juridicamente indeterminado⁸⁶.

Infere-se, a partir da jurisprudência portuguesa, que a indeterminação dos conceitos é figura afim da discricionariedade, possibilitando a Administração gozar de liberdade de escolha ponderada do elemento ou elementos atendíveis para o preenchimento de tal tipo de conceito.

Essa liberdade se subdivide em duas etapas. A primeira consiste a *liberdade de interpretação* de que Administração é capaz de exercer. Nesse caso, a Administração utiliza as regras de hermenêutica para fixar os limites conceituais. Por tanto, a liberdade em tela é

⁸⁶ I - O conceito de interesse público a que alude o art.º 13º do DL 422/89, de 2/12 (que prevê a possibilidade de prorrogação dos prazos de concessão dos contratos de exploração de jogos de fortuna ou azar, considerado o interesse público) é um conceito jurídico indeterminado, pelo que a Administração, neste domínio, goza de liberdade de escolha do elemento ou elementos atendíveis para o preenchimento de tal tipo de conceito desde que essa escolha se faça com observância dos princípios que enformam a actividade administrativa, designadamente o da legalidade, da justiça, da igualdade, da proporcionalidade e do interesse público.

II - Os Tribunais não se podem substituir às entidades públicas na formulação de valorações que, por envolverem apenas juízos sobre a conveniência e oportunidade da sua actuação, se inscrevem no âmbito próprio da discricionariedade administrativa, e, por isso, a sua sindicância judicial tem de quedar-se pela análise do cumprimento das normas e dos princípios jurídicos que vinculam a Administração e por verificar se a decisão assentou em erro patente ou critério inadequado.

(Acórdão do STA – Processo 0269/02 – Data do Acórdão: 27/02/2008 - PLENO DA SECÇÃO DO CA).

V - Apesar de estarem em causa conceitos indeterminados, cujo sentido, alcance e integração passam por um exercício interpretativo e valorativo pelo órgão administrativo decisor, o certo é que eles estão voltados para atingir um entendimento comum que a própria norma há-de fornecer em larga medida, ainda que para tal seja necessário interpretá-la em conformidade com o ordenamento jurídico e com a mens legislatoris. Pelo que, no preenchimento e concretização desses conceitos, a administração está obrigada a desenvolver uma actividade vinculada de interpretação da norma e há-de chegar, em princípio, a uma única solução para o caso concreto, não lhe sendo possível guiar-se por uma liberdade subjectiva ou por critérios de oportunidade. Nessa medida, está em causa um poder vinculado, que o tribunal tem de poder sindicar.

VI - Acresce que o próprio processo de concretização do juízo administrativo e os parâmetros de avaliação utilizados não são inteiramente livres, pois têm de se revelar apropriados, coerentes e razoáveis, estando a administração legalmente vinculada a respeitar as regras técnicas para que a lei remete. E o tribunal não pode eximir-se ao controlo judicial desse processo.

VII - Em suma, os tribunais não podem recusar ao interessado a possibilidade de obter um controlo efectivo da aplicação, pela administração, de normas que contêm conceitos indeterminados. O que não significa que o controlo judicial dos actos de concretização deste tipo de conceitos seja irrestrito, pois podem existir situações em que distintos actos de concretização do mesmo conceito se adaptam à norma, sendo qualquer um deles possível, viável e lícito; nesses casos, a incidência do controle judicial há-de restringir-se aos limites da razoabilidade da solução escolhida de entre as que se apresentavam como possíveis e legítimas.

(Acórdão do STA – Processo 01159/09– Data do Acórdão: 27/11/2013 - 2 SECÇÃO).

margeada e precisa ser razoável. Em muitas situações, a interpretação só pode ser alcançada mediante a incidência de outros suportes normativos, em especial quando estes têm história e significados mais estabilizados, que funcionam como vias condutoras de significado.

Uma vez fixados esses limites conceituais, caso haja ainda espaço para a liberdade decisória, a próxima etapa é *a liberdade de valoração*, que se equipara aos poderes discricionários e requer da administração ponderação de interesses envolvidos e sopesamento com os outros princípios jurídicos da Administração Pública, de forma sistêmica⁸⁷. Caso a operação de interpretação implique na definição de limites vinculativos, especialmente nas situações em que as regras de interpretação são determinadas por atos normativos prévios aplicáveis à norma em análise ou ao fato em concreto, a liberdade de valoração deixa de existir.

À primeira vista, essa definição funcionaria como uma barreira para o controle judicial do princípio da boa administração. No entanto, uma análise mais cautelosa deixaria evidente que os *aspectos materiais* que integram o conceito devem ser ponderados dentro da margem discricionária dentro da qual a Administração goza de prerrogativa, ao passo que os *limites formais* não podem ser desrespeitados, fixados após a atividade hermenêutica, de modo que eles são evidentes quando se está diante de um erro grosseiro ou de aplicação de critérios inadequados. Esses limites formais estão sujeitos à jurisdição dos tribunais administrativos.

Há inúmeras controvérsias na doutrina sobre a fixação desses limites e sobre até onde começa a atividade hermenêutica, sindicalizável pelo Poder Judiciário, e onde começa atividade valorativa típica da Administração. Juristas como António Francisco de Souza entendem que “*a interpretação e aplicação pela administração dos conceitos constitui uma atividade estritamente vinculada*”, sem enfatizar que existe uma margem de liberdade de apreciação do conceito que é exclusiva da Administração⁸⁸. Há outros, como Diogo Freitas do Amaral, que enfatizam que há duas situações distintas referentes aos conceitos indeterminados: a) quando a indeterminação é sanada apenas operações de subsunção e interpretação à lei, “*solucionável através de raciocínios teórico-discursivos*”; b) quando essas operações se mostrem insuficientes, é necessário realizar a valoração com maior ou menor grau de objetividade⁸⁹.

⁸⁷ Cf. ANTUNES, Luís Filipe Colaço Antunes. *A Ciência Jurídica Administrativa: Noções Fundamentais*. Almedina, 2012. p. 323.

⁸⁸ SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 60.

⁸⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Almedina, 2016. 4ª ed. Vol. 02.

A Administração não tem a liberdade para realizar uma valoração meramente pessoal, mas deve ter um razoável grau de objetividade, conforme o sistema ético de referência socialmente relevante e conforme a dedução dos valores jurídicos conduzidos pelos princípios jurídicos positivados. Dessa feita, é imperioso que a Administração tenha a devida percepção desse sistema de valores e seja capaz ponderá-los durante a sua atividade valorativa.

Ademais, a Administração deve analisar criteriosamente os pressupostos fáticos e jurídicos autorizadores, bem como os critérios que condicionam a sua aplicação, de modo que a ausência de comprovação de que realizou a análise criteriosa desses elementos pode ser passível de sindicabilidade aos tribunais administrativos, e a consequente condenação à prática devida.

4. AS TÉCNICAS DE CONTROLE APLICÁVEIS AO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO

4.1. DISCUSSÃO PRELIMINAR SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONTROLE

Para que o alcance do princípio seja estabelecido em face desse novo cenário, em que coexistem múltiplas matizes de conceitos econômico-jurídicos, é preciso investigar tanto quem é o titular desse direito, tanto qual é o objeto quanto quem são os seus destinatários. A doutrina é inequívoca ao considerar que existe um dever para a Administração Pública, de alcançar seus objetivos e metas da maneira mais eficaz e eficiente possível, revestindo, assim, de *juridicidade*.

No entanto, o dispositivo normativo isoladamente não faz menção a um direito subjetivo determinado, nem evidencia os titulares, as formas e mecanismos de exercício, bem como as sanções para os casos de violação. Esse cenário causa incertezas quanto à possibilidade de controle judicial, a *justiciabilidade*.

A doutrina não é pacífica quanto às possibilidades de controle⁹⁰. A possibilidade de sindicância judicial quanto a alguma suposta lesão encontra adeptos como os juristas Mário Aroso de Almeida e Miguel Assis Raimundo, ao mesmo tempo em que encontra juristas contrários como João Caupers⁹¹ e Diogo Freitas do Amaral⁹².

O jurista Diogo Freitas do Amaral⁹³ entende que “*a boa administração é um dever jurídico, mas é um dever jurídico que não entrega o espaço da justiciabilidade, em virtude não comportar uma proteção jurisdicional, pelo menos de modo claro.*” Essa é a tese central dos que são contrários ao controle judicial do princípio. Ela parte da premissa de que o parâmetro para se aferir o significado de boa administração ainda compete à Administração Pública, e não ao Poder Judiciário. O dever jurídico, nesse caso, é imperfeito por não resultar em resultar na garantia de direitos subjetivos, nem tampouco comportar uma sanção jurídica.

As consequências jurídicas da violação desse princípio estariam limitadas ao interior da Administração. O jurista Miguel Assis Raimundo reconhece inúmeros casos em que a Administração pode atuar quando verifica a sua violação: a) como fundamento jurídico para a

⁹⁰ Uma sistematização interessante sobre a natureza jurídica do princípio da boa administração e sua possibilidade de controle foi desenvolvida pela jurista Karen Illanir Vernier Nunes Fernandes. Cf. FERNANDES, Karen Ilanir Vernier Nunes. *A Discricionariedade Administrativa face ao princípio da boa administração*. Universidade do Porto: Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Administrativas, 2015.

⁹¹ CAUPERS, João. *Introdução ao Direito Administrativo*. Âncora, 2007.

⁹² AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Almedina, 2016. 3ª ed vol 01. p. 36.

⁹³ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Almedina, 2016. 3ª ed. Vol 01 p. 36.

aplicação de responsabilidade administrativa disciplinar; b) relevo para a avaliação de desempenho; c) fundamento jurídico para impugnações administrativas, mesmo quando tratam exclusivamente do mérito; d) fundamento para a responsabilidade civil da administração perante um terceiro; e) fundamento genérico para a revogação por motivo de interesse público; f) fundamento político para as ações de orientação e controle no interior da administração⁹⁴.

O ceticismo dos juristas acima quanto à justiciabilidade do princípio em questão é extremamente respeitável, uma vez que, ao aplicar o princípio como parâmetro para o bloco de legalidade, seja de forma autônoma ou de forma coligada com outros dispositivos normativos, o Poder Judiciário quase que invariavelmente exerce um juízo de valor ao determinar como se deve ser medida a eficiência, eficácia ou efetividade de um ato ou regulamento administrativo, caso não exista um parâmetro legalmente positivado apto a integrar o bloco de legalidade, com risco de invadir os espaços de valoração típicos da Administração Pública, desequilibrando o princípio da independência e separação de poderes. Além disso, refrear o Judiciário desse tipo de análise poderia, em tese, contribuir para a maior segurança jurídica, na medida em que limita a postura hermenêutica do Poder Judiciário.

No entanto, o instituto só pode ser considerado um *dever*, na exata intensidade em que é correlato a um *direito*. Nesse caso, a expressão “*dever imperfeito*” não tem a devida nomenclatura técnica, pois na verdade é um não-dever, por não comportar um direito correspondente.

Assim, se por um lado, há uma dificuldade *a posteriori* de configurar o instituto da boa administração como bloco de legalidade de forma autônoma; por outro lado, uma vez sendo correspondente a um direito, não se pode *a priori* afastar da apreciação do Poder Judiciário a lesão de um direito, por força do direito à tutela jurisdicional efetiva e do direito ao acesso à justiça, nos termos do art. 20º, número 01, da CRP. Destaque-se que a importância do direito ao acesso à justiça, elevado ao status de direito fundamental expresso, conforme se infere das lições de Canotilho⁹⁵, “*é uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de direito.*”

Ademais, todo princípio jurídico comporta algum tipo de vinculatividade, que pode levar à invalidação da atuação administrativa em que for demonstrada a desconformidade,

⁹⁴ RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In: Comentários ao Novo Código de Procedimento. AAFDL Editora, 3ª ed, 2016, pg 281-289.

⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol 01. Coimbra Editora 2007-2010, pg 408-409.

conforme se infere da própria redação do art. 3º do CPTA. Dessa forma, não há razões para *a priori* retirar a justiciabilidade desse princípio, como se ele tivesse um status inferior aos demais princípios jurídicos, seja por alegações de que o princípio é recente, e não tem a devida estabilidade jurídica, seja porque se supõe que toda análise de caráter técnico-econômica é por si só extrajurídica e deve ser excluída da apreciação de legalidade pelo Judiciário. Para o último caso, é importante destacar que a interdisciplinariedade de conhecimentos científicos é habitual durante a aplicação do Direito nos tribunais.

O jurista Mário Aroso de Almeida⁹⁶, ainda que afirme de forma clara que o princípio da eficiência não conceda aos tribunais administrativos o poder para escolher a solução que ele julgue mais eficiente para a realização do interesse público ao caso concreto, entende que, em determinadas circunstâncias, é possível “*exigir atuações concretas da Administração em conformidade com critérios de eficiência, designadamente quando esteja em causa a efetividade de direitos fundamentais, ou a contestar atuações concretas, ou a contestar situações concretas por desconformidade com esses critérios.*”

Assim, quando a violação a direitos fundamentais é nítida, a determinação pelo Poder Judiciário para que a Administração respeite a critérios de boa administração se torna justificável. Quando esses critérios estão normatizados pela autoridade técnica competente, com parâmetros claros e com variáveis cientificamente justificáveis, esses integrariam o bloco de legalidade. No entanto, conforme se verá, ainda que tais critérios não estejam normatizados, não se pode de forma apriorística condicionar a atuação do poder Judiciário apenas para os casos em que há critérios de eficiência devidamente integrados ao bloco de controle de legalidade, ainda que se deva salvaguardar o caráter excepcional desse controle e garantir muitas cautelas, de modo que os danos da ausência de controle judicial estejam satisfatoriamente demonstrados.

Mais do que mero ceticismo, a tentativa de negar a possibilidade de controle é um dogmatismo injustificado que, por um lado, parte do pressuposto não expresso em lei ou dispositivo constitucional de que o princípio em análise não seria dotado de normatividade autônoma, e funcionaria apenas como força sugestiva para a produção de normas de controle técnico e ênfase para que a Administração reforce internamente seus controles do mérito administrativo.

⁹⁶ ALMEIDA. Mário Aroso. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo. Almedina, 2015, 2ª ed., pg. 58.

Por outro lado, a negativa da possibilidade de controle dificulta a atuação do Poder Judiciário enquanto aplica o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Essa negativa pode trazer como prejuízos à sociedade parcelas de imunidade à Administração, de difícil controle fático-jurídico, em especial nas situações em que seus mecanismos de autocontrole se mostrem insuficientes e tardios. A vedação, portanto, *a priori* só se justificaria se fosse expressa de forma clara em lei, e mesmo assim teria uma controvertida compatibilidade com a Constituição.

Ainda que *a posteriori* o controle de legalidade do princípio da boa administração possa ter aparentado inviável em todos os casos até então apresentados ao Poder Judiciário nacional, não é justificável negar *a priori* a existência de casos que justifiquem o seu controle, por estarem num espaço legítimo de avaliação hermenêutica do conceito, entre os quais quando a ineficiência e ineficácia administrativa consistem um abuso de direito intolerável.

O grau de intolerabilidade desse abuso é um conceito que só pode ser construído jurisprudencialmente a partir de experiência sólida, de evidência clara e distinção inequívoca de que a ineficiência ou eficiência se verifique, ao mesmo tempo em que a argumentação jurídica adotada pelo juiz ou tribunal seja densa o suficiente para demarcar a justificativa de aplicação do conceito ao caso concreto, sob o risco de degenerar o princípio numa via condutora para o mero decisionismo por parte dele. Em outras palavras, essa justificativa seria a demonstração simultânea de que a ineficiência da Administração é um abuso ilícito e de que o controle judicial é a medida compatível não só com a lei, mas com a ideia de Estado de Direito como um todo, e que o juiz pode se valer da técnica do sopesamento para encontrar os limites legítimos entre a valoração pelos agentes da Administração e a interpretação legítima pelo Poder Judiciário.

A técnica do sopesamento corresponde a uma aplicação judicial em concreto do princípio da proporcionalidade em abstrato, previsto no art. 7º do CPA, que se constitui na aplicação sucessiva de verificação de três testes: a) a adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito. A adequação significa que a medida deve ser ajustada ao fim que se almeja alcançar, nos termos do art. 7º, nº 01. A necessidade significa que a medida lese com a menor intensidade possível os direitos e interesses, mediatizados e valorados por outros princípios jurídicos, nos termos do art. 7º, nº 02. Embora a última etapa (a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito) não esteja expressa, ela é pressuposto lógico reconhecido pela doutrina, uma vez que os benefícios que se espera alcançar com a medida administrativa adequada e necessária devem suplantiar os custos que ela acarretará.

4.2. AS CARACTERÍSTICAS DO JUÍZO DE BOA ADMINISTRAÇÃO

4.2.1. AS CONDUTAS SINDICALIZÁVEIS

Naturalmente não são todas as omissões ou condutas realizadas por agentes públicos que são passíveis de controle judicial do princípio da boa administração. As atividades típicas legislativas pelo Poder Legislativo e o exercício da função jurisdicional pelo Poder Judiciário não são passíveis de serem sindicáveis como violadoras do princípio da boa administração, uma vez que este é aplicável para as formalidades relacionadas à formação, manifestação e execução da vontade da Administração Pública, em qualquer dos três poderes, conforme esclarece o teor do art. 1º do CPA. Além disso, o próprio conceito da função administrativa é fundamentalmente distinto e inequívoco das outras funções, não havendo qualquer razão para a extensão de controle a estas, sob o risco de exercício abusivo de hermenêutica.

As condutas da Administração Pública que podem ser sindicalizadas aos tribunais administrativos e fiscais, por meio de ação administrativa, estão expostas no art. 37 do CPTA. A jurisdição desses tribunais abrange, ainda, a conduta de particulares, desde que sujeitos ao regime jurídico administrativo, oriundo de normas, atos administrativos e contratos, nos termos do art. 37, número 03 do CPTA. A partir de análise dos dispositivos do art. 37, o princípio da boa administração pode ser sindicalizado devido à violação por alguns desses atos que materializam a conduta da administração⁹⁷: a) o ato administrativo; b) as normas emitidas ao abrigo de disposições de direito administrativo; c) os contratos de regime jurídico-administrativo⁹⁸; d) operações materiais que não produzem efeitos jurídicos nem alterações na ordem jurídica, como, por exemplo, atos de gestão patrimonial⁹⁹; e) omissão da prática de ato administrativo devido ou emissão de normas devidas ao abrigo de direito administrativo.

⁹⁷ As classificações da conduta administrativa foram sistematizadas conforme as lições de Diogo Freitas do Amaral. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Almedina, 2016. 4ª ed. vol. 02.

⁹⁸ Não é objetivo do trabalho aprofundar a incidência do princípio da boa administração nos contratos administrativos, uma vez que eles seguem um regime específico distinto do CPA.

⁹⁹ Se considerássemos o caráter constitucional do princípio da boa administração, poder-se-ia dizer que os efeitos dele se irradiam para qualquer conduta da Administração, independentemente de estarem inscritas sob o regime do CPA. Nesse caso, a possibilidade de incidência do princípio para as diversas operações materiais que não constituem ato, contrato ou norma não pode ser descartada.

Caso ocorra alguma violação, a ação administrativa pode tramitar conforme os seguintes regimes a variar conforme as condutas envolvidas no caso concreto: a) da ação de responsabilidade civil extracontratual, regulamentada pela Lei n.º 67/2007; b) da ação de impugnação de atos administrativos, nos termos do art. 50 a 65; c) da ação de condenação à prática do ato devido, nos termos do art. 66 a 71; d) da ação de impugnação de normas e condenação à emissão de normas, nos termos do art. 72 a 77-B; e) das ações de impugnação ou de condenação à prática de atos administrativos conforme o regime do contencioso pré-contratual, quando se refere ao processo de formação de contrato, nos termos do art. 100 a 103-B; para os demais casos referentes, das regras gerais, conforme o art. 37, nº 01, alínea l, com as ressalvas do art. 77-A para os casos relativos à execução e validade da execução de contratos; f) ações de condenação à realização de prestações de fato (positivo ou negativo), de coisa ou de quantia, nos termos do art. 37, nº 01, alínea h e art. 37, nº 03, em especial para as operações materiais que não produzam efeitos na ordem jurídica.

Dentre os poderes do governo, existem dois complementares: o poder político e o poder administrativo, nos termos do art. 182 da CRP. No primeiro caso, o governo exerce a direção política do Estado Português, cabendo-lhe identificar os fins públicos a prosseguir e desenvolver as tarefas necessárias à sua prossecução, ao passo que no segundo caso, o governo atua como órgão superior da administração, com a missão de dirigir, organizar e fiscalizar os serviços da Administração Direta e Indireta do Estado, considerando as diretrizes políticas formuladas. Da própria definição, em termos gerais, o exercício do poder político em si não pode ser sindicalizado para efeitos de violação do princípio da boa administração, posto que é notadamente alheio ao conceito de administração.

Destaque-se que, neste caso, considerando que o critério material é mais relevante que o formal, um ato formalmente político pode ser sindicalizável por tribunal administrativo, especialmente normas de carácter geral, desde que a matéria seja relevante para a função administrativa e balizada pelos princípios da Administração Pública, tendo em vista que a regime de competências do art. 37 do CPTA impõe como objeto da jurisdição os atos que integram os princípios de Direito Administrativo.

A controvérsia notável seria a possibilidade excepcional de sindicalibilidade do princípio da boa administração supostamente violado nos atos meramente políticos, para efeitos de apuração de responsabilidade por danos causados no âmbito da responsabilidade extracontratual, nos termos da Lei n.º 67/2007, conforme se verá.

4.2.2. OS PRESSUPOSTOS DO CONTROLE JUDICIAL

Conforme já abordado no item 02 da presente dissertação, o princípio da boa administração congrega múltiplas acepções e dimensões. Em linhas gerais, a observância desse princípio implica que a Administração deve se revestir de um determinado desempenho para garantir em última instância a persecução do interesse público. O controle judicial inicialmente deve tomar por referência um dos subprincípios expressos (princípio da *eficiência*, *economicidade*, *celeridade* e da *desburocratização*), embora não se limite a eles.

Como decorrência lógica do próprio conceito de boa administração e de seu caráter instrumental, infere-se que toda conduta sindicalizável como violadora desse princípio deve, em primeiro lugar, ser vinculada a alguma *finalidade fático-jurídica*. A finalidade fático-jurídica deve ser avaliada em múltiplos aspectos, tanto no nível formal, quanto no nível material, e não deve se limitar à mera exegese de dispositivos expressos no ato administrativo, norma ou contrato que materialize a conduta, uma vez que a finalidade legal imediata pode ser questionada quanto a sua legitimidade e capacidade de trazer resultados concretos, com potencial capacidade de invocar, em sede de argumentação jurídica, a primazia da realidade sobre as formas legais.

O conceito de finalidade fático-jurídica é construído a partir de um esforço dialético em detectar: a) o dispositivo expresso sobre a finalidade na própria conduta administrativa, materializada pelo ato, norma, contrato administrativo ou num sistema integrado desses; b) a finalidade da requisição elaborada pelo particular ou oficiosamente pela Administração, que motivou a conduta em questão; c) o interesse público a ser perseguido no caso concreto através da conduta; d) a competência do agente e a conexão da conduta sindicalizada com suas atribuições; e) a finalidade em relação às normas administrativas superiores que servem de conexão, se houver; f) a finalidade em relação à pessoa jurídica ao qual a conduta se relaciona; g) a finalidade em relação aos dispositivos legal ao qual a conduta é direta ou indiretamente vinculada; h) em última instância, a concretização de algum objetivo ou princípio de natureza constitucional; i) a finalidade da conduta enquanto ato operacional de gestão pública, independente das formalidades legais. Essa última finalidade tem especial importância, pois pode fundamentar a integração de regras extrajurídicas ao ordenamento jurídico, conforme se verá. O cotejamento entre todas essas finalidades e objetivos dará uma noção dos contornos que a finalidade do ato pode alcançar.

