

ALGUNS PROBLEMAS DE TEORIA DO DIREITO NO NOVO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

SOME LEGAL THEORY ISSUES IN THE NEW ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE

DAVID DUARTE

Doutor pela Universidade de Lisboa. Professor Associado de Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa onde se doutorou e onde lecciona nas áreas do Direito Administrativo, da Teoria do Direito e dos Direitos Fundamentais. Consultor Jurídico, com actividade no domínio do Direito Público.

ORCID: [<http://orcid.org/0000-0001-8725-8247>].

davidduarte@fd.ulisboa.pt

DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.24.duarte>].

Recebido em: 07.04.2022 | Received: April 7th, 2022

Aprovado em: 24.11.2022 | Approved: November 24th, 2022

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Administrativo

RESUMO: Assumindo uma abordagem analítica do Novo Código de Procedimento Administrativo português, o presente trabalho avalia a correcção teórica e o rigor técnico de algumas das suas disposições. Neste contexto, são questionados vários aspectos da sua redacção, como a configuração remissiva dos princípios, a criação de previsões restritivas, a sobreposição de conteúdos normativos, a configuração de princípios com conteúdos insuscetíveis de apreensão normativa e a criação de normas sem unidade normativa interna. Seguidamente, é também analisada a relação normativa de especialidade e a diferença entre enunciado e norma, criticando-se, por fim, a infelicidade da expressão "interpretação de normas jurídicas".

PALAVRAS-CHAVE: Procedimento administrativo – teoria da norma – Acto administrativo – Relação normativa – Interpretação de normas jurídicas.

ABSTRACT: Assuming an analytical approach to the New Portuguese Administrative Procedure Code, the present work assesses the theoretical correctness and technical accuracy of some of its provisions. Within this context, some issues are questioned, such as the cross-reference configuration of principles, the creation of restrictive provisions, the overlapping of normative contents, the design of principles with contents unable to be normatively understood and the formulation of norms without internal normative unity. Subsequently, the normative relation of specialty and the difference between sentence and norm are also analyzed, criticizing at the end, the unhappy expression "interpretation of legal norms".

KEYWORDS: Administrative procedure – Norm theory – Administrative act – Normative relations – Interpretation of legal norms.

SUMÁRIO: 1. O sentido dos problemas teóricos e o seu significado. 2. O princípio como norma e a sua configuração escrita. 3. A relação normativa de especialidade. 4. A diferença entre enunciado e norma. 5. Referências.

1. O SENTIDO DOS PROBLEMAS TEÓRICOS E O SEU SIGNIFICADO

1.1: A¹ análise de um acto normativo, tal como é posto por uma autoridade normativa dentro de um ordenamento jurídico, pode ser feita sob várias perspectivas: por exemplo, a correcção escrita dos enunciados das normas, a avaliação do seu impacto social, dos seus riscos e das suas probabilidades, ou a verificação da coerência interna e externa das suas normas². A maioria destas perspectivas de análise não é, em rigor, representativa de actividades próprias da ciência jurídica. A esta cabe, essencialmente, a tradução dos enunciados em normas, a organização sistemática destas e o apuramento e a solução dos conflitos normativos existentes; tudo com vista, claro, à determinação do direito aplicável³. Aquelas perspectivas de análise têm, no entanto, inegável relevância: permitem fazer um juízo global sobre a «qualidade» do direito introduzido, o que acaba por ser depois decisivo, nomeadamente numa perspectiva macro, para a percepção das condições contextuais em que os órgãos oficiais de aplicação do direito o aplicam na solução de problemas jurídicos.

1.2: Embora também não se trate, no seu sentido mais radical, de uma actividade própria de ciência jurídica, outra perspectiva de análise de um acto normativo é de relevo tão significativo como as acima referidas: a que o analisa sob o prisma da teoria jurídica subjacente aos sentidos ordenatórios nele contidos. Nesta perspectiva, o que está em causa é compreender as premissas de ciência jurídica que os textos e as normas trazem consigo; ou seja, perceber que conhecimento sobre o direito está incorporado no próprio direito produzido, avaliando, de alguma forma, se as opções aí tomadas correspondem ao grau de conhecimento já adquirido pela ciência jurídica. A questão é, no fundo, simples: na medida em que o direito é uma criação humana, a sua produção por uma autoridade

1. Como citar esse artigo | *How to cite this article*: DUARTE, David. Alguns problemas de teoria do direito no novo código do procedimento administrativo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* | RDAI, São Paulo, ano 7, v. 24, p. 167-183, jan./mar. 2023. DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.24.duarte].

2. Ver, e por exemplo, Luc Wintgens, 2006, pp. 10 e ss.; e Luzius Mader, 2001, pp. 125 e ss.

3. A discussão desta visão analítico-restritiva da ciência jurídica em, e por exemplo, Aldo Schiavello, 2014, pp. 295 e ss.; e Santiago Nino, 2003, pp. 338 e ss.

