

# Do Princípio da Legalidade ao Princípio da Juridicidade

HENRIQUE DIAS DA SILVA \*

**Resumo:** O Estado de direito e o princípio da legalidade. Do Estado de direito ao Estado social de direito. A evolução do princípio da legalidade até à conceção atual de princípio da juridicidade. Os subprincípios da preferência de lei ou de precedência de lei. O princípio da reserva de lei e o princípio da reserva de lei parlamentar. As mais-valias do princípio da juridicidade face ao princípio da legalidade.

Palavras-chave: Estado de direito, princípio da legalidade, princípio da juridicidade

**Summary:** The rule of law and the principle of legality. From the rule of law to the social state under the rule of law. The evolution of the principle of legality to the current conception of the principle of juridicity. The sub principles of preference of law or precedence of law. The principle of the supremacy of the rule of law and the principle of the supremacy of parliamentary law. The gains of the principle of juridicity to the principle of legality.

Key words: The rule of law, the principle of legality, the principle of juridicity

## 1. Introdução

O princípio da legalidade afirma-se plenamente com o advento do Estado de Direito. Todavia, a sua formulação evolui desde finais do século XVIII, à semelhança do que sucedeu com o Estado de Direito.

---

JURISMAT, Portimão, n.º 6, pp. 169-186.

\* Docente do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa.

O princípio da legalidade assume primordial importância no âmbito do Direito Administrativo, designadamente no que respeita aos atos praticados pela Administração que "...constituem deveres ou encargos para os particulares..." numa "...situação individual e concreta...". Neste pequeno texto temos unicamente em atenção esta vertente do princípio da legalidade, deixando de fora outras matérias designadamente a "legalidade legislativa".<sup>1</sup>

O presente trabalho procura formular um quadro comparativo das várias concepções do princípio da legalidade, com particular incidência na doutrina expandida por Marcelo Caetano<sup>2</sup> e na doutrina atual representada por Diogo Freitas do Amaral, que escolhemos como representativos da doutrina portuguesa no âmbito do Direito Administrativo.

De modo sucinto, apresentam-se as várias concepções do Estado de Direito que se revelam de particular interesse para uma melhor compreensão da evolução do princípio da legalidade.

A parte central deste trabalho centra-se nas concepções apresentadas por aqueles Autores sobre o princípio da legalidade. Optámos em especial por dois textos, a 1.<sup>a</sup> Edição do Manual de Direito Administrativo de Marcelo Caetano, publicado em 1937<sup>3</sup> e a 2.<sup>a</sup> Edição do Curso de Direito Administrativo de Diogo Freitas do Amaral, publicadas em 2011. Estes dois textos encontram-se separados por mais de seis décadas embora próximos por os seus autores pertencerem à mesma escola.<sup>4</sup>

## 2. O Estado de Direito

A ideia de Estado de Direito<sup>5</sup> advém, por um lado do iluminismo e do liberalismo triunfantes da segunda metade do século XVIII e, por outro, da longa evolução do

<sup>1</sup> MONCADA, L. S. (2001). "Rule of Law", Procedimento Normativo e Legalidade; Uma Perspectiva Comparada. In L. S. MONCADA, *Estudos de Direito Público* (pp. 119-161). Coimbra: Coimbra. págs. 139 e segs.

<sup>2</sup> Nas palavras de Freitas do Amaral: "Indubitavelmente, foi o Prof. Marcelo Caetano o maior construtor do sistema geral do nosso Direito Administrativo". Cfr. AMARAL, D. F. (2006). *Curso de Direito Administrativo* (3.<sup>a</sup> Edição ed., Vol. I). Coimbra, Almedina, pág. 198:

<sup>3</sup> CAETANO, M. (1937). *Manual de Direito Administrativo* (1.<sup>a</sup> ed.). Lisboa: Empresa Universidade Editora.

<sup>4</sup> Marcelo Caetano reconhece Freitas do Amaral como seu continuador, manifestando a sua "...admiração que ...merece o raro conjunto de qualidades que o exornam como homem de ciência e universitário." Cfr: CAETANO, M. (1980). *Manual de Direito Administrativo* (10.<sup>a</sup> Reimpressão ed., Vol. I). Coimbra: Almedina, pág. VI.

<sup>5</sup> A expressão Estado de Direito em alemão *Rechtstaat*, terá sido utilizada pela primeira vez por Robert Von Mohl, no seu livro *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, que podemos traduzir por "A ciência política alemã na fundação do Estado de

constitucionalismo inglês e da então recente experiência constitucional dos Estados Unidos da América.<sup>6</sup>

O Estado está sujeito ao direito, atua através do direito e coloca em vigor normas de harmonia com uma ideia de direito que reconhece e protege os direitos naturais do indivíduo, designadamente a liberdade, a segurança e a propriedade.

Todavia, ao longo dos últimos séculos, o Estado de Direito sofre mutações que importa ter em atenção neste estudo cujo objetivo é apresentar e comparar as principais conceções do princípio da legalidade.

Com este propósito, optámos por apresentar três modalidades de Estado de Direito, a primeira que designamos por conceção clássica de Estado de Direito e que se inicia nos finais do século XVIII e se prolonga, nalguns países até ao século XX, uma segunda modalidade em que o Estado de direito sofre uma interrupção e é substituído pelo que podemos designar por Estado de Direito formal, também designado por Estado de Legalidade. Por último, temos o Estado de Direito social, já no século XX, também designado por Estado de Direito Democrático.

