



TOMEMOS A SÉRIO A DISCRICIONARIEDADE NO EXERCÍCIO DA ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA PÚBLICA – A PROPÓSITO DO ARTIGO 39.º, DA LEI N.º 31/22, DE 30 DE AGOSTO

**WE TAKE DISCRETIONARY SERIOUSLY IN THE EXERCISE OF
PUBLIC ADMINISTRATIVE ACTIVITIES – IN ACCORDANCE WITH
ARTICLE 39, OF LAW No. 31/22, OF AUGUST 30**

José Maria Neto “Tchaly”

Universidade José Eduardo dos Santos. Huambo, Angola. E-mail: josneto78@gmail.com.

RESUMO

No quadro das reformas administrativas em curso em Angola, atento aos ventos pós-modernos, procedeu-se a inclusão no artigo 39.º, da Lei do Procedimento Administrativo, aprovada pela Lei n.º 31/22, de 30 de Agosto CPA, “o *Princípio da Discricionariedade Administrativa*”, ou para efeitos da nossa abordagem a designada “*discricionariedade administrativa*”, enquanto vetor a ter em atenção no exercício da actividade administrativa. Daí que à guisa da presente reflexão, procuramos apresentar uma sinopse do tracto dogmático considerado para a discricionariedade administrativa, assente na manifestação da legitimidade administrativa, sem descurar das breves considerações em volta dos “conceitos indeterminados” que circundam o nosso ordenamento jurídico administrativo e, aprofundar a reflexão de ontem, para compreender o actual sentido do preceito.

Palavras-chave: Discricionariedade administrativa, actividade administrativa pública, conscientização.

ABSTRACT

Within the framework of the administrative reforms underway in Angola. Recently, the post-modern winds allowed the inclusion in article 39.º of the Administrative Procedure Law, approved by Law n.º 31/22, of 30 August “CPA”, the Principle of. Administrative Directionality, or for the purposes of our approach the so-called administrative discretion, providing it with a reflection to be taken into account when carrying out administrative activity. Therefore, in the form of this reflection, we seek to present a synopsis of the dogmatic tract considered for administrative discretion as a manifestation of administrative of administrative legitimacy without leaving aside brief considerations around the “indeterminate concepts” that surround our administrative legal system, and looking at the rear view, to understand the precept.

Keywords: Administrative discretion, Public Administrative activity, awareness.

Introdução

Com a presente abordagem e, em sede do Direito Administrativo, pretende-se demonstrar que a “*discrecionariedade administrativa*” é de todos, aquele instituto que espelha na prática o querer ou a vontade do agir público das instituições através das pessoas colectivas públicas. Consideramos, por isso, tratar-se daquelas *matérias complexas* cuja análise necessita de “*cuidados*” especiais, podendo ser objecto de discussão entre os cultores destas temáticas, às quais se devem dedicar breves reflexões.

Neste sentido, urge visitar os seus precedentes para compreender como ele surgiu, sem olvidar as áreas do seu acolhimento na ordem jurídica angolana.

Hoje e por hoje, o legislador transmitiu, sobretudo na nossa ordem jurídica o que ocorre nos Estados Democráticos e de Direito, numa visão e dimensão do exercício da actividade administrativa.. Desde logo esta pretende ser a feição da nossa “*empreitada*”, sendo uma verdadeira diagnose com pendor problematizante em que se devem reflectir potenciais entendimentos sobre o tema.

É uma discussão em que se visa deixar evidente a necessidade de proceder a análise em volta da discussão, tendo como base o artigo 39.º, do Código de Procedimento Administrativo, aprovado pela Lei n.º 31/22, de 30 de Agosto (CPA), para compreender o sentido e a tendência da presença de possível margem de liberdade na “*discrecionária administrativa*”, com o fim de apoiar o sentido de seriedade a si envolto.

Nosso interesse não é esgotar o tema e/ou tornar a presente abordagem exclusiva e/ou exaustiva. Contudo, tendo em consideração os vários cultores destas temáticas, pretendemos trazer o nosso ponto de vista a partir, como é óbvio, de reflexões assentes numa perspectiva de discussão do problema.

Metodologia

Seguimos um percurso assente na metodologia analítica, descrevendo os argumentos da legislação, da doutrina e da jurisprudência. Para o efeito, recorreremos à doutrina local e externa por meio de investigação interdisciplinar do tipo jurídico-teórico no âmbito da aplicação do direito.

1. Ponto de partida

No Dicionário da Língua Portuguesa (1965, Vol. V, p. 806), encontramos as seguintes considerações: *poder* - “*faculdade de efectivar ou a capacidade de fazer alguma coisa*”. No

mesmo sentido, (1960, Vol. II p. 1094), a expressão “*discricionário*” denota a qualidade de uma decisão tomada e nutrida de livre condição, e, nesta dimensão, o “*poder discricionário*” seria uma avenida longa e de livre trânsito. Surge logo a questão de saber se em sede do Direito Administrativo este seria o discernimento na compreensão de “*poder discricionário*”, também aqui designado por “*discricionariedade administrativa*”.

Antes de tomarmos qualquer posição em volta da questão, sinalizamos o facto de que a origem da “*discricionariedade administrativa*”, em sede do Direito Administrativo, remota das antigas monarquias, sobretudo na Europa quando o Soberano era o detentor das funções estatais. Nesta fase, os Estados europeus carregavam consigo uma dose significativa da qualidade de Estados de Polícia. Por conseguinte, com a Revolução Francesa, surgiu a *separação de poderes*, e, como tal, assistiu-se a transferência das prerrogativas que eram exclusivamente conferidas à monarquia, e depois fragmentadas dando lugar os três poderes que caracterizam grande parte dos Estados modernos, designadamente: o Legislativo, Executivo e Judicial. A partir daí, a tripartição do poder designou atribuições específicas para cada um deles. Deste modo, ao Poder Executivo coube uma porção em que transparece assinalar que das raízes construtivas envoltas na compreensão de Executivo e da Administração Pública, existiriam sempre linhas ténues que decorreriam do facto de ambas circularem no mesmo corredor e se derivarem do mesmo “*genoma*”. Daí que, o agir administrativo parece-nos dever restringir-se às liberdades de opção na escolha dos gestores públicos e agentes administrativos. A questão de fundo é a de saber se as liberdades referenciadas circulam numa autoestrada onde o semáforo assinala unicamente luz verde, ou como escreveram Amaral e Feijó (2016, p. 351) “*uma verdadeira liberdade de decisão*”.

