

Interesse Público*

LUÍS FÁBRICA**

Introdução

No princípio era o Bem Comum.

Durante dois mil anos, a reflexão política no nosso espaço histórico-cultural postulou que a comunidade política se organizava finalisticamente para o Bem Comum, o qual representava o princípio unificador da *polis*, a base de legitimação do poder político e o padrão de aferição da conduta dos governantes. Desde a proposta platónica de organização da Cidade segundo a Justiça até ao discurso medieval e renascentista sobre os deveres do príncipe cristão, foi-se acumulando um lastro plurissecular de contributos filosóficos, com frequentes derivações para a Ética e para a Teologia, tendo por objecto um Bem Comum tão omnipresente no plano cultural quanto evanescente no plano da *praxis* (Maquiavel *dixit...*). Na fase final deste longo período, a máxima absolutista *Salus publica suprema lex* condensava a ideia da vinculação do monarca de direito divino ao bem da comunidade, a par da relativa desvinculação às regras jurídicas.

A partir do séc. XVII, porém, começou a fazer o seu caminho a ideia de que o interesse dos indivíduos é o móbil explicativo dos seus comportamentos no contexto privado e no contexto social. Os homens são norteados pelas vantagens que esperam retirar de determinada conduta ou situação. A sociedade civil e o poder político trazem vantagens aos indivíduos e aí reside o seu fundamento e legitimação, numa perspectiva racional. O concreto interesse geral na convivência pacífica e bem

Por opção do autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

* O texto constitui a versão abreviada de uma intervenção oral no âmbito da iniciativa *Católica Talks*, mantendo no essencial as características e o conteúdo do discurso originário. Os escassos aditamentos limitam-se quase exclusivamente a referências jurisprudenciais.

** Professor Auxiliar na Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (<https://orcid.org/0000-0002-6440-8211>).

ordenada toma as vezes do bem comum transcendente como base do Estado, enquanto as regras jurídicas substituem os apelos morais ao respeito pelo próximo e à obediência ao soberano. O advento do constitucionalismo e da democracia veio consolidar definitivamente o interesse geral como fundamento do Estado e finalidade última do poder político.

Mas desde o primeiro momento que a ideia de um interesse geral dos indivíduos associados na comunidade política revelou a sua ambiguidade essencial, constituindo o foco de intermináveis debates, muitos dos quais se prolongam até hoje – adicionando-se aos novos questionamentos resultantes da evolução entretanto ocorrida.

A própria ruptura inerente à substituição do Bem Comum pelo Interesse Geral é contestada por alguns, que preferem ver aqui um fenómeno mais modesto de laicização e positivação do conceito tradicional, sem verdadeiro câmbio de natureza. Já para outros não será legítimo obscurecer a solução de continuidade entre um conceito material e objectivo de Bem Comum e um conceito procedimental e aberto de Interesse Geral, cujo conteúdo resulta de escolhas político-legislativas contingentes e evolutivas.

Não existe igualmente acordo quanto à relação entre o interesse geral e os interesses individuais dos cidadãos. No pensamento anglo-saxónico tem particular acolhimento a ideia de que o interesse geral resulta da agregação dos interesses individuais, traduzindo-se na maior felicidade para o maior número: assim entendido, o interesse geral surge como um produto espontâneo de interacções individuais, cabendo ao Estado enquadrar tais interacções num contexto de observância das liberdades fundamentais. Já no pensamento continental o interesse geral tende a ser encarado como o produto de uma definição intencional das instituições políticas, situando-se a realização desse interesse em frequente atrito com a garantia dos interesses individuais, que podem vir a ser sacrificados à realização das finalidades colectivas.

A própria terminologia é palco de dissídios. Interesse Geral e Interesse Público são sinónimos? Sim, sustentam alguns, sublinhando que o interesse é público precisamente porque é geral, porque é o interesse da *polis*, em si considerada. Para outras correntes, todavia, o indispensável rigor dos conceitos obriga a distinguir os interesses públicos do conjunto heterogéneo dos interesses gerais. Estes, afirmam, devem ser entendidos como realidades fácticas, com relevo sociológico: só uma decisão procedimentalizada das instâncias político-legislativas permite identificar certos interesses gerais como interesses públicos e afectar a sua prossecução ou garantia a determinadas entidades públicas.

