

O princípio da razoabilidade

Suzana Tavares da Silva

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Investigadora do Instituto Jurídico

0. Introdução; **1.** A razoabilidade como um ‘novo limite’ ao exercício do poder discricionário; **2.** A razoabilidade e a *reasonableness*; **3.** A razoabilidade como novo standard hermenêutico no domínio das actuações vinculadas; **4.** Soluções incompatíveis com a ‘Ideia de Direito’; **5.** Conclusão

0. Introdução

Uma das novidades introduzidas pelo ‘Novo CPA’, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, foi a consagração, no artigo 8.º, do *princípio da razoabilidade*, que, segundo o enunciado legal, se traduz no ‘dever’ de a Administração “rejeitar as soluções manifestamente desrazoáveis ou incompatíveis com a ideia de Direito, nomeadamente em matéria de interpretação das normas jurídicas e das valorações próprias do exercício da função administrativa”.

Trata-se, como é fácil de perceber numa primeira leitura, não só de um ‘limite’ expresso ao exercício do poder discricionário, mas também de um ‘limite’ ao exercício de poderes vinculados decorrente de ‘limites’ à interpretação normativa adoptada pela Administração aquando do exercício da função executiva. As perguntas a que importa, contudo, responder são essencialmente três: *i)* enquanto limite ao poder discricionário, estamos perante um ‘novo limite’ ou apenas perante a explicitação textual de um limite já existente?; *ii)* a referência expressa à rejeição de interpretações das normas jurídicas que se revelem ‘manifestamente desrazoáveis’ ou ‘incompatíveis com a ideia de Direito’ consubstancia alguma novidade no plano da realização judicativa do Direito? Em especial, introduz alguma modificação na forma como o princípio da legalidade da administração tem sido interpretado pelos tribunais?; *iii)* este novo enunciado legal é revelador de alguma inspiração na *common law*? *i. e.*, existe alguma relação entre o ‘princípio da razoabilidade’ consagrado no CPA e a *reasonableness* típica do controlo judicial dos sistemas britânico e norte-americano?

A nossa intuição diz-nos que este pretende ser um ‘novo limite’ ao exercício do poder discricionário, especialmente vocacionado para a actividade administrativa de implementação de políticas públicas, ou seja, um *limite à discricionariedade de implementação de políticas*, função que vem suscitando novos problemas e desafios em matéria de separação de poderes. Neste particular, a presente alteração pode também ser reconduzida a uma aproximação ao sistema de controlo judicial das decisões administrativas no modelo de *common law*; uma aproximação em relação à qual expressamos as maiores reservas, não quanto à bondade da solução, que subscrevemos, mas quanto aos resultados expectáveis, em decorrência das diferenças assinaláveis em matéria de cultura jurídica e jurídico-judicial.

Para além disso, a consagração expressa deste novo princípio parece procurar também incentivar os tribunais a mudar o paradigma consolidado em matéria de princípio da legalidade da administração, impondo-lhes um controlo de juridicidade fundamentado nos princípios, também no âmbito da actividade vinculada, o que obriga a um aprofundamento das tarefas hermenêuticas.

Mas, mais do que intuir, importa analisar cuidadosamente cada tópico.

1. A razoabilidade como um ‘novo limite’ ao exercício do poder discricionário

Não nos ocuparemos nesta sede de sintetizar o ‘estado da arte’ no que respeita à natureza do poder discricionário, pois muitos são os trabalhos que com mestria se ocuparam dessa tarefa. Pelo contrário, partiremos da síntese elaborada por Vieira de Andrade em 1986¹, por ser a que mais se adequa ao propósito da presente reflexão, quando o autor explica os fundamentos de este ser um domínio correspondente a “uma função jurídica” e a “um espaço de criação-concretização jurídica que a lei confere à Administração”, seja no contexto de uma “escolha final” (*i. e.* “um espaço de opção entre conteúdos alternativos num quadro de

pressupostos legalmente determinados”), seja “quando a lei é obrigada a refugiar-se em conceitos imprecisos, ou mesmos vagos, ao programar a intervenção administrativa, sendo capaz de fornecer o *sentido*, mas muitas vezes não a *medida* do preceituado”, abrindo assim um “espaço de conformação que é da *responsabilidade própria* da Administração”.

No texto em referência, o autor esclarece também a evolução do princípio da legalidade na passagem do Séc. XIX para o Séc. XX, dando especial ênfase à necessidade de alargar o ‘manto da legalidade’ a toda a actividade administrativa, o que explica, também, a solução a que chega na proposta de transição de um princípio de legalidade para um princípio de juridicidade².

A escolha deste texto deve-se também à circunstância de nele encontrarmos ainda, embora sem qualquer referência expressa ou remissão doutrinal que aponte nesse sentido, uma síntese do que é igualmente usual ler-se a propósito do tema do controlo dos actos da Administração nos sistemas de *common law*. Síntese que resulta, primeiramente, da afirmação de que “a legitimidade jurídica dos actos administrativos” não se limita à sua conformação com o princípio da legalidade formal e material, mas também com o “respeito pelos princípios constitucionais, escritos ou não-escritos, como, os princípios da igualdade, da racionalidade, e da imparcialidade”³, e, em segundo lugar, da discussão sobre a conveniência de um controlo limitado ao “desvio de poder subjectivo” ou ampliado ao “erro manifesto de apreciação”, “à concordância lógica entre os motivos escolhidos e invocados e a decisão”, que se alarga depois ao controlo de “necessidade e proporcionalidade das medidas”⁴.

No essencial, o texto expõe as duas questões que presidiram ao desenvolvimento da ‘ciência’ do direito administrativo português na última metade do Séc. XX: *i)* a *discricionariedade* é um espaço de juridicidade criado pelo legislador para que a Administração exerça a sua actividade através da realização de ponderações próprias; *ii)* o *controlo judicial da discricionariedade* não deve limitar-se a um controlo mínimo de razoabilidade, mas antes expandir-se a um controlo de princípios

¹ Por todos, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, «O Ordenamento Jurídico Administrativo Português», *Contencioso Administrativo*, Livraria Cruz, Braga, 1986, pp. 33-70 (41-48).

² *Idem*, pp. 37-41.

³ *Idem*, pp. 40.

⁴ *Idem*, pp. 46.

(onde assume especial relevo o princípio da proporcionalidade), tendo como limite o respeito pelas dimensões intrínsecas do espaço de valoração próprio da Administração, ou seja, o tribunal julga a decisão tomada pela Administração, mas não pode pretender ‘substituir-se a esta’ nem controlar os aspectos que consubstanciem escolhas intrinsecamente associadas à ideia de administrar.

Ora, como veremos, a *discretion* é identificada nos sistemas de *common law* como o espaço próprio de decisão das *entidades administrativas* (*agencies, departamental public bodies, local governments*, etc) por delegação do legislador, cujo objectivo é promover a adopção de soluções adequadas às particularidades dos casos concretos⁵. E caracteriza-se muitas vezes como um ‘poder de escolha’ entre interesses concorrentes, em que o correcto e legítimo exercício desse poder de escolha exige que a mesma seja racional e fundamentada em critérios razoáveis, sendo ainda desejável que estas entidades limitem o seu espaço de decisão através da estipulação de orientações políticas e da contratualização com os privados⁶. Para além disso, a *discretion* é igualmente objecto de controlo judicial, como veremos melhor, mais à frente, embora esse controlo seja sempre mais limitado do que entre nós, uma vez que neste sistema o princípio da proporcionalidade ainda é uma novidade e a sua aceitação não se encontra tão generalizada nem é sequer consensual. Naquele sistema, o parâmetro base do controlo judicial ainda é o da *razoabilidade* das decisões da Administração, daí a sua relevância neste exercício de interpretação com recurso ao direito comparado.

Assim, importa tentar perceber o que pretende o legislador português com a consagração expressa do princípio da razoabilidade no CPA

⁵ Cf. BEATSON / MATTHEWS / ELLIOTT’S, *Administrative Law*, 4.ª ed., Oxford University Press, 2011, pp. 155; William WADE / Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, 11.ª ed., Oxford University Press, 2014, pp. 259ss.