Como é dado a perceber, será neste viés e no quadro da “*discricionariedade*” que o exercício da actividade administrativa vertido no agir público, revela a materialização do *acto administrativo*, trazendo à ribalta uma análise tímida que almeja afastar a tendência que vamos sentindo com a pretensão de, nos nossos dias, se poder confundir “*alhos*” com “*bugalhos*”, pois, em certos momentos, as circunstâncias manifestadas pelo agir público (decisão – acto administrativo), muitas vezes resulta de “*condimentos*” estranhos associados a “*receitas*” empregues no exercício da actividade administrativa com respaldo na “*discricionariedade administrativa*”.

Como se calcula, ao que até aqui manifestamos reflecte a ideia de que a resposta à questão principal fica postergada para momento ulterior desta abordagem.



1.1. Considerações gerais

Na década de 80, por exemplo, o renomado Professor Marcello Caetano (1980, pp. 506 e ss), considerou que a “*discrecionalidade administrativa*” seria “*uma exceção ao princípio da legalidade*”, e, neste sentido, entendia-se que à semelhança de Caupers (1999, p. 71), um “*produto do esquecimento do legislador*”. À época aludida, a “*discrecionalidade administrativa*” seria de livre aferição, onde a administração podia ao seu bel-prazer e de forma ilimitada, tudo fazer, salvo quando se tratasse de matérias exceptuadas por lei. Atento a este ponto de vista, as decisões tomadas pelos órgãos da administração pública se colocavam contra as normas instituídas. Não obstante, nesta fase, não se colocava dúvida quanto à compreensão da “*discrecionalidade administrativa*” corresponder, em rigor, à matriz decorrente daquele sentido referido *supra*.

Portanto, é tendo por base a consideração vertida que, alguns autores passaram a considerá-la um produto do esquecimento do legislador, ou uma exceção à lei. Nesta perspectiva, tendo em conta o entendimento das circunstâncias de contexto histórico, o Direito Administrativo era tido como uma criação artificial de laboratório, vide Silva (2005, p.9), na sua obra “Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras”. E no caso da necessidade de “*psicanálise cultural*” Silva (2019, pp. 155 e ss), considerou que o mesmo surge precisamente de um episódio traumático que decorre da “*ligação originária a um modelo de Contencioso dependente da Administração e das circunstâncias que estão na base da afirmação da sua própria autonomia enquanto ramo do Direito*”. Para este efeito, atente-se à primeira sentença do Direito Administrativo que se conhece, datada de 1873, proferida pelo Tribunal de Conflitos francês e que envolvia o petiz Agnès Blanco de cinco anos de idade, “*atropelado por um vagão de um serviço público*”, tendo o Tribunal de Bordéus e o Conselho de Estado se declarado “*incompetentes para decidir a questão*” por entender que a mesma não se remetia à matéria do Direito Privado. Terá sido a partir da análise deste caso que o Tribunal de conflitos entendeu “*que a competência para decidir cabia à ordem administrativa*”, promovendo, assim, a criação de uma zona de conforto e de “*direito especial*” que tivesse em consideração um estatuto privilegiado da administração, vide Silva (2005, pp. 8 e s).

Neste sentido, fique-nos a convicção assumida em Neto (2023, p. 154), que considerou que a lógica liberal que rondou a Administração Pública, lá no início foi pensada como sendo a “*toda poderosa*” e, no mesmo sentido, para Silva (2019, p. 156), autor perfilhado, com a separação de poderes antes referida “*o que se instaurou foi um sistema assente (...) na promiscuidade*

entre o poder administrativo e o poder judicial”, onde as preocupações relacionadas às garantias Administrativas, e não com a pretensão de protecção dos particulares, o que pode ser descortinado no caso do menino Blanco. Este estado de situação levou a que alguns autores cuja tese subscrevemos, percebessem estar-se diante da “*Administração Pública agressiva*”, de todos, Otto Bachof, apud Silva, (2019, p. 17).

Em Angola, enquanto província Metropolitana, as ocorrências geográfico-jurígenas que sucediam em Portugal, reflectiam-se imediatamente, assim como em outras províncias metropolitanas. Contudo, desde a independência a 11 de Novembro de 1975, dar-se-iam grandes rupturas. Desde logo, pelo “*fantástico*” acontecimento que marcou o “*contágio*” do nascimento do novo Estado em Angola. No plano jurídico, o artigo 58.º, da Lei Constitucional da República Popular, expressou-se no sentido do acolhimento das normas legais anteriores à independência, até que fossem alteradas e revogadas, com a nota de que somente seria tida em conta aquela norma que não compromettesse a dinâmica revolucionária da época, e que não fosse oposta ao espírito vertido naquela Lei Constitucional. Digamos que na sua versão originária, a Lei Constitucional angolana de 1975, reflectia, seguramente, uma vertente significativa e tendencialmente de matriz política, com uma transição socialista, tendo como órgão supremo do poder do Estado, o Conselho de Revolução (última parte do artigo 13.º, da Constituição de 1975). Neste período, o que certamente alimentou uma “*infância difícil*” da recepção e do acolhimento do Direito Administrativo em nossa ordem jurídica, incluía nele os reflexos patológicos emprestados à “*discrecionalidade administrativa*”, tal como se adiantou, baptizando-as com a ideologia socialista e de quase livre arbítrio. Acreditamos que todos estes factores e outros, não permitiram auxiliar com clareza a resolução dos problemas colocados ao Direito Administrativo. Pois bem, antes mergulhou-se no modelo de Partido Único, carregado de zonas pantanosas e de “*traumatismos*” profundos para o Direito Administrativo. Nesta fase do nosso percurso histórico, a “*discrecionalidade administrativa*” manifestou-se com claros reflexos de posições assentes em arbitrariedades ilimitadas, onde os caprichos ideológicos eram os “*fertilizantes*” para a tomada de decisões administrativas.