A questão é influenciada em larga medida pelas opções terminológicas de cada constituição¹ ou de cada ordenamento: mas deve reconhecer-se, em tese, que a locução interesse público é mais rigorosa e, logo, preferível para exprimir o resultado da intervenção das instâncias político-legislativas. Ou melhor: preferível será falar de interesses públicos, uma vez que o interesse público, no singular, não corresponde propriamente a um conceito jurídico, mas a uma síntese verbal – eficaz, mas artificiosa – dos diversos interesses identificados como públicos.

E as divergências continuam. O interesse público opera necessariamente num contexto estadual, ou pode também falar-se de interesses públicos locais?² Ou até de interesses públicos supra-estaduais, como a segurança coletiva ou o ambiente?

Noutro plano, deverá continuar a aceitar-se a concepção tradicional de que o interesse público se sobrepõe ao interesse individual, surgindo como uma justificação inquestionável para actuações restritivas dos direitos?³

Admitindo que a identificação dos diversos interesses públicos caiba às instâncias político-legislativas e se encontre por regra plasmada nas leis, qual será a função da Administração Pública e do Juiz nos casos em que as normas se limitam a esboçar critérios de prossecução ou garantia de um dado interesse público, ou até se esgotam na mera invocação desse

¹ A Constituição portuguesa parece utilizar a expressão «interesse geral» com um sentido mais amplo do que «interesse público», uma vez que aquele pode não se encontrar expressamente acolhido no texto constitucional e nas demais leis. Assim, o direito de petição é reconhecido para a defesa não apenas da Constituição e das leis, mas também do «interesse geral» (art. 52.º, n.º 1). A iniciativa privada exerce-se no quadro definido pela Constituição e pela lei e ainda «tendo em conta o interesse geral» (art. 61.º, n.º 1). Noutras partes do texto constitucional, porém, é menos nítida a autonomia dos conceitos: o Estado deve estimular a construção privada, «com subordinação ao interesse geral» – art. 65.º, n.º 1, al. c) – e reprimir práticas de mercado «lesivas do interesse geral» – art. 85.º, al. f).

² A admissibilidade de interesses públicos específicos surgidos no âmbito regional ou local decorre do art. 225.º, n.º 2, e do art. 235.º, n.º 2, da Constituição – mas sem prejuízo da necessária identificação e definição por via legislativa.

³ A resposta da Constituição é, a meu ver, clara: se a função jurisdicional é dirimir os conflitos de interesses públicos e privados, tal significa, designadamente, que aos interesses privados pode ser reconhecida prevalência, em função dos critérios constitucionais e legais aplicáveis (art. 202.º, n.º 2). Tal resultado encontra-se insito no princípio da proporcionalidade (art. 18.º e art. 266.º, n.º 2). Note-se ainda que os interesses públicos e privados não se situam necessariamente em confronto, antes podem confluir, segundo padrões diversificados (v. *infra*, nota 6). A própria protecção de interesses privados constitui com frequência objecto de interesses públicos.

interesse público?⁴ O interesse público, ou um dado interesse público, constitui sob o ponto de vista do direito administrativo um conceito indeterminado, com o correspondente regime jurídico?⁵ Ou, como preferem dizer alguns, constitui um *standard* jurídico, cuja operatividade reclama do aplicador administrativo ou jurisdicional uma avaliação, uma qualificação ou qualquer outra forma de juízo valorativo?

A prossecução do interesse público é tarefa exclusiva das entidades públicas e estas têm como tarefa exclusiva essa prossecução? Ou a reciprocidade entre interesse público e entidades públicas é ilusória, uma vez que os particulares podem prosseguir interesses públicos, como demonstra abundantemente a experiência histórica? Como definir então o estatuto dos particulares no quadro das actividades de prossecução de interesses públicos?⁶

1. Objecto e sequência

Os minutos que me foram atribuídos vão passando e ainda não saí do enunciado de algumas questões preliminares, a maior parte terminológicas e conceptuais, e todas elas de resposta incerta.

⁴ Segundo o disposto no n.º 1 do art. 269.º da Constituição, o pessoal da Administração Pública está «exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração». A norma deve ser entendida no sentido de que a definição do interesse público nela referida é uma definição secundária, no quadro já estabelecido – muitas vezes perfunctoriamente – pelo legislador. Ainda numa aceção muito ampla, pode incluir-se nessa definição administrativa do interesse público a identificação da necessidade de actuar de modo a prosseguir ou garantir tal interesse público, na sequência de uma apreciação valorativa das exigências do caso concreto, assim como os próprios termos dessa actuação.

