JOÃO CAUPERS

INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO

10.ª EDIÇÃO

Âncora

JOÃO CAUPERS
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa

INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO

10.ª EDIÇÃO

Âncora editora

© João Caupers

Direitos reservados por
Âncora Editora
Avenida Infante Santo 52 3.º Esq.
1350-179 Lisboa
ancora.editora@ancora-editora.pt
www.ancora-editora.pt

Edição n.º 1028
Depósito legal n.º 299193/09
9.ª edição: Setembro de 2007
10.ª edição: Setembro de 2009

Impressão e acabamento
Multitipo - Artes Gráficas

ISBN 978 972 780 246 3

INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO

Obras publicadas nesta colecção

CÓDIGO DO DIREITO DE AUTOR E DOS DIREITOS CONEXOS – 3.ª edição
Luiz Francisco Rebello

TRABALHADORES DAADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
João Caupers e António Duarte de Almeida

INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO – 10.ª edição
João Caupers

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA E LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR
Jorge Bacelar Gouveia

ORGANIZAÇÃO DO GOVERNO – LEGISLAÇÃO
João Caupers e António Lorena de Seves

A NOVA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA
João Caupers e João Raposo

INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
João Caupers

NOVOS ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO
Jorge Bacelar Gouveia

JULGADOS DE PAZ E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS
João Miguel Galhardo Coelho

DIREITO DE MENORES– DERECHO DE MENORES
Manuel Monteiro Guedes Valente e Nieves Sanz Mulas

ESTUDOS DE DIREITO PUBLICO
AA.VV.

DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL
Ana Roque

LEIS DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA– 4.ª edição
João Caupers

DIREITO PRIVADO E DIREITO COMUNITÁRIO
AA.VV.

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E O SISTEMA POLÍTICO
Luís Ferreira Leite

REGIME JURÍDICO DAS INSTITUIÇÕES DO ENSINO SUPERIOR
João Caupers

50 ANOS DO TRATADO DE ROMA
AA.VV

REGIME JURÍDICO E FISCAL DAS FUNDAÇÕES
Feliciano Barreiras Duarte

AS LEIS DAS AUTARQUIAS LOCAIS
João Carlos Barreiras Duarte e Feliciano Barreiras Duarte

REGIME JURÍDICO COMPARADO DO DIREITO DE CIDADANIA
Feliciano Barreiras Duarte

ASILO, IMIGRAÇÃO, NACIONALIDADE E MINORIAS ÉTNICAS (2 VOLUMES)
Feliciano Barreiras Duarte

JOÃO CAUPERS
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa

INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO

10.ª EDIÇÃO

Âncora editora

NOTA INTRODUTÓRIA

Chega esta obra à sua décima edição – o que num livro jurídico português não é muito frequente e, por isso, me lisonjeia e responsabiliza.

Aquilo que começou há muitos anos como um simples guia de estudo de direito administrativo, concebido especificamente para auxiliar jovens estudantes de direito, que se confrontavam pela primeira vez com uma disciplina extensa e complexa, no contexto de uma realidade – a Administração Pública – que sentiam próxima por experiência, mas cuja sofisticada filigrana tinham dificuldades em compreender em todas as suas dimensões, foi-se gradualmente transformando em algo de diferente. Um texto introdutório de direito administrativo, sucessivamente alterado também por sugestões dos seus leitores, já não apenas estudantes de direito, mas igualmente profissionais deste, a quem, não tendo de conviver diariamente com os grandes problemas jus-administrativos, convinha uma obra geral, de natureza informativa e pedagógica, capaz de esclarecer pequenas e ocasionais dúvidas.

As sucessivas edições não lhe alteraram a natureza: continua a ser um texto introdutório despretensioso, que foge

à especulação teórica supérflua e ao luxo da complexidade, procurando fornecer respostas tão simples e claras quanto possível a problemas que nem sempre são tão complicados quanto alguns gostam de fazer crer.

Esta edição é substancialmente diferente da anterior. Foi alterada – em resultado de reflexões pessoais, leituras e trocas de impressões com colegas e amigos, – revista – em função de modificações do direito positivo – e ampliada – para abranger matérias que se tornaram mais importantes ou foram objecto de regulamentação legal recente.

A introdução ganhou um novo capítulo, dedicado ao direito administrativo enquanto ramo do direito público, em que as fontes são tratadas autonomamente, passando a incluir referências à Constituição, ao direito da União Europeia e à lei, a que se soma o tratamento do regulamento administrativo como fonte de jurisdicidade – e não, como até aqui, como instrumento da actividade administrativa.

No que à organização administrativa se refere, inclui-se um novo capítulo, relativo aos recursos da Administração Pública, que abrange os recursos humanos e os recursos materiais, ou seja: por um lado, a análise do novo quadro legal aplicável aos trabalhadores que exercem funções públicas; por outro lado, a apreciação do futuro (?) quadro legal do domínio público.