3.8: A questão poderia ainda ser desenvolvida, se, de alguma forma, fosse sustentável entender que a exceção da prevalência das normas especiais só se aplicaria aos critérios de especialidade não territorial. Neste caso, dar-se-ia prevalência sempre à norma de maior âmbito territorial, excepto quando a norma em conflito fosse especial em razão da matéria, do tempo ou dos sujeitos. Todavia, mesmo que tal entendimento tivesse cabimento no texto dos números 1 e 2 do artigo 138.º do Código do Procedimento Administrativo, o que daí resultaria era a atribuição da resolução do conflito à autoridade normativa autárquica: se assim fosse, bastaria introduzir uma condição suplementar «irrelevante», nomeadamente material, para que a especialidade assim criada prevalecesse sobre o critério do maior âmbito territorial. Em última instância, o problema de fundo aqui criado é o de controlo do conflito estar nas mãos de uma das autoridades normativas em causa: se uma norma de conflitos para normas produzidas por diferentes autoridades normativas fica dependente de uma delas, sob um critério tão manuseável quanto o é o da especialidade, a determinação da norma prevalente é feita pela própria autoridade normativa e não pela norma de conflitos.

- imagine-se que a N^1 é « $a^1 \wedge a^2 \circ b$ », inserida num regulamento municipal, e que a autoridade normativa paroquial quer criar uma norma contrária, por exemplo « $a^1 \wedge a^2 \circ \sim b$ ».
- mesmo admitindo que a especialidade territorial está afastada, bastaria à autoridade normativa paroquial criar como N^2 « $a^1 \wedge a^2 \wedge a^3 \circ \sim b$ », em que a condição suplementar « a^3 » fosse «364 dias por ano» ou «quando não nevar»; em qualquer um destes casos, a N^2 é especial e prevalece «sempre».

4. A DIFERENÇA ENTRE ENUNCIADO E NORMA

4.1: É hoje um dado adquirido que o direito e a linguagem não se confundem, constituindo esta, através da utilização de uma língua natural, o meio de transmissão do dever ser produzido pelas autoridades normativas²¹. A separação entre o direito e a linguagem é, por isso, a premissa da qual decorre a diferenciação entre a norma e o texto que a enuncia; ou seja, entre um conteúdo de dever ser geral e o «speech act» da autoridade normativa relativamente ao qual aquele é, tão somente, o significado²².

4.2: Isto tem como consequência, entre tantas outras, que a interpretação, após a superação da sua compreensão polissémica, é apenas o processo intelectual que

21. Por exemplo, Giorgio Pino, 2010, pp. 15 e ss.; e Andrei Marmor, 2005, pp. 9 e ss.

22. Cfr. Neil MacCormick, 2005, pp. 121 e ss.; e Eugenio Bulygin e Carlos Alchourrón, 1991, pp. 121 e ss.

se realiza para definir o significado de um texto normativo. Interpretar é, assim, utilizar os códigos sintáticos e semânticos de uma língua natural para apreender o significado de um enunciado normativo, de onde decorre que a norma é, nestes termos, o resultado da interpretação e não o seu ponto de partida²³.

4.3: Vêm estas considerações gerais a propósito da forma pouco rigorosa com que todos estes conceitos nucleares da ciência jurídica são utilizados no Código do Procedimento Administrativo. O primeiro exemplo é, logo, o do artigo 8.º, no qual se utiliza a expressão «interpretação de normas jurídicas». Apesar de poder ser um facilitismo de linguagem corrente, é tecnicamente errado, sendo dificilmente compreensível que uma autoridade normativa utilize uma expressão que é uma contradição teórica em si mesma: se é interpretação, não é de normas; se estão em causa normas, já se chegou à fase pós-linguística em que a interpretação está concluída²⁴.

4.4: O segundo exemplo é o que é dado pelo artigo 39.º do Código do Procedimento Administrativo. Trata-se de um enunciado normativo no qual se refere que, em caso de dúvida quanto à aplicação de uma norma de competência territorial, se deve utilizar um determinado «critério interpretativo». São duas as objecções que se colocam aqui. Primeira, se a dúvida se suscita na aplicação de normas de competência territorial, o que já é relativamente incompreensível por si só, então já não há nenhum critério de interpretação pertinente: as normas estão definidas e nada há a interpretar. Segunda, se a dúvida na aplicação diz respeito a um conflito positivo de competência territorial, então o «critério interpretativo» determinado neste artigo 39.º é, em rigor, uma norma de conflitos de normas de competência territorial, caso em que, por definição, não é um critério de interpretação²⁵.

4.5: O terceiro exemplo é o proveniente do artigo 135.º do Código do Procedimento Administrativo. Refere-se aí que se consideram «regulamentos administrativos as normas gerais e abstractas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos». Como a própria

23. Mais desenvolvidamente, David Duarte, 2011, pp. 113 e ss.

24. Sendo curioso constatar que, depois, no artigo 142.º, já se diz que «os regulamentos podem ser interpretados», o que, apesar da incoerência, acaba por ser mais aceitável. Quanto ao equívoco subjacente à expressão «interpretação de normas», Riccardo Guastini, 1993, p. 17.