A *discretion*, segundo Craig, caracteriza-se pelo poder de efectuar escolhas entre formas de actuações ou em determinar o modo como um fim deve ser alcançado e é controlada judicialmente em três dimensões: *i*) na *forma* como é exercida, o que envolve limites à delegação (um órgão delegado não pode subdelegar) e limites legais à forma de actuação; *ii*) nos *poderes exercidos*, assegurando que eles não extrapolam os limites da lei; *iii*) no *controlo de razoabilidade* das medidas adoptadas – Paul CRAIG, *Administrative Law*, 7.ª ed, Sweet & Maxwell, London, 2012, pp. 533.

⁶ BEATSON / MATTHEWS / ELLIOTT’S, *ob. cit.*, pp. 177.

enquanto *standard* de actuação e parâmetro de controlo da actuação discricionária da Administração. Uma indagação que toma como pressuposto que a própria decisão do legislador é neste caso razoável e que não se trata, portanto, apenas de dar consagração expressa a uma dimensão do princípio da razoabilidade que possa ser ‘consumida’ – que possa esgotar-se – no controlo de proporcionalidade das medidas.

Em outras palavras, pressupomos que a presente consagração legal expressa do princípio da razoabilidade terá um âmbito de aplicação autónomo, não se esvaziando na função de mero lastro significante de outros princípios, em particular da proporcionalidade, ou seja, rejeitamos que a razoabilidade possa ser identificada com os testes da adequação ou da necessidade das medidas a partir do “consenso social acerca do que é usual e sensato”⁷.

Embora, aparentemente, seja este o sentido que lhe pretendeu imprimir o legislador, cujo propósito não terá sido tão ‘arrojado’ quanto a interpretação que aqui propomos. Mas essa é uma interpretação que não subscrevemos, desde logo por acompanhar a doutrina britânica, em especial Goodwin, no entendimento de que o que caracteriza e distingue o controlo de razoabilidade do controlo de proporcionalidade é precisamente a circunstância de que no primeiro não há lugar a ponderações ou ao balanceamento de direitos, mas apenas a um ‘*teste de relevância*’⁸.

No plano do direito administrativo global, Jan Wouters e Sanderijn Duquet propõem que o princípio da razoabilidade se autonomize

⁷ Neste caso não tem aparente relevo prático a autonomização do princípio da razoabilidade, porquanto a mesma solução sempre seria alcançada a partir da mera aplicação do princípio da proporcionalidade, como de resto se infere do acórdão do TCA-Norte, de 20.03.2015 (Proc. N.º 01527/14.2BEBRG), onde se pode ler: “*Pois que a razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado*”.

⁸ Neste sentido v. James GOODWIN, «The Last Defense of Wednesbury», *Public Law*, 2012, pp. 445-467. Mesmo os autores que naquele sistema jurídico admitem as virtudes do controlo fundado no princípio da proporcionalidade sobre o mero controlo da razoabilidade acrescentam que o primeiro não deve ser utilizado para lá do campo de aplicação dos direitos, sob pena de estender em demasia ‘o problema’ do controlo

como um ‘condutor de consenso’ (*dialogical reasonableness*)⁹, o que se compreende atento o carácter fragmentário deste ‘ordenamento normativo’, baseado numa construção *bottom-up*, onde as soluções, em muitos casos, são o resultado de desacordos que se ‘unem’ em torno de um consentimento quanto a medidas tidas como razoáveis. Neste domínio particular compreende-se a revitalização do princípio da razoabilidade como ‘mínimo denominador de juridicidade’ de decisões complexas e não unânimes.

Aliás, a nosso ver, não deixa de ser igualmente questionável a utilidade de uma tal compreensão do princípio, também no contexto dos ordenamentos jurídicos nacionais, atento o seu carácter cada vez mais fragmentário em razão da ‘internalização’ de directrizes de diferentes origens. Com efeito, hoje persistem diversas manifestações de perda de racionalidade sistémica fundada na lei (e até nas Constituições) em razão de fenómenos como a europeização ou a globalização de políticas públicas¹⁰, que geram inúmeros casos de ‘discriminações involuntárias’ ou ‘discriminações não determinadas por critérios político-sociais clássicos’ – pense-se, por exemplo, na proibição de circulação de veículos automóveis mais antigos nos centros das cidades, cuja decisão decorre da obrigação de cumprir metas europeias e internacionais em matéria de descarbonização do ambiente urbano, mas que acabam por ‘punir’ a população com menor poder de compra, limitando os seus direitos de

de proporcionalidade, que em muitos casos acaba por ‘substituir’ a ponderação do administrador pela do julgador – Timothy ENDICOTT, «Proportionality and Incommensurability», *Oxford University Legal Research Papers Series* N.º 40/2012.

Em sentido diverso, alegando que no teste de razoabilidade também existe uma ponderação sobre a relevância dos argumentos que sustentam a actuação e que no teste da proporcionalidade o juiz avalia a medida da ponderação inicial da Administração, mas sem pretender substituir-se a ela, procurando apenas testar a sua correcção e razoabilidade, por todos, Paul CRAIG, «The Nature of Reasonableness Review», *Current Legal Problems*, 2013, pp.1-37. O autor apresenta neste trabalho um conjunto significativo de exemplos em que o teste de razoabilidade se reconduz a uma ponderação judicial da medida administrativa.

⁹ Cf. Jan WOUTERS / Sanderijn DUQUET, «The Principle of Reasonableness in Global Administrative Law», *Jean Monnet Working Paper Series*, New York University School of Law, 2013.

¹⁰ Neste sentido v. Fabio MERUSI, *La Legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 88.

circulação e de liberdade de escolha em matéria de mobilidade urbana.

Assim, uma questão que, a nosso ver, merece ser considerada a partir do texto escrito do CPA, é a de saber se a intenção do legislador ao consagrar de forma expressa este novo princípio no ordenamento jurídico administrativo português não foi a de intencionalmente apresentar um parâmetro de controlo menos intenso, particularmente em relação ao princípio da proporcionalidade, para, em arrimo a soluções próximas dos sistemas de *common law*, assegurar ‘maior deferência’ no âmbito do controlo judicial da actividade administrativa de implementação de políticas, mormente no que diz respeito à escolha de critérios em matéria de alocação de recursos escassos ou de gestão do risco¹¹.

Atente-se nas seguintes hipóteses de decisões administrativas tomadas em caso de ausência de critérios legalmente estipulados: *i*) escolha do método *first-come-first-served* para a atribuição de lugares numa feira-exposição; *ii*) imposição de um limite máximo de custos admissíveis em certas rubricas no âmbito dos programas de atribuição de fundos europeus¹²; *iii*) utilização do critério da proximidade do local de residência na atribuição de vagas no ensino superior; *iv*) estipulação da regra da prioridade da população activa (dos empregados) no atendimento no

¹¹ Pense-se nos exemplos que chegam do direito europeu e da actividade desenvolvida pelo TJUE sobre o *controlo de decisões administrativas em matéria de risco*, onde se sublinha o carácter limitado do controlo judicial perante o apetrechamento científico e técnico das decisões administrativas, cada vez mais divulgado em áreas como medicamentos, alimentos, produtos químicos e organismos geneticamente modificados. Ao *leading case Pfizer* (Proc. T-13/99) – que ainda hoje constitui o ‘marco’ em matéria de aplicação judicativa do princípio da precaução, aportando inúmeros contributos essenciais para a compreensão do (limitado) papel dos tribunais perante o controlo de decisões administrativas em matéria de avaliação e gestão do risco, assim como para a metódica do princípio da proporcionalidade – seguiu-se o *caso Artgodan* (Procs. T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00 e T-141/00), onde os critérios judiciais adoptados já foram ligeiramente diferentes, uma vez que, neste caso, o TJUE considerou que a protecção da saúde humana deveria prevalecer sobre os interesses de natureza económica. Uma ‘descoordenação’ que os autores explicam pelo facto de se tratar de decisões quase simultâneas, tomadas por duas composições diferentes do tribunal – v. José Luís da CRUZ VILAÇA, *EU Law and Integration. Twenty Years of Judicial Application of EU Law*, Hart Publishing, 2014, pp. 321-354 –, mas que não tranquiliza quem busca nas soluções judiciais uma fonte de certeza e segurança, pois o resultado é o de uma patente subjectividade na realização judicativa do direito.

¹² Esta hipótese tem sido objecto de recorrentes decisões na nossa jurisprudência. O Supremo Tribunal Administrativo, de resto, vem afirmando que o controlo da elegibilidade

serviço nacional de saúde; v) utilização do critério do bônus de assinatura mais elevado para a atribuição de licenças para construção de infra-estruturas turísticas em locais previamente seleccionados.