A parte da obra respeitante à actividade administrativa pública ganha um novo capítulo, incidindo sobre duas áreas muito relevantes desta: a polícia administrativa e a regulação económica. Devido a recentes e decisivas modificações legislativas, foram totalmente reescritos os capítulos relativos aos contratos da Administração Pública e à responsabilidade civil das entidades que compõem esta.

A última parte da obra, incidindo sobre as garantias dos particulares, é a que menos alterações sofreu: uma pequena reformulação do texto relativo à arbitragem e a actualizações das referências doutrinais e jurisprudenciais.

Agradeço aos meus Colegas Professores José Lebre de Freitas e Nuno Piçarra o favor de terem revisto os textos relativos à justiça administrativa, o primeiro, e as referências ao direito da União Europeia, o segundo. Os erros que tenham subsistido são, naturalmente, de minha inteira responsabilidade.

Julho de 2009

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

CCP – Código dos Contratos Públicos
CPA – Código do Procedimento Administrativo
CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP – Constituição da República Portuguesa
ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
STA – Supremo Tribunal Administrativo
TAC – Tribunal Administrativo de Círculo
TCA – Tribunal Central Administrativo
TJCE – Tribunal de Justiça da União Europeia
UE – União Europeia

PLANO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I – A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
CAPÍTULO II –O DIREITO ADMINISTRATIVO
CAPÍTULO III – CONCEITOS FUNDAMENTAIS

PARTE I – ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PÚBLICA

CAPÍTULO I – ESTRUTURAS ORGANIZATIVAS
CAPÍTULO II – RECURSOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PARTE II – ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA PÚBLICA

CAPÍTULO I – FORMAS TÍPICAS DA ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA
CAPÍTULO II – INSTRUMENTOS JURIDICOS DA ACÇÃO ADMINISTRATIVA – O ACTO ADMINISTRATIVO
CAPÍTULO III – VALIDADE E EFICÁCIA DO ACTO ADMINISTRATIVO
CAPÍTULO IV – ACTOS SECUNDÁRIOS – EXTINÇÃO DO ACTO ADMINISTRATIVO
CAPÍTULO V – CONTRATOS PÚBLICOS
CAPÍTULO VI – RESPONSABILIDADE DO ESTADOS E OUTROS ENTES PÚBLICOS
CAPÍTULO VII – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO
CAPÍTULO VIII – MARCHA DO PROCEDIMENTO COMUM DECISÓRIO DE 1.º GRAU PARA A TOMADA DE UMA DECISÃO ADMINISTRATIVA

PARTE III– GARANTIAS DOS PARTICULARES

CAPÍTULO I – GARANTIAS ADMINISTRATIVAS
CAPÍTULO II – GARANTIAS JURISDICIONAIS – A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA
CAPÍTULO III – ACÇÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL
CAPÍTULO IV – ACÇÃO ADMINISTRATIVA COMUM

CAPÍTULO V – PROCESSOS URGENTES
CAPÍTULO VI – PROCESSOS CAUTELARES
CAPÍTULO VII – PROCESSO EXECUTIVO
CAPÍTULO VIII – RECURSOS
CAPÍTULO IX – ARBITRAGEM

ELEMENTOS DE ESTUDO

1. Principal bibliografia geral portuguesa: serão citados com frequência, recomendando-se por isso a sua consulta, diversos manuais e lições de direito administrativo portugueses:

AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Coimbra, 1976;

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 3.ª edição, Coimbra, 2006; Volume II, Coimbra, 2001;

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa, 1982;

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa — (Lições)*, 9.ª edição, Coimbra, 2007.

MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, Volume, 10.ª edição, 1980 (reimpressão) e II Volume, 9.ª edição (reimpressão);

MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Lisboa, 1999; com ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, 2.ª edição, Lisboa, 2006; *Actividade administrativa*, Tomo III, Lisboa, 2007; *Responsabilidade*

Civil Administrativa, Tomo III, 2008; *Contratos Públicos*, Tomo III, 2008;

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, 2.ª edição, Coimbra, 1984;

ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1978;

No início de cada capítulo fornecem-se indicações de leitura sobre as matérias que nele se abordam, limitadas à doutrina jusadministrativa portuguesa[1].