⁵ Neste sentido, o Ac. do STA (Pleno da Secção) de 27-02-2008, proc. 269/02 (Costa Reis), e o Ac. do TCA-S de 8-11-2018, proc. 331/14.2BECTB (José Gomes Correia), ambos em *www.dgsi.pt*.

⁶ A propósito dos objectivos de solidariedade social estabelecidos na Constituição, o n.º 5 do art. 63.º comete ao Estado a fiscalização e o apoio das instituições privadas de interesse público, pressupondo assim que a prossecução de interesses públicos não constitui uma reserva do Estado, encontrando-se aberta aos particulares. Resulta, porém, de outros passos da Constituição, designadamente do n.º 1 do art. 266.º, que a prossecução do interesse público, não sendo uma actividade exclusiva dos entes públicos, é a actividade exclusiva destes; só os particulares podem prosseguir, cumulativamente, interesses públicos e interesses privados.

Parte da explicação para estes resultados frustrantes residirá, porventura, no facto de suceder com o interesse público, e com outros superconceitos da dogmática jus-administrativa (legalidade, validade, eficácia), um fenómeno análogo ao de quem tenta contemplar o sol: quando mais fixa o olhar, menos vê. Preferível seria, em vez da observação directa, conhecer o sol através da luz reflectida pelos objectos que ilumina.

Com esta analogia – pouco brilhante em mais do que um sentido – pretendo dizer, em primeiro lugar, que para um jus-publicista, e para um administrativista em particular, é a própria omnipresença do interesse público e das suas diversas ramificações que o torna refractário a uma observação e análise aprofundadas, susceptíveis de conduzir a resultados operativos. Em segundo lugar, pretendo retirar daqui a justificação para restringir o foco apenas a três matérias delimitadas, em que se manifestam com maior evidência algumas vertentes práctico-aplicativas da temática do interesse público. Tentarei com isto demonstrar que o interesse público não tem de se esgotar em teorizações com elevado grau de abstracção, podendo ser directamente convocado para a análise de problemas mais concretos.

Num enunciado singelo, as reflexões que me proponho partilhar focam-se nas seguintes questões:

- a) Decorrendo da Constituição que a prossecução do interesse público é a finalidade institucional da Administração Pública, que significado assume a tendencial irrelevância do desvio de poder como causa de invalidade do acto administrativo? No actual direito administrativo português, que situações estão abrangidas no âmbito do desvio de poder?
- b) O interesse público satisfaz-se apenas com o conteúdo dos actos administrativos? Deverão ser convocados outros interesses públicos, para além daquele que é prosseguido pelo acto administrativo ilegal, para aferir da manutenção deste no ordenamento jurídico, com exclusão do efeito anulatório?
- c) Quem diz o que é o interesse público? Que conclusões podem ser retiradas da actuação do Governo e dos tribunais em tempos de pandemia quanto ao tema da identificação dos interesses públicos a prosseguir pela Administração?

2. Interesse público e desvio de poder

Apesar de a prossecução do interesse público constituir o fim institucional e exclusivo da Administração, é sabido que o controle dessa efectiva prossecução não constitui o objecto primário da fiscalização da actividade administrativa. A prossecução do interesse público acolhido pela norma que atribui poderes de actuação só representa uma responsabilidade da Administração e determina um controle específico sobre os fins da sua actuação nas áreas de discricionariedade (e porventura em áreas afins).

O controle jurisdicional dos poderes discricionários – a fórmula é deficiente, mas eficaz – não assenta apenas, ou sequer predominantemente, na aferição da discrepância entre o fim estabelecido na lei e o fim prosseguido pela Administração, ou seja, não assenta apenas no vício do desvio de poder. É hoje consensual que a observância de qualquer elemento de vinculação legal pode ser objecto de controle pelo tribunal, incluindo a exactidão dos factos.

Mas se o desvio de poder não é o único vício que pode conduzir à eliminação contenciosa do acto administrativo praticado no exercício de poderes discricionários, resta saber se esse vício pode efectivamente conduzir a tal eliminação. A partir dos excepcionalíssimos casos de acções impugnatórias procedentes, os cultores do paradoxo poderiam sustentar que o desvio de poder é o único vício que não conduz à eliminação do acto discricionário...

A explicação tradicional reside na dificuldade de prova da discrepância entre o fim real e o fim legal – o que sendo verdade, não será toda a verdade. O problema começa, a meu ver, nas ambiguidades do próprio conceito de desvio de poder.