## 2.1 A formulação clássica do Estado de Direito

O Estado de Direito assenta em primeiro lugar num conjunto de direitos fundamentais das pessoas que se impõem ao próprio Estado. Estes direitos são anteriores às declarações formais de direitos e baseiam-se em determinados princípios atinentes à estrutura e organização do Estado.

Esses direitos fundamentais eram essencialmente a liberdade, a segurança (onde se incluía a vida e a integridade física) e a propriedade. Considerava-se então que os direitos eram de raiz jusnaturalista, ou seja, eram direitos inatos de que o homem não podia ser despojado.<sup>7</sup> Noutra importante texto da mesma época afirma-se que a igualdade dos homens que "...são dotados pelo seu criador de direitos inalienáveis".<sup>8</sup>

---

*Direito*", publicada no início do segundo quartel do século XIX. Cfr. GOUVEIA, J. B. (2011). *Manual de Direito Constitucional* (4.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, págs. 791 e 792.

<sup>6</sup> TELES, M. G. (1998). Estado de Direito. In AAVV, *Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado* (2.ª ed., Vol. 2, pp. 1126-1129). Lisboa-São Paulo: Verbo. CANOTILHO, J. J. (1999). *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares e Gradiva.

<sup>7</sup> Secção I da Declaração de Direitos de Virgínia, datada de 16 de Junho de 1776 (consultei o respetivo texto em MIRANDA, J. (1980). *Textos Históricos do Direito Constitucional*. Lisboa, Portugal: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, pág. 31.

<sup>8</sup> Como se pode ler no 2.º § da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de Julho de 1776, também consultada na coletânea acima referida.

Neste sentido, a finalidade do Estado seria "...a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem", designadamente a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.<sup>9</sup>

Quanto à organização do Estado de Direito importa considerar designadamente os seguintes aspetos: o Estado encontra-se submetido ao império do direito e da lei, deve obediência a normas jurídicas gerais e racionais; obediência ao princípio da separação de poderes; primado do poder legislativo sobre o poder executivo; tribunais independentes; pluralismo político.<sup>10</sup>

Por conseguinte, o princípio estrutural do Estado de Direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia dos direitos dos indivíduos perante os poderes estaduais.<sup>11</sup>

Em Inglaterra existia já uma longa tradição do *Rule of Law* que remonta segundo alguns à Magna Carta, para significar a subordinação do poder político à lei<sup>12</sup>, entendendo-se que o rei tinha de pautar a sua atuação de acordo com a lei. Em suma o *Rule of Law* implicava a proeminência da lei.

A tudo isto deve somar-se a existência de uma Constituição como fórmula essencial para a existência de um Estado de Direito. Aliás, a existência de uma Constituição íntegra, o princípio da constitucionalidade, sendo um dos subprincípios do Estado de Direito.<sup>13</sup>

A referida fórmula política teve a sua concretização nos Estados liberais do século XIX, quer do continente europeu, quer do continente americano, onde surgiram unidades políticas que podem ser consideradas como Estados de Direito quer do ponto de vista material, no sentido de que se encontram submetidos a regras de direito natural que os transcendem, precisamente as que consagram os direitos do cidadão à liberdade, à segurança e à propriedade, quer do ponto de vista formal, com a submissão da atuação do Estado à Lei.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> O que corresponde ao artigo 2.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em França, pela Assembleia Nacional a 26 de Agosto de 1789, igualmente consultada na obra acima mencionada.

<sup>10</sup> CANOTILHO, J. J. (1999). *Estado de Direito*. Lisboa: Fund. Mário Soares e Gradiva, pág. 7.

<sup>11</sup> Idem, ob. e loc. cit, pág. 3

<sup>12</sup> PIÇARRA, N. (1989). *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, pág 47.

<sup>13</sup> GOUVEIA, J. B. (2011). *Manual de Direito Constitucional* (4.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, pág. 810.

<sup>14</sup> Há quem utilize o vocábulo **nomocracia** para traduzir esta realidade, a de um poder subordinado a leis que não pode alterar. Esta palavra é formada pelas palavras gregas *nómos*, que exprime a ideia de lei (1089. 2.º coluna) com o sufixo nominal *-cracia* que transmite a ideia de

## 2.2 A formulação positivista do Estado de Direito Formal ou Estado de Legalidade

Ainda no século XIX, em alguns Estados liberais, quer com o aprofundamento da democracia, quer com o declínio das posições jusnaturalistas racionalistas a favor de teses voluntaristas na compreensão do direito, designadamente com o advento do positivismo jurídico surge um Estado que, numa linguagem simples, já não se encontra submetido à Lei e ao Direito, mas apenas à lei.<sup>15</sup>