2. Legislação: o estudo do direito administrativo não pode fazer-se sem a utilização frequente de múltiplas normas constantes de diversos diplomas legais; é, naturalmente, indispensável que os estudantes possuam exemplares desses diplomas (actualizados, uma vez que, sendo o direito administrativo bastante instável, os diplomas legais são revistos bem mais vezes do que aquelas que todos quantos se dedicam ao seu estudo gostariam). Estes diplomas podem repartir-se por quatro grupos:

a) A *Constituição da República Portuguesa*, na redacção resultante da sétima revisão (2004);

b) O *Código do Procedimento Administrativo*, de que existem igualmente várias edições, sendo conveniente

[1] Tendo na devida conta as diferenças de programa e conteúdo da disciplina, pode ser da maior utilidade a utilização da obra de JOSÉ MANUEL SERVÚLO CORREIA, JOÃO MARTINS CLARO, ANA GOUVEIA MARTINS e MARK BOBELA-MOTA KIRKBY, *Elementos de Estudo de Direito Administrativo – Exercícios práticos, testes, exames finais e jurisprudência administrativa*, Lisboa, 2005 (publicação da Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

adquirir uma posterior à revisão de 1996 (por exemplo, a 4.ª edição[2], de 2003, da Editora Almedina, anotada por DIOGO FREITAS DO AMARAL, MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, JOÃO CAUPERS, VASCO PEREIRA DA SILVA, JOÃO MARTINS CLARO, JOÃO RAPOSO E PEDRO SIZA VIEIRA, quase todos coautores do projecto que esteve na origem do Código);

c) O Código dos Contratos Públicos;

d) O Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos;

e) Os principais diplomas legais relativos à organização administrativa portuguesa, que integram a 4.ª edição da colectânea com o título *Leis da Organização Administrativa Pública*, de JOÃO CAUPERS, publicada em simultâneo com a presente obra, também por Âncora Editora.

3. Jurisprudência: também um conhecimento mínimo da jurisprudência dos tribunais administrativos é indispensável ao estudo do direito administrativo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo e a dos dois tribunais administrativos centrais integra já um banco de dados informatizado, podendo ser consultada através do *site* do Instituto de Tecnologias da Justiça (ITJ).

Tem muito interesse a consulta de duas publicações organizadas pelo Conselheiro Carlos Cadilha, que fornecem um panorama completo da actividade da jurisdição administrativa no período imediatamente anterior à sua última reforma (2002): a *Jurisprudência administrativa escolhida* e a *Jurisprudência administrativa: sumários*, ambas de 1999.

[2] A designada, por lapso, *5.ª edição*, que será a citada, não é mais do que uma reimpressão da 4.ª edição.

Os *Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo* são a mais antiga publicação periódica de jurisprudência administrativa, não sendo, por isso, de estranhar que citemos diversos acórdãos que ali foram publicados.

Existe ainda uma publicação bimestral, iniciada em 1997, e que inclui, para além de resenhas de jurisprudência administrativa, artigos de doutrina e comentários aos acórdãos mais significativos do Supremo Tribunal Administrativo. Trata-se dos *Cadernos de Justiça Administrativa*, de que se fará ampla utilização.

4. Principal bibliografia geral estrangeira: seria interminável a enumeração da principal bibliografia estrangeira, ainda que nos limitássemos à Europa e às línguas mais conhecidas. Optou-se, por isso, por indicar apenas, algo arbitrariamente, três obras de cada um destes países: Espanha, França, Itália, Alemanha[3] e Reino Unido. Indicam-se ainda duas das mais significativas obras norte-americanas e uma obra de direito administrativo europeu.

Nos casos da França, da Alemanha e da Itália, a escolha justifica-se pela influência que os ordenamentos e os juristas destes países exercem no ordenamento e no pensamento jusadministrativista português; a escolha da Espanha justifica-se pela proximidade geográfica e linguística e pela existência de múltiplos problemas idênticos; já quanto ao Reino Unido, foi o factor contrário — as muitas diferenças entre o modelo britânico e o nosso — que sugeriu a escolha.

[3] Relativamente à Alemanha, optou-se por indicar obras traduzidas em português ou em espanhol, línguas seguramente mais acessíveis ao leitor.

a) Espanha:

— EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA E TOMÁS RAMÓN FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo,* Volume I, 11.ª edição, e Volume II, 8.ª edição, Madrid, 2002;

— JOSÉ BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo Básico. Parte general*, Zaragoza, 2002;

— LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2.ª edição, Valência, Tirant Lo Blanch, 2008.

b) França:

— DIDIER TRUCHET, *Droit Administratif,* Paris, PUF, 2008;

— JEAN RIVERO e JEAN WALINE, *Droit Administratif,* 21.ª edição, Paris, 2006;

— MICHEL DEGOFFE, *Droit Administratif,* Paris, Ellipses, 2008.

c) Itália:

— EUGENIO PICOZZA, *Introduzione al Diritto Amministrativo*, Pádua, 2006;

— MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo,* Milão, 2000;

— ROBERTO CHIEPPA e VINCENZO LOPILATO, *Studi di Diritto Amministrativo*, Milão, Giuffrè, 2007.

d) Alemanha:

— ADOLFO MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo,* Granada, 2004;

— EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema,* Madrid, 2003;

— WOLFF, BACHOF e STOBER, *Direito Administrativo*, Lisboa, 2006.

e) Reino Unido:

— PAUL CRAIG, *Administrative Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 2008;

— PETER CANE, *Administrative Law,* 4.ª edição, Oxford, 2004.