O desvio de poder, a par com a usurpação de poderes, é o único vício que surge identificado apenas pela sua designação dogmática tradicional, dispensando-se o legislador do CPA de proceder à sua definição. Num texto legal com alguma propensão definitória (cfr., *v. g.*, os arts. 135.º, 148.º, 165.º ou 185.º, n.º 1), esta omissão não deixa de suscitar interrogações, cuja resposta residirá, porventura, na falta de consenso jurisprudencial ou doutrinário quanto à delimitação do conteúdo e pressupostos do desvio de poder (embora outro tanto se possa dizer dos conceitos de regulamento e de acto administrativo, o que não inibiu o legislador de aceitar o risco da tarefa definitória).

Atendo-nos apenas à jurisprudência, mas outro tanto se podia dizer da doutrina, não custa demonstrar a existência de duas orientações principais (e de algumas variantes).

Nalguns acórdãos, o desvio de poder é definido pela simples discrepância entre o fim real e o fim legal, sem considerações adicionais: existe desvio de poder quando o interesse, público ou privado, prosseguido pelo acto administrativo não coincide com o interesse público estabelecido na lei aplicável⁷. Nesta orientação, é frequente exigir-se ao autor que faça prova do fim efectivamente prosseguido através do acto administrativo impugnado – o que pode equivaler a uma *diabolica probatio* no caso de órgãos colegiais, tão despropositada quanto a prova do dolo no desvio de poder por motivos de interesse privado⁸.

Já noutros acórdãos o desvio de poder surge definido como o vício do acto administrativo cujo motivo principalmente determinante não se adequa ao fim legal⁹, na sequência da formulação acolhida no § único do art. 19.º da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo (Decreto-Lei 40768, de 8 de Setembro)¹⁰. Alguma doutrina (Marcello Caetano, Freitas do Amaral) apresentava esta formulação como uma via para facilitar a prova da discrepância entre o fim real e o fim legal, sem corresponder a uma opção definitiva diversa. Se bem alcançamos a ideia, a resposta à questão de saber *em que consiste* o desvio de poder reside na referida discrepância entre os fins real e legal; já a segunda formulação visa

⁷ Neste sentido, entre outros, os Acs. STA de 14-02-2001, proc. 37716 (Isabel Jovita); de 28-07-2004, proc. 1977/03 (Angelina Domingues); de 16-01-2008, proc. 329/06 (Edmundo Moscoso); e de 7-10-2009, proc. 941/08 (João Belchior), todos em *www.dgsi.pt*. V. ainda o Ac. TCA-S de 29-10-2020, proc. 1154/06.8BELSB (Pedro Figueiredo), em *www.dgsi.pt*.

⁸ A exigência de dolo e da sua prova no caso de desvio de poder para fins privados não foi ainda completamente abandonada: v. o Ac. TCA-S de 8-11-2018, proc. 331/14.2BECTB (José Gomes Correia), em *www.dgsi.pt*.

⁹ Cfr., entre outros, os Acs. STA de 8-11-2022, proc. 0896/12 (Adérito Santos); de 28-06-2007, proc. 05140/00 (Coelho da Cunha); e de 19-07-2007, proc. 12408/03 (Rui Pereira). V. ainda o Ac. TCA-S de 11-02-2015, proc. 00348/12.1BECBR (Alexandra Alendouro). O Ac. STA de 18-03-1999, em Pleno da Secção, proc. 17518 (António Sampaio), fala em «fim principalmente determinante». Todos os acórdãos em *www.dgsi.pt*.

¹⁰ O preceito dispunha nos seguintes termos: «A anulação por desvio de poder terá lugar sempre que da prova exibida resultar para o Tribunal a convicção de que o motivo principalmente determinante da prática do acto recorrido não condizia com o fim visado pela lei na concessão do poder discricionário».

responder à questão de saber *quando há* desvio de poder, ou melhor: quando há eliminação do acto por desvio de poder.