Os ventos da década de 90, viriam a desanuviar os celeumas anteriores, e pelas mãos do Prof. Pitra Neto se dariam os passos necessários de profundas reformas que não deixariam de parte o Direito Administrativo e por arrasto a “*discrecionalidade administrativa*”. Desde logo, com a aprovação da Lei 17/90, de 20 de Outubro, respeitante aos princípios a observar pela Administração Pública, colocava-se em pauta os princípios da prossecução do interesse público,



o princípio da igualdade e o princípio da subordinação dos órgãos e agentes administrativos à lei, convicção igualmente acolhida e mantida no Decreto Presidencial n.º 16 – A/95, de 15 de Dezembro e na Lei da Probidade Pública, aprovada pela Lei 3/10, de 29 de Maio. Portanto, por este meio, assumia-se a legalidade como sendo o comando de toda actividade administrativa cuja finalidade era a prossecução do “*interesse público*”. A nota referida revelaria a preocupação do legislador angolano, em colocar no exercício da actividade administrativa um marco, que, com o passar dos anos, sofreria metamorfoses num processo complexo, até se chegar a Constituição de 2010 (CRA). No plano normativo, a CRA deu maior realce à “*discrecionalidade administrativa*”. Entendia-se que esta não revelaria pretensões de desejos com pendores de arbitrariedade, sendo que na nova nomenclatura a “*discrecionalidade administrativa*”, deveria estar subordinada à CRA e à lei. Esta última indicação, já vinha mencionada nos termos do n.º 2, do artigo 1.º, da Lei n.º 17/90, de 20 de Outubro, bem como do artigo 3.º, do Decreto – Lei n.º 16 -A/95, de 15 de Dezembro, o que muitas vezes tem tornado difícil mensurar, já que em alguns casos, não foi este o entendimento reflectido no agir prático e na cor da administração. Com a responsabilidade de trazer distintos “*antídotos*” e concretizar a CRA, recentemente, o CPA propôs-se em trazer novas irradiações e/ou actualizações pontuais, sobretudo se comparado com o entendimento dos antecedentes e referidos artigos lançados naquelas normas precedentes, factor, que desde logo, se conforma e concretiza-se na CRA de 2010 (n.º 2 do artigo 198.º). Saiba-se de antemão que para nós, depois da CRA de 2010, o CPA é o principal catálogo da Administração Pública, pois, neste domínio, é a lei geral, ou a bíblia da Administração Pública ligada de modo “*umbilical*” a outro conjunto significativo de normas que a comportam, corporizando e concretizando a natureza regulamentar.

1.2. Poder Discrecionário Administrativo vs princípio da juridicidade

a) Nota prévia

Os grandes cultores do Direito consideram que a “*discrecionalidade administrativa*” durante muito tempo revelou-se um produto da indiferença do legislador, em que predominava uma verdadeira liberdade de decisão, na medida em que contemplava uma excepção ao princípio da legalidade. Em nossos dias, tal discernimento manifesta uma gênese que aconselha abandonar as “*sombras*” associadas ao Estado de polícia. E os que se seguiram, independentemente de se revelarem numa fase descendente em que se tenha assumido já a dimensão do princípio da legalidade, mais não era que um quadro alegórico, “*sem eira nem beira*”, em que se convoca a “*discrecionalidade administrativa*”, colocando-a numa vertente que remete para um

pensamento com reflexos no passado - como zona de livre trânsito deve em nosso entender ser rejeitada. Aliás, de todos os cultores, Amaral e Feijó (2016, p. 124) já aludem a esta percepção, ao considerarem que a mesma “(...) *não se constitui, de modo nenhum, numa exceção ao princípio da legalidade, mas – bem diferentemente – num modo especial de configuração da legalidade administrativa*”. Por esta razão, nos convencemos que um entendimento que coloque a “*discricionariedade administrativa*” numa perspectiva como a de um veículo que circula numa auto-estrada deve, em nossos dias, ser rigorosamente recusado, pois, em volta da actividade administrativa pública em Angola, a “*discricionariedade administrativa*” não corresponde a nenhum tipo de cheque especial.

A convicção adiante referida e assumida não surge do mero acaso. Aliás, encontra razão de ser na expressão do legislador quer Constitucional, quer material (terceira parte do n.º 1, do artigo 2.º – “(...) *o primada da Constituição e da lei (...)*” – n.º 2, do artigo 6.º - subordinação “ (...) *à Constituição e fundar-se na legalidade, devendo respeitar e fazer respeitar as leis*”- n.º 2, do artigo 198.º - “*a Administração Pública prossegue, nos termos da Constituição e da lei, o interesse público (...)*” - todos da CRA, bem como dos artigos 12.º - “*princípio da Constitucionalidade*”, 13.º - “*princípio da juridicidade*” - e 14.º - “*princípio da legalidade*”, do CPA. Com excepção ao “*princípio da juridicidade*”, e como já tivemos oportunidade de referir, os demais princípios já nutriam sua matriz nas normas precedentes que num e noutro ponto fizeram condescender mutações pontuais, veja-se a este respeito os artigos 1.º, da Lei 17/90, de 20 de Outubro, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º e seguintes do Decreto – Lei 16 -A/95, de 15 de Dezembro.

Questiona-se, do ponto de vista jurídico, em que medida se coloca a ponte entre o “*princípio da legalidade*” face ao “*princípio da juridicidade*”.

Ao que ficou consignado, vale referir que o “*princípio da legalidade*” administrativa é um produto do liberalismo, e, nesta medida, consiste na limitação da liberdade no exercício da função administrativa, sendo nesta dimensão que no plano normativo a legalidade surge como um meio de contenção dos arbítrios cometidos por algumas pessoas colectivas públicas. Significa que a Administração Pública só poderia actuar no estrito cumprimento da lei, ou seja, a acção da Administração Pública seria efectivada e concretizada por vontade expressa da lei.

