

DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À JURIDICIDADE. O SENTIDO ATUAL DAS FONTES DE DIREITO PÚBLICO \*

**VASCO PEREIRA DA SILVA \*\***

**Abstract**

*We are witnessing today the transformation of a principle of (formal) legality into a material, open and flexible institute, the content of which means the subordination of the Administration to all sources of law. This transformation of legality into juridicity (which began in Portugal as a doctrinal construction and was later adopted by the legal order) obliges to abandon that authoritarian view of the Administration, typical of liberalism, which affirmed the autonomy and primacy of the Administration (and of its own Administrative Law) over all the sources of law, with the exception of (formal) law.*

*In summary, the principle of legality that began with being merely formal and of restricted content, at the time of the Liberal State, became a material and open principle, in the Post-Social State in which we live, which forces to integrate in its content all sources of law, be they of a supra-legal nature (Constitution, European Law, Global Law, International Law), be those of a legal character (which can be either the law coming from Parliament or from other bodies with legislative power), whether those of an infra-legal nature (plans, regulations, administrative acts and public procurements). As in Constitutional Law, where the existence of various levels of legal protection obliges us to speak in "multi-level constitutionalism", we could also speak here of a "principle of multi-level legality".*

**Suggerimento di citazione**

V. PEREIRA DA SILVA, *Do Princípio da Legalidade à Juridicidade. O Sentido Atual das Fontes de Direito Público*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il presente contributo è la rielaborazione dell'intervento svolto in occasione del convegno su "Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa", Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Catania, 4 aprile 2017.

\*\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Professor Catedrático Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Contatto: [vasco@fd.ulisboa.pt](mailto:vasco@fd.ulisboa.pt)

A passagem do princípio da legalidade para o da juridicidade é um dos temas mais apaixonantes e atuais da teoria das fontes dos modernos Direito Constitucional e Administrativo. Tentar discorrer sobre ele, numa mesa presidida pelo Prof. Antonio d'Atena, numa sessão em sua (mais do que merecida) homenagem, ao Homem e ao Jurista, constitui para mim uma honra e um prazer.

O princípio da legalidade no Direito Administrativo teve uma “infância difícil”<sup>1</sup>, que necessita de ser submetida à psicanálise para se poder entender a evolução das fontes de direito. Na verdade, o modo traumático como o Direito Administrativo concebeu o relacionamento entre a Administração Pública e a Lei, obriga a reequacionar a temática das fontes de Direito Público.

A construção teórica do princípio da legalidade foi o grande contributo dos autores liberais para o Direito Administrativo. Segundo eles, a Administração Pública deveria ser entendida de forma limitada, tanto orgânica como funcionalmente. Na ótica de um liberal (do século XIX), aquilo que cabia à Administração era a garantia da liberdade e da propriedade através da segurança pública. As tarefas específicas da Administração eram a garantia da segurança interna, através da polícia, e da segurança em relação ao exterior, através das forças armadas.

Assim, na lógica liberal, a Administração era vista como “agressiva”, dotada de poderes de autoridade e detentora da força física para imposição das suas decisões, podendo atuar para limitar e condicionar os direitos dos particulares. Estamos perante uma construção algo contraditória, pois: por um lado, afirmava-se que o poder da Administração era limitado pela lei, por outro lado, entendia-se que a Administração ficava livre de atuar em tudo o que a lei não regulasse de forma expressa.

Ora, este poder da Administração decidir livremente em todas as matérias não reguladas pela lei era contraditório com o princípio da legalidade e correspondia à lógica de uma Administração autoritária. Ironizando, quase que se poderia dizer que a Administração do Estado liberal tem muitas semelhanças com o seu lado paterno. Isto, retomando uma metáfora que fiz anteriormente, segundo a qual o Estado liberal é o resultado de “dois momentos da história do Estado”, pois «ele é fruto das contribuições teóricas dos autores que, ironicamente, podemos designar como os “quatro pais do Estado”»<sup>2</sup>, ou, «melhor dizendo, “dois pais” (HOBBS e ROUSSEAU, que representam o elemento viril da teorização do Estado) e “duas mães” (LOCKE e MONTESQUIEU, que representam o elemento feminino da concepção do Esta-

<sup>1</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Constituição. Ensaio sobre as Ações no Novo Processo Administrativo*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 9 e s.

<sup>2</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 15.

do)»<sup>3</sup>. Assim, «HOBBS e ROUSSEAU contribuíram para este modelo de Estado com a teorização do elemento democrático», «a ideia do pacto social como origem do poder [, que] oferecia uma explicação imanente do poder político, fundamentando o Estado na vontade das pessoas que constituem a sociedade»; «por seu lado, LOCKE e MONTESQUIEU teorizaram o elemento liberal do Estado, a ideia de autolimitação do poder político como garantia da liberdade individual<sup>4</sup>».<sup>5</sup>

A Administração “saía ao pai”, pois de acordo com a perspetiva liberal esta era uma entidade autoritária que garantia a ordem e a segurança. De acordo com a expressão de BACHOF, estávamos perante uma “Administração Agressiva” (“*Eingriffsverwaltung*”)<sup>6</sup>, que vai originar uma construção do Direito Administrativo apenas preocupada com o “exercício do poder” e que faz do “ato de polícia” o paradigma de todas as atuações administrativas. Em causa estava um ato administrativo que limitava os direitos dos particulares e que era suscetível de execução coativa contra a vontade daqueles.