Em segundo lugar, a conduta deve se inserir numa *margem de discricionarieidade prévia*, a partir da qual a Administração deve materializar alguma conduta para atingir uma das finalidades mencionadas, ou excepcionalmente em alguma margem de liberdade para interpretação, nos casos estritamente vinculados. Não raro, a maior parte dessas finalidades podem ser coincidentes. Sem essa margem, a Administração se limita a uma mera sujeição legal e administrativa, sem exercer as valorações típicas da atividade administrativa que embasam uma possível sindicalização da sua performance, caso verificado desrespeito aos limites legais.

Em terceiro lugar, à conduta deve ser atribuída pelo menos uma *qualidade fática parametrizável*. Em outras palavras, a conduta deve possuir alguma qualidade a que possa ser atribuída um indicador numérico ou alguma grandeza métrica para que se possa comparar com outras condutas materializadas circunscritas no campo de possibilidades conferido pela margem de discricionarieidade. Como rol meramente exemplificativo, citam-se as seguintes grandezas: custos financeiros, quantidade de recursos humanos envolvidos, massa, capacidade, durabilidade, área, volume, indicadores de desempenho, quantidade de utentes satisfeitos, avaliações numéricas de um modo geral, etc. Assim, as condutas absolutamente personalizadas ou individualizadas não são passíveis de controle jurisdicional do princípio em tela.

Naturalmente a qualidade parametrizável implica em finalidade fático-jurídica mais especificada, normalmente de caráter operacional. Assim, finalidades excessivamente genéricas, como “garantia de interesse público” ou “concretizar o princípios constitucionais”, podem não encontrar uma qualidade parametrizável que tenha aderência ao fim referido, necessitando, portanto, de maior densificação para que tenham efeito útil. Para fins práticos, a qualidade parametrizável tem o condão de coordenar quais das finalidades podem ser aplicadas ao caso para que o princípio da boa administração tenha efeito útil.

Em quarto lugar, deve haver *nexo de casualidade* entre a conduta administrativa e a finalidade fático-jurídica, mediatizada por qualidade parametrizável. A adequação e necessidade entre a conduta e a finalidade devem ser ponderadas para fins de se aferir a efetividade desse nexo, e poder estabelecer comparativo com outras condutas, através dos devidos parâmetros¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Os juízos de adequação e necessidade, em conjunto com a proporcionalidade em sentido restrito, são pré-requisitos da análise de proporcionalidade em sentido amplo do ato em questão para o fim proposto. A proporcionalidade constitui um princípio administrativo positivado no art. 7º do CPA, com fulcro implícito na Constituição. O método de aplicação desse princípio é fortemente tributário da experiência jurídica alemã. Para

Quando a conduta da Administração é manifestamente incongruente e inadequada para atingir as finalidades fático-jurídicas aplicáveis ao caso, o requisito quanto à existência de nexo de causalidade não está cumprido. Nesse caso, é possível presumir que a eficiência e eficácia do ato é próxima de zero ou, em alguns casos, pode até ser considerada negativa, uma vez que ela é prejudicial para atingir as finalidades legais aplicáveis ao caso. Assim, em tese, já existe a potencial aplicação do princípio da boa administração para efeitos de nulidade ou anulação do ato ou norma administrativa, sem prejuízo da possibilidade de ofender concomitantemente outros princípios como da proporcionalidade, razoabilidade e fundamentação, positivados no CPA¹⁰¹.

Outra situação que prejudica o nexo de causalidade entre a conduta e a finalidade é ausência de transparência quanto aos estudos técnicos ou padrão de qualidade que motivaram a conduta a ser analisada, que implica violação ao princípio da razoabilidade (art. 8º, CPA), da transparência (art. 14, nº01, CPA) e da fundamentação do ato administrativo (art. 152 e 192, nº 02, CPA), ainda que formalmente seja declarada a existência de uma necessidade pública. Com a fundamentação incompleta, torna inviável a possibilidade de avaliar o mérito da conduta administrativa, se ela abusou da margem discricionária e se seus limites internos e externos foram respeitados. Assim, a demonstração de que inexistem estudos técnicos numa situação que claramente necessita de avaliação técnica prévia é potencialmente violadora do princípio da boa administração.

Em face do exposto, há quatro pressupostos mínimos para a conduta administrativa passível de sindicalização por violação do princípio da boa administração: a) vinculação à finalidade fático-jurídica; b) existência de margem de discricionariedade da Administração; c) existência de pelo menos uma qualidade fática na conduta parametrizável; d) nexo de causalidade entre a conduta administrativa e a finalidade fático-jurídica.

mais detalhes, recomenda-se a relevante conceituação do Robert Alexy. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008 – pg. 116 – 120.

¹⁰¹ Citamos o exemplo apresentado pelos juristas Bugarin e Meneguín ao expor uma decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, da República Federativa do Brasil, nestes termos: “Nos autos da apelação no 157-90.2000.01.3400, julgada em 03/05/2013, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1ª Região) afastou a aplicação da Instrução Normativa no 13/99, da Secretaria de Defesa Agropecuária (Ministério de Agricultura e do Abastecimento), que previa prazo de 60 dias para licenciamento de importação de alho. Entendeu-se que o estabelecimento de prazo elástico violara o princípio da eficiência, especialmente considerando o caráter perecível do produto importado, bem como os riscos de perda do produto, caso cumprida a legislação, em seu rigor. Nesse sentido, o Estado-Juiz determinou que a União afastasse a regra impugnada, para processar o pedido de licenciamento em prazo exíguo.” BUGARIN, Tomás T. S e MENEGUÍN, Fernando B. Rational Decision Making - Parâmetro para o controle judicial das deliberações do Poder Executivo?. Edições do Senado, Ano 52. Número 207. jul./set. 20. (Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p7.pdf. Acesso em 09/05/2020).

4.2.3. TIPOS DE JUÍZO APLICÁVEIS

Superadas as discussões sobre as condutas sindicalizáveis e os pressupostos lógicos de uma conduta quanto à boa administração, o controle da boa administração pelo Poder Judiciário precisa investigar o bloco de legalidade aplicável ao caso concreto. Dificilmente o teor do art. 5º é suficiente para esclarecer o tipo de juízo, uma vez que mandamentos de otimização da gestão administrativa estão dispersos em vários diplomas legais e que parâmetros extrajurídicos de qualidade podem ser aplicados, pelo menos em tese, desde que haja suporte normativo para tanto.

Os juízos de aplicação do princípio podem ser enquadrados em dois tipos: negativo ou positivo¹⁰². No juízo negativo, o juiz tipifica uma situação como necessariamente de má administração, sem necessariamente apontar uma hipótese daquilo que se enquadra como boa. Esse artifício, *mutatis mutandis*, foi empregado na positivação do direito fundamental a boa administração na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a partir dos casos de má administração apresentados ao Provedor de Justiça Europeu, que considerou como boa administração os direitos e garantias que mitiguem os casos de má administração. As situações mais claras da aplicação desse tipo de juízo e quando a eficiência e eficácia do ato são próximas de zero, em virtude de manifesta inadequação.

No caso do juízo positivo, o juiz tipifica as situações de boa administração, e por consequência, considera como má administração as hipóteses que não enquadradas. Este tipo de juízo é mais complexo, e existe apenas como uma hipótese remota e abstrata, quando não existe um padrão de eficiência disposto em lei que vincule a Administração. E conforme enfatiza Manoel Rocha, o juízo negativo é cabível quando o juízo positivo se mostra insuficiente¹⁰³.

A própria experiência do TJUE e da Itália, Reino Unido e Espanha evidenciam que raramente o juiz aponta uma conduta ótima para a Administração, mas determinam os danos e, eventualmente, a invalidade de uma conduta comprovadamente péssima.

4.2.4. A CONSTRUÇÃO DO PARÂMETRO DA BOA ADMINISTRAÇÃO

¹⁰² Ainda que o autor retrate apenas uma dimensão da boa administração (a eficiência administrativa), o conceito é aplicável *mutatis mutandis* ao princípio da boa administração como um todo. ROCHA. Manoel Ilson Cordeiro. O Controle Jurisdicional da Eficiência Administrativa. Tese de Doutorado, Universidade de Lisboa, 2015, pg 350-351.

¹⁰³ ROCHA. Manoel Ilson Cordeiro. O Controle Jurisdicional da Eficiência Administrativa. Tese de Doutorado, Universidade de Lisboa, 2015, pg 350-351.

O controle judicial desse princípio, quando excepcionalmente possível, não pode ser propriamente enquadrado como controle do mérito, mas consiste numa operação hermenêutica de como o conceito de boa administração pode ser determinado (ou ter a indeterminabilidade reduzida), em face da indeterminação do conceito quando se considera isoladamente a interpretação literal do art. 5 do CPA. Caso a operação hermenêutica seja impossível, a liberdade de interpretação pela Administração se confunde, para efeitos com a margem de liberdade conferida dentro dos limites da discricionariedade, tornando operacionalmente inviável o controle judicial.

Naturalmente, a atividade hermenêutica envolve algum juízo de valor, não sendo possível um juízo de fato de forma estrita e independente. Assim, a hermenêutica do Poder Judiciário só é legítima quando não invade os espaços de valoração próprios da atividade administrativa. Quando, para interpretar o conceito, a valoração remete a juízos de qualidade já manifestamente óbvios, com elevado grau de objetividade e aceitos pela sociedade, e ao mesmo tempo não invade competências técnicas de que a Administração tem prerrogativas legalmente definidas, diz-se que o controle judicial é viável. Destaque-se que nestes casos a violação do princípio da razoabilidade, nos termos do art. 8 do CPA, também acontecer simultaneamente. Caso haja alguma dúvida sobre a obviedade desses valores e se são socialmente aceitos, haja algum grau razoável de subjetividade ou invada competências legais da Administração, a liberdade de interpretar se mistura com a discricionariedade típica da Administração e se convertem juntas numa discricionariedade indireta, não sendo propriamente sindacalizável pelo Poder Judiciário.

O jurista Manoel Rocha sintetiza os espaços de controle judicial legítimos para a eficiência administrativa, que *mutatis mutandis* se aplicam ao princípio da boa administração:¹⁰⁴

Quanto ao controle jurisdicional, o caminho não pode ser outro, senão: (i) não admitir controle sempre que ocorrer discricionariedade direta, por opção do legislador; (ii) não admitir controle sempre que ocorrer discricionariedade indireta, nas hipóteses onde os conceitos indeterminados levam a duas ou mais válidas; (iii) admitir controle jurisdicional nas hipóteses de conceitos indeterminados sindicáveis, por juízos técnicos seguros ou por valoração segundo padrões médios socialmente aceitos e consolidados.

¹⁰⁴ ROCHA. Manoel Ilson Cordeiro. O Controle Jurisdicional da Eficiência Administrativa. Tese de Doutorado, Universidade de Lisboa, 2015, pg 298.

A determinação desse conceito não é possível somente com a interpretação gramatical, mas em verdadeiro reconhecimento de um *parâmetro de qualidade*. Dessa forma, além dos pressupostos básicos mencionados no item 4.2.3, o controle da boa administração parte da premissa de que existe um parâmetro de qualidade (geralmente esse padrão corresponde aos critérios de eficiência, economicidade ou celeridade, em virtude de serem essas as dimensões efetivamente positivadas no art. 5º, CPA) que a Administração deve revestir ou um parâmetro negativo que a Administração deve evitar, a ser tomado pelo Poder Judiciário como fundamento.