Do ponto de vista doutrinal é consensual o raciocínio que considera o princípio da legalidade circunscrever-se em duas vertentes, designadamente: o “*princípio da supremacia*” onde se coloca a primazia, ou a prevalência da lei e o “*princípio da reserva de lei*”, de todos, veja-se o ensinamento de Canotilho (2003, p. 256).



Pelo “*princípio da supremacia*”, entende-se que a lei prevalece e tem preferência sobre os actos da Administração. Tratando-se do “*princípio da reserva de lei*” (adiante-se que o referido princípio pode ser classificado de várias formas que não são para aqui chamadas, contudo, sinalizamos a sua existência) exige-se que o tratamento de determinadas matérias só possa ser concretizado pela legislação, excluindo a utilização de outros actos com carácter normativo.

A propósito da consideração anterior, nos últimos tempos assistiu-se a mudanças que marcaram a forma de entender o antecessor princípio da legalidade. Ora bem, o “*antídoto*” envolvido trouxe-nos a consagração do “*princípio da juridicidade*”, que pelo seu ADN não admite o propósito de uma Administração interligada exclusivamente às regras estabelecidas pelas leis, antes convocando para o seu núcleo a sociabilidade com o Direito, passando deste modo a incluir os preceitos e princípios da CRA. Neste âmbito, Otero (2003, p.735), considerou que a “*aplicação da Constituição à Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa*”.

Neste raciocínio vislumbramos o “*princípio da juridicidade*” como “*progenitor*” inevitável de restrições mais sensíveis à actuação administrativa e, como tal, transporta consigo o alargamento do controlo judicial sobre os actos administrativos que, para serem considerados válidos, têm de obedecer, de entre outros factores, à respectiva compatibilidade com os princípios consagrados na CRA.

Desde logo, e reflectindo no quadro discricional, estamos a admitir que a adopção anterior que nutriu o entendimento de *discrecionariedade administrativa* como zona de livre tráfego, na actualidade cai por terra, sobretudo se acreditarmos que o Direito Administrativo e todo o Direito, não são realidades estanques, sendo susceptíveis às mudanças. Daí que neste ponto, tendem a ser dinâmicos e propensos às transformações, resultando deste facto que qualquer metamorfose, em tese, introduziria mudanças (quanto ao conteúdo das mudanças elas podem carregar novidades, ou não, incluindo estagnações e/ou recuos”). E, é neste quadro que o Direito Administrativo manifesta o “*oxigénio*” da sua real e viva existência. Por essa indicação, os operadores do Direito, e sobretudo do Direito Público, especialmente do Direito Administrativo devem actualizar-se sempre, dados os ventos da moderna actuação da administração pública, para se evitar violações à prossecução do interesse público.

Aqui chegados, e num quadro pós-moderno, como ficou dito, reafirmamos o nosso entendimento, quanto aos dogmas apregoados por cultores cujas posições não se ajustam aos dias correntes. Como tal, subscrevemos a tese daqueles cultores da dogmática do Direito que

densificam a “*discrecionalidade administrativa*” a par da “*vinculação*” como sendo as fórmulas típicas de que a lei serve para modelar o exercício da actividade da Administração Pública, onde, as balizas encontram razão de ser não apenas na CRA, mas também na juridicidade (*bloco da legalidade*) ou se quisermos, na legalidade em sentido amplo.

Nesta perspectiva, a juridicidade seria a bússola que deve orientar os agentes da Administração Pública e como tal, o seu mote não deve passar ao lado da CRA, mas sim colocada paralelamente com esta, devendo, os agentes públicos, seguir só e somente um fim circunscrito no “*interesse público*”, enquanto estandarte da prossecução exclusiva da Administração Pública (primeira parte do n.º 2, do artigo 198.º, da CRA e artigos 13.º e 16.º do CPA).

Significa que a carruagem jurígena dos tempos pós-modernos, trouxe-nos um preceito fundamental ou seja, uma verdadeira metamorfose da trajectória do “*princípio da legalidade*” que sincronizado com novos ventos, potenciam o “*cardápio*” do referido princípio à luz do artigo 13.º, do CPA, nos termos do qual: “n.º 1 – *A validade dos actos da Administração Pública está dependente da sua conformidade com o direito*” e “n.º 2 – *os Órgãos da Administração Pública não podem praticar actos sem habilitação normativa*”. Tal expressa a ideia central que o exercício da actividade administrativa deve ser realizado não apenas com as opções que o legislador administrativo coloca à disposição da Administração Pública, mas também, deve atender a todo o “bloco da legalidade” numa dimensão intra-sistemática.

Enquanto instituto, parece-nos que o “*princípio da juridicidade*” é mais aberto e flexível, daí que deve ser interpretado e combinado de forma diferente e não na mesma dimensão em que foi sendo colocado o da legalidade com um carácter mais fechado, assumido durante o liberalismo do século XIX e momentos subsequentes, do ponto de vista prático. Hoje e por hoje, ponderado o contexto de colocação do problema, assistimos a uma dimensão que passou a implicar a subordinação da Administração Pública às normas e princípios oriundos de todas as fontes de direito. Nos parece ser este o sentido que nutre o “*princípio da juridicidade*”. Portanto, abrem-se radiações de diversificação na “*galeria*” do conjunto de e para a recriação da discrecionalidade administrativa. E mais, o n.º 2, do artigo 25.º, do CPA, nos parece nele radicar o “*princípio da Boa Administração*” e, neste quadro, “*a Administração Pública deve prosseguir, da melhor maneira, o interesse público, adoptando, para o efeito, as melhores soluções do ponto de vista técnico (...)*”; e no seu n.º 3, prescreve-se que “*a Administração Pública deve optar por soluções mais eficientes e eficazes no quadro da sua tarefa de realizar o interesse público*”. É neste sentido que pelo preceituado



no n.º 4, do referido artigo 25.º, expressa-se que “*as decisões da Administração Pública que violem o Princípio da Boa Administração são judicialmente sindicáveis*”.

1.3 O interesse público

Para a compreensão de “interesse público, basta às vezes buscar fundamentos na CRA, e no CPA foi o nosso mote, sem no entanto, precisar o seu alcance e entendimento. Neste particular, é curial dedicar-lhe breves notas.