Assim, se os autores liberais vão construir o princípio da legalidade como um instrumento de defesa do particular em face da Administração, tal defesa era limitada e deixava uma ampla margem de liberdade de atuação à Administração. Mais do que discricionariedade, do que se tratava era de arbitrariedade da Administração, pois as leis (em matéria de liberdade e da propriedade) eram escassas e as limitações ao poder administrativo muito reduzidas. Sempre que o Parlamento legislava a Administração não podia atuar, mas em tudo o que não fosse regulado pela lei, a Administração era livre de fazer aquilo que entendesse, o que significava que ela exercia o seu poder autoritário de uma forma muito ampla.

Isto vai explicar muitas das contradições com que, ainda hoje, se olha para os poderes da Administração, que são “deformados” pelos traumas de «uma infância difícil». Por um lado, esta matriz autoritária persiste no modo de conceber a atuação da Administração, assim como no entendimento do ato de polícia como o seu paradigma, que ainda hoje assombram o pensamento de muitos modernos autores publicistas. Desses autores se pode dizer que “não têm a psicanálise em dia”, pois estão sempre a reviver os “fantasmas”

<sup>3</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares – Esboço de uma Teoria Subjetivista do Recurso Direto de Anulação*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 14.

<sup>4</sup> T. HOBBS, *Leviatã*, tradução, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1995; J.-J. ROUSSEAU, *O Contrato Social*, tradução, Europa-América, 1974; J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, Everyman’s Library, London, 1984, (reimpressão); MONTESQUIEU, *De L’Esprit des Lois*, volumes I e II, Garnier-Flammarion, Paris, 1979.

<sup>5</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do A. A. P.*, cit., pp. 15 e 16.

<sup>6</sup> O. BACHOF, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 30, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, pp. 277 e s.

inconscientes da Administração do Estado de Polícia, nomeadamente referindo conceitos que não fazem mais qualquer sentido, como o famigerado privilégio da execução prévia. Na verdade, em nossos dias, por causa do princípio da legalidade, repetir tais afirmações é completamente disparatado, porque a Administração não poderia nunca gozar de “privilégio” algum. Ela goza, isso sim, de “poderes”, poderes estes criados pela lei, que só existem quando previstos e nos termos (limitados) por ela estabelecidos. Nos dias de hoje, nem a Administração goza do privilégio de execução prévia, nem os seus atos gozam de executoriedade.

De fato, a maior parte dos atos da “Administração Prestadora”<sup>7</sup> do Estado Social não são sequer suscetíveis de execução coativa contra a vontade dos particulares, precisamente porque prestam algo, porque criam direitos ou atribuem bens e serviços aos particulares. É o particular demandante do ato que pretende que ele se aplique, pelo que não faz sentido dizer que ele se aplica coativamente contra a vontade do particular. Não há, pois, que falar aqui em executoriedade, pois não existe possibilidade (física) de execução do ato favorável contra a vontade dos particulares. E o mesmo se diga do ato multilateral ou com eficácia múltipla, típico da Administração Reguladora ou Infra-estrutural («Infrastrukturverwaltung»), de que fala HEIKO FABER<sup>8</sup>, caracterizadora do Estado Pós-Social em que vivemos, em que a multiplicidade de sujeitos jurídicos afetados, e em posições diferenciadas, também não se coaduna com a unilateralidade da executoriedade.

De acordo com a lógica liberal, o princípio da legalidade é configurado como uma espécie de “direito real”, à imagem e semelhança da propriedade privada, como se se tratasse de um “prédio” que confina com outros a Norte, a Sul, a Este e a Oeste<sup>9</sup>. Daí o entendimento da legalidade como um domínio reservado à sua atuação exclusiva, a um princípio de “reserva de lei” (à semelhança de uma coutada, de um campo de caça), combinada com um princípio de “preferência de lei”, que servia para afastar quaisquer interferências “exteriores”, dando primazia à forma legal.

Da mesma maneira como, em termos similares, se poderia falar em “reserva de Administração”, de um domínio livre da interferência do poder judiciário, que correspondia ao poder discricionário. Esta visão, marcada pelos “traumas da infância difícil” do Direito Administrativo, levava MARCELLO

<sup>7</sup> O. BACHOF, *Die Dogmatik des V. vor den G. der V.*, cit., in *Veröffentlichungen der V. der D. S.*, n.º 30, cit., pp. 277 e s..

<sup>8</sup> H. FABER, *Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft*, in *Auf einer Dritten Weg – Festschrift für Helmut Ridder zum siebzigsten Geburtstag*, Luchterland, 1989, páginas 291 e seguintes.; *Verwaltungsrecht*, 3ª edição, 1992, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

<sup>9</sup> V. FRANCISCO LUCAS PIRES, *O Problema da Constituição*, Separata do vol. XVII, do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1970.

CAETANO a considerar que o poder discricionário é uma exceção ao princípio da legalidade<sup>10</sup>, que o mesmo é dizer que é uma área deixada ao livre-arbítrio da Administração, onde ela faz tudo aquilo que entende. Visão “traumática” de que enferma também a maior parte dos autores portugueses, que caracterizam a discricionariedade como um poder “livre” da Administração, como se a “liberdade” pudesse ser alguma vez característica de um poder público. Pelo contrário, o poder público só atua nos termos da lei, as suas escolhas são sempre determinadas pelo ordenamento jurídico, ou seja, nunca é livre.