Todas estas hipóteses são *escolhas políticas* (*escolhas de implementação de políticas*) em forma de decisões administrativas no quadro do exercício de poderes discricionários; para cada uma delas existem alternativas válidas; todas se reconduzem a um problema intrinsecamente ligado à função administrativa contemporânea, especialmente vocacionada para a gestão da escassez¹³, e a questão que se coloca é a de saber se em sede de controlo judicial destas medidas o tribunal há-de socorrer-se do *princípio da proporcionalidade*, e assim avaliar as escolhas em função do critério da adequação, necessidade e justa medida, ou se há-de limitar-se a um *controlo de mera razoabilidade*, para não frustrar nem interferir com a prossecução das políticas públicas pela Administração.

A posição que aqui defendemos vai no segundo sentido, que será, em nosso entender, o que mais se ajusta ao momento actual e ao ‘novo direito administrativo’¹⁴, razão pela qual entendemos este ‘aditamento’ ao CPA como um reconhecimento de autonomia à condução de políticas públicas pelas entidades administrativas e uma ‘desconstrução do momento

das despesas no financiamento de certas acções de formação está adstrito a critérios de razoabilidade – vide, entre outros, os Acórdãos de 15.5.03 (Proc.º n.º 264/03), de 12.10.04 (Proc.º n.º 138/04), de 27.10.04 (Proc.º n.º 1535/03) e de 19.04.05 (Proc. n.º 752/03).

¹³ Sobre o tema, por todos, Ferdinand WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren: Die staatliche Verteilung knapper Güter. Verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010; e, por último, Luis ARROYO / Dolores UTRILLA (dir.), *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

Sublinhe-se, porém, que não deve confundir-se a *administração como gestão da escassez* com a *legitimação das decisões administrativas por motivos estritamente financeiros*, por exemplo, não é legítimo recorrer à expropriação com o propósito exclusivo de adquirir um bem para a prossecução do interesse público a um preço mais baixo do que o preço de mercado ou apor um modo (cláusula acessória) a um acto de licenciamento de construção de um edifício industrial ou comercial, com o exclusivo propósito de obter a construção de infra-estruturas rodoviárias a custo zero para o município – estas situações reconduzem-se no direito britânico a um caso típico (*financial motives*) de *abuse of discretion*, v. William WADE / Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, ob. cit., pp. 338.

¹⁴ Veja-se o que já defendemos no nosso, *Um novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

neoconstitucional’ que ‘colonizou’ a teoria e a dogmática do direito administrativo do pós-guerra. No fundo, encontramos nesta modificação legislativa uma aproximação ao controlo judicial da actividade administrativa no contexto do modelo britânico – em particular, o controlo judicial da *discretion* – onde o princípio da separação de poderes ainda é interpretado como um pilar essencial do “Estado de Direito”. Um modelo que, a nosso ver, se tem revelado como um dos mais ‘resilientes’, lúcidos e moderados perante os impulsos imponderados de um discurso ‘populista’ e não sustentado de realização judicial dos direitos humanos.

2. A razoabilidade e a *reasonableness*

Com efeito, um elemento que pode ajudar na compreensão e densificação do sentido da proposta interpretativa da modificação do CPA que aqui apresentamos é a comparação com o instituto da *reasonableness* do sistema britânico e do sistema norte-americano. Trata-se de um instituto da *administrative law*, que naqueles sistemas se reconduz, maioritariamente, à questão do controlo judicial da actividade administrativa¹⁵.

Tal como sucede entre nós com o princípio da legalidade da administração, também nos sistemas britânico e norte-americano a *administrative law* tem como pressuposto essencial que as entidades administrativas actuam limitadas pelo disposto na lei, cabendo em primeira linha aos tribunais o controlo do respeito por essa dimensão para neutralizar o ‘abuso’ do poder executivo¹⁶ – “*doctrine of ultra vires*”.

Mais tarde, a doutrina britânica haveria de ampliar o sentido deste controlo ‘*ultra vires*’, incluindo nos fundamentos de invalidade das

¹⁵ Neste sentido v. Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, 2010, 432.

¹⁶ O ‘abuso de poder’ não tem neste caso qualquer conotação de intencionalidade dolosa ou má-fé, mas apenas o sentido de um desvio à lei, que pode resultar do seu carácter impreciso e incerto, e que acaba por reconduzir os actos da Administração a situações de “*acts without power, in excess of power or abuses power*” – v. William WADE / Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, ob. cit., 2014, pp. 27-28.

actuações administrativas também a violação dos princípios naturais de direito, da razoabilidade, dos limites da ‘delegação de poderes’ e até das ‘condições de fiscalização da decisão’. No fundo, na falta de uma constituição escrita, o essencial deste sistema reconduz-se à garantia dos elementos ‘estatutários’ da organização do sistema político e a um cumprimento rigoroso do princípio da separação de poderes.

Neste contexto, o papel dos tribunais é fundamental na complementação das soluções doutrinárias. É desde logo à jurisprudência que se deve a sistematização dos ‘graus de invalidade’ das actuações administrativas. Em 1983, no caso *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* (conhecido como ‘*GCHQ case*’), pela mão de Diplok, surge pela primeira vez a referida sistematização, com a identificação de três fundamentos de invalidade – ‘*illegality*’ (avaliação do cumprimento do disposto na lei) ‘*reasonableness*’ (o teste de razoabilidade conhecido como ‘*Wednesbury reasonableness*’¹⁷) e ‘*procedural impropriety*’ (desconformidades no procedimento adoptado, mesmo que não se consubstanciem em uma violação do direito material) –, bem como uma primeira alusão à proporcionalidade como possível futuro parâmetro de validade dos actos da administração.

O ‘*Wednesbury reasonableness*’ surge no sistema britânico como *standard* de controlo das decisões administrativas e tem como *leading case* a decisão do *Court of Appeal*, de 1948, no caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* (1KB223). Discutia-se a decisão de proibir a entrada de crianças com menos de 15 anos no cinema, aos Domingos, adoptada pela entidade administrativa, ao abrigo do disposto na *Sunday Entertainments Act 1932*, diploma que lhe conferia o poder para autorizar a abertura dos cinemas ao Domingo “segundo as condições que julgasse adequadas”. Chamado a pronunciar-se, o Tribunal sublinhou, em primeiro lugar, que o legislador parlamentar optara por conceder à entidade administrativa um ‘poder discricionário’, e que, nessa medida, o tribunal não funcionava como um normal tribunal de apelação

¹⁷ O teste de ‘razoabilidade’ distingue-se do teste de ‘racionalidade’, pois o primeiro analisa se as razões são validadas por uma fundamentação e o segundo apenas se a decisão está ou não provida de alguma razão – v. William WADE / Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, ob. cit., pp. 295.

(*appeal*) a quem competia analisar se o direito tinha sido ou não bem aplicado, mas apenas como um tribunal de fiscalização (*review*), a quem competia somente verificar a legalidade da actuação¹⁸. Isto significava que o controlo teria de ser um controlo de mera razoabilidade, ou seja, a decisão só deveria ser ‘invalidada’ se resultasse claro que uma qualquer autoridade razoável não a teria adoptado¹⁹.

No entender deste julgado, ao tribunal não cabe o papel de julgar a ponderação realizada pela autoridade administrativa, pois esta foi escolhida pelo Parlamento para decidir, precisamente pela experiência e conhecimento que possui, e só quando resulte claro que a mesma exorbitou os seus poderes, actuando por capricho ou de forma arbitrária (não tomando em consideração elementos que obrigatoriamente deveria ter ponderado ou tomando em consideração elementos a que não deveria ter atendido), é que o tribunal deve intervir.

As razões avançadas pela doutrina britânica para esta autocontenção do poder judicial são, essencialmente, três: *i*) o *imperativo constitucional* decorrente da outorga expressa do poder de decisão às entidades administrativas pelo Parlamento, fundamentando-se esta ‘delegação’ na experiência e no conhecimento de que aquelas dispõem e que é considerado essencial para a tomada de decisão em concreto; *ii*) a *falta de ‘expertise’ dos tribunais* para analisar e avaliar a qualidade das decisões tomadas pelas autoridades; e *iii*) o *imperativo democrático* que sustenta em última instância as decisões administrativas a partir do sistema eleitoral²⁰.