— WADE e FORSYTH, *Administrative Law*, 8.ª edição, Oxford, 2000.

f) Estados Unidos:

— PIERCE, SHAPIRO e VERKUIL, *Administrative Law and Process,* 3.ª edição, Westbury, Nova Iorque, 1999;

— WILLIAM F. FOX, JR, *Understanding Administrative Law*, 4.ª edição, Nova Iorque, 2000.

g) União Europeia:

— MICHEL FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, 2006.

Notas: a maioria destas obras, bem como das constantes das listas de leituras aconselhadas em cada capítulo, pode ser consultada nas Bibliotecas da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, da Universidade Católica Portuguesa, da Procuradoria-Geral da República, do Tribunal Constitucional ou do Instituto Nacional de Administração (em Oeiras). As obras portuguesas encontram-se à venda em diversas livrarias de Lisboa, designadamente na Livraria Petrony, na Livraria Coimbra Editora, na Livraria Almedina e na Livraria Arco Íris (esta última pode também ser consultada em *http://www.liv-arcoiris.pt)*.

As obras estrangeiras podem ser encomendadas directamente aos editores ou através de livrarias portuguesas, como a Bucholz e a Ferin, ou, ainda, através de livrarias virtuais, como as que se podem encontrar em: *www.barnesandnoble.com*; *www.amazon.com*; *www.fnac-direct.fr/.*

Outros *sites* interessantes para pesquisa na área do direito administrativo são *www.jurist.law.pitt.edu* e *www.affaires-publiques.com.*

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Leituras aconselhadas:

AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Coimbra, 1976, pp. 5 a 278; CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra, 1999; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 3.ª edição, Coimbra, 2006, pp. 25 a 48 e 99 a 214, e Volume II, Coimbra, 2001, pp. 40 a 60; IDEM, *Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, Autonomia e Distinções*, «in» **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, n.º 1, 1994, pp. 11 e ss.; FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão do direito administrativo*, Coimbra, 1999; GOMES CANOTILHO, *Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*, «in» **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, n.º 1, 1994, pp. 55 a 66; JOÃO CAUPERS, *A administração periférica do Estado — Estudo de ciência da administração*, Lisboa, 1994, pp. 17 a 61 e 76 a 86; JORGE REIS NOVAIS, *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*, Lisboa, 1997; JOSÉ MANUEL SERVÚLO CORREIA, *Legalidade e*

Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Coimbra, 1987, pp. 179 a 197; IDEM, Prefácio a Ricardo Leite Pinto, *Intimação para um comportamento*, Lisboa, 1995, pp. XII a XV JOSÉ TAVARES, *Tribunal de Contas*, «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VII, pp. 452 a 487; IDEM, *Linhas de evolução do Tribunal de Contas nos últimos 25 anos*, Lisboa, 1999; MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA, *Direito Administrativo. Parte II — O Estado de Direito, a Administração e a Realização do Direito Administrativo*, Centro de Publicações da UCP (Lisboa), 1996/1997 (policopiado); MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Lisboa, 1999, pp. 9 a 18, 55 a 71 e 81 a 89; IDEM, com ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, 2.ª edição, Lisboa, 2006, pp. 36 a 129; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado*, Coimbra, 1996; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdicidade*, Coimbra, 2003; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, pp. 122 a 135, 149 a 186 e 301 a 442; VITALINO CANAS, *Relação Jurídico-Pública*, «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VII. pp. 207-208 e 225.

1. Conceito de administração

Como escreveu AFONSO QUEIRÓ, o termo *administrar* remonta as suas origens às expressões latinas *ad ministrare* (servir) e *ad manus trahere* (manejar). Para aquele professor de Coimbra, administrar seria *agir ao serviço de determinados fins e com vista a realizar certos resultados*[4].

Na mesma linha, um autor clássico da ciência da administração norte-americana, LUTHER GULICK, escreveu que a *administração tem a ver com fazer coisas, com a prossecução de objectivos definidos*[5].

Parece, contudo, evidente que noções tão amplas carecem de um mínimo de operatividade: nem toda a acção humana que vise prosseguir certos fins ou obter certos resultados é administração. De resto, a maior parte das acções humanas visam atingir fins ou obter resultados. E é difícil mesmo conceber uma acção humana que não tenha a ver com *fazer coisas*.