Parece-nos, todavia, que no recurso ao motivo principalmente determinante não está apenas em causa o aligeiramento do ónus probatório. Aliás, a fungibilidade entre motivos e fins surge ocasionalmente na jurisprudência que lança mão do conceito de «fim principalmente determinante»¹¹ e parece acolhida no próprio CPA, na formulação dada à al. e) do n.º 2 do art. 161.º. O que está em causa nesta segunda formulação é substancialmente um conceito diverso de desvio de poder, imune às dificuldades suscitadas pela definição originária. De facto, o critério identificador do desvio de poder assente na divergência entre o fim real e o fim legal não permite dar uma resposta às situações em que o órgão administrativo autor do acto age com motivações plúrimas: umas determinantes, outras coadjuvantes; umas conformes ao fim legal, outras desconformes; umas desconformes porque orientadas por outro interesse público, e outras desconformes porque orientadas para a realização de interesses privados.

O que resulta desta formulação é uma delimitação mais precisa do desvio de poder. Não resulta uma ampliação do âmbito do desvio de poder, nem sequer um aligeiramento significativo do ónus probatório de quem o pretende invocar. Ainda que possa ser mais fácil provar os motivos do que os fins, a verdade é que não basta provar que o órgão se moveu por motivos diversos dos estabelecidos na lei, mesmo que esses motivos tenham sido determinantes, no sentido de motivos *sine qua non* da prática do acto impugnado. Para a impugnação ser procedente com fundamento em desvio de poder é necessário provar que de entre os motivos determinantes existiu um motivo que foi o principalmente determinante da prática do acto e que esse motivo não condiz com o fim legal. Deste modo, um motivo espúrio pode constituir uma condição determinante do acto impugnado, sem a qual este não teria sido praticado e, ainda assim, não sobrevir a anulação por desvio de poder.

Não significa isto que sejam irrelevantes os motivos determinantes – ou até, porventura, os não determinantes, em certos casos – , no sentido de não conduzirem à invalidade do acto administrativo impugnado. De facto, se o acto não tivesse sido praticado caso faltasse o motivo ilegítimo, o acto será ilegal por violação do princípio da imparcialidade, uma vez

¹¹ Cfr. o Ac. STA, em Pleno da Secção, de 18-03-1999, proc. 17518 (António Samagaio), em *www.dgsi.pt*.

que este proíbe a consideração de interesses que não sejam «relevantes no contexto decisório» (art. 9.º do CPA).

Assim, quando na prática do acto pesaram de forma determinante motivos a que a lei nega relevo naquele particular contexto, o acto é ilegal – correspondendo o vício ao desvio de poder se tais interesses constituíram o motivo *principalmente* determinante da prática do acto; ou à violação de lei, se constituíram um motivo determinante. Ao invés do que afirma certa jurisprudência¹², não basta para existir desvio de poder que os motivos determinantes não condigam com o fim legal: é indispensável que essa discrepância se verifique no motivo que o tribunal valore como o principalmente relevante.

Aqui chegados, dir-se-á que gastámos demasiada cera com ruim defunto, pois o discurso esgota-se na confirmação do persistente acantonamento do desvio de poder a situações aplicativas excepcionais. Importa, porém, acrescentar algumas breves notas relativas à sanção disposta pelo ordenamento jurídico para a adopção de motivos determinantes que não condigam com o fim legal.

No CPA de 2015, o desvio de poder para fins de interesse privado é sancionado com a nulidade: art. 161.º, n.º 2, al. e). Não existindo fundamentos para atribuir ao legislador o afastamento da concepção tradicional assente no critério do motivo (ou do fim) principalmente determinante, parece dever concluir-se que a nulidade não se alarga aos actos administrativos praticados por motivos determinantes ilegítimos, máxime de natureza privada, desde que também exista um motivo determinante para esse acto que condiga com o fim legal e seja o motivo principalmente determinante. O acto será então inválido, mas meramente anulável, por violação do princípio da imparcialidade (que não está prevista no art. 161.º como causa de nulidade).

Esta solução gera alguma perplexidade. Um acto administrativo assente em vários motivos determinantes, parte deles de interesse privado, será nulo ou anulável consoante seja decidida a opinativa questão de saber qual o motivo principalmente determinante e se esse motivo condiz com o fim legal. Apesar de o acto ter sido praticado em função (também) de interesses privados, a nulidade ou a anulabilidade dependem de um juízo incerto sobre a qualificação de um motivo como principalmente determinante.

¹² Cfr. o Ac. STA de 9-09-2010, proc. 76/10 (Pais Borges), em www.dgsi.pt.