Mais tarde, com a difusão no sistema britânico dos direitos humanos, em especial com a entrada da Inglaterra no Conselho da Europa e no ‘sistema da Convenção de Direitos do Homem e do Cidadão’ em 1950 e, posteriormente, com a entrada em vigor, em 1998, do *Human Rights Act*,

¹⁸ O tema do controlo judicial da actividade administrativa tem sido tratado entre nós por Vieira de Andrade a propósito dos limites funcionais da justiça administrativa, onde o autor estabelece uma diferença entre a ‘autoria’ e a ‘fiscalização’, alertando assim para a necessidade de autocontenção do poder judicial no contexto do controlo da actividade da Administração – José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 80-83.

¹⁹ Por todos, William WADE / Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, ob. cit., pp. 26-27.

²⁰ Argumentos sintetizados no *GCHQ case*.

assistiu-se a uma tendencial ‘substituição’ deste controlo da razoabilidade por um controlo de *proporcionalidade*, considerando-se que a metódica deste ‘novo’ princípio da proporcionalidade, mesmo ajustada ao sistema britânico, (*i. e.* não inteiramente coincidente com a que havia sido disseminada pelo Tribunal Constitucional Alemão), era mais precisa e rigorosa do que o controlo de mera razoabilidade. Uma proposta de ‘substituição’ para a qual muito contribui também o aumento crescente da influência do direito europeu²¹.

As reacções, porém, foram muitas e contraditórias: *i)* por um lado, os receios da descaracterização do sistema levaram a apelos a um ‘endurecimento’ do controlo de razoabilidade numa versão mitigada, chegando mesmo a ser avançadas algumas propostas no sentido de reduzir o controlo judicial aos casos em que as autoridades actuassem de má-fé ou baseadas em fundamentos impróprios; *ii)* por outro lado, ouviram-se apelos à generalização da *proportionality-style review* e ao abandono definitivo de um controlo de razoabilidade, considerado já demasiado *soft*.

No fim, triunfou, no contexto de um modelo jurídico baseado na ‘cultura da justificação’, a coabitação dos dois controlos: *i)* reservando-se o de proporcionalidade para os casos em que se avalia a protecção dos direitos humanos²², expectativas legítimas ou em que está em causa a aplicação do direito europeu, e; *ii)* mantendo-se o controlo de razoabilidade para os casos em que se avaliam, à luz do direito interno, as decisões discricionárias da Administração (a *discretion*) que não contendem com direitos, mas sim com a prossecução e a implementação de políticas, onde a *expertise* das entidades administrativas e a sua legitimação democrática

merece um *standard* de controlo mais deferente, como aquele que resulta do teste da razoabilidade²³.

Já no direito norte-americano a *reasonableness* assume outro sentido e outra função, em especial como decorrência do modelo presidencial²⁴. Embora seja apontada por alguns como um *standard* geral que perpassa todo o sistema jurídico – desde a regra da ‘*reasonable person*’ na qualificação da negligência dentro dos graus de culpa, passando pela proibição de ‘*unreasonable searches and seizures*’ consagrada na 4.^a Emenda em matéria de buscas e pela ‘*rule of reason*’ como parâmetro de avaliação das medidas admitidas e proibidas pelo direito da concorrência²⁵ – a *reasonableness* surge essencialmente ligada ao controlo judicial dos actos da Administração, tendo consagração expressa no §706(2) da ‘*Administrative Procedure Act*’ (*APA*), onde se prevê a invalidação dos actos que o tribunal considere “*arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law*” – ‘*arbitrary and capricious review*’.

Mais divulgados, porém, são a acepção da *reasonableness* associada: *i)* primeiro, ao controlo mais intenso das decisões das *agencies* sob o *standard* ‘*arbitrary and capricious review*’ (‘*hard look review*’), pelo qual a Supreme Court, em 1983, anulou a decisão da ‘*National Highway Traffic Safety Administration*’ de revogar a obrigação de utilização de *airbags* e cintos de segurança nos veículos automóveis novos (*Motor Vehicles Manufacturers Association v. State Farm, 463 U.S. 29*)²⁶; e, *ii)* segundo, ao

²¹ Sobre a ‘adaptação’ do controlo da proporcionalidade no sistema britânico e os principais *leading cases* remetemos para o nosso, «O *tetralemma* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade», *Boletim da Faculdade de Direito*, 2013 (88), pp. 639-678.

²² Vale a pena sublinhar, para que se compreenda bem a diversidade entre os modelos jurídicos, que uma parte da *administrative law* trata de questões ligadas ao controlo de medidas de polícia criminal, como buscas, detenções e apreensões, o que ajuda a compreender a importância do *standard* de controlo baseado na proporcionalidade.

²³ Assim também William WADE / Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, ob. cit., pp. 317.

²⁴ Neste sentido, Elizabeth MAGILL / Daniel ORTIZ, «Comparative positive political theory», Rose-Ackerman / Lindseth (ed.) *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2013, pp. 134-147.

²⁵ Para uma síntese v. David ZARING, «Rule by Reasonableness», *Administrative Law Review*, n.º 63, 2011, p. 525-560.

²⁶ A questão que se discutia opunha o interesse público da segurança rodoviária aos interesses da indústria automóvel e tinha como elementos de facto diversos estudos sobre as vantagens e desvantagens daqueles elementos de segurança passiva. Alguns autores viram nesta decisão da entidade reguladora uma cedência ao *lobby* industrial com claro prejuízo para os cidadãos (para a segurança rodoviária), outros, contudo, sublinharam a neutralidade da decisão do regulador e o facto de ela ter como pressuposto a necessidade e a promessa da indústria no sentido de melhorar e aperfeiçoar o sistema de protecção activa em matéria de segurança rodoviária, de modo a corrigir os problemas assinalados nos testes de segurança daqueles dois instrumentos de segurança passiva.

parâmetro ‘*Chevron deference*’, ou seja, à densidade do controlo judicial de direito sobre as medidas adoptadas pelas *agencies* nas suas áreas de regulação, com base em interpretações de normas ambíguas, imprecisas ou incompletas dos respectivos estatutos, o que consubstancia uma parte relevante da *administrative law* norte-americana²⁷.

No caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, de 1984 (67 U.S. 837), que constitui o segundo precedente aqui em análise, discutiu-se o problema do *standard of review* que o tribunal deveria aplicar às decisões das *agencies* adoptadas ao abrigo dos seus ‘poderes estatutários’ conferidos pelo legislador (decisões que naquele sistema adquirem, segundo esta decisão, uma natureza ‘para legal’ – *force of law*), tendo aí ficado definido a ‘*Chevron two-steps approach*’. Segundo este *standard*, em caso de ambiguidade ou incompletude da lei, pertence à *agency* o poder de interpretar a lei, *i. e.*, de auto-conformar os seus poderes de actuação, cabendo ao tribunal um papel secundário de *verificação da razoabilidade* da interpretação adoptada, ou seja, de comprovação se essa solução se pode considerar ‘*based on a permissible construction of the statute*’ – o que a doutrina apelida como ‘*reasonable agency standard*’²⁸.

Importa sublinhar que no sistema norte-americano é dada especial ênfase ao princípio da separação de poderes²⁹, designadamente ao

O Tribunal sublinhou, contudo, que os argumentos utilizados pela *agency* não tinham sido correctamente explanados e que só os argumentos que fundamentavam a medida podiam ser analisados pelo Tribunal no âmbito do controlo judicial. Ainda assim os autores entendem que este é um caso e ‘excesso de controlo’ – *v. Jodi FREEMAN / Adrian VERMEULE, «Massachusetts v Epa: from politics to expertise», 2007 (http://ssrn.com/abstract= 1008906).*

²⁷ No sentido de que a *administrative law* norte-americana se tem desenvolvido essencialmente como um corpo normativo disciplinador do poder dos tribunais no controlo das actividades das *agencies* *v. Thomas MERRILL, «The origins of American-style judicial review», Rose-Ackerman / Lindseth (ed.) Comparative Administrative Law, Edward Elgar, 2013, pp. 389-414.*

²⁸ No essencial, trata-se de aplicar à fiscalização das decisões das *agencies* um parâmetro equiparado ao dos recursos judiciais, em que os tribunais de recurso respeitam uma margem de *expertise* dos tribunais *a quo* na valoração de elementos de facto e na sua subsunção ao direito.