Supomos que o conceito de *administração* somente pode ser apreendido no contexto de um grupo humano: administrar é algo que passa por estruturar um grupo humano em função dos fins que este se propõe atingir. Ora, um grupo humano estruturado em função dos fins a atingir é uma *organização*. Administrar é uma actividade que se concretiza na combinação de meios humanos, materiais e financeiros levada a cabo no seio de uma organização; *administrar é uma acção humana que consiste exactamente em prosseguir certos objectivos através do funcionamento da organização.*

[4] Cfr. *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1976, p. 6.

[5] *Science, values and public administration, «in» Papers on the Science of Administration*, Nova Iorque, 1969, p. 191 (reimpressão).

2. Administração pública e administração privada

2.1. Se qualquer organização carece de administração, não se segue daí que todas as administrações se rejam pelos mesmos princípios e regras, independentemente da natureza das organizações administradas. Coloca-se essencialmente a questão de saber se existirá uma diferença substancial entre a administração de organizações privadas, designadamente das organizações privadas com fins lucrativos, e a administração de organizações públicas?

2.2. A resposta negativa, dada pela corrente norte-americana dos *generic theorists* (com HERBERT SIMON à cabeça) sustenta a inexistência de qualquer especificidade relevante na actividade administrativa pública, que se deverá subordinar aos mesmos princípios que a administração privada, designadamente à busca da eficiência como principal objectivo.

2.3. A resposta afirmativa assenta na ideia de que a actividade administrativa pública apresenta características próprias e específicas que tornam impossível a sua submissão integral aos mesmos princípios que regem a administração privada. Estas características entroncam, em nosso entender, na circunstância decisiva de a **administração pública ser um instrumento do poder político.** Isto significa que todas as organizações públicas se encontram, de uma ou outra forma, em maior ou menor medida, dependentes da vontade política dos representantes da colectividade, tanto para a sua criação, como para a sua sobrevivência. Elas nascem e mantém-se enquanto aqueles que a colectividade encarregou de assegurar a satisfação das necessidades colectivas entendem que é útil que estas sejam asseguradas através delas. Daqui decorrem certos constrangimentos especiais que atingem as organizações públicas, a que as organizações privadas escapam.

Em primeiro lugar, os objectivos que o poder político fixou para cada organização pública não podem ser alterados ou inviabilizados por iniciativa desta.

Em segundo lugar, as organizações públicas enfrentam usualmente restrições financeiras resultantes da falta ou insuficiência de autofinanciamento. Na verdade, uma parte mais ou menos substancial dos seus recursos financeiros não é gerada pela actividade das próprias organizações, resultando de dotações orçamentais.

Por último, a gestão dos recursos humanos da organização e a fixação dos preços dos serviços prestados ou dos bens produzidos por esta encontram-se limitadas por vários princípios específicos do direito administrativo e do direito financeiro, nomeadamente, o princípio da concorrência na admissão de pessoal (corolário do princípio da igualdade) e o princípio da legalidade.

2.4. O principal problema emergente desta situação reside na **dificuldade em proceder à avaliação da administração pública**: ao contrário das empresas privadas — cuja sobrevivência depende essencialmente do mercado —, as organizações públicas não concorrem, regra geral, com as privadas, nem entre si. A sua sobrevivência depende apenas, como se disse, da vontade do poder político que as cria, mantém, modifica e extingue por sua livre iniciativa.

Note-se, apesar de tudo, que é importante avaliar a eficiência das organizações públicas, sob pena de dar cober-

tura à irracionalidade económica e ao desperdício de meios que, infelizmente, caracterizam muitas daquelas organizações[6].

3. Polissemia do conceito de administração pública

3.1. Existem tradicionalmente entre nós duas grandes formas de entender a expressão *administração pública:* o *sentido orgânico* e o *sentido material ou funcional.*

Em sentido orgânico, a administração pública confunde-se com o conjunto das organizações públicas, entre as quais a mais importante é o *Estado*; este, tomado em sentido jurídico-administrativo, não se confunde com o Estado soberano, sendo apenas uma — embora a principal — das organizações públicas.

Para além do Estado, integram a administração pública diversas outras organizações públicas: territoriais (*regiões autónomas* e *autarquias locais*), associativas (*associações públicas*) e institucionais (*institutos públicas*). Estas últimas compõem, juntamente com os serviços do Estado propriamente ditos, *a administração estadual* (*directa* e *instrumental*), ao passo que as restantes constituem a *administração autónoma.*

Todas as organizações apontadas dispõem de personalidade jurídica colectiva pública. **Mas também fazem parte da administração pública organizações públicas que apenas possuem personalidade jurídica colectiva de direito privado.** Estão nestas condições as empresas públicas sob forma societária, as instituições particulares

6 Cfr. *Avaliação na administração pública*, colectiva, Lisboa, 1998.

de solidariedade social, algumas associações de entes públicos, diversas entidades auto-reguladoras e muitas outras.