25. E, assim, porque uma norma de conflitos é uma norma que determina qual a norma que prevalece num conflito normativo e um critério de interpretação a determinação de um significado a eleger no contexto de uma incerteza linguística. A norma de conflitos funciona entre normas, o critério de interpretação entre o enunciado e a norma.

epígrafe indicia, trata-se de uma definição de «regulamento administrativo». É, no entanto, uma definição infeliz, e apenas na perspectiva de análise aqui relevante: expressa a confusão entre o acto normativo e as normas que o mesmo contém, fazendo equivaler a conduta expressiva dos textos das normas com os próprios conteúdos deontológicos que aí se encontram²⁶.

4.6: O quarto exemplo retira-se da utilização frequente da palavra «disposição», cujo significado corrente na ciência jurídica é o de enunciado normativo, como, aliás, resulta do seu sentido coloquial corrente: «dispor» como acto de fala prescritivo²⁷. Todavia, a palavra é sempre utilizada no sentido de norma, ou em confusão com, como se pode ver em vários enunciados do Código do Procedimento Administrativo²⁸. Só que, definidas bem as coisas, as disposições não se aplicam ou, noutra utilização, não regulam: as disposições enunciam, razão pela qual, e mais uma vez, linguagem e direito, enunciado e norma aparecem misturados sem qualquer rigor analítico²⁹.

5. REFERÊNCIAS

Alchourrón, Carlos / Bulygin, Eugenio

– 1991. *La Concepción Expresiva de las Normas. Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 121-154.

Alexy, Robert

– 2014. *Formal Principles: Some Replies to Critics. International Journal of Constitutional Law*. 12. 3. 511-524.

– 2002. *Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Atienza, Manuel / Manero, Juan Ruiz

– 2007. *Las Piezas del Derecho*. 4ª edición. Barcelona: Ariel.

26. Assim, Pedro Moniz Lopes, 2015, p. 847. Especificamente quanto à confusão entre fontes e normas, Fábio Shecaira, 2015, pp. 17 e ss.

27. Por exemplo, Giorgio Pino, 2010, p. 15; e Riccardo Guastini, 1993, p. 17.

28. Por exemplo, artigos 2.º, n.º 1, 2.º, n.º 3, 2.º, n.º 5, 25.º, n.º 1, ou 27.º, n.º 1. Importa também referir que não se considera válido o argumento segundo o qual a utilização da palavra com este significado resulta já da prática proveniente do Código anterior. Não só é um Código novo, com tudo o que isso implica, como há um caso em que se vê quão querida foi a adopção desta relação de significação: no actual n.º 3 do artigo 2.º, correspondente ao antigo n.º 5 do mesmo artigo, a palavra «norma» foi substituída pela palavra «disposição», numa clara estratégia de coerência com o equívoco.

29. Os detalhes, mais e menos relevantes, a que se fez referência são apenas aspectos relativos a pressupostos de teoria do direito no novo Código do Procedimento Administrativo. Sob outras perspectivas, muito haveria também a dizer. Ficará, no entanto, para outra oportunidade.

Bäcker, Carsten

- 2011. Regras, Princípios e Derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. 102. 55-82.

Brożek, Bartosz

- 2012. Legal Rules and Principles: a Theory Revisited. *i-Lex, Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale*. 17. 205-226.

Duarte, David

- 2012. An Experimental Essay on the Antecedent and Its Formulation. *i-Lex, Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale*. 16. 37-60.
- 2011. Linguistic Objectivity in Norm Sentences: Alternatives in Literal Meaning. *Ratio Juris*. 24. 2. 111-138.
- 2010. Normative Conditions of Balancing: Drawing Up The Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances. *Legal Reasoning: the Methods of Balancing*. Edited by Jan Reinard Sieckmann. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 51-62.

Guastini, Riccardo

- 1993. *Le Fonti del Diritto e L Interpretazione*. Milano: Giuffrè.

Lopes, Pedro Moniz

- 2015. Objecto, Condições e Consequências da Invalidez Regulamentar no Novo Código do Procedimento Administrativo. *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*. Lisboa: AAFDL. 847-879.
- 2011. Princípios como Induções Deonticas: a Previsão Indutiva, o Défice Informativo e a Derrotabilidade Condicional nos Princípios Jurídicos. *Revista Nomos*. 31. 2. 197-235.

MacCormick, Neil

- 2005. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Mader, Luzius

- 2001. Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation. *Statute Law Review*. 22. 119-131.

Marmor, Andrei

- 2005. *Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford: Hart Publishing.

Pino, Giorgio

- 2010. *Diritti e Interpretazione*. Bologna: Il Mulino.

Raimundo, Miguel

- 2015. Os Princípios no Novo CPA e o Princípio da Boa Administração, em Particular. *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*. Lisboa: AAFDL. 169-206.

Ródenas, Ángeles

- 2015. Normas Regulatorias: Principios y Reglas. *Conceptos Básicos del Derecho*. Madrid: Marcial Pons. 15-26.

Ross, Alf

- 1958. *On Law and Justice*. London: Steven & Sons Limited.