Com esta formulação está aberta a porta para a injustiça e a opressão pois desde que uma determinada medida ou solução esteja consignada na lei, a mesma passa de ser inquestionável apesar de injusta por contrária aos princípios atrás referidos da liberdade, da segurança e da propriedade. Tal também foi possível, devido ao facto de se prever que aqueles direitos fundamentais eram exercidos de acordo com a lei, não tendo esta, ao tempo, de respeitar o conteúdo essencial desses direitos fundamentais. Acresce que, a doutrina considera que no século XIX, designadamente na Alemanha, as regras relativas ao Estado de Direito foram implantadas através de um compromisso com o princípio monárquico, criando uma monarquia constitucional limitada, pelo que era menos agressiva a ideia de que o reconhecimento dos direitos fundamentais resultava de um processo de autolimitação do Estado do que "...como valores que se impunham por força do seu carácter pré e supra estadual".<sup>16</sup>

Ao reconduzir-se o Estado de Direito a um Estado "...que age na forma do direito...", a um Estado autolimitado pelo direito positivo que dele emana, independentemente do seu conteúdo, estão construídos os argumentos que permitem a "...compatibilização teórica do conceito..." de Estado de Direito, "...com qualquer tipo de Estado".<sup>17</sup>

Todavia, consideram-se como Estado de não Direito, o Estado que coloca em vigor "...leis arbitrárias, cruéis ou desumanas", em que o direito se identifica com a "razão de Estado" ou com o "bem do povo" imposta pelo chefe ou pelo partido, em que se verificam injustiças por uma evidente desigualdade na aplicação do direito.<sup>18</sup>

Este não direito verifica-se nas situações em que entre as leis e as decisões estaduais e os princípios de justiça nomeadamente igualdade, liberdade, dignidade da pessoa

---

poder ou de autoridade. Cfr. AAVV. (2004). *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*. Porto: Porto Editora, págs. 1089, 2.<sup>a</sup> coluna e 410, 3.<sup>a</sup> coluna.

<sup>15</sup> TELES, M. G. (1998). Estado de Direito. In AAVV, *Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado* (2.<sup>a</sup> ed., Vol. 2, pp. 1126-1129). Lisboa-São Paulo: Verbo.

<sup>16</sup> NOVAIS, J. R. (2014). *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa* (1.<sup>a</sup> (reimpressão) ed.). Coimbra: Coimbra Editora, pág. 28.

<sup>17</sup> Idem, pág. 29.

<sup>18</sup> CANOTILHO, J. J. (1999). *Estado de Direito*. Lisboa: Fund. Mário Soares e Gradiva, pág. 4.

humana há uma contradição de tal modo “insuportável” que aquelas leis têm de ser consideradas como “...injustas, celeradas e arbitrárias...” justificando-se o direito de resistência.<sup>19</sup>

Esta temática mereceu a atenção da Encíclica *Pacem in Terris*, publicada em 1963, pelo Papa João XXIII, reafirmando a doutrina de S. Tomás de Aquino no sentido de que, se a autoridade prescreve uma lei contrária à ordem natural e contra a reta razão essa lei é iníqua, não tendo o valor de lei, perdendo, por conseguinte, a sua injuntividade.

### 2.3 A formulação atual do Estado de Direito

A formulação do Estado de Direito, na segunda metade do século XX, retoma o Estado de Direito em sentido material e em sentido formal, fazendo apelo aos conceitos da dignidade da pessoa humana, do Estado de Direito democrático, às normas e princípios de direito internacional<sup>20</sup> e à Declaração Universal dos Direitos do Homem, princípios estes que se encontram plasmados nos artigos 1.º, 2.º, 8.º e 16.º da nossa Lei Fundamental.

Considera-se agora que o Estado de Direito integra princípios e valores materiais essenciais “...razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz” designadamente: “a liberdade do indivíduo, a segurança individual e coletiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos.”<sup>21</sup>

São, deste modo, dimensões essenciais do Estado de Direito, a sua subordinação ao império do direito, o reconhecimento dos direitos fundamentais, o respeito pelos princípios da justa medida e da proporcionalidade, a existência de responsabilidade civil por parte do Estado, a separação de poderes, a independência dos tribunais e as garantias judiciais, a proteção da segurança e da confiança das pessoas.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Idem, ob. e loc. cit., pág. 5.

<sup>20</sup> Nomeadamente os princípios da não ingerência, da não-agressão, da autodeterminação, princípio do não reconhecimento das conquistas territoriais pela força, cfr. GOUVEIA, J. B. (2008). *Manual de Direito Internacional* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina, pág. 181. MACHADO, J. E. (2013). *Direito Internacional - Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro* (4.ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora, pág. 127 e segs.

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. (1999). *Estado de Direito*. Lisboa: Fund. Mário Soares e Gradiva, pág. 5.

<sup>22</sup> Idem, ob. e loc. cit., págs. 18 e seguintes.

Há, deste modo, atualmente uma verdadeira conceção de Estado de Direito formal e material. Outros autores preferirem a expressão “Estado social de Direito” ou “Estado de Direito democrático” para transmitir esta ideia de Estado de Direito material.<sup>23</sup>

### 3. O Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade da Administração, entre nós consagrado no n.º 2 do artigo 266.º da Constituição, é uma das dimensões do princípio do Estado de Direito. Sobre este princípio da legalidade tem existido assinalável produção doutrinal, pelo que optámos por analisar dois dos principais autores, pertencentes a duas gerações e a dois modelos constitucionais distintos.