²⁹ Para muitos, esta ideia finalística e plástica que preside à ‘*American-style judicial review*’ é que permitiu o desenvolvimento da *administrative law* com as características específicas que ela assume naquele sistema – *Thomas MERRILL, «The origins of American-style judicial review», ob cit., pp. 410.*

problema da legitimação democrática dos actos, assim como ao amplo controlo judicial dos mesmos, pelo que existe uma preocupação no sentido de evitar que a deferência no controlo judicial dos actos das *agencies* resulte numa ‘fraude ao princípio da legalidade e ao princípio do controlo judicial’. Assim, nos casos em que as *agencies* não estão apenas a interpretar os seus poderes estatutários, mas sim a proceder à respectiva modulação, ou mesmo à sua ampliação por via de uma interpretação extensiva, terão de observar ‘*notice-and comment procedures*’, sob pena de não se aplicar o *standard* de deferência no controlo. E também o uso de meios informais – ‘*guidance*’, ‘*office manuals*’, ‘*letter rulings*’, ‘*briefs*’ – impõe a adopção de ‘*notice-and comment procedures*’ para assegurar a deferência – algo que resulta da ‘*Skidmore deference*’³⁰.

Também neste sistema encontramos muitos críticos, para alguns o ‘*reasonable agency standard*’ confere excessiva *deferência* ao poder político-administrativo, indiciando, pela proximidade com a deferência (‘*margin of discretion*’) que caracteriza a *judicial review* legislativa (dos actos do Congresso), que a actividade administrativa é também uma dimensão onde a política prepondera na decisão, pelo que o controlo judicial há-de ser moderado. Em contraposição, outros apelam a uma maior interferência do poder judicial nas dimensões substantivas das decisões das *agencies*, alegando, precisamente, a sua falta de base democrática de legitimação, em confronto com um poder judicial, também ele fundado em bases político-democráticas.

A discussão na doutrina norte-americana é intensa e parece inconclusiva, pois o que a maior parte dos estudos consegue aportar é apenas um alinhamento dos partidários de cada posição. A única compreensão mais abrangente, e por isso mais profícua, é a que busca contextualizar este tema no respectivo sistema político, na perspectiva do direito comparado, e mostra que historicamente o papel das *agencies* aponta para uma tentativa de prossecução de políticas próprias (base da sua independência), buscando o suporte, de forma oportunista, ora

³⁰ Sobre o tema *v. Philip HAMBURGER, Is Administrative Law Unlawful?, University of Chicago Press, 2014, pp. 315.*

no Congresso ora no Presidente, sabendo que estes órgãos são, em regra, dominados por orientações políticas antagónicas³¹.

Uma realidade que está por isso bastante distante do fundamento da *discretionariedade* nos sistemas continentais e também da *discretion britânica*, cuja compreensão é indissociável do regime parlamentar, o que significa que o Parlamento é, em princípio, soberano para limitar os próprios actos de controlo do exercício do seu poder, entre os quais se inclui o de ‘delegação’³².

Pela nossa parte, subscrevemos a tese de Rubin³³ sobre a desactualização do ‘*Administrative Procedure Act*’ e do modo como este perspectiva a *administrative judicial review*, por não estar ajustada a um modelo de *governance* e sim ainda desenhada para um sistema de administração baseado na produção normativa pelo legislador e na ‘*adjudication*’ pelo poder judicial, ou seja, um sistema que não toma em consideração o novo *modus operandi* do ‘*Administrative State*’ (conjunto de instrumentos racionais de implementação de políticas), em que a *governance* pressupõe a definição de prioridades (‘*priority setting*’), a alocação de recursos (‘*resource allocation*’), a investigação (‘*research*’), o planeamento (‘*planning*’), a fixação de objectivos (‘*targeting*’), a orientação de comportamentos (‘*guidance*’) e a realização estratégica (‘*strategic*

³¹ Cf. Elizabeth MAGILL / Daniel ORTIZ, «Comparative positive political theory», *ob. cit.*, pp. 137 e Bruce ACKERMAN, «New Separation of Powers», *Harvard Law Review*, Vol. 113, N.º 3, 2000, pp. 633-725.

³² Apesar disso, a jurisprudência ter vindo a acentuar que a regra da ‘rule of law’ pode nestes casos ser suficiente para considerar ‘não direito’ uma decisão legislativa adoptada pela maioria parlamentar que suporta o Governo, no sentido de impedir ou inviabilizar o controlo judicial dos actos emanados por este.

Sobre o tema destacam-se duas decisões judiciais em que, *obiter dicta*, a *House of Lords* expressou o seu entendimento sobre alguns limites do poder parlamentar: em primeiro lugar no caso *R. (Jackson) v. A-G*, de 2005 e mais recentemente no caso *AXA General Insurance Ltd v. Lord Advocate*, de 2011. Para os autores mais ‘ortodoxos’, o parlamentarismo e a sua supremacia são vistos em si como uma ‘criação da jurisprudência’ em função do ‘sistema constitucional’ o que significa que a supremacia parlamentar não beneficia da autonomia que muitas vezes se lhe atribui em relação ao controlo judicial das suas medidas – v. Lord BINGHAM, *Rule of Law*, Penguin, 2010.

³³ Edward RUBIN, «It’s Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative», *Cornell Law Review*, Vol. 89, 2002, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=412584>.

enforcement’). Segundo o autor, a ‘administrativização’ do APA impõe um controlo baseado em objectivos e meios utilizados para a prossecução dos mesmos, onde a parte executiva é essencialmente controlada no plano interno, através da participação do Presidente do Congresso.

Este recorrido breve e sintético pelas acepções britânica e norte-americana da *reasonableness* é importante para ajudar a compreender a interpretação que propomos para o recente aditamento entre nós do princípio da razoabilidade no CPA: a *consagração de um parâmetro de controlo judicial menos intenso em matéria de discretionariedade de implementação de políticas públicas*.

As vantagens que associamos a esta proposta interpretativa são óbvias e vão ao encontro do que temos defendido em escritos anteriores – combater a judicialização das políticas públicas, que constitui um caminho fácil na alegada promoção das garantias dos administrados em alternativa à implementação de novos instrumentos de controlo interno das decisões administrativas –, mas não podemos igualmente deixar de confessar as enormes reservas que esta solução suscita num país onde a democracia não tem o *status* consolidado de matrizes políticas como a britânica e a norte-americana, nem a Sociedade tem a organização e o vigor daqueles modelos. Apesar disso, acreditamos que o caminho certo será a implementação dos controlos internos e não a judicialização dos litígios respeitantes à implementação das políticas públicas.

3. A razoabilidade como novo *standard* hermenêutico no domínio das actuações vinculadas

Outro ponto essencial do estudo das transformações recentes do direito administrativo radica na (re)compreensão do princípio da legalidade. Tivemos, de resto, já oportunidade de aludir ao seu percurso evolutivo: primeiro como limite à actuação da Administração em matérias que pudessem consubstanciar uma lesão para os direitos ou interesses dos administrados³⁴; mais tarde como medida e fundamento

³⁴ Sobre esta compreensão no seu momento histórico v., por todos, Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.^a ed. Almedina, Coimbra, 1997, pp. 30.

de toda a actividade administrativa³⁵; seguindo-se uma reinterpretação deste sentido da legalidade para uma noção mais ampla do quadro normativo-axiológico, típico do que podemos denominar como a “época da expansão dos princípios”³⁶, que caracterizou o neoconstitucionalismo continental europeu; e, por último, um sentido fragmentário da legalidade, que representa a contemporaneidade, e que se deve, fundamentalmente, à emergência de cadeias (e redes) normativas de legitimação do agir administrativo de base transnacional (europeia, internacional e global)³⁷.

E é no que podemos denominar como momento actual do direito administrativo que a questão dos princípios volta a ganhar ênfase. Não já na acepção neoconstitucionalista de finais do Séc. XX³⁸, em que os princípios foram apresentados como instrumentos da transformação da autoridade do poder em legitimação do poder no contexto do seu exercício (ou modo de exercício), com o propósito de assegurar um valor superior ao da realização do interesse público, como era o da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana (na qual se haveria de incluir também a dimensão prestacional do mínimo para uma existência condigna) e o respeito pelos direitos dos indivíduos. Mas agora como sentido e significante garantidor da legitimação da acção, no contexto de um sistema que perdeu a sua ‘ordem tradicional’, ou seja, como sucedâneo de ordenação no contexto da hierarquia normativa perdida.