De acordo com Egídio (2015, p. 659-677), cujo entendimento perfilhamos, a dogmática envolta ao Direito Administrativo, vê a “*discrecionalidade administrativa*” como aquela que surge por remissão ao entendimento do “*interesse público*”, 1ª parte do n.º 2 e n.º 3, do artigo 198.º, da CRA, concretizado no artigo 16.º, do CPA, por existir entre ambos uma correspectividade de conteúdo, assente no respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, cuja expressão piramidal encerra o “*princípio vinculante*” no exercício da actividade administrativa compatível com o prescrito na CRA e na lei.

É interessante constatar que, grande parte dos enunciados normativos em sede da Administração Pública tem base na prossecução do “*interesse público*” enquanto princípio reitor do exercício da actividade administrativa. Adiante-se que a convicção foi importada de outras geografias jurídicas, e subscrita pela doutrina angolana, de todos vide Amaral e Feijó (2016, pp. 116 e ss), Feijó e Paca (2019, pp. 102 e 103) e Sousa (2014, pp. 216-219).

Neste raciocínio, o “*interesse público*” encontrar-se-ia alicerçado no “*bloco da legalidade*”. Aparentemente, quer no plano Constitucional, como no CPA, não se acolhe um entendimento sobre o “*interesse público*”. Por força disso, colocamo-lo no *quadro* dos conceitos indeterminados, com a consideração desenvolvida por lado por Neves (1995, p. 560), que o afirma no sentido de que uma vez acolhido pelos conceitos indeterminados, o “*interesse público*” difere dos demais princípios, e por outro, Amaral e Feijó (2016, p. 368) quando apontam que a compreensão de “*interesse público*” cabe no “*conceito indeterminado*”.

Neste argumento, entenda-se por conceitos indeterminados de acordo com Harmut Maurer citado por Amaral e Feijó (2016, pp.364 e ss), como sendo aquele de “*cujo conteúdo e a extensão são em larga medida incertos*” e “*alguns deles são, claramente, um instrumento de que a lei se serve para atribuir discrecionalidade à Administração*”.

Isto posto, coloca-se a dimensão segundo a qual parte dos conceitos indeterminados, incluindo o “*interesse público*” têm uma palavra no “*pulmão*” da “*discrecionalidade administrativa*”. Diga-se de passagem, que o CPA sugere um conjunto de conceitos indeterminados.

1.3.1 A *discrecionariiedade* na dimensão do exercício da actividade Administrativa Pública – (artigo 39.º, da lei n.º 31/22, de 30 de Agosto)

Como já *supra* adiantamos, a “*discrecionariiedade administrativa*” implica a ponderação de interesses em conflito, e subordina-se ao conceito de “*interesse público*” e demais conceitos indeterminados. Estes últimos, com realce para aquele, corporizam o fim de toda actuação administrativa, regulamentando o exercício da respectiva actividade administrativa, enquanto manifestação de autoridade pública, núcleo onde se deve colocar a necessidade de tomar a sério a “*discrecionariiedade administrativa*” envolta. Para o efeito, no n.º 1, do artigo 39.º, do CPA, considera-se que “*os órgãos da Administração Pública têm, desde que permitidos por normas jurídicas, a faculdade de praticar os actos que se ajustem ao seu contexto e melhor respondem às exigências impostas pelo interesse público*” (o sublinhado é nosso);

Na sequência, o n.º 2, do referido artigo 39.º, do CPA alude que a *discrecionariiedade administrativa* “*(...) implica a possibilidade de praticar actos, o momento de os praticar, a realização de diligências e a fixação do sentido da norma jurídica*”, (a última parte do sublinhado é nossa); no n.º 3, expressa-se que “*os actos praticados com fundamento na discrecionariiedade administrativa estão limitados pela Constituição, pelas regras de competência e pelos fins para os quais foram atribuídos*” (a última parte do sublinhado é nossa).

Visivelmente, o legislador distanciou-se da densificação no entendimento de “*discrecionariiedade administrativa*” na ordem jurídica angolana, deixando parecer, tal dimensão ao escrutínio da jurisprudência e da doutrina.

Isto quer dizer que de entre os vários preceitos referidos ficam sinalizados alguns elementos a ter em consideração, designadamente: órgãos de entidades públicas (pessoas colectivas); habilitação normativa para prática de actos administrativos (atribuições e competências); harmonização dos actos administrativos que melhor se ajustem ao interesse público; estando limitados pela CRA, pelas regras da competência e da atribuição.

Mister é que atendendo aos elementos acima referidos, com Correia (2012, p. 398) perfilhamos o entendimento de que a “*discrecionariiedade administrativa*” corresponde a uma competência atribuída por lei a um órgão administrativo, para definir “*o sentido de decisões concretas através da ponderação autónoma dos interesses públicos e privados relevantes*”. Neste sentido, ainda com Correia (1987, p. 461) subscrevemos, igualmente, o entendimento de que a “*discrecionariiedade administrativa*” “*não existe para ser limitada,*



mas por existirem normas que a conferem”. Aliás, tal dimensão encontra fundamento no n.º 3, do aludido artigo 39.º, do CPA; nesta medida e de acordo com o autor, se “(...) *suscita a avaliação das normas que regulam o seu exercício*”. Numa palavra, a “*discrecionariade administrativa*” pode ser compreendida como sendo o consentimento da autonomia atribuída pelo ordenamento jurídico em vigor aos órgãos das pessoas colectivas públicas no sentido de manifestarem a vontade da Administração Pública, cfr. Amaral e Feijó (2016, P. 353), que a colocam como um “*poder-dever jurídico*”.

A posição por nós adoptada encontra-se reflectida no Acórdão do Tribunal Supremo (Processo n.º 164/2016, p. 23), que entende por actos discrecionários, aqueles “*praticados no exercício de poderes discrecionários (ficando o seu exercício entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe a liberdade de escolha do procedimento a adoptar em cada caso, ponderando o que seja mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere)*”. No mesmo sentido e como alude Ayala (1995, p.161), nestes casos, o órgão executor da lei terá assim de comparar e avaliar todos os “*interesses públicos*” e privados em presença, mediante um raciocínio de ponderação.