O entendimento liberal da legalidade já não faz mais qualquer sentido nos dias de hoje. A Administração está subordinada não apenas à lei, mas ao direito na sua totalidade. Todas as escolhas da Administração são a realização, no caso concreto, das opções do ordenamento jurídico. E, portanto, a Administração não goza de liberdade. A Administração deve realizar no caso concreto aquelas que são as opções do legislador, do ordenamento jurídico no seu conjunto.

Isto não significa, contudo, que a Administração não tenha margem de manobra, que não tenha necessidade de fazer escolhas dentro dos parâmetros definidos pelo legislador. O legislador não pode regular todas as coisas, nem de o fazer de forma exaustiva, ele recorre antes à generalidade e à abstração. Assim, ao interpretar e aplicar uma norma jurídica, a Administração vai recriá-la para aquelas circunstâncias, para aquele caso concreto. A Administração concretiza as normas e os princípios do ordenamento jurídico, sendo responsável pelas suas decisões.

Esta responsabilidade da Administração deve significar também uma mais ampla possibilidade de controlo judicial. Enquanto que, na lógica liberal, se afirmava que a Administração era livre, pelo que os tribunais não podiam intervir nas matérias que lhe estavam “reservadas”; agora, passa-se a considerar que, quer se trate de poderes vinculados, quer de poderes discricionários, o que está sempre em causa é a interpretação e a aplicação da lei ao caso concreto, pelo que os tribunais têm de ter uma palavra a dizer. Quer se trate de poderes ditos vinculados, quer se trate de poderes ditos discricionários, está-se sempre perante o exercício de poderes legais, subordinados ao princípio da legalidade, pelo que deve ser sempre permitido o seu controlo judicial.

O moderno entendimento da legalidade implica não apenas a subordinação à lei que provém do parlamento, mas a toda a ordem jurídica, o que significa que a legalidade tem que ser entendida no sentido de juridicidade. A expressão “princípio da juridicidade” (“Grundsatz der Rechtsmässigkeit der

<sup>10</sup> V. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed. (reimp.), Almedina, Coimbra, 1980, pp. 506 e ss.

Verwaltung”) foi criada e difundida pela doutrina alemã e, em Portugal, foi divulgada, entre outros, por ROGÉRIO SOARES e MARIA DA GLÓRIA GARCIA<sup>11</sup>.

Os «órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito», estabelece o art. 3.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo. É uma fórmula muito feliz, pois ela faz corresponder o princípio da legalidade ao da juridicidade.

Assim, o princípio da legalidade não é apenas a subordinação à lei, mas a esta e ao direito, ou seja ao princípio da juridicidade. E todo o Direito obriga a administração, em qualquer dos seus níveis. No nível supralegal, verifica-se a subordinação da Administração ao Direito Constitucional, ao Direito Europeu, ao Direito Internacional e ao Direito Global. No nível legal, na nossa ordem jurídica, cabe a obediência da Administração à Lei (da Assembleia da República), ao Decreto-lei (do Governo) e ao Decreto-legislativo Regional (das Assembleias das Regiões Autónomas). No nível infralegal, a Administração fica auto-vinculada à sua própria atuação, quer se trate de planos e de quaisquer regulamentos, quer seja de contratos, quer ainda de atos administrativos.

A subordinação da Administração à lei e ao direito vai desde a ordem jurídica internacional aos próprios atos administrativos. Isto significa que o princípio da legalidade tem de ser entendido de forma diferente: já não basta a mera dimensão formal, típica do liberalismo do séc. XIX, antes deve ser entendido de forma material, implicando a subordinação da Administração a normas e princípios provenientes de todas as fontes de direito, nos termos do princípio da juridicidade<sup>12</sup>.

Aquilo a que se tem assistido, em nossos dias, é a transformação de um princípio formal e fechado, num instituto material, aberto e flexível, cujo conteúdo significa a subordinação da Administração a todas as fontes de direito. Esta transformação da legalidade em juridicidade (que, em Portugal, começou como construção doutrinária e foi, depois, adotada pelo ordenamento) obriga a abandonar aquela visão autoritária da Administração, típica do liberalismo, que afirmava a autonomia e a primazia da Administração sobre todas as fontes de direito, com exceção da lei (formal).

<sup>11</sup> No direito alemão, vide por todos M. JESTAEDT, *Masstäbe des Verwaltungshandelns*, in ERICHSEN - EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14ª ed., De Gruyter, 2010, pp. 329 e ss. Em Portugal, vide R. SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955; M. DA GLÓRIA GARCIA, *Da Justiça Administrativa em Portugal – Sua Origem e Evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1988.

<sup>12</sup> V. MATHIAS RUFFERT, *Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts*, in HOFFMANN-RIEM - SCHMIDT-ASSMANN, VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, 2ª ed. Beck, München, 2012, pp. 1165 e ss.