Marcelo Caetano o nosso grande publicista, “...mestre cuja claridade de pensamento e de exposição foi admirada por sucessivas gerações de estudantes...”, criador da nossa escola de Direito público<sup>24</sup>, figura incontornável do Estado Novo, Ministro e Presidente do Conselho de Ministros e autor de importantes textos legislativos do ordenamento jurídico subordinado à Constituição de 1933.

Diogo Freitas do Amaral, discípulo do referido mestre, professor de Direito Administrativo, fundador da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, jurista da maior importância e notável político no plano nacional e internacional nas últimas quatro décadas. Além de Ministro e Vice-Primeiro Ministro de vários governos foi Presidente da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

#### 3.1 A formulação do Princípio da Legalidade por Marcelo Caetano

Na 1.ª edição do seu Manual de Direito Administrativo, o ilustre mestre dedica algumas páginas da Introdução (§ 1.º - O Sistema Administrativo) a esta matéria do princípio da legalidade.

Começa logo por declarar que o Estado moderno é jurídico no sentido de que todas as formas da sua atividade se encontram submetidas ao direito.<sup>25</sup>

Tal submissão ao direito consistia em nenhum ato ou procedimento poder ser praticado sem ser de acordo com um “...preceito genérico previamente estabelecido (lei

<sup>23</sup> MIRANDA, J., & Rui de MEDEIROS. (2010). *Constituição Portuguesa Anotada* (2.ª ed., Vol. I). Coimbra: Wolters-Kluwer Coimbra Editora, págs. 97 a 99, noas II e III ao artigo 2.º.

<sup>24</sup> Nas palavras de um texto cujo principal autor é Jorge Miranda e que se encontra transcrito em PEREIRA, A. G. (2006). Marcello Caetano, Universitário. In AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano* (Vol. I, pp. 183-191). Coimbra: Coimbra Editora.

<sup>25</sup> CAETANO, M. (1937). *Manual de Direito Administrativo* (1.ª ed.). Lisboa: Empresa Universidade Editora, pág. 37.

formal, regulamento ou postura): nisto consiste o princípio da legalidade na administração ou da administração legal”.<sup>26</sup>

Consequentemente, as relações entre os particulares e a Administração encontram-se disciplinadas pela lei, pelo que nenhuma obrigação pode ser imposta aos cidadãos sem que seja autorizada por lei, por outro lado, nenhum direito pode ser exercido pela administração sem estar previsto na lei.

Ainda que a administração tenha sido a autora da regra geral não pode decidir em sentido contrário da norma que anteriormente havia aprovado.

Em suma são duas as características do princípio da legalidade da administração:

- Todas as autoridades públicas têm de respeitar a regra de direito aprovada por uma autoridade superior;
- O próprio autor da regra de direito tem necessariamente de a cumprir enquanto não a revogar.<sup>27</sup>

O que imprime um caráter distintivo ao princípio da legalidade são as garantias jurídicas que se apresentam com as seguintes modalidades:

As garantias preventivas que se traduzem na organização hierárquica da administração e na distribuição de funções, o que permite a permanente fiscalização dos atos de um agente pelos seus superiores. A sujeição dos funcionários a responsabilidade civil, criminal e disciplinar motivaria um auto controle e um controle pelos superiores hierárquicos que obstaria à prática de atos contrários à lei.

Se mesmo assim for praticado um ato que infrinja a lei, o mesmo será nulo ou anulável, podendo o particular acionar as garantias repressivas, socorrendo-se dos meios gratuitos ou dos meios contenciosos.

Os meios gratuitos têm duas modalidades a reclamação e o recurso hierárquico. A reclamação é o pedido apresentado pelo lesado ao próprio autor do ato ilegal para que o altere ou revogue de acordo com a lei. No recurso hierárquico o interessado formula um pedido ao superior hierárquico do agente que praticou o ato ilegal, no sentido de alterar ou revogar a decisão, por esta ser contrária à lei

Os meios contenciosos consistem no recurso contencioso em que o interessado submete a apreciação da legalidade do ato a um Juiz, o qual na sua decisão ou reconhece

<sup>26</sup> Idem, ob. e loc. cit.

<sup>27</sup> Idem, ob. e loc. cit.



que o ato foi praticado de acordo com a lei, e mantem o ato na ordem jurídica, ou verifica a sua ilegalidade, anulando o ato.<sup>28</sup>

<b>Garantias da Legalidade na Administração</b> [in: CAETANO, M. (1937). <i>Manual de Direito Administrativo</i> (1.ª ed.). Lisboa: Empresa Universidade Editora]		
Garantias Preventivas	Organização hierárquica dos agentes administrativos	
	Responsabilidade civil, criminal e disciplinar	
Garantias Repressivas	Meios Graciosos	Reclamações
		Recursos
	Meios Contenciosos	Recurso contencioso

Revela-se do maior interesse científico compulsar agora a 10.ª Edição do Manual de Direito Administrativo<sup>29</sup> do ilustre professor, publicada em 1973, trinta e seis anos depois da edição *princeps*, já com a colaboração do Professor Freitas do Amaral.

O insigne administrativista considera que se as resoluções tomadas no exercício da atividade administrativa fossem deixadas à vontade dos funcionários e agentes havia o risco de decisões arbitrárias, com profundas desigualdades e injustiças.

Assim, a atuação da Administração de harmonia com as normas jurídicas satisfaz simultaneamente a necessidade de justiça para os cidadãos e de eficiência para a Administração.