O processo de construção desse parâmetro deve relevar as normas de integração jurídica, constantes do art. 10º do Código Civil, embora não sejam suficientes. Há basicamente quatro fontes de parâmetro do que se configura uma boa administração: a) a lei; b) o regulamento administrativo; c) as normas técnicas extrajurídicas; e d) os precedentes administrativos. Evidentemente nem todas essas tem vinculatividade incontroversa, mas a fundamentação em termos de dogmática jurídica precisa ser delineada para cada uma delas separadamente.

No primeiro caso, quando o parâmetro está expresso na lei, há de se falar em duas situações: a) quando o parâmetro representa um dispositivo expresso e tem o poder de vincular a Administração, de que modo de que o juiz não precisa propriamente aplicar sopesamento para detectar as situações excepcionais em que o juízo da eficiência se aplicaria, bastando um juízo de legalidade estrito, como, por exemplo, uma norma técnica sobre construção civil em relação à conduta da administração durante a construção de um edifício; b) quando o parâmetro tem caráter principiológico ou reflete conceitos indeterminado, de modo que o efeito para efeitos de controle é a simples redução dos espaços de discricionariedade anteriormente conferidos pelo CPA, ainda que de forma pouco significativa.

Um exemplo notável desse segundo caso ocorre atualmente por força do art. 03, da Lei nº 04/2004, que estabelece os princípios e normas da Administração Direta. Esse dispositivo, ainda que não reduza significativamente a discricionariedade, pode fundamentar responsabilização por omissão de superiores hierárquicos em termos de garantir a eficácia dos seus subordinados (nos termos do inciso 1), ensejar o ônus para a fundamentação nas situações de criação de mais instâncias burocráticas na Administração (nos termos do inciso 5), ou ensejar por sanções pela ausência de procedimentos de controles dos resultados (nos termos do inciso 8, item e), etc.

Os parâmetros legais a serem pesquisados incluem, a título de exemplificação: a) os normativos legais e infralegais sobre os sistemas gerais de controle da Administração em geral; b) as normas específicas por área da gestão administrativa aplicáveis ao caso como: gestão operacional, financeira, contábil, orçamentária, patrimonial, de recursos humanos e de suprimento de bens e serviços; c) as normas técnicas emitidas por institutos ou órgãos públicos de competência nos domínios técnico como saúde, meio ambiente, educação, urbanismo, etc; d) as metas da Administração devidamente juridicizadas, como nos planos orçamentários e nas metas específicas por cada entidade da Administração, seja direta ou indireta; e) as leis que definem as competências dos institutos.

No segundo caso, quando o parâmetro está expresso em norma administrativa, com destaque os institutos públicos especializados em determinado domínio técnico ou o regulamento administrativo, nos termos do regime expresso no Capítulo I, parte V do CPA, o controle judicial não muda significativamente, a não ser que exista uma lei que evidencie a ilegalidade da norma administrativa. Assim, nessa hipótese excepcional, o controle judicial se operaria em conjunto, caso seja acionado por uma ação administrativa, seguindo o regime da ação de impugnação de normas e condenação à emissão de normas, nos termos do art. 72 a 77-B.

No terceiro caso, quando o parâmetro é uma norma técnica extrajurídica, a situação é mais complexa, porque a mera possibilidade de integração automática no ordenamento jurídico é controvertida na doutrina. Antes da discussão da possibilidade de integração jurídica, deve ser ponderada a possibilidade de aspectos das normas técnicas serem avaliadas como balizadores da atividade hermenêutica do princípio e das normas correlatas que servem de suporte e densificação.

Como regra geral, a norma técnica formulada por alguma associação técnica pode ser parâmetro, caso haja algum dispositivo legal que reconheça sua força jurídica, considerando as competências legais e administrativas do agente público, incluindo os danos da conduta omissiva ou comissiva, bem como a demonstração de que essa é arbitrária e grosseiramente inaceitável. O ponto de partida fundamental é que a decisão seja razoável e proporcional o suficiente para que a aplicação do art. 10º, nº 03 seja satisfatória. É possível, ainda, a sua aplicação mesmo quando haja uma sugestão legal genérica ou ainda por integração analógica, como, por exemplo, as expressões: *medidas de segurança adequada*, *fluidez do trânsito*, *padrão de higiene aceitável*, etc quando se verifica lacunas no direito para julgar um caso concreto.

Além dessas hipóteses, parcelas da doutrina, como o jurista Paulo Otero, reconhece o fenômeno da juridificação das normas extrajurídicas, quando necessários para a interpretação dos conceitos jurídicos positivados e não forem contrárias à Constituição e ao ordenamento jurídico¹⁰⁵.

Por fim, o quarto caso ocorre quando o parâmetro é um precedente administrativo, sem previsão direta de algum normativo da Administração ou de dispositivo legal. A técnica de integração desse precedente passa pela análise preliminar da teoria do precedente jurídico. Conforme enfatiza Alexy, existem duas regras principais para a utilização de precedentes¹⁰⁶:

- (1) Se é possível utilizar um precedente favorável ou contrário a uma decisão, ele deverá ser utilizado.
- (2) Aquele que pretende afastar o precedente tem o ônus argumentativo para tanto.

À luz das lições acima, quando existe um precedente sobre a boa administração, em especial a eficiência administrativa, devidamente comprovado nos autos da ação administrativa como uma rotina administrativa corriqueira, é racional que a Administração a utilize, sendo passível de contestação pela parte interessada ou por entidade na defesa de direitos coletivos, com possibilidade de impugnação do ato caso não exista comprovação de que há uma justificativa razoável, ou pelo menos, com possibilidade de condenação para apresentar a justificativa mais circunstanciada do ato, suscetível de posterior discussão quanto à legalidade. Para que ela não utilize o precedente administrativo, é necessário que ela tenha ônus de demonstrar que existe uma *diferença específica* entre o caso concreto com as definições gerais do precedente que justifique a sua não aplicação.

Caso ela não respeite a essa regra, a Administração incorre, além de violação a esse princípio, violação ao dever de fundamentação, nos termos do art. 152, número 1, alínea d do CPA, além da possibilidade de violação art. 153º, número 02 do CPA, se os fundamentos da decisão forem demasiadamente insuficientes.

4.3. AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

¹⁰⁵ OTERO, Paulo. Ética constitucional: contributo para uma limitação do poder político. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; DA GAMA, João Taborda. Estudo em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches. Vol I. Coimbra Editora; 2011, p. 583.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p 556.

Uma vez demonstrado que o controle judicial do princípio da boa administração é possível, resta evidente que devem ser analisados os atributos e os modos em que ele pode ser realizado, mais especificamente os tipos de ações em que o particular pode discutir a violação do direito, e a intensidade e extensão do controle que o tribunal administrativo competente pode realizar.

O primeiro tipo de controle mais frequente no direito comparado e no Tribunal de Justiça da União Europeia é realizado por intermédio das ações de responsabilidade. A própria ideia de eficiência e eficácia contida no direito remete a valores de ordem econômica, e a mitigação desses valores por parte da Administração é terreno fértil para que danos de ordem econômica sejam provocados a particulares e à coletividade. Nesse caso, o pedido para ressarcimento tenderia a ser frequente nessas condições. Conforme já demonstrado, essas foram as primeiras ações ajuizadas por empresas com o intuito de garantir indenizações em virtude de, supostamente, má administração pelos organismos administrativos europeus. Desse modo, o Tribunal de Justiça, enquanto definia a boa administração como princípio de direito, determinava que os danos fossem ressarcidos, bem como recomendava que os atos ilícitos (independentemente de provocar danos) fossem invalidados e que as autoridades europeias adotassem procedimentos administrativos adequados.

A experiência europeia poderia, portanto, ser invocada para densificar a argumentação jurídica quanto à possibilidade de apuração da proteção do direito a uma boa administração por essa via de ação, uma vez que a longa experiência jurisprudencial (desde a década de 70) e consequente positivação na Carta de Nice tem mais possibilidade de transbordar na composição sistêmica do direito nacional. Ainda que se ignorassem as influências do direito europeu, é importante frisar, que a tutela do dano não estaria prejudicada¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Embora o Lexcionário constante do site oficial enfatize que o controle judicial do princípio boa administração seja inviável, o verbete dispõe de forma expressa que a apuração de responsabilidade por danos causados em violação ao princípio é possível. Discordamos da decisão no que tange a inviabilidade da anulação administrativa pelo Poder Judiciário com base na violação desse princípio. Considerando a relevância da informação oficial em tela, o verbete é citado nestes termos (Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/117357342/view>. Acesso em 01/04/2020):

“(…)

Discute-se se a observância deste princípio pode ser controlada pelos tribunais, porque, atendendo ao seu conteúdo, a anulação de um ato administrativo por violação deste princípio seria susceptível de interferir no mérito de atuação administrativa.

Daí que tradicionalmente se entenda que o princípio da boa administração consagra apenas um dever jurídico imperfeito, não permitindo a anulação de um ato administrativo apenas com fundamento na sua violação, podendo, porém, a Administração incorrer em responsabilidade civil pelos danos causados aos particulares sempre que infrinja este princípio.”

Importante reflexão sobre o tema é suscitada por Miguel Assis Raimundo. Segundo ele, a doutrina tradicional, ao considerar o princípio da boa administração como dever jurídico imperfeito para impedir que supostamente o Poder Judiciário adentre o mérito do ato administrativo, seria contraditória caso permitisse que o juiz possa decidir sobre a violação da boa administração para efeitos de responsabilidade civil¹⁰⁸. Assim, ao se tornar razoável que a segunda situação ocorra, é razoável, por consequência, admitir que ela possa implicar um segundo efeito, a saber: a necessária declaração de anulabilidade ou nulidade do ato danoso, como já aconteceu *mutatis mutandis* na experiência dos tribunais europeus.

Outra reflexão importante é o que se extrai do Acórdão de 18 de junho de 2003, publicado em 07/07/2004, antes da promulgação do novo CPA, sobre a violação do direito a uma boa administração durante um caso em que a reprivatização de empresas estatais era questionada como violadora de requisitos técnicos e jurídicos, e também do princípio da boa administração¹⁰⁹. Se, por um lado, a decisão judicial se atém genericamente à alegação de que

¹⁰⁸ RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In: Comentários ao Novo Código de Procedimento. AAFDL Editora, 3ª ed, 2016, pg. 288.

¹⁰⁹ O trecho relevante para a análise segue a seguir:

“(…) 3.7 Consideram, ainda, as Recorrentes ter existido violação do dever de boa administração, na medida em que se imporia a adopção de outra modalidade para a venda das acções do Estado no âmbito da 4ª fase da reprivatização, concretamente dever-se-ia ter optado pela solução já anteriormente encontrada.

Não lhes assiste razão, como se irá ver de seguida.

Em primeiro lugar cumpre salientar que, analisada a questão, em termos puramente "anulatórios", sobre o prisma de uma hipotética ilegalidade do acto consubstanciado no artigo 1.º do DL 20-A/95, de 30-1-95, por violação do aludido dever de boa administração, o princípio da separação dos poderes impede que os Tribunais se imiscuam nos juízos de mérito de um acto que, como o contido no dito artigo 1.º, envolva poderes de livre apreciação administrativa.

De facto, sob este prisma, não se pode validamente questionar a conformidade do acto com as regras técnicas e de boa administração, por forma a sindicar a sua conveniência ou oportunidade.

Vide, neste sentido, em especial, o Ac. deste STA, de 7-11-02, Rec. 0473/02.

O que se acabou de referir em nada contende com a plena justiciabilidade da discricionariedade administrativa, dado que o juízo a proferir na via judiciária terá, obviamente de se cingir aos limites jurídicos da discricionariedade, em consonância com o princípio da tutela jurisdiccional efectiva.