Como nos é dado a entender, até onde nos foi possível analisar, abrem-se considerações para crer que a nossa convicção não é solitária, e, para lá dos aspectos já cristalizados, surgem razões de fundo que alicerçam este entendimento, quer sejam doutrinários, quer jurisprudenciais resultantes das normas em vigor.

1.3.2 A ponte entre a discrecionariade administrativa vs vinculação administrativa

Tenha-se em atenção as seguintes considerações:

Dispõe o n.º 4, do artigo 10.º, da Lei de Base da Função Pública aprovada pela Lei n.º 26/22, de 22 de Agosto que “ *a nomeação provisória converte-se automaticamente em definitiva, decorrido o período de um ano, precedida de avaliação positiva de desempenho*”. Significa que este dispositivo sugere breves considerações sobre o decurso de determinado prazo, para que se possa falar da designada “*vinculação*”. Portanto, no caso do agente público competente, simplesmente teria de satisfazer sem margens de manobras o comando legal. Contudo, ao se referenciar à avaliação positiva, tal desembocará para a “*discrecionariade administrativa*” onde se permite determinada liberdade de escolha do agente público, relativamente à decisão a tomar.

Imagine-se por exemplo o caso de um júri num determinado exame de acesso que decide avaliar um candidato, para o efeito escolherá livremente a classificação a atribuir. Neste caso, terá de levar em conta um conjunto de critérios, normalmente de índole privativa. No exemplo

avanzado, verifica-se tal como no caso da avaliação, uma certa margem de liberdade na escolha da decisão a tomar.

Neste aspecto, Amaral e Feijó (2016), distinguem a “vinculação” do “*poder discricionário*”, considerando que naquela (vinculação) não se remete para o critério do respectivo agente competente a escolha da decisão mais adequada. No mesmo sentido o Acórdão do Tribunal Supremo no Processo n.º 164/2016 (p. 23), considerou que são actos vinculados “*quando praticados pela administração no exercício de poderes vinculados (a lei vincula totalmente a administração, não existindo por parte desta nenhuma margem dentro da qual possa exercer uma liberdade de decisão)*”. Aqui, fala-se da conversão automática da nomeação provisória em definitiva. Outras considerações ressaltariam os casos do n.º 3, do artigo 201.º, da CRA, nos termos do qual, “*é competente para nomear o Governador Provincial, o Presidente da República*”. Por regra, cabe aos Presidentes dos Conselhos Universitários conferirem posse e destituir, nos termos legais, os Reitores das Universidade Públicas “*alínea a), do artigo 48.º, do Decreto Presidencial n.º 310/20, de 7 de Dezembro*”.

Por este raciocínio, e em relação à “*discricionariiedade administrativa*”, coloca-se na forja um conjunto de critérios que vão no final permitir ao agente público competente escolher entre as várias soluções, a que melhor se ajuste ao caso concreto, fazendo-as subordinar à realização de “*interesses públicos*” protegidos pelas normas que os outorgam. Portanto, é neste viés onde surge tendência de irradiação potencializadora de “*patologia*”, cuja pretensão, muitas vezes faz-nos seguir numa avenida adversa ao “*interesse público*”. Se é verdade que não existe entre nós unanimidade quanto ao que objectivamente se devia entender por discricionariiedade administrativa no exercício da actividade administrativa, não é menos verdadeiro entender que tal não significaria que o mesmo “*circule*” em contramão com as normas em vigor, sobretudo porque de acordo com o n.º 2, do artigo 198.º da CRA, “*a Administração Pública prossegue, nos termos da Constituição e da lei, o interesse público (...)*”. Por conseguinte, no exercício da actividade administrativa pública, todo o agente público está vinculado ao dever de observância aos princípios elencados no n.º 2, do artigo 2.º do diploma referido, relativamente aos da “*igualdade, legalidade, justiça, proporcionalidade, imparcialidade, boa administração, probidade, do respeito pelo património e finalmente da responsabilização*”, os quais são concretizados em sede do CPA (nosso sublinhado).

A respeito do que dissemos, cite-se a título meramente exemplificativo o caso de num processo disciplinar resultar a medida de “*redução temporária do salário*”. Para o efeito, o



n.º 2, do artigo 123.º, da Lei de Base da Função Pública, recorre à conjunção “*pode ser*”, dando a liberdade de o agente público competente escolher de entre as possíveis, a medida que melhor se ajuste à infracção, podendo tal medida ser compatível ao limite mínimo ou máximo permitido. Pense-se a este respeito, que o legislador considerou no caso concreto, que o prazo a ter em conta, vai de um a seis meses e, a proporção da redução da pecúnia é de até 20% do salário base por mês, não podendo tais balizas ser ultrapassadas ou acobertadas pela “*discrecionalidade administrativa*”.

Recorremos antes, Neto (2020, p.95) “*situações de por exemplo serem determinadas, por meio de actos administrativos próprios, a expropriação de um determinado terreno para construção de uma escola de carácter regional, quando no fundo o que se pretende é acomodar particulares com vista a construírem as suas residências de férias*”. Dito de outro modo, algumas vezes assistimos a “*discrecionária administrativa*” tornar-se numa antecâmara para satisfação de caprichos de particulares que, sob o amparo e escudo do “*interesse público*”, priorizam agendas privadas. Este é, na sua essência, um cancro que adentrou em nossa ordem jurídica interna, e de que se necessita coragem para ser curado, no sentido de se mudar a trajectória.

De nossa parte, entendemos que toda e qualquer decisão Administrativa é costurada na confluência de poderes vinculados e discrecionários, pois que de acordo com Francisco de Sousa, (1987, p. 312) e Caupers (10.^a Ed., 2009, p. 91) trata-se dos “*ingredientes que qualquer decisão administrativa deve comportar em proporções variáveis*”.