Acresce que, saber antecipadamente como agir é, quer para os cidadãos, quer para a administração “...uma garantia essencial de segurança”.<sup>30</sup>

Nesta 10.ª edição do seu manual o insigne professor distingue uma primeira fase em que a Administração estava condicionada pelas leis votadas no parlamento, ou seja, “...estava condicionada por um poder superior que a transcendia”, designando-se então por Administração condicionada.

<sup>28</sup> Idem, ob. cit. págs. 38 a 39.

<sup>29</sup> CAETANO, M. (1980). *Manual de Direito Administrativo* (10.ª Reimpressão ed., Vol. I). Coimbra: Almedina.

<sup>30</sup> Idem, ob. e loc. cit, págs. 28 e 29.

De uma segunda fase, a da Administração condicionante, em que deixa de estar sujeita a uma legislação de origem “transcendente” para produzir ela própria uma parte significativa das normas que a regulam.<sup>31</sup>

Assim, o sentido do princípio da legalidade já não é a subordinação do poder administrativo, como parte do poder executivo, ao poder legislativo, para passar a ser a subordinação da Administração à generalidade dos comandos legais, garantido a igualdade das decisões ou procedimentos.

De qualquer modo a Administração só pode exigir de uma determinada pessoa uma prestação ou comportamento se tal for exigível a qualquer pessoa que se encontre nas mesmas circunstâncias e se existir previsão legal das circunstâncias que formem o pressuposto da obrigatoriedade de tal comportamento.<sup>32</sup>

Em suma, segundo o princípio da legalidade “...nenhum órgão ou agente da Administração Pública tem a faculdade de praticar atos que possam contender com interesses alheios senão em virtude de uma norma geral anterior”.<sup>33</sup>

Aparentemente este conceito do princípio da legalidade é menos amplo do que o constante da 1.<sup>a</sup> edição pois tem em vista apenas a atividade suscetível de contender com os direitos dos administrados e não os restantes atos da Administração.

Daquele princípio da legalidade decorre que, por um lado, o órgão da Administração, mesmo sendo autor das normas gerais não pode eximir-se ao seu cumprimento nos casos em que essas normas forem aplicáveis. Por outro lado, todo o ato administrativo que, num caso concreto, esteja em desarmonia com as normas gerais é, consequentemente, nulo ou anulável.

Este princípio da legalidade teria diversos limites. Em primeiro lugar não se aplicaria aos atos políticos, nem aos atos técnicos.

Acresce que a Administração tem, no âmbito dos seus deveres, perante uma situação concreta, de decidir, de escolher o comportamento a tomar entre os vários possíveis perante circunstâncias muito diversas, frequentemente imprevisíveis, pelo que face a certas situações a lei tem de deixar liberdade de atuação aos seus órgãos e agentes.<sup>34</sup>

Estamos então perante a atividade discricionária da Administração Pública. No exercício desta atividade discricionária, a Administração tem a liberdade de escolher a

<sup>31</sup> Idem, ob. e loc. cit, pág. 29.

<sup>32</sup> Idem, ob. e loc. cit.

<sup>33</sup> Idem, ob. e loc. cit.

<sup>34</sup> Idem, ob. e cit., pág. 31.

oportunidade para agir, bem como o objeto ou a forma do ato desde que respeite o fim de interesse público estabelecido na lei com fundamento da atribuição de poderes.

A par desta atividade discricionária está a atividade vinculada da Administração em que o comportamento dos órgãos e agentes se encontra estipulado na lei, preenchidas que seja a respetiva previsão legal.<sup>35</sup>

### **3.2 A formulação atual do princípio da legalidade na obra de Diogo Freitas do Amaral**

Diogo Freitas do Amaral, na 2.<sup>a</sup> Edição do II volume do seu “Curso de Direito Administrativo”, datado de Março de 2011, afirma que o Princípio da Legalidade é “...um dos mais importantes princípios gerais de direito aplicáveis à Administração Pública”.<sup>36</sup>

Este ilustre publicista começa por fazer uma descrição do princípio da legalidade na obra do Professor Marcelo Caetano considerando que este axioma estava anteriormente formulado como uma proibição “...a proibição de a Administração Pública lesar os direitos ou interesses dos particulares, salvo com base na lei”,<sup>37</sup>

O princípio da legalidade era então formulado negativamente como um limite ou uma proibição à atividade da Administração.

Atualmente, entende que os órgãos e agentes da Administração só podem atuar com base na lei e dentro dos limites impostos por esta.

Face à conceção anterior do princípio da legalidade temos, segundo Freitas do Amaral, três diferenças:

- O princípio da legalidade surge atualmente definido de forma positiva e não de forma negativa. A lei estabelece aquilo que a Administração pode e deve fazer e não apenas as atuações que se encontram proibidas;
- Esta nova conceção do princípio da legalidade abrange todos os domínios da atividade administrativa, quer os atos que podem contender com direitos ou interesses dos particulares, quer os atos que não afetam os cidadãos pois, este Princípio procura proteger o interesse público e não apenas os interesses dos administrados.

<sup>35</sup> Idem, ob. e loc. cit.

<sup>36</sup> AMARAL, D. F. (2011). *Curso de Direito Administrativo* (2.<sup>a</sup> Edição ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, pág. 49.