A não ser que se enverede por uma leitura ousada da norma do CPA e se fulmine com a nulidade por desvio de poder os actos administrativos praticados por motivos (ou fins) determinantes de natureza privada. Todos os actos assentes em motivos *sine qua non* de interesse privado seriam então nulos – e nulos por desvio de poder, que assim recuperaria espaço aplicativo à violação do princípio da imparcialidade. As soluções legais ganhariam em certeza e coerência, mas o conceito de desvio de poder teria de ser mais uma vez reformulado, desta vez em sentido ampliativo.

3. Interesse público e efeito anulatório

A segunda questão que me ocupa é a de saber se o interesse público se satisfaz apenas com o conteúdo do acto.

Explicando melhor: se o conteúdo do acto administrativo satisfizer inequivocamente o específico interesse público ao qual vai destinado, nos termos em que o legislador o definiu, o alcançar desse objectivo justifica por si a permanência do acto no ordenamento jurídico, apesar dos vícios de legalidade de que eventualmente padeça? A satisfação do interesse público pelo acto administrativo ilegal afasta a invalidade ou, pelo menos, a anulação?

Ora, no caso dos actos administrativos estritamente vinculados, a correcção do juízo subsuntivo faz presumir a satisfação do correspondente interesse público, tal qual o legislador o configurou. Eliminar o acto a pretexto de um vício que não se projectou nesse conteúdo deixaria o específico interesse público por satisfazer e atentaria do mesmo modo contra a economia dos actos públicos – ela própria uma decorrência do interesse público enquanto fórmula de síntese –, uma vez que o acto eliminado teria de ser renovado.

A esta luz parece dever interpretar-se a solução consagrada na al. a) do n.º 5 do art. 163.º do CPA: se o conteúdo do acto administrativo ilegal não puder ser diverso do efectivamente adoptado, ocorrerá a sanção invalidante, mas não se produzirá o efeito anulatório. O acto é inválido, mas não será anulado – nem pela Administração, nem pelos tribunais.

São consabidas as numerosas críticas com que foi recebida na doutrina esta solução e, em geral, o regime estabelecido nas diversas alíneas desse n.º 5 (que parece ter agravado na versão definitiva as deficiências já apontadas ao projecto colocado à discussão pública). Desde a crítica de princípio à relativização da força vinculativa das normas formais e procedimentais, especialmente perplexizante num código de procedimento

algo minucioso, até à censura prático-aplicativa a uma solução rígida e refractária a ponderações entre interesses contrapostos – ao invés do consagrado no Código dos Contratos Públicos –, foram diversas as perspectivas a partir das quais se lançaram críticas sobre os regimes consagrados, ademais carecidos de apoio sólido em jurisprudência firmada ou em experiências consensuais no direito comparado.

Como bem se percebe, os escassos minutos que me restam desaconselham em absoluto que inicie uma análise, ainda que breve, destas numerosas e complexas questões. Regressando à perspectiva do interesse público, vou limitar-me aqui a alguns brevíssimos apontamentos sobre a relevância do princípio da imparcialidade e das garantias que o assistem.

A legitimação dos poderes exercidos pela Administração repousa, em última instância, na prossecução dos interesses gerais da comunidade, do bem comum, numa palavra, do interesse público.

Mas a legitimação dos poderes da Administração não repousa apenas nessa prossecução do interesse público. Repousa também na confiança que é criada na comunidade quanto à isenção do agir administrativo. Uma das vertentes principais da legitimação democrática da Administração Pública passa por esta confiança dos administrados na sua isenção, quaisquer que sejam as formas do agir administrativos e as suas circunstâncias.

Ocorre aqui um fenómeno paralelo à legitimação da função jurisdicional no direito norte-americano. Legitimação que passa, não apenas ou não necessariamente, pela eleição do juiz, mas ainda, *v. g.*, pela participação da comunidade no júri e pela presença nos julgamentos, pessoalmente ou através da comunicação social. *Justice is not only to be done, but to be seen.*

Do mesmo modo, a legitimação do poder da Administração não deriva apenas da confirmação *ex post facto*, pelos órgãos de controle, de que o interesse público foi prosseguido de forma isenta. A legitimação envolve, entre outros aspectos e instrumentos, a possibilidade da aferição em tempo real pela comunidade, proporcionada pela transparência da actuação administrativa, de que o poder foi exercido de forma imparcial, norteado apenas pelo interesse público.

Assim se explica o conteúdo do princípio da imparcialidade atribuído pelo art. 9/CPA, que inclui expressamente a adopção das soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação não apenas da isenção administrativa, mas à confiança nessa isenção.