Em face dos argumentos esgrimidos resulta para nós que, hoje e por hoje, não pode existir acto administrativo completamente discrecionário, ou vinculado, pois, pela natureza de ambos, qualquer decisão administrativa articula doses das duas. Deste modo, a nível da nossa Administração Pública é, de igual modo, este o entendimento expresso no Acórdão do Tribunal Supremo, Processo n.º 164/2016, que considerou “*não haver, em bom rigor, actos totalmente vinculados, nem actos totalmente discrecionários porquanto, os actos são quase sempre o resultado de uma combinação, em doses variadas, entre o exercício de poderes vinculados e discrecionários. Quer dizer, quase todos os actos administrativos são simultaneamente vinculados e discrecionários, ou seja, são vinculados em relação a certos aspectos e discrecionários em relação a outros*”.

2.2. Nova perspectiva da “*discrecionalidade administrativa*” no exercício da actividade administrativa Pública em Angola

Para efeitos da nossa análise, “*recriar*” consiste em dar vida a algo, o que para este caso, corresponde ao poder discrecionário administrativo que se basta por si próprio, e como tal, parte da característica principal da observância do “*bloco da legalidade e do interesse público*”.

Neste entendimento, haja vista que o legislador não regula todas as ocorrências da vida prática, e nem deve fazê-lo. Antes traz-nos à generalidade e à abstracção. Significa que ao interpretar e aplicar determinada norma jurídica, o órgão da Administração competente vai no fundo dar-lhes vida, no sentido de a recriar para aquele(s) caso(s) concreto(s), tendo em conta determinadas circunstâncias. Quer dizer, a Administração dá ânimo às normas e aos princípios do ordenamento jurídico, responsabilizando-se pelas suas decisões, através da abertura de um corredor de liberdade consentida e mitigada.

De que consentimento se estará a referir o legislador?

No núcleo do referido consentimento mitigado, colocam-se para além dos conceitos indeterminados (com realce para o “*interesse público*”) e hoje do “*bloco da legalidade*” a “*atribuição*” e a “*competência*”, onde, como antes assumimos em Neto (p. 6) citando Caupers, aquela primeira, “*compreende “(...) os fins que a lei comete às pessoas colectivas”*. Daí termos entendido antes e mantemos a convicção de estar sempre subjacente a prossecução dos “*interesses públicos que a lei incumbe realizar*” Neto (p. 6), ao passo que na segunda (competências) “*significará que, determinado comportamento administrativo só será válido se o sujeito que pratica o acto for autorizado por lei para o fazer*” Neto (p.6). De tudo quanto dissemos, resta reiterar que a aptidão de materializar actos administrativos discrecionários não deve ignorar de modo algum a sociabilidade que se faz na CRA e na lei.

Assim, e tendo em conta o n.º 4, do artigo 39.º, do CPA as balizas que alimentam a “*discrecionalidade administrativa*” devem assentar na observância da Constituição e a lei, de acordo com o doseamento das competências e das atribuições correspondentes (artigo 5.º do CPA).

A este respeito, e em caso de dúvidas, pode sempre o órgão competente para recriar a norma socorrer-se de “*pareceres*” que entre nós, encontram acolhimento nos termos do artigo 142.º, do CPA, podendo inclusive socorrer-se a uma das duas modalidades possíveis: os pareceres obrigatórios ou facultativos, embora em última análise e para efeitos do n.º 3, do mesmo



artigo 142.º, do CPA, não assumam dimensão vinculativa. Todavia, em muitos casos, servem para dar qualidade à decisão a tomar, sobretudo porque por hoje, e contrariamente ao espírito que por longos anos vincou no Decreto - Lei n.º 16 – A/95, de 15 de Dezembro, com a entrada em vigor do actual CPA assistiu-se a uma reconfiguração da rota. Nesta conformidade, um dos grandes desafios consta do “princípio *pro-actione*” acolhido nos termos do artigo 12.º, do Código de Processo do Contencioso Administrativo (CPCA), aprovado pela Lei n.º 33/22, de 1 de Setembro, nos termos da qual, potencia-se no plano normativo, a promoção da pronúncia sobre o mérito das decisões administrativas, sempre no quadro da tutela jurisdicional efectiva, da prevalência da justiça material e demais princípios a considerar (artigos 11.º e 13.º do CPCA).

Significa que em Estados Democráticos de Direito como é o nosso caso, as decisões do Estado (pessoas colectivas públicas) estão, nos termos do n.º 2, do artigo 6.º da CRA, subordinadas à Constituição e fundam-se na legalidade, sendo que, esta última que por hoje não se limita à legalidade num quadro fechado, mas sim aberto compreendendo o “*bloco da legalidade*”.

Isto posto, agrega para o facto de que a recriação da discricionariedade administrativa entre nós está intrinsecamente ligada a consideração segundo a qual, as opções delas decorrentes não surgem do mero acaso, muito menos, a vontade que lhe é intrínseca andam associadas a elementos decorrentes da CRA e da juridicidade, que devem ser tomados a sério, sob pena de se beliscar a normalidade administrativa e tomar posições com pouca convicção de atender a CRA e ao “*bloco da legalidade*”.

Conclusões e Recomendações / Ideias Finais

O panorama que procuramos trazer em volta da tomada a sério da discricionariedade no exercício da actividade administrativa pública – a propósito do artigo 39.º, da Lei n.º 31/22, de 30 de Agosto em Angola, reflecte o ideal de que a “*discricionariedade administrativa*” é daquelas questões normativas que devem ser colocadas na agenda diária – dito de outro modo, nela, o consentimento para o exercício vertido deve constar de um acto normativo, sendo, de igual modo, uma questão de ciência, com respaldo na CRA e no “*bloco da legalidade*”.

A propósito do CPA, concluímos que o artigo 39.º, tem como desígnio diminuir o subjectivismo e a ligeireza das decisões dos órgãos administrativos, estabelecendo, neste sentido, a obrigatoriedade de verdadeira análise das circunstâncias do caso concreto, e avaliar diversas alternativas, sem deixar de parte a dimensão de considerar o “*interesse*

público” envolvido, a “proporcionalidade” e outros, incluindo os princípios administrativos lançados na CRA. Digamos que a “*discrecionalidade administrativa*” se propõe em regular a aplicação de normas com elevado grau de abstracção e indeterminação.