Em primeiro lugar, a posição de sobrançeria da Administração em face da Constituição, que se manifestava na afirmação de OTTO MAYER, segundo a qual «o Direito Administrativo fica, o Direito Constitucional passa» («Verwaltungsrecht besteht, Verfassungsrecht vergeht») <sup>13</sup>. Subjacente estava a ideia de que o Direito Constitucional era uma “coisa” mais de políticos do que de juristas, e de que as mudanças políticas contidas na lei fundamental não eram relevantes para o Direito Administrativo, o qual se mantinha, como sempre, alheio ao que se passava à sua volta. Esta visão de um Direito Administrativo imune à Constituição, por um lado, tinha a ver com a sobrançeria deste, que era superior a tudo e a todos, no quadro da legalidade formal, mas também tinha a ver com uma certa impotência do Direito Constitucional, que não era ainda verdadeiramente jurídico.

Na verdade, foi só no século XX (em especial, na segunda metade deste), e com o surgimento da Justiça Constitucional, que o Direito Constitucional deixa de ser Direito Político e começa a ser entendido como a base de todo o ordenamento jurídico. Mudança esta que vai levar também à consideração do «Direito Administrativo como Direito Constitucional concretizado» (FRITZ WERNER)<sup>14</sup>. A passagem da situação de indiferença para a dependência do Direito Administrativo perante o Direito Constitucional representa uma mudança de paradigma. Agora, as Constituições passam a ter normas e princípios fundamentais em matéria de organização, de funcionamento, de atuação e de controlo da Administração; por outro lado o Direito Administrativo tem como missão concretizar e aplicar essas normas e princípios constitucionais.

Surge assim a necessidade de uma «cooperação frutuosa entre a doutrina constitucional e a doutrina administrativa», pois o «Direito Administrativo atual existe, modifica-se e desaparece, tanto em sentido formal como em sentido material, em conjugação com – e indissociavelmente ligado ao – Direito Constitucional» (P. HÄBERLE)<sup>15</sup>. Este «cordão umbilical» (P. HÄBERLE)<sup>16</sup> existente entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo cria, entre ambos uma relação de “dupla dependência”.

Existe uma dependência do Direito Administrativo perante o Direito Constitucional, porque é o Direito Administrativo que concretiza as grandes

<sup>13</sup> O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1º vol., Von Duncker & Humblot, 6ª edição (reimpressão da 3ª edição, de 1924), Berlin, 1969, página VI.

<sup>14</sup> F. WERNER, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in F. WERNER, *Recht und Gericht unserer Zeit*, Carl Heymanns Verlag, Köln/ Berlin / Bonn/ Muenchen, 1971, páginas 212 e seguintes.

<sup>15</sup> P. HÄBERLE, *Verfassungsprinzipien “im” Verwaltungsverfabrensgesetz* in SCHMITT GLÄSER, *Verwaltungsverfabren – Festschrift fuer 50. Jäberigen Bestehen der Richard Boorberg Verlag*, 1ª edição, Boorberg, Stuttgart/ München/ Hannover, 1977, página 51.

<sup>16</sup> P. HÄBERLE, *Verfassungsprinzipien “im” V.*, cit., in SCHMITT GLÄSER *Verwaltungsverfabren – F. fuer 50. J. B. der R. B. V.*, cit., p. 93.

opções da lei fundamental em matérias de organização, estrutura, funcionamento, formas de atuação, procedimento e processo administrativos, Basta constatar, para não referir senão alguns exemplos, como são diferentes as administrações: de um Estado autoritário ou de um Estado democrático, de um sistema de governo presidencialista ou parlamentar, de um sistema administrativo organizado de acordo com um modelo francês, germânico ou anglo-saxónico. Em síntese, a Constituição estabelece as grandes linhas pelas quais se pauta o Direito Administrativo e este não pode fugir a tais opções, constantes de normas e princípios jurídicos obrigatórios, ficando assim dependente do Direito Constitucional.

Mas a inversa também é verdadeira, existindo uma dependência do Direito Constitucional perante o Direito Administrativo. O Direito Constitucional também depende do Direito Administrativo, pois para ser efetivo necessita de ser concretizado por este. A Constituição só passa da letra à realidade, só se torna uma realidade jurídica viva e efetiva se for aplicada e concretizada pela Administração Pública e pelos Tribunais Administrativos. Se isso não suceder a Constituição é uma realidade morta, uma figura de museu, que não tem qualquer utilidade jurídica. A aplicação da Constituição fica dependente da Administração Pública, tanto no que respeita ao tempo como ao modo da sua concretização. A realização da Constituição através da Administração é, pois, uma questão essencial, que diz respeito à sua própria sobrevivência. A relação dialética entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, obriga a transitar da indiferença originária para a dupla dependência no quadro do moderno Estado Pós-social, em que vivemos.

As constituições são essenciais, mas não esgotam todo o universo das fontes de direito. É necessário ainda ter em conta que as nossas constituições se integram no quadro constitucional da União Europeia, desde logo, e no quadro mais amplo da ordem jurídica internacional, onde existem convenções, tratados e costumes constitucionais, assim como há também uma ordem global, em que questões transfronteiriças são resolvidas mediante a aplicação de normas e princípios de origem internacional, que se consideram diretamente aplicáveis nas relações jurídicas internas, sem intermediação estadual.

Começando pela ordem internacional, encontramos fontes normativas como as Convenções e os Tratados, ao lado do costume internacional e dos princípios essenciais da ordem internacional (“ius cogens”). Todas elas constituem fonte de direito, que obrigam a Administração, enquanto recebidas na respetiva ordem nacional.