Esta nossa opinião é — temos perfeita consciência disso — muito controversa. A tradição jurídico-administrativa portuguesa vai no sentido de apenas se considerarem parte da administração pública em sentido orgânico pessoas colectivas públicas. Quanto às outras, aquelas que em número cada vez maior, vão prosseguindo importantes interesse públicos mas que, não obstante, apenas dispõem de personalidade jurídica privada, a tradição manda excluí-las da administração pública, remetendo-as para o limbo, do *exercício privado de funções públicas*)[7] . Nós mesmos fizemos isto até há pouco!

Entendemos, porém, que não é mais possível aprofundar habilidades e manipulações conceptuais cada vez mais sofisticadas — nomeadamente, a de sustentar um sentido material ou funcional para a expressão «administração pública» mais amplo do que o sentido orgânico, por forma a incluir nele actividades, claramente de natureza pública, por se destinarem à satisfação de necessidades colectivas, mas excluídas deste último em função da natureza jurídico-privada das pessoas colectivas que as prosseguem.

Consideramos que este nosso novo entendimento dispõe de apoios bastantes, nomeadamente em alterações

7 A propósito da crescente dificuldade — senão mesmo impossibilidade — em fazer coincidir as noções de Administração Pública, em sentido orgânico, e de administração pública, em sentido funcional, cfr. as reflexões de MARIA JOAO ESTORNINHO a pp.47 a 57 da sua dissertação *A fuga para o direito privado,* Coimbra, 1996.

ocorridas no âmbito do controlo da administração pública e das próprias garantias dos administrados:

a) A delimitação do âmbito de intervenção do Provedor de Justiça aos *poderes públicos* — cfr. artigo 23.°, n.° 1, da CRP — e a noção que destes poderes se contém no artigo 2.°, n.° 1, da Lei n.° 9/91, de 9 de Abril;

b) A delimitação do âmbito subjectivo do controlo do Tribunal de Contas, feita pelos n.°s 1 e 2 do artigo 2.° da Lei n.° 98/97, de 26 de Agosto, na redacção decorrente da revisão operada pela Lei n.° 48/2006, de 29 de Agosto;

c) A concepção de *poderes públicos* expressa no n.° 2 do Anexo à Recomendação R(84)15 do Conselho da Europa[8] ;

d) A configuração legal da função accionista do Estado e dos municípios em termos jusadministrativos (v. infra).

É habitual falar-se de uma *administração central* e de uma *administração local*: a primeira, caracteriza-se por operar em todo o território nacional (ou continental, tendo em conta o especial estatuto das regiões autónomas); a segunda compõe-se de entidades públicas territoriais (*administração autárquica*) e de serviços da administração estadual (*administração periférica do Estado*), uns e outros operando apenas em porções delimitadas do território nacional (*circunscrições administrativas*).

A administração do Estado é uma realidade relativamente recente, quando comparada com as tradições da administração municipal: de facto, somente no século XX o Estado passou a garantir, com regularidade, muito mais do que a

[8] Pode consultar-se no volume *L'Administration et les personnes privés*, publicado pelo Conselho da Europa, em 1997, p. 420.

satisfação das necessidades de segurança, interna e externa, e de justiça. É o Estado pós-liberal que alarga o âmbito da administração pública, invadindo, praticamente, todos os níveis e áreas da prática social.

A administração pública em sentido orgânico é constituída pelo conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado e demais organizações públicas que asseguram, em nome da colectividade, a satisfação disciplinada, regular e contínua das necessidades colectivas de segurança, cultura e bem-estar.

3.2. A noção de actividade administrativa pública deveria, logicamente, corresponder à actividade desenvolvida pelas organizações públicas (sentido material ou funcional). Na realidade, não é exactamente assim, por uma razão, ligada ao princípio da separação de poderes.

Acontece que os órgãos de soberania (os órgãos mais importantes da pessoa colectiva pública Estado) situados fora do âmbito da função administrativa — Presidente da República, Assembleia da República, tribunais — desempenham, para além de tarefas próprias dos poderes que integram, outras, que não se distinguem substancialmente da actividade típica dos órgãos administrativos — outorga de contratos, actos de gestão de pessoal, etc. (trata-se da *actividade materialmente administrativa*). Não existe razão alguma para não incluir estes comportamentos na administração pública em sentido material ou funcional; contudo, os seus autores não integram a administração pública em sentido orgânico.

A administração pública em sentido material ou funcional compõe-se do conjunto de acções e operações desenvolvidas pelos órgãos, serviços e agentes do Estado e demais organizações públicas ocupados em assegurar, em nome da colectividade, a satisfação disciplinada, regular e contínua das necessidades colectivas de segurança, cultura e bem-estar.