Cada vez mais abrem-se portas para litígios potencialmente exigentes e complexos pelo que, cabe aos órgãos da Administração Pública actuar no sentido de tomar cada vez mais a sério a *discrecionalidade* no exercício da actividade administrativa, assumindo o seu verdadeiro papel e evitar comportamentos ínvios e contrários à ordem pública administrativa. Como tal, não devem fazê-lo somente por conta das consequências que podem surgir pela desconsideração de um conjunto de pressupostos, mas antes, para tornar a Administração Pública eficiente, com recursos humanos técnica e academicamente capaz, pautando a sua conduta no rigor e no bem fazer, sem descorar do facto de se estar diante da escassez de quadros cada mais e com melhor qualificação.

Concluímos ainda que o lugar da “*discrecionalidade administrativa*” tem vindo a ser posto em causa em nossa geografia jurígena, por isso, lembramos que a sua pertinência é um factor silenciador que pode influenciar mudanças notáveis, sempre olhando para o axioma nutrido no actual CPA, no sentido de que os órgãos com competência possam, no quadro da actividade administrativa actual com imparcialidade, inclusão, transparência e simplicidade. Daí que a sua conduta enquanto manifestação do exercício da actividade administrativa deve andar ligada ao ADN da CRA, e do “*bloco da legalidade*”. Por esta indicação, é também neste quadro que o desafio passa verdadeiramente por tomar a sério o exercício envolto, onde os académicos e sobretudo os discípulos das ciências jurídico-públicas, no vasto campo do Direito Administrativo, prestarem o seu contributo na compreensão do fenómeno.

Finalmente, o nosso propósito é que se proceda um “*atendimento*” no sentido de diagnosticar possíveis “*patologias*” e propor possíveis “*tratamentos*”. Nesta paragem, resta frisar de modo geral, que o entendimento a ter de “*discrecionalidade*” no exercício da actividade administrativa pública jamais assumirá entre nós um doseamento com a pretensão de ser um “*cheque especial*”, pois que não é, atendendo a tudo quanto assumimos. Assim, as múltiplas escolhas são sempre determinadas pelo ordenamento jurídico, isto é, nunca são livres, daí que para efeitos do n.º 2, do artigo 12.º, do CPA, os actos contrários à CRA são nulos. Por via de regra, os actos nulos são ineficazes. Atente-se que a juridicidade transpôs barreiras e transformou a forma de entender a legalidade, que surge agora em sentido amplo e que o interesse público segue como sendo o fim último da actividade administrativa, sendo fundamental que a “*discrecionalidade administrativa*” não possa, nem deva ser imune a esta



vocação. Assim, a discricionariedade não é proporcionada aos preceitos, e como tal, as normas não são discricionárias, sendo-o os actos administrativos.

Referências Bibliográficas

AYALA, B.D. (1995) “*O défice de controlo judicial da margem de livre decisão administrativa : considerações sobre a reserva de administração, as componentes, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa*”, Lisboa, Lex.

CAETANO M, (1980) “*Manual de Direito Administrativo*”, 10ª Ed., (Reimp.) Almedina, Coimbra.

CANOTILHO, J. J. G. (2003) “*Direito Constitucional e teoria da Constituição*”, 7ª. edição, Coimbra: Almedina.

CAUPERS, J, (2009) “*Introdução ao Direito Administrativo*”, 10.a ed., Lisboa.

CORREIA, J. M. S. (1987), “*Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*”, Coimbra, Almedina.

CORREIA, J. M. S. (2012), “*Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites*”, Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Vol. I, Almedina, 20112, p. 386.

EGÍDIO M. M. (2015), “*Discricionariedade judicial e interesse público no Contencioso Administrativo português*”, Estudos em Homenagem a Rui Machete, Lisboa, Almedina.

FEIJÓ, C & PACA C. (2019), “*Direito Administrativo*”, Mayamba Editora, 6.ª Edição.

JOÃO C, “*Direito Administrativo I, Guia de Estudo*, Noticias Editora, Lisboa, 1999, p. 71

NETO, J. M, “*Da Ascensão do Princípio da Juridicidade: O Colapso do Excessivo Poder Discricionário no Exercício da Actividade Administrativa*”, Revista Angolana de legislação e Jurisprudência, RALJ II, 1, 2, 2023, p. 154.

NETO. J. M.F. (2020) “*Da expropriação por utilidade pública do domínio útil consuetudinário em Angola, Uma relação atribulada*”. Revista CEDOUA, N.º 45, Ano XXIII, 1.20, Jan-Jun, GESTLEGAL.

OTERO, P, (2003) “*Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina.

NEVES, C, (1995) “*O Problema da Discricionariedade, Digesta*”, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Coimbra, Almedina, 5, 1.º volume.

SILVA, V. P, (2019) “*Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*”, Almedina, 2019.

SILVA, V. P, (2005) “*O Contencioso Administrativo, no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo Processo Administrativo*”, Almedina.

SOUSA, A. F, (2014) “*Manual de Direito Administrativo Angolano*”, Vida Económica.

SOUSA, F, (1987) “*A Discricionariedade Administrativa*”, Lisboa.

Dicionário da Língua Portuguesa com coordenação de José Pedro Machado, (1960), Lisboa Vol. II.

Dicionário da Língua Portuguesa, Coordenação de José Pedro Machado, (1965) Lisboa, Vol. V.

Acórdão Tribunal Supremo, Processo n.º 164/2016 disponível em:

<https://tribunalsupremo.ao/wp-content/uploads/2018/07/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-Processo-n%C2%BA-164-16.pdf>, consultado em Janeiro de 2023.

Constituição da República de Angola de 2010.

Lei Constitucional de 1975 (a muito revogada).

Lei 17/90, de 20 de Outubro (recentemente revogada).

Decreto Presidencial n.º 16 – A/95, de 15 de Dezembro (recentemente revogada).

Lei 3/10, de 29 de Maio .

Decreto Presidencial n.º 310/20, de 7 de Dezembro.

Lei n.º 26/22, de 22 de Agosto.

Lei n.º 31/22, de 30 de Agosto.

Lei n.º 33/22, de 1 de Setembro.