Mas, além destes fenómenos internacionais, surgem hoje também novos fenómenos jurídicos de natureza global, no domínio do Direito Constitucional e do Direito Administrativo. De acordo com a perspetiva clássica do Direito Internacional Público (como da do Direito Constitucional), não fazia



sentido falar em “constitucionalismo internacional” ou “global”, pois as relações internacionais tinham como sujeitos exclusivos os Estados, assumindo a dimensão de “relações externas”, ao passo que as questões constitucionais se colocavam apenas ao nível estadual, dando origem a “relações internas”.

Mas, os pressupostos tradicionais de colocação da questão foram alterados em razão das modernas transformações da ordem jurídica internacional, tendo-se passado a considerar: 1) que as normas internacionais podem ser diretamente aplicáveis às relações jurídicas, sem que se exija a intermediação estadual; 2) que os indivíduos (e outras organizações internacionais, que já não apenas os Estados) podem ser também sujeitos ativos na ordem internacional; 3) que é reconhecido o direito de acesso desses novos sujeitos a instâncias internacionais (máxime Tribunais) para obterem tutela jurídica, mesmo contra atuações dos seus próprios Estados ou de outras entidades que os integrem. Daqui decorre, em matérias como a dos direitos fundamentais, em que os indivíduos podem fazer valer os seus direitos contra o próprio Estado perante órgãos jurisdicionais internacionais, o surgimento do “constitucionalismo global” ou do “Direito Constitucional Global”, mesmo se continua a não fazer sentido falar em Constituição Global<sup>17</sup>.

Fenómeno idêntico se verifica igualmente do domínio jurídico-administrativo. Na tentativa de encontrar uma fundamentação teórica para o Direito Administrativo Global, SABINO CASSESE analisou dois casos paradigmáticos<sup>18</sup>, curiosamente ambos ligados ao mar e às pescas, a saber: o caso do “atum azul” (“Southern Bluefin Tunna” / *Tunus maccoyii*); e o caso das “gambas e das tartarugas”<sup>19</sup>. Em ambos os casos, uma entidade judicial internacional apreciou um conflito transfronteiriço, envolvendo entidades (públicas e privadas) de vários Estados, aplicando normas internacionais aos sujeitos envolvidos, como se de um conflito de Direito Administrativo (nacional) se tratasse.

E, nos dois casos, com base em normas internacionais, o juiz procedeu à criação de “standards” de decisão tanto substantivos como processuais, considerando que o Direito Global implica «obrigações de consulta e de transparência, de respeito pelo “justo procedimento” (*due process*), de garantia dos meios judiciais (*judicial review*), quer dizer, determina o reconhecimento do Direito nas relações entre Administrações Públicas, habitualmente apenas re-

<sup>17</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *A Cultura a que Tenho Direito. Direitos Fundamentais e Cultura*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 43 e 44.

<sup>18</sup> S. CASSESE, *Il Diritto. Amministrativo Globale: una Introduzione*, in S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, Roma, 2006,, p. 38.

<sup>19</sup> S. CASSESE, *Gamberetti, Tartarughe e Procedure. Standard Globali per i Diritti Amministrativi Nazionali*, in S. CASSESE, *Oltre lo S.*, cit. , p. 68.

servados aos cidadãos do próprio país» (CASSESE)<sup>20</sup>. Da mesma forma como considerou a existência de um princípio da proporcionalidade, que vinculava todos os sujeitos das relações transfronteiriças.

Temos assim que, no domínio internacional, há que considerar como fontes de direito, não apenas aquelas tradicionalmente entendidas pelo Direito Internacional Público, como aquelas que resultam da ordem jurídica global, e que dão origem ao Direito Constitucional Global e ao Direito Administrativo Global (mas o mesmo se poderia dizer, igualmente, de outros ramos da ordem jurídica). E todas estas fontes têm de ser igualmente respeitadas pela Administração, pois constituem parte integrante do princípio da legalidade (entendido, como vimos, no sentido de princípio de juridicidade).

Mas deixando o domínio internacional geral, há também novas dimensões regionais relevantes em matéria de fontes de direito, como é o caso da União Europeia, em que estamos integrados. A União Europeia não é mais uma simples organização internacional, nem uma mera associação de Estados, uma vez que possui um ordenamento jurídico próprio, que se sobrepõe (através do princípio do efeito direto e da primazia) e que se mistura com o ordenamento jurídico dos Estados membros. Este ordenamento jurídico europeu apresenta mesmo uma dimensão constitucional, pois existem leis e princípios fundamentais acerca da organização e da separação dos poderes, assim como em matéria de direitos fundamentais.

Na verdade, «o próprio poder constituinte que, nos primórdios do liberalismo, tinha estado indissociavelmente ligado ao Estado, passa a assumir «também uma dimensão internacional, como sucede no âmbito da União Europeia, em que a existência de regras e de princípios fundamentais acerca da “repartição de poderes” (tanto entre as próprias instituições comunitárias, umas relativamente às outras, como entre aquelas e as instituições dos Estados-membros), assim como relativos à garantia dos direitos fundamentais (vide “A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais”), configura uma verdadeira “Constituição Europeia” (pelo menos, em sentido material), sem que se possa (ou deva) falar de um “Estado Europeu”»<sup>21</sup>. Daí a necessidade de alargamento do conceito de Constituição, nos nossos dias, de modo a permitir abranger e conciliar os distintos “patamares” – estadual e europeu<sup>22</sup> – de re-

<sup>20</sup> S. CASSESE, *Gamberetti, T. e P. S. G. per i D. A. N.*, in S. CASSESE, *Oltre lo S.*, cit., p. 71.