3.3. Tomando na devida conta os dois sentidos da expressão, escrevê-la-emos com letra minúscula — **administração pública** — quando a usarmos no sentido material ou funcional, a **actividade administrativa pública;** quando recorremos ao sentido orgânico, escreveremos, em princípio, a expressão com letra maiúscula — **Administração Pública** — ou falaremos em **organização administrativa pública.**

3.4. Ao tempo do Estado liberal, a administração estadual era essencialmente *ablativa*, isto é, uma administração que concentrava a sua actividade na imposição de sacrifícios aos cidadãos: expropriava, tributava, sancionava, mobilizava, etc. Do Estado, inspirado na filosofia liberal, não se esperava que interferisse na vida dos cidadãos mais do que o estritamente indispensável.

Só a partir dos anos 30 do nosso século se desenvolveu a administração estadual *prestadora*, passando o Estado a responder às mais variadas solicitações dos cidadãos, prestando-lhes múltiplas utilidades: cuidados de saúde, ensino, prestações de segurança social, informação, etc.

A crise do Estado-providência, a partir dos anos 70, conduziu a um novo modelo, ainda imperfeitamente delineado,

a administração *conformadora*, um modelo em que a sociedade, havendo concluído pela impossibilidade e incomportabilidade da manutenção do crescimento exponencial, quantitativo e qualitativo, do Estado, procura reservar para este, já não a função de prestar, mas a de criar condições favoráveis a uma prestação de utilidades basicamente resultante de actividades de natureza jurídico-privada[9].

4. A função administrativa no quadro das funções do Estado

4.1. Entre a função administrativa e as outras funções do Estado pode estabelecer-se o seguinte quadro de relacionamento:

— a função administrativa é *instrumental* da função política;

— a função administrativa encontra-se *subordinada* à função legislativa;

— a função administrativa é *controlada* pela função jurisdicional.

4.2. O conceito de administração pública em sentido material ou funcional mais não é do que uma descrição, de tom jurídico, da actividade administrativa pública, não correspondendo a uma verdadeira definição material da fun-

9 VASCO PEREIRA DA SILVA opta pelas expressões *administração de infra-estruturas* ou *administração prospectiva* nas páginas que dedica à análise desta evolução (*Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, pp. 122 a 135). Preferimos a expressão *administração conformadora* que, de resto, o autor também utiliza (cfr. p. 133).

ção administrativa. Na realidade, esta é muito difícil de estabelecer, o que levou alguns autores a sustentarem a impossibilidade de o fazer (FORSTHOFF); outros, a pretender fazê-lo por exclusão de partes (CARRÉ DE MARLBERG, MEUCCI).

Estas dificuldades são compreensíveis, se se tiver em consideração que, na sua origem, o poder administrativo teria carácter «residual», isto é, era o que restava do poder absoluto do soberano, depois de lhe terem sido retirados, em homenagem ao princípio da separação de poderes, o poder legislativo e o poder judicial; daqui a sua compreensível heterogeneidade, obstáculo a uma definição material (GARRIDO FALLA).

4.3. Uma noção «residual» da função administrativa era suficiente numa época em que aquilo que o Estado fazia era relativamente pouco e muito diferente de qualquer actividade desenvolvida pelos particulares — o Estado liberal, no essencial, como se disse, policiava, julgava, sancionava, recrutava e cobrava impostos.

A partir do momento em que o Estado alargou enormemente o seu campo de actividades, designadamente no domínio da administração prestadora (e, mais recentemente, da administração conformadora), muitas vezes concorrendo com os particulares no exercício de actividades idênticas, esta noção revelou-se clara e crescentemente insuficiente.

De todo o modo, e pese embora a sua manifesta insuficiência, contentar-nos-emos em considerar que *a função administrativa é aquela que, no respeito pelo quadro legal e sob a direcção dos representantes da colectividade, desenvolve as actividades necessárias à satisfação das necessidades colectivas.*

4.4. Questão que se tem colocado no nosso País é a que respeita à eventual existência de uma *reserva de administração*, ou seja, de um conjunto de matérias que não poderiam ser objecto de providências legislativas, designadamente da Assembleia da República.

Sem entrar na polémica ainda em aberto a este propósito — pois não é este o local adequado para nela participar —, limitar-nos-emos a subscrever a posição de JORGE REIS NOVAIS, que sustenta a existência de uma tal reserva, com base na ideia de que *a sujeição periódica da sua actuação* [do Governo] *ao juízo e ao veredicto do sufrágio popular exige, assim, a inviolabilidade de uma área irredutível de auto-responsabilidade do Governo e da Administração*[10]. Em todo o caso, há que dizer que uma tal posição – sufragada também por PAULO OTERO[11] – está longe de ser maioritária na doutrina.