Significa isto que a imparcialidade da Administração, em particular nesta vertente da confiança da comunidade, constitui um valor autónomo

relativamente à prossecução do específico interesse público a que vai destinada a decisão de cada procedimento.

O conteúdo dessa decisão pode não ter uma alternativa válida, por traduzir o exercício de um poder estritamente vinculado. Mas nem por isso deixa de ser ilegal, se tiverem sido desrespeitadas as soluções organizatórias e procedimentais que visam garantir a confiança na isenção da Administração Pública, designadamente as garantias de imparcialidade a que se referem os arts. 69.º e seguintes do CPA.

A decisão é ilegal e vai ser anulada, porque ficou por satisfazer um valor autónomo em relação à prossecução do interesse público consagrado na norma aplicada, que é a confiança da comunidade na isenção do órgão decisório.

Em termos prático-aplicativo, daqui resulta a necessidade de uma interpretação restritiva do âmbito da exclusão do efeito anulatório previsto no n.º 5 do art. 163.º, sempre que estiver em causa a violação de garantias de imparcialidade por actos vinculados.

Aliás, essa norma tem de sofrer várias outras restrições, à luz de outros tantos interesses, mas falece o tempo para tal discurso.

4. Interesse público e restrições de direitos

Vou guardar os derradeiros minutos para umas brevíssimas notas relativas a um tema clássico da matéria do interesse público, que é a titularidade do poder de efectuar a respectiva definição. Ou seja, quem define o interesse público, quem diz o que é o interesse público.

Ainda aqui, a perspectiva seleccionada é de cariz prático-aplicativo, resultando das perplexidades suscitadas pela invocação do interesse público do combate à pandemia como justificação para introduzir por via administrativa restrições aos Direitos, Liberdades e Garantias.

O consenso existente até ao desafio colocado pela pandemia ia no sentido de as restrições colocadas pelo interesse público ao conteúdo dos direitos, liberdades e garantias eram as previstas pelo próprio legislador, primariamente a Assembleia da República. O interesse público que justificava tais restrições tinha de ser definido, com densificação adequada, no quadro da função político-legislativa, pelos representantes do Povo. Neste ponto de fricção entre os interesses públicos e os direitos, liberdades e garantias, a Constituição entendeu confinar a Administração a funções executivas de pormenorização, complemento e desenvolvimento das opções materiais do legislador. Falecia à Administração, incluindo

o Governo nas vestes do seu órgão supremo, a legitimação constitucional para avaliar primariamente a existência, a extensão e a intensidade das exigências de restrição dos direitos, liberdades e garantias à luz das necessidades colocadas pela prossecução do interesse público.

Porém, com algum apoio em certos sectores da doutrina, o Governo recorreu sistematicamente à via regulamentar para impor restrições aos direitos, liberdades e garantias – quer pela via do decreto simples durante o estado de emergência, quer pela via da resolução do Conselho de Ministros fora do estado de emergência. Para acrescer à perplexidade, nunca a Assembleia da República deixou de estar na plenitude das suas funções, assistindo sem qualquer reacção ao que outros sectores da doutrina denunciavam como uma intromissão grosseira na sua competência, pela via de uma definição administrativa do interesse público e das suas exigências em face dos Direitos, Liberdades e Garantias.

Mais do que dúvidas ou reservas, tal actuação do Governo justificava uma crítica desassombrada.

Em primeiro lugar, como já se adiantou, porque o Governo, ao agir sob forma regulamentar, colocava-se no plano da Administração Pública. Agia enquanto órgão supremo da Administração e não enquanto órgão legislativo¹³.

Em segundo lugar, porque os correspondentes actos regulamentares não tinham por conteúdo regulamentos de execução das normas habilitadoras: as normas invocadas pelas resoluções reconduziam-se à al. g) do art. 199.º da Constituição, ignorando a necessidade de *interpositio legislatoris*, e a escassos preceitos da Lei de Bases da Protecção Civil e da Lei de Vigilância em Saúde Pública, destituídos de densidade normativa suficiente para qualificar os subsequentes regulamentos como regulamentos de execução, os únicos que seriam admitidos no âmbito dos direitos, liberdades e garantias.

Por isso, e em terceiro lugar, os regulamentos que poderiam fundar-se nos preceitos habilitadores invocados tinham de ser considerados, na sua maior extensão, como regulamentos independentes.