<sup>21</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso A. no D. da P. - E. sobre as A. no N. P. A.*, cit., p. 100, nota 295.

<sup>22</sup> Os “patamares” ou “níveis” do “poder constituinte (material) europeu”, em geral, são os dois referidos (o europeu e o nacional), mas pode haver que considerar ainda os níveis da federação e dos estados federados, quando os Estados-membros sejam compostos (v.g. a Alemanha), ou eventualmente, também o patamar internacional, mesmo se, pelo menos por enquanto, a questão ainda só possa ser colocada de forma limitada, nomeadamente a propósito da proteção de direitos fundamentais, conforme se fez antes referência.

gulação essencial da divisão de poderes (nomeadamente, de acordo com o princípio da subsidiariedade) e da proteção dos direitos fundamentais à escala europeia»<sup>23</sup>.

O Tratado de Lisboa é a «constituição material europeia, que estabelece os princípios e as regras fundamentais da União Europeia, embora não seja formalmente uma constituição»<sup>24</sup>. Ele resulta do exercício de um poder constituinte material difuso, que compreende a intervenção (direta ou indireta) dos órgãos da União Europeia<sup>25</sup> com a submissão a ratificação parlamentar, ou a referendo, por parte dos Estados membros. O Tratado decorre, assim, da conjugação de poderes constituintes materiais europeus com poderes constituintes materiais nacionais, incluindo-se nestes últimos não só os parlamentos nacionais como também até mesmo os tribunais constitucionais (v.g a “sentença Lisboa” do Tribunal Constitucional Alemão<sup>26</sup>, a que se seguiram sentenças de numerosos outros tribunais constitucionais nacionais<sup>27</sup>, correspondem ao reclamar de uma parcela desse poder constituinte material difuso) e o povo, quando haja referendo. Está-se assim perante uma lógica mista, de exercício complexo do poder constituinte material tanto à escala europeia como nacional, com a intervenção de uma multiplicidade de poderes e de órgãos (dos legislativos até mesmo aos jurisdicionais)<sup>28</sup>.

Este Direito Constitucional Europeu vai depois interligar-se com o Direito Administrativo Europeu. Isto porque a função administrativa europeia é ele-

<sup>23</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *A Cultura a que T. D. – D. F. e C.*, cit., p. 45, 46 e 47.

<sup>24</sup> Em sentido próximo, Habermas considera a União Europeia como um verdadeiro “projeto constitucional”, vide J. HABERMAS, *A Crise da União Europeia à Luz de uma Constitucionalização do Direito Internacional – Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, in J. HABERMAS, *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, Edições 70, Lisboa, Portugal, 2012, p. 61 e ss..

<sup>25</sup> Embora o Tratado de Lisboa, formalmente, decorra de um mandato dos Governos dos Estados Membros à Conferência Intergovernamental, existiu uma efetiva participação (direta ou indireta) de todos os órgãos da União Europeia nos diferentes momentos de elaboração, primeiro, da Constituição europeia e, depois, dos atuais Tratados.

<sup>26</sup> Sobre a “sentença Lisboa” (“das Lissabon Urteil”), vide D. GRIMM, *Das Grundgesetz als Riegel von einer Verstaatlichung der Europäischen Union – Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts* in *Der Staat*, vol. 48, n° 4, 2009, pp. 475 e ss.; R. WAHL, *Die schwebelage im Verhältnis von Europäischen Union und Mitgliedstaaten – Zum Lissabon –Urteil des Bundesverfassungsgerichts* in *Der Staat*, vol. 48, n° 4, 2009.

<sup>27</sup> Sobre a jurisprudência dos tribunais constitucionais europeus vide a tese de doutoramento, em regime de cotutela (Granada/Lisboa, B. CALLEJÓN - V. PEREIRA DA SILVA), elaborada por F. VECCHIO, *Primazia do Direito Europeu e Salvaguarda das Identidades Constitucionais* (em publicação).

<sup>28</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *Na Senda de Häberle: à Procura do Direito Constitucional e do Direito Administrativo Europeus*, in V. PEREIRA DA SILVA- B. CALLEJÓN, *O Constitucionalismo do Séc. XXI na sua Dimensão Estadual, Supranacional e Global* (e-book), ICJP, Lisboa, 2015, <http://icjp.pt/publicacoes/1/5103>;

mento essencial da Constituição Europeia<sup>29</sup>, a qual consagra ao mais alto nível, no plano dos Tratados constituintes, a tarefa de realização de políticas públicas, procedendo à “integração” das fontes e das instituições administrativas europeias com as dos Estados-membros. Daí resulta o «corte das tradicionais “amarras” do Direito Administrativo ao Estado», assim como o seu «ancoramento» no Direito Administrativo da União Europeia (CASSESE)<sup>30</sup>. Desta forma, a União Europeia pode ser considerada como «uma comunidade de Direito Administrativo», para usar a sugestiva formulação de SCHWARZE<sup>31</sup>, visto que os respetivos objetivos e tarefas são, em grande medida, de natureza administrativa, tal como administrativa (em sentido material) é também a função concretizadora das políticas públicas europeias, como administrativas (em sentido orgânico) são ainda as “Administrações europeias” que desempenham essa função, quer se trate de instituições da União Europeia, quer de nacionais.