Ou seja, o Tribunal não tem o poder de substituir pelos seus os juízos e as valorizações empreendidas pela Administração devendo o controlo a que procede traduzir-se numa censura jurídica em nome do Direito, considerando o bloco de legalidade ao caso aplicável, sem, contudo, poder entrar na apreciação da actuação da Administração na vertente de uma censura quanto à oportunidade ou conveniência de acto praticado no exercício de poderes discricionários.

E, isto, basicamente, pelo facto a avaliação que se pretendesse levar a efeito sob tal prisma não se ancorar em critérios jurídicos, antes se apresentando como integrando uma avaliação do mérito, que se não subsume no conceito de jurisdição.

“não se pode validamente questionar a conformidade do acto com as regras técnicas e de boa administração, por forma a sindicar a sua conveniência ou oportunidade”, sem fazer ressalvas ou quaisquer modulações; por outro lado, quando se refere à tutela ressarcitória dos danos provocados por violação ao dever de boa administração, a Corte Superior enfatiza que para que “haja a violação do dever de boa administração é preciso que a Administração tenha agido de forma grosseira contra o interesse público negligenciando a sua prossecução”, evidenciando que tal tutela jurisdicional é viável em condições excepcionais. Aliás, de forma exemplificativa, endossa um parecer que mostra que o controle pode ser realizado excepcionalmente com os seguintes termos: “(...) que os patamares de densificação do conceito de ilegalidade por violação do dever de boa administração, passa pelo “controle jurisdicional administrativo, quando sejam qualificáveis como erro grosseiro ou manifesto de apreciação.”

Mesmo antes da positivação expressa do princípio da boa administração, ele já era invocado para fins de responsabilidade civil em situações excepcionais. No entanto, após a positivação, o cenário pode evoluir, e evidenciar que mais situações são passíveis de controle judicial. Importa destacar que o ETAF atribui à jurisdição administrativa ampla competência para apreciar qualquer questão de responsabilidade extracontratual emergente das pessoas coletivas de direito público, seja através de gestão pública ou privada, com referência expressa às funções política, legislativa e jurisdicional, nos termos do art. 4º, número 1º, alínea f (com a ressalva, neste último caso, de que ficam excluídas da apreciação pelos tribunais administrativos as ações de responsabilidade por erro judiciário cometido por

Cfr., neste sentido, entre outros, Vacchelli, in *La difesa guirisdizionale dei Diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, Eduardo Garcia de Enterría, in *Hacia una nueva justicia administrativa*, a págs. 52/54 e Manuel Clavero Arévalo, in *Estudios de derecho administrativo*, a págs. 83.

De qualquer, mesmo descentrando a questão de uma prisma puramente “anulatório” para a sede da tutela ressarcitória, ainda assim, as Recorrentes não têm razão.

É que, como acertadamente se assinala no já aludido Parecer de Sérvulo Correia, a fls. 1214-1215: “para que “haja a violação do dever de boa administração é preciso que a Administração tenha agido de forma grosseira contra o interesse público negligenciando a sua prossecução”, o que, no caso dos autos, não está demonstrado, “não estando decerto preenchida a situação típica de violação do dever de boa administração, visto que o propósito de adoptar a melhor opção”...do ponto de vista técnico e financeiro...”esteve presente na decisão tomada pelo Governo, que o justificou com fundamentos plausíveis...”sendo que os patamares de densificação do conceito de ilegalidade por violação do dever de boa administração, passa pelo “controle jurisdicional administrativo, quando sejam qualificáveis como erro grosseiro ou manifesto de apreciação.” vide, o dito Parecer, a fls. 1218.

Cfr., quanto a este aspecto da questão, Freitas do Amaral, in *Direito Administrativo*, Vol. II, a págs. 39.

Improcede, por isso, a conclusão 17ª da alegação das Recorrentes.”

tribunais integrantes de outras jurisdições, bem como as ações de regresso, nos termos do art. 4º, nº 04, alínea a, do ETAF). Dessa forma, a redação ampla do inciso não aparenta um cenário propício para mitigar a aplicação do princípio da boa administração, nas vertentes de eficiência, eficácia e efetividade, mesmo que ele seja um conceito indeterminado.

O direito à indenização existe quando se verificam os seguintes requisitos, nos termos do art. 7º, número 01 do regime anexo à Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro: a) ações ou omissões ilícitas praticadas por titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício; b) culpa, leve ou grosseira; c) dano na esfera dos direitos ou interesses legalmente protegidos de terceiros; d) nexo de causalidade entre o ato e o dano.

Nos termos do item “a” suprarreferido, a ação ou omissão que justifica uma indenização deve ser ilícita, ainda que não sejam descartadas as hipóteses de indenização por atos lícitos, especialmente nos casos de desapropriações ou quando se envolvem responsabilidade contratual. Para que haja responsabilidade extracontratual por violação ao princípio da boa administração, deve-se partir da premissa de que essa violação é decorrente de ilicitude. Por consequência, essa ilicitude pode ser passível de impugnação judicial, no caso de ação ilícita, ou condenação à prática do ato devido, nos casos de omissão ilícita ou ato administrativo parcialmente válido, a não ser evidentemente nos casos em que há simultaneamente a perda de objeto por revogação ou impugnação administrativa e a demonstração do dano, que invariavelmente faria verificável o direito à indenização, se verificados os outros dois requisitos.

Nessas outras hipóteses de controle judicial, não basta a comprovação do dano, mas é necessária a comprovação de que existe violação a um forte e pesaroso parâmetro de eficiência jurídico, administrativo ou técnico, porém com possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos, por via de integração normativa, conforme já mencionado. Assim, caso existam padrões normatizados de qualidade e eficiência para complementar o texto legal, o controle jurisdicional, em tese, seria mais claro para ponderar o dano. Caso esses padrões não existam, o controle jurisdicional também seria viável, caso existam referenciais público e notórios de práticas administrativas.

Outra diferença entre as ações de responsabilidade e as demais vias processuais para apurar a violação ao princípio da boa administração é que a redação do art. 7º, número 01 do Regime anexo à Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, ao enfatizar que qualquer conduta da Administração (não somente o ato administrativo no sentido tradicional expresso pelo CPA,

em seu art. 148) pode ser tomada como base para a responsabilização, sugere que até determinados atos de natureza política estão, em tese, inclusos, como, por exemplo, decretos normativos que afetem significativamente as relações econômicas. Ademais, essa tese é reforçada pela redação do art. 1º do referido regime que enfatiza que o âmbito de aplicação é para as três funções estatais (legislativa, jurisdicional e administrativa), sem fazer qualquer distinção entre o teor puramente político ou meramente administrativo da função administrativa.

Por fim, cumpre destacar que o art. 7º, nº 03 e 04, prevê a possibilidade de responsabilidade civil nas hipóteses de funcionamento anormal do serviço. Esse dispositivo, de forma conjugada com o princípio da eficiência, pode integrar o bloco de legalidade que embasa a tutela jurídica dos administrados quando serviço público não corresponde aos padrões médios de qualidade e eficiência normalmente exigidos, seja quando se avalia um ato, omissão ou norma administrativa.

4.4. AS AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO E CONDENAÇÃO A PRÁTICA DO ATO DEVIDO

O segundo tipo de controle, bem mais problemático, e de difícil operacionalidade, é o controle jurisdicional através da impugnação de atos administrativos eivados de vício de violação do direito em tela, bem como a condenação à prática do ato devido. O potencial de invalidação ou condenação não pode ser descartado *ab initio*, sob o manto da aplicação do princípio da separação de poderes e sob a tese de que o contrário facilitar-se-ia um abusivo exercício de “um governo de juízes”, conforme já demonstrado no item 4.1.

O ponto de partida para a aplicação jurisdicional é partir da premissa de que o poder público não se reveste de imunidade e de que a sua potência não é conferida sob um manto de uma legalidade desassociada de fundamentos político-axiológicos. Assim, a ideia de Estado de Direito é alheia à noção de que o abuso ou desvio de poder é aceitável, “desde que exista suporte legal para tanto”.

O parâmetro de controle é considerá-lo com o mesmo grau de vinculatividade e efetividade do parâmetro de legalidade que é composto pela integração dos princípios administrativos. Em outras palavras, o seu caráter moderno e com pouca tradição jurídica não transforma o direito-princípio da boa administração em hierarquia inferior aos demais

princípios. No entanto, respeitadas essas diretrizes, o controle poderá efetivado em situações naturalmente mais densamente fundamentadas, com devida comprovação de que houve prejuízos em virtude da Administração capaz de lesionar não só o patrimônio público, mas valores constitucionalmente relevantes, respeitando uma certa *segurança jurídica*, com cautelas adicionais para não abrir a margem de livre decisão que não é aplicável ao Poder Judiciário, nem tampouco com a ideia de Estado de Direito.

Ademais, se é permitido raciocínio jurídico para fundamentar uma decisão judicial que declare a existência de responsabilidade extracontratual por violação do princípio da boa administração, não parece evidente que a impugnação pelo mesmo vício nas mesmas circunstâncias por meio de ação judicial estaria impossibilitada, tendo que em vista que não há evidência de que a declaração tem valor jurídico diferenciado em cada caso, conforme problematiza o jurista Miguel Assis Raimundo¹¹⁰.

4.4.1. OS ATOS ADMINISTRATIVOS

Quando o ato administrativo padece de vício quanto à violação do princípio tão grave que a sua eliminação do meio jurídico precisa ser integral, o meio processual adequado é a ação de impugnação ao ato administrativo. Por outro lado, quando a omissão administrativa for violadora ou ato administrativo não satisfaça integralmente a pretensão originária que motivou o procedimento administrativo, o meio processual é a ação de condenação à prática do ato devido.

Em geral, os atos administrativos impugnáveis são aqueles descritos nos termos do art. 51º, item 01 e 02 do CPTA, com fundamento constitucional no art. 268, item 04 da CRP. Quando o ato administrativo viola o princípio da boa administração, ele pode ter sua validade contestada, em tese, através de vício de anulabilidade. Nessa situação, a ação de impugnação deve ter por objeto a anulação do ato administrativo, nos termos do art. 163º do CPA. Caso os vícios do ato incluam situações de maior gravidade expressas no art. 162, item 2, como, por exemplo, o ato ineficiente ser praticado com desvio de poder para fins de interesse privado, nos termos da alínea e, ele pode ser, ainda, declarado nulo, conforme o regime do art. 162º do CPA.

¹¹⁰ RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In: Comentários ao Novo Código de Procedimento. AAFDL Editora, 3ª ed, 2016, pg. 268-276.

O ato administrativo é estruturado com os seguintes elementos: a) sujeito (o ente que praticou o ato); b) o objeto (o ente que sofre as transformações jurídicas pretendidas pelo ato e que pode ser: pessoa, coisa ou outro ato administrativo); c) estatuição (a declaração que corresponde ao ato propriamente dito). Dentre os aspectos que são relacionados à estatuição, encontram-se: a) o fim; b) o conteúdo; c) o procedimento; d) a forma.

A invalidade por violação ao princípio da boa administração ocorre em virtude de vício contido em seu conteúdo. No entanto, quando o ato administrativo é praticado em virtude do exercício dos poderes discricionários, como no caso em análise, o fim pode ter influência no conteúdo. Desse modo, o controle judicial implica em análise do conteúdo do ato, com ponderação complementar dos fins relacionados, em relação ao seu procedimento de estatuição.

Conforme já enfatizado no item 4.2.2, a finalidade do ato administrativo deve ser considerada na maior amplitude possível. Num primeiro momento do controle da finalidade, devem ser analisados os pressupostos abstratos, para verificar se existem vícios quanto à ausência de suporte legal. Num segundo momento, devem ser avaliados os pressupostos concretos, para verificar se houve erro de fato ou erro de direito, o que por si já poderia configurar violação do princípio, tendo em vista que a eficiência seria reduzida praticamente a zero. Num terceiro momento, devem ser verificadas dimensões axiológicas mais profundas, incluindo as investigações de valores constitucionais, além da dimensão teleológica mais evidente, como a coerência do ato discutido com as finalidades do procedimento administrativo, seja este impulsionado por requisição de particular ou oficiosamente¹¹¹.