³⁵ Uma compreensão que pode ser lida em Rogério SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955; e em FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 42ss.

³⁶ Por todos, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, «O Ordenamento Jurídico Administrativo», *ob. cit.*, pp. 40 e *O Dever de Fundamentação dos Actos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1991.

³⁷ Por todos, Fabio MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, il Mulino, Bologna, 2007 e *La legalità*, *ob. cit.*

³⁸ Ao referirmo-nos ao ‘neoconstitucionalismo do Séc. XX’, que encantou uma geração de juristas europeus e portugueses (e que hoje parece, felizmente, limitar este encantamento à América Latina), estamos a referir-nos, essencialmente, à ‘corrente do constitucionalismo’, particularmente divulgada nos países que transitaram mais tardiamente para a democracia (como Portugal) e que se caracterizava, essencialmente, pela fé na força normativa do texto constitucional e nos mecanismos judicializados de garantia de um certo ordenamento axiológico-normativo regulador da Sociedade e do Estado, que teve em nomes como Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Hesse e Ferrajoli alguns dos principais cultores – Miguel CARBONELL, «El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis», Carbonell / García Jaramillo, *El Canon Neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 153-164.

Em suma, no ‘momento neoconstitucional’ os princípios sustentavam um modelo que pretendia defender/garantir o indivíduo (o administrado nas suas diversas vestes) perante o poder administrativo, justificando esse reforço de protecção com as insuficiências do princípio da legalidade, em especial de uma acepção formal da legalidade; no ‘momento actual’, contudo, e não obstante os princípios continuarem ainda a assegurar esta finalidade (embora num contexto menos ‘voluntarista’ e mais efectivo), busca-se através deles, antes de mais, a segurança jurídica que as redes normativas em si não garantem, assim como proporcionar a confiança possível a todos os actores e operadores jurídicos, incluindo à própria Administração.

Ora, a garantia destes novos objectivos impõe uma releitura dos *subprincípios* do princípio da legalidade.

Em matéria de *preferência ou prevalência de lei*, este subprincípio opera nos termos tradicionais onde a hierarquia existe (a lei como limite ao conteúdo dos actos inferiores), mas carece muitas vezes de um esforço hermenêutico novo quando se procura identificar o *parâmetro-limite* da actuação neste sistema incompleto, fragmentário e onde coexistem estruturas normativas sem recondução à cadeia hierárquica tradicional. É o que sucede, por exemplo, quando estamos no domínio da *prevalência ou preferência aplicativa do direito europeu*³⁹.

Em matéria de *reserva de lei* a situação apresenta-se ainda mais complicada, porquanto o *parâmetro-fundamento* da actuação administrativa é hoje muito complexo, pense-se, por exemplo, nas situações em que o próprio legislador apresenta soluções legais que são supletivas em relação a soluções pactuadas e contratualizadas, as quais são entendidas

³⁹ Veja-se o caso da “tributação à saída” (Proc. C-38/10, de 06.09.12), em que o Tribunal de Justiça da União Europeia condenou o Estado português, considerando que as normas dos arts. 76.º-A, 76.º-B e 76.º-C do CIRC violavam o artigo 43.º do TCE (actual artigo 49.º do TFUE) ao imporem a tributação imediata das mais-valias não realizadas, em caso de transferência da sede e da direcção efectiva de uma sociedade portuguesa para outro Estado-Membro ou em caso de transferência dos activos de um estabelecimento estável situado em território português para outro Estado-Membro. Esta foi uma decisão judicial “inesperada”, na medida em que o legislador nacional e a sua administração tributária se viram confrontados com a ‘invalidade’ de um regime legal em matéria tributária, que sustentara diversos actos tributários em relação aos quais nenhuma objecção poderia suscitar-se no plano do direito interno.

e apresentadas como preferíveis – é o resultado da contratualização de poderes públicos em áreas como a planificação urbanística, de que constituem exemplo os contratos para planeamento (artigo 79.º e ss. do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de Maio) ou da consensualização em áreas como o ambiente e a conservação da natureza, onde encontramos o exemplo das medidas de compensação ambiental na implementação de projectos com impacte ambiental (artigo 17.º/2b da Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril) –, ou naquelas em que a prossecução do interesse público fica na dependência do bom funcionamento de instrumentos de mercado, por estes serem os únicos ajustados à prossecução daqueles objectivos – é o caso dos mercados de carbono como instrumentos adequados à redução das emissões poluentes⁴⁰.

E mesmo a *reserva parlamentar de lei*, para a qual a doutrina reclamou uma *especial densidade normativa*⁴¹ de modo a assegurar o cumprimento de uma determinada compreensão do princípio democrático, vê hoje a sua relevância diminuída com a perda relativa de autonomia do legislador nacional (a redução drástica da respectiva liberdade de conformação) perante fenómenos como o da ‘regulação transnacional do desenvolvimento sustentável’, que culmina com o reforço do *princípio da integração* em temas como o ambiente, a fiscalidade e a até a modelação

⁴⁰ O objectivo da política nacional em matéria de emissões ficou na dependência do sistema europeu – primeiro com a Directiva 2003/87/CE, de 13 de Outubro, e posteriormente com a Directiva 2009/29/CE, de 23 de Abril, que altera a Directiva 2003/87/CE, a fim de melhorar e alargar o regime comunitário de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa – e dos instrumentos por este instituídos para a negociação dos títulos de emissões e dos créditos de carbono – primeiro com a atribuição de licenças gratuitas, depois com a criação dos leilões (Decisão 2011/278/CE e Regulamento 1031/2010, de 12 de Janeiro) e, por último, com o regime especial dos ‘sectores sujeitos a risco de fuga’. Para uma visão global crítica deste regime jurídico, que não tem contribuído para a redução de emissões nem para a inovação tecnológica nesta matéria v. Lorena MELCHOR LLOPIS, «La asignación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión?», Isabel Rodríguez Martínez (Dir.), *La Negociación de Emisiones GEI en los Mercados de Carbono: Régimen y Regulación*, Thomson-Aranzadi, 2014, pp. 65-81.

⁴¹ Cf. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, «O Ordenamento Jurídico Administrativo», *ob. cit.*, pp. 40.

do conteúdo dos direitos fundamentais perante a emergência de um sistema transnacional de protecção e garantia jurisdicional dos mesmos⁴².

Neste contexto, o *princípio da razoabilidade* assume um papel estrutural, funcionando como o elemento de conexão relevante na construção da solução jurídica mais ‘acertada’ quando o quadro normativo é complexo. Mas isto representa um esforço hermenêutico adicional para a jurisprudência, que a par dos tradicionais elementos da interpretação jurídica – literal, histórico, sistemático e teleológico – passa a contar também com um novo elemento (o elemento racional ou lógico) cuja função é determinar o elemento de conexão relevante para o sentido da norma.

⁴² Recorde-se que o *desenvolvimento sustentável* é um dos oito objectivos do desenvolvimento para o Millennium firmados pela ‘comunidade jurídica mundial’ e que isso tem conduzido a uma preocupação crescente em matéria de criação de regimes jurídicos que promovam activamente a sustentabilidade ambiental. É neste seguimento que a *International Law Association* identificou, em 2002, na denominada ‘Declaração de Nova Delhi’, os oito princípios do desenvolvimento sustentável: uso sustentável dos recursos naturais; igualdade e erradicação da pobreza; responsabilidades comuns mas diferenciadas; precaução em matéria de saúde humana, recursos naturais e ecossistema; participação pública e acesso à informação e à justiça; boa governança; integração e interdisciplinaridade em matéria de direitos humanos e sociais e objectivos económicos e ambientais.

Neste contexto, o *princípio da integração* impõe uma regulação global orientada para o desenvolvimento sustentável, onde o ambiente, a socialidade e a economia são ponderados em conjunto, pelo que a realização deste princípio não se basta hoje com a adopção de regimes jurídicos como a avaliação de impacte ambiental ou a avaliação ambiental estratégica, impondo antes novos institutos em áreas de *regulação transversal socio-económica-ambiental*, como a contratação pública sustentável, a mobilidade sustentável, as cidades sustentáveis, regime de regulação das energias renováveis, agricultura sustentável, pesca sustentável, comércio internacional sustentável – sobre o tema v. Sébastien JODOIN, «The Principle of Integration and Interrelationship in Relation to Human Rights and Social, Economic and Environmental Objectives», *Legal Working Paper in the e Centre for International Sustainable Development Law “Recent Developments in International Law Related to Sustainable Development” Series*, Março, 2005.