Este fenómeno de europeização crescente, «na sua dupla vertente de criação de um Direito Administrativo ao nível europeu e de convergência dos sistemas administrativos dos Estados-membros da União<sup>32</sup>», em minha opinião, obriga a «que se passe a entender também o Direito Administrativo como Direito Europeu concretizado»<sup>33</sup> (à semelhança da afirmação de F. WERNER,

<sup>29</sup> Sobre o constitucionalismo europeu, mas também sobre o global e o nacional, cf. V. PEREIRA DA SILVA, *Na Senda de Häberle: à P. do D. C. e do D. A. E.*, in V. PEREIRA DA SILVA - B. CALLEJÓN, *O Constitucionalismo do Séc. XXI na sua D. E., S. e G.* (e-book), ICJP, Lisboa, 2015, <http://icjp.pt/publicacoes/1/5103>; V. PEREIRA DA SILVA, *Le Gout de Diderot et la Constitution Européenne*, in B. CALLEJÓN - S. PINON - A. VIALA, *Le Droit Constitutionnel Européen à l'Épreuve de la Crise Économique et Démocratique de l'Europe*, Institut Universitaire de Varenne, 2015, p. 27 e ss.; V. PEREIRA DA SILVA, *Introduction, Portugal, Europe and the Globalization of the Law - Celebration of the Centenary - Law Faculty of the University of Lisbon - International Conference (27th September 2013)*, ICJP, Lisboa, 2013, <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4986>; V. PEREIRA DA SILVA, *Una Reflexión desde Granada sobre la Constitución Europea*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 11, nº 22, julio-diciembre de 2014 ([http://www.ugr.es/~redce/REDCE22/articulos/11\\_pereira.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE22/articulos/11_pereira.htm)).

<sup>30</sup> S. CASSESE, *Le Basi Costituzionali*, in S. CASSESE, *Trattato di Diritto Amministrativo - Diritto Amministrativo Generale*, tomo I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 180.

<sup>31</sup> J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht – Entstehen und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, 1.º volume, 1.ª edição, Nomos, Baden-Baden, 1988, página 3.

<sup>32</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.*, cit., p. 102. Neste sentido, vide também V. PEREIRA DA SILVA - A. SALGADO DE MATOS, *Die Grundzüge des nationalen Verwaltungsrechts in Gemeinschaftlicher Perspektive – Portugal*, in A. VON BOGDANDY - S. CASSESE - P. HUBER, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, volume V, C.F. Müller, 2014, páginas 561/629.; F. WOLLENSCHLÄGER, *Constitutionalisation and deconstitutionalisation of Administrative Law in View of Europeanisation and Emancipation*, in *Review of European Administrative Law*, volume 10, 2017, pp. 6 e ss. (max. p. 19).

<sup>33</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.*, cit., pp. 103 e 104.

do «Direito Administrativo como Direito Constitucional Concretizado»<sup>34</sup>. E isto entendido no sentido da “dupla dependência recíproca” entre Direito Europeu e Direito Administrativo (também à semelhança de HAEBERLE<sup>35</sup>, no que respeita às relações entre Direito Constitucional e Administrativo, mas que, em minha opinião, é suscetível de ser alargada às ligações entre o ordenamento europeu e a ordem administrativa interna).

Assim, verifica-se a “dependência administrativa do Direito Europeu”. Pois, o Direito Europeu só se realiza através do Direito Administrativo, já que, por um lado, as políticas públicas europeias correspondem ao exercício da função administrativa, tal como administrativa é também a natureza das normas que as estabelecem, ao nível europeu, por outro lado, a concretização do Direito Europeu é realizada por normas, instituições e formas de atuação de Direito Administrativo, ao nível de cada um dos Estados que integram a União<sup>36</sup>.

Da mesma maneira como se verifica também a “dependência europeia do Direito Administrativo” Pois, o Direito Administrativo é cada vez mais Direito Europeu: quer pela multiplicidade de fontes europeias relevantes no domínio jurídico-administrativo, criando uma situação de “pluralismo normativo” no quadro dos ordenamentos nacionais<sup>37</sup>; quer pela convergência crescente dos ordenamentos nacionais neste domínio, que tem conduzido a uma aproximação crescente dos Direitos Administrativos dos Estados-membros, na tripla perspectiva: substantiva, procedimental e processual».

A Administração europeia depende das administrações dos Estados membros, mas os Estados membros têm de realizar as políticas públicas europeias, têm de exercer a função administrativa no quadro das regras delimitadas no âmbito da União, e, portanto, há também aqui uma outra modalidade de subordinação do Direito Administrativo ao Direito Europeu. Daqui resultando que o Direito Administrativo deixou de estar ligado apenas à lei, e passou a depender também da Constituição, a depender também do Direito Europeu,

<sup>34</sup> F. WERNER, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in F. WERNER, *Recht und Gericht unser Zeit*, Carl Heymanns Verlag, Koeln/ Berlin / Bonn/ Muenchen, 1971, páginas 212 e seguintes.