De forma concomitante, deve ser realizada a análise do conteúdo do ato administrativo. No caso do princípio da boa administração, o controle judicial deve ponderar se houve motivação na emissão do ato discricionário por *necessidade legal*, em primeira instância, e *necessidade pública*, em última instância, que deve ser evidente desde o início do procedimento administrativa. Uma vez levantadas as duas necessidades, devem ser levantados os recursos humanos, materiais, temporais e jurídicos que podem, em tese, serem invocados para satisfazer essa necessidade e atender ao fim desejados. Por fim, uma vez levantadas essas possibilidades, devem ser decididos os meios efetivamente alocados.

O controle do conteúdo do ato deve ponderar essas quatro fases (a delimitação das finalidades legais e concretas, o reconhecimento de uma necessidade legal e pública, o

¹¹¹ Sobre as diferenças entre as finalidades objetivas do ato, previstas em lei, e as finalidades subjetivas, analisadas pelo agente administrativo. Cf. SOARES. Rogério Guilherme Ehrhardt. Interesse público, legalidade e mérito.. Tese de Doutorado. Coimbra, Atlantida, 1955, pg 16-198.

diagnóstico das alternativas possíveis, decisão da escolha mais valorosa), com destaque a esta última fase, que corresponde à incidência mais marcante do princípio da eficiência em relação ao ato concreto, e ao da boa administração por consequência.

Os vícios encontrados nas duas primeiras fases retromencionadas influem na possibilidade de, em tese, violação ao princípio da boa administração em relação ao ato administrativo em discussão. No entanto, como a delimitação das finalidades e das necessidades não se limitam à dimensão endoprocedimental desse ato, o princípio da boa administração deve tomar como parâmetro a gestão administrativa pública como um todo, consideradas as suas dimensões legais e extralegais, conforme as regras de integração normativa mencionadas no item 4.2.4.

A própria ponderação dos meios adequados e necessários para a finalidade evidencia que a aplicação em conjunto desse princípio deve ser balizado princípio administrativo da proporcionalidade, expresso no art. 7º do CPA, a partir da análise equilibrada dos recursos materiais e meios jurídicos de análise para maximizar o máximo de aplicação entre eles e o mínimo de lesividade.

Nessa fase, pode-se evidenciar vício no critério de eficiência, em virtude de erro de ponderação dos valores envolvidos e inadequada aplicação do princípio da proporcionalidade. Quando a fundamentação apresentada é manifestamente débil, a ponderação dos valores envolvidos também será. Os juristas Perez e Souza explanam casos patentes de erro de ponderação que prejudicam a aplicação da boa administração¹¹²:

(...) Medidas não planejadas, destituídas de análise prévia de custo-benefício, destituídas de análise de impacto sobre outras áreas de atuação da própria Administração ou de impacto social e econômico, geralmente não conseguem passar pelo teste do balanço ou da proporcionalidade. (...)

Assim, é importante que a Administração instrua todo o procedimento administrativo com os elementos que embasam a decisão, em respeito também ao princípio da fundamentação e da transparência, que funcionam como requisitos para a aplicação da proporcionalidade no caso em concreto, e, por consequência, a garantia da boa administração.

4.4.2. AS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

¹¹² PEREZ, Marcos Augusto. Controle da Discricionariedade Administrativa In: PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da Administração Pública. Belo Horizonte, Forum, 2017, pg 78.

As omissões administrativas acontecem quando existe um dever jurídico e a Administração se mantém inerte, num comprovada situação de mora administrativa. O jurista Joaquim Gomes classifica a omissão em quatro momentos: a) a omissão pura (como uma inércia completa); b) o atraso; c) a realização de atividade contrária; d) a denegação de direito postulado¹¹³.

O meio processual adequado para exigir o cumprimento do dever legal é a condenação à prática do ato administrativo devido, quando a decisão não for prevista no prazo legalmente estabelecido, nos termos do art. 67º, item 01, alínea a do CPTA, ou quando a conduta da Administração materializar em ato de indeferimento, recusa ou de conteúdo positivo incompleto, nos termos do art. 67º, item 01, alínea b, c do CPTA. Nessas condições, o controle da omissão administrativa só pode ocorrer quando se trata de aspectos vinculados pela lei em sentido amplo, e não por aspectos circunscritos na margem de discricionariedade. Caso exista uma discricionariedade aparente e omissão (seja no âmbito de um procedimento administrativo, de uma obrigação de fazer normas, de um contrato ou, em raros casos, no âmbito da gestão operacional administrativa) viole princípios constitucionais ou administrativos, entre estes últimos, o da boa administração, o papel do Judiciário seria estabelecer os limites da discricionariedade.

A simples omissão administrativa já é por si um caso de má administração, no sentido amplo, como aquele proposto pela experiência da União Europeia, em virtude da Administração não cumprir indevidamente as exigências da legalidade. No entanto, quando se trata da dimensão atribuída pelo art. 5º do CPA, e seus subprincípios da eficiência, da economicidade, da celeridade e da desburocratização, ponderações complementares precisam ser realizadas.

Se o dispositivo legal for considerado em si mesmo um resultado ótimo, a omissão administrativa seria ilegal e ineficaz simultaneamente. Nesse caso, a boa administração integraria o bloco de legalidade para fins de controle judicial. Em que pese juristas afirmarem que a omissão em si mesma é necessariamente um ato de ineficiência¹¹⁴, partimos do pressuposto de que essa situação precisa ser demonstrada no caso concreto, de acordo com as alternativas legais disponíveis, os danos causados pela ausência e se o dispositivo legal que embasa a necessidade de atuação administrativa tem a consistência de um parâmetro técnico

¹¹³ ALVES, Joaquim. Contributo para o estudo das omissões administrativas. Dissertação de mestrado. Universidade de Lisboa, 2007, pg 25-26.

¹¹⁴ O jurista Manoel Rocha que a “omissão indevida é por si uma conduta ineficiente, por ferir a finalidade legal”. Cf. ROCHA. Manoel Ilson Cordeiro. O Controle Jurisdicional da Eficiência Administrativa. Tese de Doutorado, Universidade de Lisboa, 2015, pg 494.

de qualidade administrativa. Aplicar os dois como se fossem realidades correlatas ou próximas pode desnaturar o conceito dogmático expresso no art. 5º, do CPA.

Numa segunda hipótese, caso o resultado ótimo de referência seja uma regra extrajurídica, a viabilidade das técnicas de integração precisam ser demonstradas para conferir juridicidade ao parâmetro de boa administração, nos termos do item 4.2.4.

Na terceira hipótese, quando a violação é em decorrente de outras normas administrativas em especial com conteúdo indeterminado, a omissão deve ser considerada não só em relação ao dever legal, mas a outras finalidades legais, nos termos do item 4.2.2 desta tese, havendo a possibilidade da omissão ofender não só o dever legal específico, mas também outros princípios administrativos autorizadores.

Em quaisquer das três hipóteses, não é uma tarefa fácil fundamentar juridicamente a omissão administrativa como violadora do princípio da boa administração, considerando as cautelas para que o Poder Judiciário não se imiscua nas valorações típicas da administração, até porque o próprio ato já é violador de um dispositivo legal mais expresso e fundamentação adicional pode ser estéril ou mesmo tautológica em algumas situações. No entanto, ressalta-se que não pode ser excluída *a priori* a possibilidade de controle judicial por razões já demonstradas.

4.5. AS AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO E CONDENAÇÃO A NORMAS ADMINISTRATIVAS

4.5.1. AS NORMAS ADMINISTRATIVAS

Quando uma norma emanada ao abrigo de disposições de direito administrativo padece de vício de ilegalidade próprio ou derivado do respectivo procedimento de aprovação, ela pode ser impugnada nos termos do art. 72º, CPTA. A norma a ser impugnada tem as características de generalidade e abstração, produzindo efeitos jurídicos externos, nos termos do art. 135º, CPA. O art. 143º, CPA evidencia de forma expressa que os regulamentos desconformes com os princípios gerais de direito administrativo são inválidos. Assim, as normas administrativas que violem o princípio da boa administração também, em tese, estão inclusas nesse rol, podendo ser invalidadas tanto administrativamente, através de recurso ou reclamação administrativa, como judicialmente.

O significado de boa administração enquanto bloco de legalidade para controle das normas administrativas tem significado potencialmente distinto em relação ao controle judicial dos atos administrativos. Por força do art. 153º, CPA, a desconformidade com o direito da União Europeia pode ser considerado como fundamento para ilegalidade. Nesse caso, a tese de que a densidade normativa do direito à boa administração pode potencialmente ensejar um controle de maior intensidade e extensão, considerando que os múltiplos significados estabelecidos na jurisprudência, na Carta de Direitos Fundamentais e no código de boa conduta administrativa podem ser acoplados ao conceito mais limitado definido no CPA nacional.

No entanto, de forma similar à situação do ato administrativo, o controle judicial implica em análise do conteúdo da norma administrativa, com ponderação complementar dos fins relacionados, em relação ao seu processo de estatuição. O controle do conteúdo da norma, portanto, deve ponderar essas quatro fases (a delimitação das finalidades legais e concretas, o reconhecimento de uma necessidade legal e pública, o diagnóstico das alternativas possíveis, decisão da escolha mais valorosa), com destaque a esta última fase.

Em primeira análise, a norma administrativa tem por finalidade a aplicação de dispositivo legal. Nessa situação, esses dispositivos devem ser avaliados em toda a sua completude dogmática. Por força do art. 112, nº 07, CRP, “*os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjetiva e objetiva para a sua emissão*”. Assim, as finalidades legais precisam ser expressas na norma administrativa, ainda que essa expressão não seja suficiente para verificar o parâmetro de boa administração.

A investigação dessas finalidades deve ponderar a existência de conexão entre a norma e os regulamentos emanados de órgãos superiores, os regulamentos emanados pelo delegante, bem como os estatutos que estabelecem as competências e as finalidades, uma vez que são hipóteses de invalidade, nos termos do art. 143º, nº 02, CPA:

- a) Os regulamentos que desrespeitem os regulamentos emanados dos órgãos hierarquicamente superiores ou dotados de poderes de superintendência;
- b) Os regulamentos que desrespeitem os regulamentos emanados pelo delegante, salvo se a delegação incluir a competência regulamentar;
- c) Os regulamentos que desrespeitem os estatutos emanados ao abrigo de autonomia normativa nas quais se funde a competência para a respetiva emissão.

Além disso, deve ser investigado se a norma em questão concentra os requisitos de abstração e generalidade que devem revestir uma norma administrativa. Caso ela não respeite,

o princípio da boa administração, em tese, pode ser invocado para fins de invalidação judicial, tendo em vista que a Administração utilizou-se de um meio manifestamente ineficiente e que cria instâncias burocráticas desnecessárias para realizar uma conduta que poderia ser melhor materializada por um ato administrativo, contrato público ou uma operação material genérica.

O reconhecimento da necessidade legal é uma exigência vinculada que se correlaciona com a delimitação da finalidade legal. Caso seja demonstrada a desnecessidade da norma pela ausência dos pressupostos fáticos ou jurídicos de suporte, a norma por ser manifestamente desnecessária é considerada ineficaz e, conseqüentemente, violadora desse princípio.

As últimas fases (o diagnóstico das alternativas possíveis, decisão da escolha mais valorosa) ilustram de forma mais marcante o exercício dos poderes discricionários, e são maiores sujeitos às limitações do princípio da eficiência, e precisam ser balizadas pelo princípio da proporcionalidade, por meio da técnica de sopesamento.