<sup>37</sup> Idem, ob. e cit., pág. 50.

- Por último, “...a lei não é apenas um limite à atuação da Administração; é também o fundamento da ação administrativa”.<sup>38</sup> A Administração está, deste modo, sujeita ao princípio da competência pois apenas pode fazer o que a lei lhe permitir e não ao princípio da liberdade, que constitui a regra no direito privado, segundo a qual se pode fazer tudo o que a lei não proíba.

Estas diferenças são motivadas pela evolução do Estado de Direito desde o século XVII até à atualidade.

Freitas do Amaral identifica, naquele período, três fases distintas na evolução “...dos sistemas políticos e do Direito público na Europa”.<sup>39</sup>

A primeira fase corresponde ao Estado de polícia em que o poder é absoluto,<sup>40</sup> não se encontrando limitado pela lei ou pelos direitos subjetivos dos particulares podendo por isso ocasionar situações de arbítrio. Podem, eventualmente, ser lesados direitos dos cidadãos sem que exista a possibilidade jurídica de reparação. Em França, antes da revolução, apenas no âmbito do “Estado-fisco”<sup>41</sup> a Administração devia obediência à lei sendo as decisões ilegais suscetíveis de serem judicialmente impugnadas.

O Estado de direito liberal do século XIX corresponde à segunda fase. É neste período que se estabelece o princípio da subordinação da Administração Pública aos limites da lei. Com este primado da lei, a Administração fica limitada pela lei parlamentar. Foi este o modo de assegurar a proteção dos direitos dos cidadãos.

Procura conciliar-se neste modelo os dois poderes autónomos: o poder executivo que tinha a legitimidade hereditária proveniente da monárquica e o poder legislativo legitimado democraticamente pelo voto dos cidadãos.

<sup>38</sup> Idem, ob. e cit., pág. 51.

<sup>39</sup> Idem, ob. e cit., pág. 52.

<sup>40</sup> Esta ideia de que o poder não estava limitado corresponde a uma certa simplificação pois mesmo no *ancien régime*, em Portugal, existiam leis que vinculavam o príncipe designadamente as normas sobre a sucessão no trono, sobre a maioridade e o casamento dos príncipes ou sobre o dever que o rei tinha de respeitar as sentenças. Todavia, não existiam normas sobre os “...deveres recíprocos do rei e dos seus súbditos”, cfr. CAETANO, M. (1978). *Constituições Portuguesas* (4.ª ed.). Lisboa: Verbo, págs. 11 e 12. Aliás, já no prólogo das Ordenações Afonsinas se dizia que o Rei apesar de não estar obrigado ao cumprimento da lei, todavia “...por ser criatura racional e subjugada à razão natural e honesta e submete sob governança e mandamento dela...”, cfr: CAETANO, M. (2012). *O Direito - Artigos doutrinários n’O Direito*. Coimbra: Almedina, pág. 72.

<sup>41</sup> No sentido de Estado no uso de poderes de natureza fiscal.

A Administração Pública, dirigida pelo poder executivo, estava limitada pelas leis aprovadas no parlamento. Enquanto, na primeira fase, a Administração Pública tinha por fundamento a vontade e o poder do rei.<sup>42</sup>

Na terceira fase, já no século XX, Freitas do Amaral considera que o princípio da legalidade evolui em três direções distintas correspondendo cada uma delas aos regimes comunistas, aos regimes autoritários considerados de direita e às democracias modernas de tipo pluralista e ocidental.

Os regimes comunistas consideravam que o objetivo de construção do socialismo, sob a direção do partido único, ou preponderante, é que devia orientar a interpretação e aplicação das leis. Consequentemente "...as leis deviam de ser interpretadas e aplicadas de acordo com as diretivas e instruções formuladas pelo partido, com vista à construção do socialismo".<sup>43</sup>

Foi com base neste raciocínio que se formulou a noção de legalidade socialista, distinta da legalidade decorrente de uma hermenêutica jurídica das leis vigentes, procurando-se interpretar as leis do modo mais favorável à construção do socialismo.

Deste modo, o princípio da legalidade, nos regimes políticos comunistas, não constituía um limite à atividade da Administração Pública, mas antes um "instrumento ... do poder administrativo ao serviço de fins de natureza política...".<sup>44</sup>

Nos regimes autoritários considerados de direita é afastada a ideia de Estado de Direito e surge o Estado de Legalidade.

No Estado de legalidade mantêm-se o princípio de que a Administração Pública tem de cumprir a lei. Porém, a lei em vez de ser "...a expressão da vontade geral votada no Parlamento representativo da Nação" passa a ser qualquer norma jurídica colocada em vigor, designadamente pelo governo.<sup>45</sup>

Por outro lado, os governos passaram a deter poderes legislativos, pelo que o princípio da legalidade deixou de implicar a subordinação do executivo ao poder parlamentar como sucedia no Estado liberal.

<sup>42</sup> AMARAL, D. F. (2011). *Curso de Direito Administrativo* (2.ª Edição ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, pág. 53.

<sup>43</sup> Idem, ob. e cit., pág. 55.

<sup>44</sup> Idem, ob. e loc. cit.

<sup>45</sup> Idem, ob. e cit., pág. 54.