<sup>35</sup> Vide P. HAEBERLE, *Auf dem Weg. Zum Allgemeinen Verwaltungsrecht*, in *Bayerischen Verwaltungsblätter*, n.º 24, 15 de Dezembro de 1977, páginas 745 e 746..

<sup>36</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.*, cit., pp. 103 e 104.

<sup>37</sup> De acordo com M. CHITI, o «pluralismo jurídico» consiste na «presença simultânea, em todos os ordenamentos, de múltiplas fontes de direito e variedade de direito substancial». Mas esse «fenómeno é particularmente evidente na União europeia, onde os Estados membros aplicam, ao mesmo tempo, o Direito Internacional geral, o Direito Internacional “regional”, como seja o decorrente do Conselho da Europa e de outras organizações internacionais europeias, o Direito da União europeia (...), e o Direito nacional» (M. CHITI, *Monismo o Dualismo in Diritto Amministrativo: Vero o Falso Dilemma?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Amministrativo*, n.º 2, 2000, p. 305).

do Direito Internacional e do Direito Global. Ocorreu, pois, uma transformação radical da lógica do princípio da legalidade<sup>38</sup>.

Este Direito Administrativo Europeu tem como fontes principais a legislação e a jurisprudência. Desde logo, o legislador, que se afadiga quotidianamente na produção de Regulamentos e de Diretivas em todos os domínios das políticas públicas europeias. E, na verdade, da concorrência ao ambiente, das novas tecnologias à agricultura e pescas, dos transportes às telecomunicações, não há domínio da função administrativa europeia que não se encontre legislativamente regulado. Mas, decisiva tem sido também a atuação da jurisprudência europeia, interpretando e integrando lacunas do ordenamento europeu, elaborando “standards” decisórios, criando normas e princípios comuns a partir da comparação dos Direitos dos Estados membros, reinterpretando os Direitos Administrativos nacionais à luz do Direito Europeu.<sup>39</sup>

Mas o princípio da legalidade apresenta ainda um nível infra-legal, pois a Administração vai-se auto-vincular através das suas próprias formas de atuação. Assim, a elaboração de um plano, ou de um regulamento, cria normas jurídicas às quais a Administração não se pode furtar, pelo menos enquanto vigorarem. Mas o mesmo se diga de um ato administrativo, mesmo sendo individual e concreto, que é praticado no termo de um procedimento, em que a Administração ponderou devidamente o interesse público e os interesses dos particulares afetados, pelo que não pode ser afastado sem mais. É por isso que a lei estabelece limites à revogação e à anulação de atos administrativos, de forma a permitir a realização da legalidade e do interesse público, mas sem pôr em causa a boa-fé e as legítimas expectativas dos particulares, que confiaram na palavra dada pela Administração (Vide, em Portugal, o Código de Procedimento Administrativo, nos arts. 166º e seguintes). E o mesmo vale para os contratos públicos, resultantes da conjugação de vontades dos particulares e da Administração, que constituem uma importante e (cada vez mais) habitual fonte de direito e cuja denúncia ou anulação se encontra também estritamente regulada no Código dos Contratos Públicos.

Em síntese, o princípio da legalidade que começou por ser meramente formal e de conteúdo restrito, ao tempo do Estado liberal, tornou-se num princípio material e aberto, no Estado Pós-Social em que vivemos, o que obriga a integrar no seu conteúdo todas as fontes de direito, sejam as de caráter supra-legal (Constituição, Direito Europeu, Direito Global, Direito Internacional), sejam as de caráter legal (que tanto pode ser a lei provinda do Par-

<sup>38</sup> V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.*, cit., pp. 103 e 104.

<sup>39</sup> V. . PEREIRA DA SILVA, *O Impacto do Direito Administrativo sem Fronteiras no Direito Administrativo Português*, in *Atas do XII Colóquio Luso-Espanhol dos Professores de Direito Público (25 e 26 de novembro de 2016)*, Lisboa, 2017 (no prelo).

lamento, como de quaisquer outros órgãos dotados pela lei fundamental de competência legislativa), sejam ainda as de caráter infra-legal (planos, regulamentos, atos administrativos e contratos públicos). À semelhança do que sucedeu no Direito Constitucional, em que a existência de vários níveis de proteção jurídica obriga a falar em “constitucionalismo multi-nível” (INGOLF PERNICE)<sup>40</sup>, também nós poderíamos aqui falar num “princípio da legalidade multi-nível”.

De referir, por último, que este entendimento mais amplo da legalidade deve significar também um controlo mais exigente, efetuado pelos tribunais. Daí que me pareça ser de saudar a tendência portuguesa recente, que se tem verificado em especial no Tribunal Constitucional, e que agora se tem alargado também aos Tribunais Administrativos, de afastarem, por inconstitucionalidade ou por ilegalidade, normas que violam princípios, quer sejam da Constituição, de Direito Internacional, ou de Direito Europeu.

<sup>40</sup> A expressão “constitucionalismo multinível” deve-se a I. PERNICE, cf. *Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously*, in R. Hofmann & S. Kadelbach. (Eds.), *Law Beyond The State. Pasts and Futures* (pp. 151-205), Frankfurt/New York: Campus Verlag, 2016 ; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, Humboldt-Universität zu Berlin, WHI-Paper 2/09, <http://www.whiberlin.de/documents/whi-paper0209.pdf>.