Ora, em quarto lugar, não são constitucionalmente admissíveis regulamentos independentes em matéria de direitos, liberdades e garantias.

¹³ É verdade, todavia, que o problema não se restringe à restrição de direitos, liberdades e garantias por via administrativa: como sublinha Gonçalo Almeida Ribeiro na declaração de voto ao Ac. TC 344/2022, ainda que a restrição operasse por via legislativa, seria ilegítima se a forma utilizada fosse o decreto-lei não autorizado.

Por fim, mesmo fora do âmbito dos direitos, liberdades e garantias, os regulamentos independentes do Governo têm, por força da Constituição, de assumir uma forma específica, a de decretos regulamentares (e não de resoluções do Conselho de Ministros).

A verdade, porém, é que não foram numerosas as vezes em que os tribunais foram chamados a apreciar a constitucionalidade e a legalidade da actuação do Governo durante a pandemia. Encontra-se alguma jurisprudência dos tribunais judiciais no sentido da desaplicação por inconstitucionalidade das medidas de quarentena e confinamento domiciliário impostas por regulamentos administrativos, jurisprudência que foi seguidamente confirmada pelo Tribunal Constitucional¹⁴. Mas na jurisdição administrativa, que se esperaria estar na linha da frente da reacção contra as medidas restritivas tomadas sob forma administrativa, os processos foram raros e mal decididos. Entre o Estado de Polícia da *salus publica suprema lex* e o «Estado de Direito da Emergência Sanitária» expressamente acolhido no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de Dezembro de 2020 as semelhanças são tão evidentes quanto assustadoras¹⁵. É o espírito do tempo, lamentava Alexandre Sousa Pinheiro: e em tempo de medo, é mais fácil levar os cidadãos a aceitarem um Bem Público definido por uma tecnocracia «esclarecida» e imposto *sine lege* – e *sine iudice*...

¹⁴ V., de entre um acervo já significativo, o Ac. 88/2022 (Teles Pereira) e o Ac. 334/2022 (Mariana Canotilho), em www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁵ Processo 088/20.8BALS (Suzana Tavares da Silva), em www.dgsi.pt: «A pandemia da COVID19 tem-se caracterizado, juridicamente, pelo surgimento de um Estado de Direito da emergência sanitária, no qual a “limitação” de direitos decorrente das medidas administrativas de combate e mitigação tem de ser avaliada com base nos seguintes pressupostos: i) na excepcionalidade e temporalidade das medidas adoptadas; ii) na existência de uma concreta cadeia ininterrupta de legitimação democrática que as suporta; e iii) na respectiva *legitimação por via da internormatividade técnica internacional* e da comparação e interdependência entre as medidas adoptadas pelos diversos Estados e Administrações» (itálicos nossos). Para o Supremo Tribunal Administrativo, em face de uma crise de saúde pública, seria «absolutamente impensável que as medidas necessárias para o efeito, mesmo as restritivas de direitos, liberdades e garantias, pudessem ser adoptadas por via legislativa parlamentar». Para uma crítica incisiva desta afirmação e do sentido geral do acórdão, remetemos para Alexandre Sousa Pinheiro, <https://asousapinheiro.com/2020/09/22/sta-intimacao-para-protectao-de-direitos-liberdades-e-garantias-estado-de-emergencia-saude-publica-covid-19/>.

Pela minha parte, mais do que a pandemia, assustou-me o seguinte:

- a) Assustou-me a intolerável apropriação da definição de interesse público pela esfera administrativa;
- b) Assustou-me a imposição consequente de restrições aos direitos, liberdades e garantias à margem do regime orgânico-formal estabelecido na Constituição;
- c) Assustou-me a indiferença dos cidadãos perante as limitações administrativas às liberdades fundamentais, em contraste acentuado com o que ocorreu noutros países;
- d) Assustou-me a passividade da comunidade jurídica perante ofensas graves ao Estado de Direito Democrático, à separação de poderes e aos direitos, liberdades e garantias; e
- e) Assustou-me, por fim, a complacência da jurisdição administrativa perante actuações inconstitucionais e ilegais das entidades públicas, protegendo o poder em face dos cidadãos em vez de proteger os cidadãos em face do poder.

E tudo isto, repito, tendo como base última a invocação do interesse público, cuja definição foi apropriada indevidamente pelo patamar administrativo do Estado, afastando os mecanismos estabelecidos na Constituição para garantir que a definição de interesse público ocorre no patamar político-legislativo.