A dimensão da técnica de sopesamento aplicada no caso da elaboração de uma norma administrativa é maior que a aplicada no caso do ato administrativo, uma vez que é requerido do administrador não só a ponderação de valores jurídicos em situações concretas, mas uma abrangente ponderação dos interesses envolvidos, tendo em vista que a margem de discricionariedade é maior. Os autores Perez e Souza cita Maurer, que sistematizou os vícios que o processo de ponderação pode apresentar, nestes termos¹¹⁵:

Segundo a jurisprudência e a doutrina dominante, a ponderação é defeituosa e, conseqüentemente, contrária ao Direito quando:
não se faz qualquer ponderação (é denominada inexistência de ponderação);
a ponderação não tomou em conta todos os interesses que, de acordo com as circunstâncias do caso, deveriam ter sido levados em conta (déficit de ponderação);
se não foi considerada a importância de alguns interesses (avaliação defeituosa da ponderação);
se foi adotada uma solução para os interesses concorrentes que resulta desproporcional em relação ao peso objetivo de alguns desses interesses (desproporção da ponderação).

Todas as etapas acima precisam ser avaliadas pelo juiz que investiga a incidência da boa administração ao caso concreto. No entanto, o ônus argumentativo necessita ser maior nas últimas fases desse processo, tendo em vista o maior potencial de intervenção na escala de valoração protegida pelo mérito administrativo, que, por consequência, suscitaria apenas uma atuação residual do Poder Judiciário. O teste do princípio da razoabilidade também seria importante requisito de controle.

¹¹⁵ PEREZ, Marcos Augusto. Controle da Discricionariedade Administrativa In: PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da Administração Pública. Belo Horizonte, Forum, 2017, pg 79.

Como limite redutor dos poderes discricionários, é importante destacar o princípio da desburocratização expresso no art. 5º, nº 02 (“...*A Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada*”) baliza o parâmetro de qualidade que a norma administrativa deve revestir. No caso da Administração Direta, há mais limites externos da organização normativa, explicitado no art. 03, da Lei nº 04/2004, que estabelece os princípios e normas da Administração Direta, que devem ser levados em consideração. No caso da Administração Indireta, caso estes não puderem ser aplicados por meio das técnicas de integração por analogia, esses incisos têm uma força meramente sugestiva e contribuem na formulação da argumentação jurídica.

Outra importante redução da discricionariedade que indiretamente afeta o princípio da boa administração são as disposições de relações entre os regulamentos expressas no art. 138º, CPA. Os regulamentos devem respeitar as normas de hierarquia entre os Estados e as autarquias locais, bem como respeitar a hierarquia conforme a materialidade expressa no art. 138º, nº 03, CPA.

Por fim, resta a avaliação de cada dispositivo de forma isolada e da norma como um sistema. Evidentemente, a declaração pelo Judiciário de que a norma seja ineficiente ou desnecessariamente burocrática deve ser extremamente cautelosa e só pode ser restrita ao campo da hermenêutica jurídica, devidamente acompanhado pelas técnicas de integração jurídica suficientes para garantir que o parâmetro de boa administração aplicado seja legítimo.

Como requisito necessário, porém não suficiente, é necessária a demonstração *in casu* de que a situação normativa anterior seja mais eficiente que a nova norma elaborada, com a devida identificação dos indicadores técnicos aplicáveis, não raro com laudo pericial elaborado por peritos legalmente competentes.

A jurisprudência portuguesa ainda não se pronunciou quanto a possibilidade de declarar inválida uma norma nessas condições. O problema desse tipo de demonstração é que ela aparenta ser mais teórica do que prática. Se a demonstração da ineficiência de um ato administrativo, sem se valer de um parâmetro legal e positivado de qualidade administrativa, que produz efeitos individuais e concretos, já é complicada, essa mesma demonstração no caso de uma norma que produz efeitos abstratos e gerais tende a ser mais complicada e problemática, pois a natureza dos danos é mais difusa e multifatorial neste último caso, e consequentemente mais difícil de ser demonstrada. Assim, sem essa demonstração, a norma goza automaticamente de presunção de legitimidade e esse insere nos espaços de valoração administrativa que não cabem interferência do Poder Judiciário.

4.5.2. AS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

A condenação à emissão do regulamento em falta pode ser realizada por um Tribunal administrativo quando verificada a existência de ilegalidade por omissão administrativa, nos termos do art. 77, nº 02, CPTA, sem prejuízo da possibilidade de apresentar reclamação ou recurso para os órgãos administrativos, nos termos do art. 137, nº 02, CPA, ou de apresentar a ação de responsabilidade extracontratual.

Da própria redação do artigo, infere-se que o princípio da boa administração só poderia ser aplicado, em tese quando demonstrados os seguintes requisitos, necessários porém não suficientes: a) comprovação de que a Administração não se pautou por quaisquer critérios de eficiência ou celeridade para determinada atividade administrativa; b) definição de competência legal para um órgão ou agente responsável por essa atividade; c) comprovação de que esses critérios precisam ser regulamentados pela administração por meio da evidenciação dos danos da omissão.

De forma análoga à situação anterior, a jurisprudência portuguesa ainda não se pronunciou quanto à possibilidade de declarar ilegalidade em virtude da inércia de um dever de criar regulamentos que viole o princípio da boa administração. A violação específica para essa situação seria demasiada hipotética. É razoável pressupor que a omissão seria mais claramente ilícita quando exista um dispositivo legal claro e determinado que imponha um dever de elaborar regimentos de determinada matéria, de modo que, havendo a omissão ilegal, a violação seria mais precisamente ao princípio da legalidade, e não ao da boa administração.

No entanto, existindo demonstração das etapas acima, de forma excepcional e cautelosa, com aplicação da técnica de sopesamento dos princípios e valores jurídicos já mencionada, o juiz pode verificar a existência dos danos que a ausência de regulamentação pode causar quando acionado, desde que minimamente conectado com algum dispositivo legal sobre as competências do agente legal e sobre a natureza legal da atividade, que, ainda que imprecisa, possibilite a aplicação das normas de integração jurídica para a construção do parâmetro de boa administração.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os ordenamentos jurídicos das democracias ocidentais gradativamente, nas últimas décadas, vêm se transformando num sistema aberto de regras e princípios jurídicos positivados para valores como eticidade, moralidade e legitimidade. O princípio da boa administração coroa essa tendência acrescentando à juridicidade uma nova ordem de valores: os ético-utilitários. No caso da realidade portuguesa, o princípio da boa administração é resultado de um longo processo de crítica e análise do atual modelo de Administração e reforça a necessidade da modernização das atividades administrativas para a garantia da busca dos meios mais eficientes para a prossecução do interesse público.

As experiências jurídicas italiana, britânica, espanhola e europeia sobre as acepções do direito a uma boa administração ou correlatos evidenciam que há uma tendência progressiva a nível ocidental para a sua relevância como um princípio geral de direito e a para a aceitação de seu controle judicial. A doutrina portuguesa é inequívoca ao considerar que existe um dever para a Administração Pública, revestindo, assim, de *juridicidade*. No entanto, ainda tem compreensivelmente muitas reservas para fundamentar a *justiciabilidade*, ou seja, a sua possibilidade de controle jurisdicional tendo o direito-princípio como parâmetro autônomo ou principal.

Em que pese o STA ainda não ter se posicionado de forma elucidativa sobre o tema, a solução para esse problema parte da aplicação de um simples raciocínio silogístico:

- (1) O direito a uma boa administração é um princípio jurídico expresso que vincula a Administração Pública, nos termos do art. 5^a do CPA.
- (2) Os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam, nos termos do art. 3^o. n^o 01, do CPTA, em respeito à função constitucional do Poder Judiciário em administrar a justiça, nos termos do art. 202, n^o 01, da CRP
- (3) Logo, os tribunais administrativos tem a competência de julgar o cumprimento pela Administração do princípio da boa administração.

Dessa forma, à primeira vista, a possibilidade de controle judicial *a priori* aparenta estar demonstrada. No entanto, o entendimento de que o princípio não é passível de controle

parte da premissa de que qualquer juízo de valor pelo Poder Judiciário de sobre aplicação do princípio necessariamente invadiria os espaços de valoração típicos da Administração, protegidos pela esfera do mérito, nos termos do art. 3º, nº 01, do Art. 71º, nº 2, do Art. 95, nº 5 e Art. 179, nº 1, CPTA, que automaticamente blindaria o controle judicial e limitaria o princípio com eficácia meramente sugestiva para a produção de normas administrativas e funcionaria como fundamento para o controle do mérito pela própria Administração.

Em outras palavras, existe uma antinomia aparente entre um sistema de normas que confere justiciabilidade ao princípio e outro sistema que hipoteticamente visaria blindar sua justiciabilidade. Há quatro fenômenos político-jurídicos que contribuem para conferir relevância axiológica ao controle judicial do referido princípio dentro do exercício da discricionariedade administrativa.

Em primeiro lugar, há uma tendência jurisprudencial de permitir gradualmente a redução da discricionariedade através da sujeição da Administração ao controle jurisdicional, em especial pela positivação de princípios jurídicos que regulam a atividade da Administração e de regras claras que vedam as situações de desvio de poder.

Em segundo lugar, a própria jurisprudência portuguesa reconhece que a discricionariedade administrativa tem limites externos (entendidos como as vinculações explícitas na lei) e os limites internos (aplicados ao caso concreto por força de um direito fundamental ou um princípio jurídico-administrativo que se apresente como violado, desde que devidamente aplicada a técnica de sopesamento dos valores envolvidos).

Em terceiro lugar, há uma tendência nas democracias ocidentais em relevar que o princípio da boa administração não tem hierarquia inferior aos demais princípios, bem como pode exercer múltiplos significados e progressiva abertura para a interpretação e para o controle judicial, ainda que cautelosa e bastante circunstanciada.

Em quarto lugar, há também uma tendência nas democracias ocidentais em valorizar a importância do princípio da proporcionalidade, como instrumento balizador do sistema jurídico, conferindo-lhe integridade quando existem sistemas normativos de conteúdos em clara antinomia.

A solução desse impasse para garantir a coerência do sistema jurídico seria reconhecer que a antinomia só seria solucionada *a posteriori* no caso concreto, através da técnica de sopesamento dos valores envolvidos, balizada pelo princípio da proporcionalidade. A vedação *a priori* da justiciabilidade do princípio da boa administração só seria juridicamente

justificável se existisse uma regra expressa constitucionalmente válida que a vedasse e esclarecesse de forma definitiva a controvérsia.

De forma complementar ao uso dessa técnica, o princípio da boa administração impõe dois espaços de liberdade para a Administração: a liberdade de interpretação (através do manejo das regras de hermenêutica, de conflitos de normas e de integração normativa para fixar os limites conceituais do princípio) e a liberdade de valoração (aplicada em seguida e corresponde ao exercício da discricionariedade administrativa e à aplicação do sopesamento dos bens jurídicos aplicáveis ao caso). O primeiro aspecto da liberdade é sindacalizável ao Poder Judiciário, desde que estejam explícitos esses limites formais, ao passo que o segundo aspecto em princípio não é. A dificuldade de estabelecer a fronteira entre os dois aspectos da liberdade pode se converter numa discricionariedade indireta, que não é sindacalizável ao Poder Judiciário.

No entanto, isso não implica mero decisionismo do Poder Judiciário para escolher livremente os parâmetros de boa administração que julgar conveniente, mas impõe a este uma rigorosa disciplina científica para encontrar os legítimos espaços para a operação hermenêutica e a elucidação normativa do conceito conforme cada caso. O reconhecimento desses espaços passa pela elucidação de seis etapas mínimas.

A primeira etapa consiste em detectar as condutas da administração passíveis de sindicalização do princípio. As condutas são: a) o ato administrativo; b) as normas emitidas ao abrigo de disposições de direito administrativo; c) os contratos de regime jurídico-administrativo; d) operações materiais que não produzem efeitos jurídicos nem alterações na ordem jurídica; e) omissão da prática de ato administrativo devido ou emissão de normas devidas ao abrigo de direito administrativo.