Trata-se, portanto, de um tema especialmente complexo e interdisciplinar, onde a política tem um papel central na garantia da sua efectividade (Vital MOREIRA, *Trabalho Digno para Todos – Cláusula Laboral no comércio externo da União Europeia*, Coimbra Editora, 2014 e o nosso «Algumas Reflexões sobre a Responsabilidade Ambiental no Sistema Jurídico do Investimento Estrangeiro», *Risco e Ambiente*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) e que, mais uma vez, alerta para as insuficiências e os riscos que um controlo judicial de mérito necessariamente enfrentará, mas onde um controlo de razoabilidade é necessário e essencial.

Daqui resultarão certamente novas cambiantes no contexto das soluções alcançadas em sede de “concretização aplicativa do direito” e também de “realização judicativa” do mesmo. O que de resto se impõe no contexto de um alargamento da base normativa da juridicidade, que permite ampliar o catálogo da “*interpretação em conformidade*”, juntando-se à *interpretação em conformidade com a Constituição*, a *interpretação em conformidade com o direito europeu*, a *interpretação em conformidade com o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais*, a *interpretação em conformidade com o sistema de protecção ambiental e do clima*, a *interpretação em conformidade com o sistema do comércio internacional*, ou a *interpretação em conformidade com o sistema de protecção do investimento estrangeiro*.

Um resultado que, em nosso entender, estará intimamente associado a um necessário aprofundamento da *judicial dialogue* no cenário globalizado – *i. e.*, um cenário onde a referência às decisões judiciais de outros países e de outros ordenamentos jurídicos, como o europeu e o internacional, é fundamental para garantir a razoabilidade de muitas soluções – particularmente no contexto da *European law*⁴³.

Mas estarão os tribunais nacionais preparados para esta transformação? E será esse o sentido do preceito do CPA?

É que no *plano administrativo* a estrutura deste diálogo está implementada, fruto da proliferação das estruturas tecnocráticas, não só europeias (ex. comitologia, agências), mas também internacionais e globais (ex. participação das estruturas administrativas nacionais em comités de programação e de planeamento estratégico em diversas áreas de regulação económica e social, particularmente na dependência da ONU). O ‘trabalhar e pensar em conjunto e de forma interdisciplinar’ o interesse público é uma realidade estruturante, que sustenta e fundamenta a actividade administrativa contemporânea, mesmo antes de ela se consubstanciar em medidas político-legislativas legitimadas pelos

processos democráticos internos – algo que é hoje uma realidade em áreas como a segurança alimentar ou a autorização de introdução no mercado de medicamentos.

Já a *realização judicativa do direito* carece destas estruturas de suporte, o que nos deve levar a questionar o sentido e os objectivos essenciais do actual controlo judicial das medidas. Assim, compreende-se que a posição da jurisprudência seja mais ‘conservadora’ quando aprecia a ‘força irradiante’ dos princípios no domínio das actuações vinculadas ou quando a discricionariedade surge associada à implementação de políticas públicas.

Mas essa posição conservadora não pode ser tão restrita que resulte na neutralização da própria actividade de controlo quando a actuação administrativa se baseia em soluções legais expressas, como tem sido sufragado entre nós pelo Supremo Tribunal Administrativo, ao afirmar, por exemplo, que “*os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da proporcionalidade funcionam como limites da discricionariedade, só neste domínio encontrando a sua justificação, ou seja, tais princípios só se configuram como fonte autónoma de invalidade quando a Administração goze de liberdade para escolher o comportamento a adoptar, não relevando no domínio da actividade vinculada*”⁴⁴ ou ainda que “[a] afirmação de que a autoridade recorrida não violou qualquer “*vinculação legal ou constitucional, nomeadamente o princípio da razoabilidade*”, quer a sentença significar que a Administração exerceu um poder vinculado, sem margem de conformação, domínio de acção no qual aqueles princípios não têm relevo autónomo”⁴⁵.

E é precisamente esta interpretação restrita do sentido do controlo judicial da actividade administrativa vinculada que, a nosso ver, o legislador pretendeu reverter ao estipular expressamente no artigo 6.º do CPA que o *princípio da razoabilidade* se há-de aplicar *também* como fundamento para afastar certas soluções fundamentadas na interpretação das normas jurídicas, mesmo no domínio vinculado de actuação.

⁴³ V., por todos Francis JACOBS, «Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice», *Texas International Law Journal*, Vol. 38, 2003, pp. 547-556; Allan ROSAS, «The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue», *European Journal of Legal Studies*, 2007, pp. 1-16; MADURO / TUORI / SANKARI, *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge University Press, 2014.

⁴⁴ Cf. Acórdãos de 25.01.2006 – Rec. 11/03, de 22.04.2004 – Rec. 1.200/03, de 05.12.2002 – Rec. 1.130/02, de 13.01.2000 – Rec. 36.585, de 13.05.99 – Rec. 42.161, de 20.02.97 – Rec. 36.676, e do Pleno de 20.01.98 - Rec. n.º 34.779

⁴⁵ Cf. Acórdão do STA, de 19 de Abril de 2005, Proc. n.º 994/04.

Mais, o teor literal do preceito apresenta não só uma *orientação positiva de acção* (um comando) para os tribunais – eles devem anular decisões administrativas, mesmo em domínios de actuação vinculada, com fundamento na violação do princípio da razoabilidade, ou seja, que se sustentem numa interpretação jurídica desrazoável das normas que legitimam (que são *parâmetro-fundamento*) a actuação –, mas também um *limite de acção* – eles apenas devem analisar a razoabilidade da interpretação normativa formulada pela Administração e que fundamenta a decisão e não a razoabilidade da solução normativa *a se*.

Vejamus melhor o sentido desta segunda dimensão, que, mais uma vez, não acreditamos que tenha estado presente no ‘espírito do legislador’.

O que se pretende com o artigo 6.º do CPA é que a Administração fundamente as suas decisões e os seus comportamentos em *interpretações razoáveis das normas que habilitam a sua acção*. Desta orientação podem resultar dois sentidos: *i*) a Administração *está obrigada* a escolher de entre as interpretações viáveis a que se apresentar mais razoável em função dos diversos fundamentos teleológicos possíveis dessa acção e ao tribunal é permitido fiscalizar a referida interpretação no sentido de apurar se é ou não a mais razoável⁴⁶; *ii*) a Administração *está impedida* de adoptar uma interpretação desrazoável da norma habilitante e o controlo judicial há-de cingir-se a este teste de razoabilidade da interpretação adoptada.

Em nosso entender estas duas dimensões hão-de ser objecto de controlo, mas no primeiro caso esse controlo deve limitar-se, cada vez mais, a instrumentos de controlo no plano interno, sobretudo quando estejam em causa matérias especialmente complexas ou de gestão do risco onde avulsem conceitos indeterminados e técnicos⁴⁷ – podendo reconduzir-se aos instrumentos e formas clássicas do controlo do mérito

⁴⁶ Foi este, aparentemente, o *iter metodológico* adoptado pelo STA num caso em que se discutia a inclusão ou não na taxa reduzida de IVA das sementes comercializadas para alimentação de aves canoras e ornamentais, que não se destinavam à alimentação humana e eram totalmente alheias à actividade agrícola. O STA não se limitou a verificar se a interpretação do CIVA realizada pela Administração Tributária era razoável, antes procedeu autonomamente a uma interpretação das normas do CIVA para encontrar a solução normativa para o caso – v. acórdão do STA de 19.02.2014 (Proc. N.º 701/12).