Mais, o princípio da legalidade passou a ser entendido como um instrumento jurídico de proteção dos interesses do Estado e só indiretamente de proteção dos cidadãos. Alguma doutrina italiana entendia que o particular quando impugnava judicialmente um ato ilegal estava a defender o interesse estadual e não o seu interesse particular.

Apesar de tudo, nestes regimes autoritários de direita a lei constituía um limite à atuação da Administração Pública só que esse limite, como escreve Freitas do Amaral, era um limite relativo e não um limite “absoluto”.

Por último, temos a situação nos regimes democráticos de tipo ocidental, que desde meados do século XX adotaram o modelo de Estado social de direito.

Neste Estado social de direito o sistema de subordinação à lei da Administração Pública é substituída pela subordinação ao direito. Tal significa que a Administração Pública no exercício da sua atividade está subordinada não apenas à lei, mas também à Constituição, ao Direito Internacional, ao Direito da União Europeia, às normas regulamentares que ela própria aprovou, aos atos que anteriormente praticou e que ainda não foram revogados, ao estipulado nos contratos, aos princípios gerais de direito.

Neste sentido Maurice Hauriou utiliza a expressão *bloc légal* para abarcar todo este conjunto de fontes. Estamos agora perante o princípio da juridicidade da Administração.

Assim, a legalidade, ou melhor, a juridicidade surge “...não apenas como limite da ação administrativa, mas como o verdadeiro fundamento da ação administrativa”.<sup>46</sup> Neste modelo de Estado social de direito o poder executivo já não é um poder com legitimidade própria, como aconteceu durante a monarquia, mas antes um poder cuja autoridade deriva da Constituição e da lei pelo que deve subordinar-se à lei e ao direito.

Note-se que não se trata de substituir o princípio da legalidade por uma mera juridicidade suscetível de “justificar” atos administrativos.<sup>47</sup> Deve entender-se que este princípio da juridicidade inclui necessariamente a lei como fundamento do ato administrativo.

<sup>46</sup> Idem, ob. e cit., págs. 56 e 57.

<sup>47</sup> A doutrina alerta igualmente os perigos desta substituição da legalidade pela juridicidade. Cfr: MONCADA, L. S. (2001). "Rule of Law", Procedimento Normativo e Legalidade; Uma Perspectiva Comparada. In L. S. MONCADA, *Estudos de Direito Público* (pp. 119-161). Coimbra: Coimbra, pág. 158.

Aliás, foi esta expressão “à lei e ao direito” que foi escolhida na redação para a redação da regra jurídica relativa ao princípio da legalidade, ínsita no artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo de 1991. Note-se que Freitas do Amaral presidiu à comissão encarregue de proceder à revisão do projeto já existente e de apresentar a versão final o que veio a suceder em 1989.<sup>48</sup>

Em suma, o princípio da legalidade, nesta sua recente versão de juridicidade, tem duas modalidades: a preferência de lei e a reserva de lei.

A preferência de lei, também designada por legalidade-limite, traduz-se na regra de que nenhum ato de categoria inferior à lei pode incumprir o bloco legal. Se o fizer será ilegal.

A reserva de lei, por vezes designada por legalidade-fundamento, consiste na regra de que nenhum ato de categoria inferior à lei é suscetível de ser praticado sem que esteja devidamente fundamentado no bloco legal.<sup>49</sup>

Esta reserva de lei pode funcionar com uma intensidade mínima, quando a lei atribui uma competência e estabelece a finalidade para a qual essa competência é concedida ou com intensidade máxima no caso da reserva de lei parlamentar quando a Constituição atribui a competência exclusiva à Assembleia da República para legislar em determinadas matérias.<sup>50</sup>

#### 4. Nota conclusiva final

A evolução do princípio da legalidade para a juridicidade é determinado por diversos fatores que se prendem nomeadamente com a evolução do próprio Estado, de Estado de Direito para Estado Social de Direito e ao incremento da atividade administrativa com o advento de uma administração prestadora.

A evolução do Estado de Direito traduz-se no aprofundamento e no reforço dos direitos fundamentais, não apenas dos direitos de defesa face à atividade da Administração Pública, mas também em novos direitos sociais que se traduzem em prestações a cargo da própria Administração. Este desenvolvimento do conceito de Estado

<sup>48</sup> Idem, ob. e cit., pág. 331 e AMARAL, D. F. (2005). *Código do Procedimento Administrativo Anotado* (5.ª ed.). Coimbra: Almedina, pág. 5.

<sup>49</sup> Idem, ob. e cit., pág. 59. Outros autores utilizam a expressão “Princípio da precedência de lei” para significarem que a Administração tem de estar habilitada por lei prévia para agir, cfr. MONIZ, A. R. (2012). *Direito Administrativo - Textos e casos práticos resolvidos*. Coimbra: Almedina., págs. 61 e segs.

<sup>50</sup> AMARAL, D. F. (2011). *Curso de Direito Administrativo* (2.ª Edição ed., Vol. II). Coimbra: Almedina, págs. 59 e 60

de direito e a sua evolução para Estado de direito social tiveram claras repercussões no que respeita ao princípio da legalidade.