A segunda etapa consiste em reconhecer os meios de judicialização disponíveis. Esses meios são: a) a ação de responsabilidade civil extracontratual, regulamentada pela Lei n.º 67/2007; b) a ação de impugnação de atos administrativos, nos termos do art. 50 a 65; c) a ação de condenação à prática do ato devido, nos termos do art. 66 a 71; d) a ação de impugnação de normas e condenação à emissão de normas, nos termos do art. 72 a 77-B; e) as ações de impugnação ou de condenação à prática de atos administrativos conforme o regime do contencioso pré-contratual, quando se refere ao processo de formação de contrato, nos termos do art. 100 a 103-B; para os demais casos referentes, das regras gerais, conforme o art. 37, nº 01, alínea I, com as ressalvas do art. 77-A para os casos relativos à execução e validade da execução de contratos; f) as ações de condenação à realização de prestações de fato

(positivo ou negativo), de coisa ou de quantia, nos termos do art. 37, nº 01, alínea h e art. 37, nº 03.

A terceira etapa consiste em elucidar os pressupostos gerais aplicáveis para qualquer conduta administrativa passível de sindicalização por violação do princípio da boa administração, decorrentes do próprio caráter instrumental do princípio. No total, são quatro: a) vinculação à finalidade fático-jurídica; b) margem de discricionariedade da Administração; c) existência de pelo menos uma qualidade fática parametrizável; d) nexo de causalidade entre a conduta administrativa e a finalidade fático-jurídica.

Destaque-se que a finalidade a ser observada deve ser ponderada na sua maior amplitude possível, sem se restringir aos aspectos formais autorizativos da conduta. A partir dessa etapa, vícios em cumulação podem ser detectados concomitantemente como, embora não se confundam propriamente com o conceito de boa administração: ausência de suporte legal, erro de fato, erro de direito, falha na fundamentação, desvio ou usurpação de poder, erro de ponderação por má aplicação do princípio da proporcionalidade. É importante destacar que a ausência de estudos técnicos adequados para os fins previstos no ato, contrato ou norma administrativa que justifique a conduta para os fins legais alcançados ou a demonstração de que a conduta tem eficácia razoavelmente próxima de zero pode implicar em vício automático do princípio da boa administração, tendo em vista que o requisito quanto à existência de nexo de causalidade foi descumprido.

A quarta etapa consiste em reconhecer a fonte do parâmetro de boa administração aplicável em conjunto com as regras de hermenêutica e integração jurídicas cabíveis, conforme o tipo específico de meio judicialização. São basicamente quatro: a) a lei; b) o regulamento administrativo; c) as normas técnicas extrajurídicas; e d) os precedentes administrativos.

A quinta etapa consiste em verificar o tipo de juízo aplicável: negativo ou positivo. No juízo negativo, o juiz tipifica uma situação como necessariamente de má administração, sem necessariamente apontar uma hipótese daquilo que se enquadra como boa. No juízo positivo, o juiz tipifica as situações de boa administração, e por consequência, considera como má administração as hipóteses que não enquadradas.

A sexta etapa corresponde a uma aplicação judicial em concreto do princípio da proporcionalidade em abstrato, previsto no art. 7º do CPA, que se constitui na aplicação sucessiva de verificação de três testes: a) a adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

A aplicação dessas etapas é necessária, mas não é suficiente. O controle judicial deve ser operacionalizado de tal forma que reforce o princípio da separação e independência dos poderes, e não mitigue a sua aplicação, e de caráter excepcional em contextos mais densamente fundamentados, preferencialmente em situações em que consiste um erro grosseiro de má administração, ainda que as hipóteses de controle judicial positivo não estejam excluídas. Além disso, a segurança jurídica deve ser um valor a ser respeitado, bem como a integração aos outros princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública expressos no art. 266º, nº 02: igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

6.1. ARTIGOS E LIVROS CONSULTADOS

ALFONSO, Luciano Parejo. *Leciones de Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio. Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008.

ALMEIDA. Mário Aroso. *Manual de Processo Administrativo*. Almedina, 2017, 3ª ed.

ALMEIDA. Mário Aroso. *O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*. Almedina, 2015, 2ª ed.

ALMEIDA. Mário Aroso. *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*. Almedina, 2012.

ALVES, Joaquim. *Contributo para o estudo das omissões administrativas*. Dissertação de mestrado, Universidade de Lisboa, 2007.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Almedina, 2016, 4ª ed, Vol. 01 e 02.

ANDRADE. José Carlos Vieira de. *A Justiça Administrativa*. Almedina, 2016, 15ª ed.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço Antunes. *A Ciência Jurídica Administrativa: Noções Fundamentais*. Almedina, 2012.

ARAGÃO, Cecília Vescosi de. *Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio*. In: *Revista do Serviço Público*, ano 48, nº 03, 1997. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/391/397>. Acesso em 29/01/2020.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Malheiros, 2007, 21. ed.

BOTELHO, José Manuel dos Santos. *Contencioso Administrativo*. Almedina, 2000. 3ª ed.

BOUSTA, Rhita. 'Who Said There is a 'Right to Good Administration'? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union' (2013) 19 *European Public Law*, Issue 3, pp. 481–488.

BUGARIN, Tomás T. S e MENEGUIN, Fernando B. *Rational Decision Making - Parâmetro para o controle judicial das deliberações do Poder Executivo?*. Edições do Senado, Ano 52.

Número 207. jul./set. 20. (Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p7.pdf. Acesso em 09/05/2020).

CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 2000, 4ª ed.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra Editora, 2007, Vol 01.

CARDOSO, José António Martins Lucas. Do problema dos conceitos jurídicos indeterminados em Direito Administrativo In: Polis, nº 01 – Outubro Dezembro, 1994.

CAUPERS, João. Introdução ao Direito Administrativo. Âncora, 2007.

CRAIG, P.P. Administrative Law. Sweet e Maxwell, 2003, 5ª ed.

FERNANDES, Karen Ilanit Vernier Nunes. A Discrecionalidade Administrativa face ao princípio da boa administração. Tese de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017.

FONSECA, Gonçalo Correia. A Responsabilidade Administrativa à luz do paradigma da boa administração. Tese de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017.

FREITAS, Juarez, Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. São Paulo, Malheiros, 2009, 2ª ed.

GIANFRANCESCO, Fidone. Eficacia y eficiencia en la reforma italiana de la administración pública (la llamada reforma brunetta). De las medidas para la optimización de la productividad del empleo público a la «acción por la eficiencia». Revista de Administración Pública, núm. 186, Madrid, septiembre-diciembre (2011), págs. 371-388. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/eu/argitalpenak/aldizkariak/aldizkari elektronikokoak?IDR=1&IDN=1282&IDA=36267> > Acesso em 18/11/2019.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Almedina, 2011, 4ª ed, Vol. 01.

GOYARD-FABRE, Simone. Fundamentos da Ordem Jurídica. São Paulo, Martins Fontes. 2002.

IANNUCILLI, L. e TURA, A. Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della corte costituzionale,. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_212.pdf > Acesso em 28/10/2019.

LANZA, Elisabetta. The right to good administration in the European Union: Roots, rationes and enforcement in antitrust case-law. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593523>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

LEONG, Hong Cheng. O Princípio da Eficiência no “Cosmos” da Ilícitude da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado-Administração, Publicações CEDIPRE Online - 30, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, março de 2017.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o governo. São Paulo, Martin Claret, 2006.

MACHADO, Jónatas E. M., Direito da União Europeia, Coimbra, Coimbra editora, 2010.

MENDES, Joana. Good administration in EU law and the European code of good administrative behavior. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1554907>>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

MIGLIARI, Wellington. El derecho a una buena administración y su protección judicial. La contribución del Derecho y de los juristas al buen funcionamiento de las instituciones públicas. Disponível em: <<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/10/22/el-derecho-a-una-buena-administracion-y-su-proteccion-judicial-la-contribucion-del-derecho-y-de-los-juristas-al-buen-funcionamiento-de-las-instituciones-publicas-wellington-migliari-y-juli-ponce-s/>> Acesso em 13/11/2019.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra Editora, 2002.

MÖLLER, Kai. The Global Model of Constitutional Rights. Oxford University Press, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo, Saraiva, 1999.

MORAIS. Carlos Blanco de. Curso de Direito Constitucional, Tomo I – A Lei e os Actos Normativos no ordenamento jurídico português, Coimbra Editora, 2008.

NEHL, H.P. Principles of Administrative Procedure in EC Law, Oxford, 1999.

OTERO, Paulo. Ética constitucional: contributo para uma limitação do poder político. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; DA GAMA, João Taborda. Estudo em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches. Coimbra Editora, 2011. Vol I.

PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da Administração Pública. Belo Horizonte, Forum, 2017.

RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In: Comentários ao Novo Código de Procedimento. AAFDL Editora, 2016, 3ª ed.

REALE, Giovane e ANTISERI, Dário. História da Filosofia: Filosofia pagã antiga. 1º vol. Paulus, 2007. 3ª ed.

REALE, Giovane e ANTISERI, Dário. História da Filosofia: De Freud a Atualidade. 7º vol. Paulus, 2006.

REGO, Francisco Lima. Boa Governação e o Estado de Direito. Universidade do Porto: Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Administrativas, 2018.

ROCHA. Manoel Ilson Cordeiro. O Controle Jurisdicional da Eficiência Administrativa. Tese de Doutoramento, Universidade de Lisboa, 2015.

RODRIGUES, Carlos. Governação de Organizações Públicas em Portugal: A Emergência de Modelos Diferenciados. Edições Pedago, 2011.

SANDULI, Aldo. Il procedimento, in: Trattato di Diritto Amministrativo, a cura di Sabino Cassese, Diritto Amministrativo Generale, Tomo Secondo, Seconda Edizione, Milano – Dott. A. Giuffrè editore – 2003.

SOARES. Rogério Guilherme Ehrhardt. Interesse público, legalidade e mérito. Tese de Doutoramento. Coimbra, Atlantida, 1955

SÖDERMAN, Jacob. Relatório Anual de 21997 do Provedor de Justiça Europeu. Disponível em < <https://www.ombudsman.europa.eu/pt/>>. Acesso em 14 de novembro de 2018.

SÖDERMAN, Jacob. Relatório Anual de 2000 do Provedor de Justiça Europeu. Disponível em < <https://www.ombudsman.europa.eu/pt/annual/pt/3440>>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

SOUSA, António Francisco de. Conceitos indeterminados no Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1994.

6.2. JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

Acórdão da CECA – Processos apensos 7/56 e 3/57 a 7/57 - Data da Decisão: 19/07/1957 - ECLI identifier: ECLI:EU:C:1957:7.

Acórdão da CECA – Processo 64/82 - Data da Decisão: 15/03/1984 - ECLI identifier: ECLI:EU:C:1984:106.

Acórdão do STA – Processo 03209 – Data do Acórdão: 23/06/1994 – 1ª Subsecção pleno da CA.

Acórdão do STA – Processo 01188/02 – Data do Acórdão: 18/06/2003 – 1ª Subsecção do CA

Acórdão do STA – Processo 0330/05 – Data do Acórdão: 11/05/2005 – 1ª Secção do CA

Acórdão do STA – Processo 0269/02 – Data do Acórdão: 27/02/2008 – Pleno da Secção do CA.

Acórdão do STA – Processo 01159/09– Data do Acórdão: 27/11/2013 – 2ª Secção

Acórdão do TJUE – Data da Decisão 08/05/2014 - ECLI:EU:C:2014:302

Acórdão do TJUE – Data da Decisão 20/12/2017 - ECLI:EU:C:2017:982

6.3. SITES DIVERSOS

https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt - Acesso em 09/12/2018

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/PT/1-2003-615-PT-F1-1.pdf> - Acesso em 11.03.2018

<https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/117357342/view> - Acesso em 01/04/2020

<https://dre.pt/lexionario/-/dj/115073175/view> - Acesso em 10/04/2020