⁴⁷ É o que se verifica, por exemplo, no contexto de procedimentos complexos como a gestão do risco dos produtos químicos e industriais ao abrigo do *Regulamento REACH*. No caso Hitachi Chemical Europe e o./ECHA (Proc. T-135/13), de 30.04.2015, a propósito da qualificação de uma substância como ‘substâncias que suscitam uma

(ex. recurso hierárquico ou recurso administrativo especial) ou admitir-se que seja alargado no contexto de novas dimensões do controlo interno (*accountability*, responsividade) – e só o segundo caso é que deve ser objecto de pleno controlo judicial externo. Em outras palavras, o propósito do artigo 6.º do CPA deve, nesta medida, ser limitado, pois dele apenas se retira a possibilidade de o controlo judicial incidir sobre a desrazoabilidade das interpretações normativas adoptadas e aplicadas pela Administração e não sobre a razoabilidade *a se* das medidas adoptadas⁴⁸ – e, menos ainda, sobre a razoabilidade das soluções legislativas.

elevada preocupação’, o TJUE afirmou (§§ 52 e 53) que “*em conformidade com jurisprudência constante, dado que as autoridades da União dispõem de um amplo poder de apreciação, nomeadamente quanto à apreciação dos elementos factuais de ordem científica e técnica altamente complexos, para determinar a natureza e o alcance das medidas que adoptam, a fiscalização do juiz da União deve limitar-se a examinar se o exercício desse poder não está viciado por erro manifesto ou desvio de poder, ou se essas autoridades não ultrapassaram manifestamente os limites do seu poder de apreciação. Neste contexto, o juiz da União não pode, com efeito, substituir pela sua apreciação a apreciação dos elementos factuais de ordem científica e técnica feita pelas autoridades da União, às quais o Tratado FUE exclusivamente conferiu esta missão (acórdãos de 21 de Julho de 2011, Etimine, C-15/10, Colet, EU:C:2011:504, n.º 60, e Bilbaina de Alquitranes e o./ECHA, já referido no n.º 40, supra, EU:T:2013:106, n.º 76). No entanto, deve precisar-se que o amplo poder de apreciação das autoridades da União, que implica uma fiscalização jurisdicional limitada do seu exercício, não se aplica exclusivamente à natureza e ao alcance das disposições a adoptar, aplicando-se também, em certa medida, ao apuramento dos dados de base. Todavia, ainda que esta fiscalização jurisdicional tenha um alcance limitado, exige que as autoridades da União, autoras do acto em causa, estejam em condições de demonstrar ao juiz da União que o acto foi adoptado mediante um exercício efectivo do seu poder de apreciação, o qual pressupõe a tomada em consideração de todos os elementos e circunstâncias pertinentes da situação que esse acto pretendeu regular (acórdãos de 8 de Julho de 2010, Afton Chemical, C-343/09, ainda não publicado na Coletânea, EU:C:2010:419, n.os 33 e 34, e Bilbaina de Alquitranes e o./ECHA, já referido no n.º 40, supra, EU:T:2013:106, n.º 77)”*.

⁴⁸ Na verdade se entendermos, com Castanheira Neves e Pinto Bronze, que a interpretação normativa não procura determinar o sentido da norma, mas é antes “um exercício reflexivo de tentar extrair a decisão concreta das normas” – v. PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2006, pp. 888 –, poderemos compreender de forma mais efectiva a proposta sobre o papel do *princípio da razoabilidade* neste *iter metodológico*: a sua função é impedir que o juiz se sinta tentado a extrair uma decisão autónoma a partir da lei, impondo-lhe antes que na formulação das decisões tome em consideração, também, a decisão administrativa. No fundo, e à semelhança do que acontece na *administrative law*, os tribunais limitam-se neste caso a um controlo de ‘segunda instância’, onde “o exercício reflexivo de tentar extrair a decisão” há-de partir não só da norma, mas também da decisão administrativa.

Um caminho que entre nós a Secção do Contencioso Tributário do STA parece ter já começado também a trilhar, como se infere da leitura do acórdão de 27 de Novembro de 2013, no Proc. n.º 1159/09, “(...) 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. Por outras palavras, nesses casos, o controlo judicial só é admissível para verificar se foram ultrapassados os limites de uma opção administrativa legítima ou se houve, pelo contrário, uma flagrante violação do princípio da razoabilidade, pois que fora desse âmbito o órgão jurisdicional estaria a intrometer-se na faixa de soluções reservadas constitucionalmente aos agentes da Administração”.

É certo que a distinção entre a *desrazoabilidade das interpretações normativas* e a *desrazoabilidade das soluções* não é linear e as duas situações acabam muitas vezes por não poder distinguir-se de forma clara, dificultando a efectivação dos limites que estamos a propor, cabendo ao tribunal um esforço metodológico acrescido de auto-contenção.

Em suma, na interpretação que aqui propomos da nova redacção do artigo 8.º do CPA, a intenção do legislador seria, no *domínio da actividade discricionária*, a de reduzir o âmbito do controlo judicial a um juízo de razoabilidade, em especial no domínio da discricionariedade de implementação de políticas públicas; já no *domínio da actividade vinculada*, o propósito residiria em ‘impulsionar’ os tribunais a uma verificação da razoabilidade da interpretação normativa levada a cabo pela Administração no momento da aplicação da lei, o que nos leva a alertar para a necessidade de observar alguns limites, de modo a impedir que este controlo possa resvalar para um controlo do mérito das decisões, ou até para um controlo ‘político’ das medidas.

4. Soluções incompatíveis com a ‘Ideia de Direito’

Na análise das diversas dimensões do princípio da razoabilidade consagradas no artigo 6.º do CPA temos vindo a dar nota daqueles que são, a nosso ver, os objectivos do legislador e as outras interpretações, possíveis ou desejáveis, da formulação legal agora adoptada. Neste contexto, a dimensão que consideramos menos feliz é a inclusão no âmbito do controlo da razoabilidade da expressão *‘soluções incompatíveis com a ideia de Direito’*.

Os motivos desta nossa discordância são essencialmente dois: *i)* um de ordem racional, sendo o princípio da razoabilidade um princípio essencialmente pragmático, que visa um controlo segundo os parâmetros do ‘Homem médio’, não faz sentido torná-lo complexo ao ‘acrescentar’ significados que ele naturalmente não tem; *ii)* outro de ordem sistémica, a *‘ideia de Direito’*, a querer significar alguma coisa associada à razoabilidade, apontaria para um controlo de injustiças graves e notórias, mas essa dimensão já se encontra consumida pela primeira parte do artigo, onde o princípio da justiça tem consagração própria, pelo que, mesmo não querendo, o legislador pode ter ‘aberto aqui’ uma porta para algo mais do que seria desejado, *‘a busca de um sentido do controlo da razoabilidade associado a uma certa ideia de Direito’*.

Veja-se, em primeiro lugar, que tudo quanto antes dissemos a propósito da *resonableness* como parâmetro de controlo se baseia no pressuposto de que os juízes apenas acedem ao Direito (excluindo o controlo de facto) e que o Direito neste caso é também ele pré-determinado pelo legislador e complementado pelos princípios naturais de direito e pelo princípio da separação de poderes no âmbito da respectiva forma de Governo. E subscrevemos a tese de que esta acepção do princípio da razoabilidade se apresentava especialmente vocacionada para o controlo da *‘discricionariedade de implementação’* de políticas públicas, no contexto de uma nova ponderação do princípio da separação de poderes onde o poder executivo ganha um espaço próprio: espaço de valoração que caracteriza a actividade administrativa de condução de políticas públicas.

Ora, se no final este controlo apela a uma *‘ideia do Direito’* isso pode querer dizer que a razoabilidade deixa de ser aferida pelos *standards* pragmáticos antes mencionados para se ater a uma carga

axiológica específica – a uma certa normatividade que é esperada na realização judicativa do Direito. Algo que, no nosso entendimento, é em si contraditório com a essência de um controlo de razoabilidade, onde não é expectável nem desejável, como vimos, uma ponderação ou balanceamento em sede de controlo judicial que tenha como propósito substituir-se à ponderação efectuada pela Administração. Na verdade, esta expressão parece ser uma reminiscência nostálgica e anacrónica do ‘momento neoconstitucional’.

5. Conclusão

A recente inclusão do princípio da razoabilidade entre o leque de princípios jurídicos que regulam e disciplinam a actividade administrativa e que têm consagração expressa no ‘pórtico do CPA’ poderá ter tido um propósito menos ambicioso e problemático do que aquele que aqui trilhámos, mas pareceu-nos útil e profícuo, nestes tempos em que o Direito se apresenta também como um produto da globalização, alertar para ‘outros possíveis alcances’ desta ‘novidade’.