Tenhamos igualmente presente, no âmbito dos direitos fundamentais, o “novo” direito a uma boa Administração, designadamente face a decisões tomadas com uma larga margem de discricionariedade ou baseadas em avaliações técnicas de grande complexidade.<sup>51</sup>

Também não podemos deixar de ter em atenção que a Administração Pública evoluiu de uma Administração ablativa, para uma Administração prestadora.

O Princípio da Legalidade, na sua atual configuração de princípio da juridicidade, tem uma dimensão quantitativamente diferente pois, como pudemos observar, submete a atividade da Administração Pública não apenas à lei, mas também à Constituição, às normas de Direito Internacional, às normas da União Europeia, aos direitos que resultam dos contratos administrativos e de direito privado, aos atos constitutivos de direitos e aos princípios gerais de direito.

Todavia, como atrás se disse, o princípio da legalidade não é verdadeiramente substituído pelo princípio da juridicidade,<sup>52</sup> a par da lei considera-se igualmente com força subordinante da atividade da administração a Constituição, as normas de Direito Internacional e da União Europeia, os direitos que resultam dos contratos administrativos e de direito privado, os atos constitutivos de direitos bem como os princípios gerais de direito.

Por outro lado, o princípio da juridicidade não tem apenas uma função limitadora ou negativa da atividade da Administração, como sucedia no início com o princípio da legalidade, passando a ter uma função positiva, de fundamento da própria ação da Administração.

---

<sup>51</sup> VIEIRA, C. (2013). Artigo 41.º - Direito a uma Boa Administração. In A. SILVEIRA, & M. CANOTILHO, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada* (pp. 483-489). Coimbra: Almedina, pág. 485.

<sup>52</sup> MONCADA, L. S. (2002). *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra, pág. 1144



**Bibliografia**

- AAVV. (2004). *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*. Porto: Porto Editora.
- AMARAL, D. F. (2005). *Código do Procedimento Administrativo Anotado* (5.<sup>a</sup> ed.). Coimbra: Almedina.
- AMARAL, D. F. (2006). *Curso de Direito Administrativo* (3.<sup>a</sup> ed.). Coimbra: Almedina.
- AMARAL, D. F. (2006). *Curso de Direito Administrativo* (3.<sup>a</sup> Edição ed., Vol. I). Coimbra: Almedina.
- AMARAL, D. F. (2011). *Curso de Direito Administrativo* (2.<sup>a</sup> Edição ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.
- CAETANO, M. (1978). *Constituições Portuguesas* (4.<sup>a</sup> ed.). Lisboa: Verbo.
- CAETANO, M. (1937). *Manual de Direito Administrativo* (1.<sup>a</sup> ed.). Lisboa: Empresa Universidade Editora.
- CAETANO, M. (1980). *Manual de Direito Administrativo* (10.<sup>a</sup> Reimpressão ed., Vol. I). Coimbra: Almedina.
- CAETANO, M. (2012). *O Direito - Artigos doutrinários n'O Direito*. Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. G., & MOREIRA, V. (2007-2010). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (4.<sup>a</sup> ed., Vol. I). Coimbra, Portugal: Coimbra Editora.
- CANOTILHO, J. J. (1999). *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares e Gradiva.
- GOUVEIA, J. B. (2011). *Manual de Direito Constitucional* (4.<sup>a</sup> ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.
- GOUVEIA, J. B. (2008). *Manual de Direito Internacional* (3.<sup>a</sup> ed.). Coimbra: Almedina.
- MACHADO, J. E. (2013). *Direito Internacional - Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro* (4.<sup>a</sup> ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- MIRANDA, J. (2015). *Da Revolução à Constituição – Memórias da Assembleia Constituinte*. Cascais: Principia.
- MIRANDA, J. (1980). *Textos Históricos do Direito Constitucional*. Lisboa, Portugal: Imprensa Nacional - Casa da Moeda.
- MIRANDA, J., & Rui de MEDEIROS. (2010). *Constituição Portuguesa Anotada* (2.<sup>a</sup> ed., Vol. I). Coimbra: Wolters-Kluwer Coimbra Editora.
- MONCADA, L. S. (2001). "Rule of Law", Procedimento Normativo e Legalidade; Uma Perspectiva Comparada. In L. S. MONCADA, *Estudos de Direito Público* (pp. 119-161). Coimbra: Coimbra.
- MONCADA, L. S. (2002). *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra.
- MONIZ, A. R. (2012). *Direito Administrativo - Textos e casos práticos resolvidos*. Coimbra: Almedina.
- NOVAIS, J. R. (2014). *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa* (1.<sup>a</sup> (reimpressão) ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- OTERO, P. (2003). *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina.

- PEREIRA, A. G. (2006). Marcello Caetano, Universitário. In AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano* (Vol. I, pp. 183-191). Coimbra: Coimbra Editora.
- PIÇARRA, N. (1989). *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora.
- RAPOSO, D. F. (2005). *Código do Procedimento Administrativo Anotado* (5.ª ed.). Coimbra: Almedina.
- TELES, M. G. (1998). Estado de Direito. In AAVV, *Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado* (2.ª ed., Vol. 2, pp. 1126-1129). Lisboa-São Paulo: Verbo.
- VIEIRA, C. (2013). Artigo 41.º - Direito a uma Boa Administração. In A. SILVEIRA, & M. CANOTILHO, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada* (pp. 483-489). Coimbra: Almedina.