5. Formas e instrumentos jurídicos da actividade administrativa pública

5.1. A mencionada heterogeneidade da actividade administrativa pública conduziu, em primeiro lugar, a uma con-

10 *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*, Lisboa, 1997, p. 58. Interessa também analisar os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os.1/97 e 24/98, publicados no ***Diário da República***, I Série, de 5 de Março de 1997, e II Série, de 19 de Fevereiro de 1998, respectivamente.

11 Cfr. *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdicidade*, Coimbra, 2003, pp. 753-754.

traposição básica entre actividades de natureza jurídica e actividades de natureza não jurídica e, em segundo lugar, a uma minimização do tratamento destas últimas, relegadas para essa espécie de «terra de ninguém» das chamadas *operações materiais* da administração. O estudo destas, no quadro geral de uma disciplina de Direito Administrativo, restringe-se, por via da regra, às respectivas consequências jurídicas, o mesmo vale por dizer ao problema da *responsabilidade da administração*[12].

5.2. Procurámos afastar-nos um pouco desta tradição, dedicando um novo capítulo da PARTE II deste texto ao estudo, necessariamente sumário, da actividade administrativa pública, encarada, não na perspectiva dos seus instrumentos jurídicos – o que se fará depois –, nem na da sua natureza material – o que seria despropositado num texto de carácter jurídico –, mas na perspectiva daquilo a que poderíamos chamar o enquadramento jurídico-administrativo global. Analisaremos assim, numa óptica de direito administrativo, duas formas de actividade administrativa pública particularmente relevantes: a *polícia administrativa* – uma das mais antigas – e a *regulação* ou *regulação económica* – uma das mais recentes (pelo menos na Europa).

5.3. No que respeita aos instrumentos jurídicos da actividade administrativa, é usual a distinção — objecto de não

12 A excepção mais significativa é, entre nós, constituída pela obra de CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra, 1999.

poucas críticas — entre aquelas que decorrem sob a égide do direito privado (*actividades de gestão privada*) e aquelas que se encontram submetidas ao direito público (*actividades de gestão pública*)[13]. A tradição privilegia esta última e, no seu âmbito, recomenda o estudo detalhado do *acto administrativo* — considerado a noção nuclear do direito administrativo, senão mesmo o verdadeiro paradigma desta disciplina —, seguido do estudo do *contrato administrativo*[14]. Quanto ao *regulamento administrativo*, optámos por tratá-lo não, como até aqui, como instrumento da actividade administrativa, mas como fonte de jurisdicidade.

6. Sistemas administrativos

6.1. Por sistema administrativo entende-se um *modo jurídico típico de organização, funcionamento e controlo da administração pública.*

6.2. O **sistema da concentração de poderes** vigorou durante a monarquia absoluta: a administração pública não se encontrava submetida a normas jurídicas obrigatórias, confundindose a lei com a vontade do poder; consequentemente, os particulares não podiam invocar contra ela quaisquer direitos, encontrando-se na posição de súbditos.

13 Distinção que o ETAF ignora, designadamente em matéria de responsabilidade civil da Administração Pública, em que a distinção gera mais dificuldades [cfr. artigo 4.º, n.º 1, alínea *g*)].

14 Um pouco mais adiante se falará da relação jurídico-administrativa.

6.3. O advento do Estado de direito, com a Revolução Francesa, modificou esta situação: a administração pública passou a estar vinculada a normas obrigatórias, *subordinada ao direito.* Isto foi uma consequência simultânea do princípio da separação de poderes e da concepção da lei — geral, abstracta e de origem parlamentar — como reflexo da vontade geral (cfr. o artigo 266.° da CRP).

Em resultado desta modificação, a actividade administrativa pública passou a revestir carácter jurídico, estando submetida a controlo judicial, assumindo os particulares a posição de cidadãos, titulares de direitos em face dela.

6.4. O **sistema de administração executiva** nasceu em França e, com os exércitos de Napoleão, alastrou a toda a Europa continental; caracteriza-se essencialmente por três traços:

— a sujeição da administração pública a regras próprias, originalmente de fonte jurisprudencial, que vieram a constituir um novo ramo do direito, o direito administrativo;

— o poder conferido à Administração Pública de, em áreas mais ou menos extensas da sua actividade, tomar decisões susceptíveis de se projectarem na esfera jurídica de terceiros sem prévia validação de um tribunal;

— o controlo da administração pública por tribunais especiais.

6.5. Na concretização prática deste sistema encontramos algumas diferenças:

a) Enquanto em França os tribunais administrativos não estão integrados no poder judicial mas no poder administrativo, em homenagem a uma visão radical do princípio da separação de poderes, já na Alemanha — e em Portugal — os tribunais administrativos integram o poder judiciário, coincidindo a especialização do juiz administrativo com a unidade deste poder;

b) Em Espanha, o tribunal superior com competência para controlar a administração pública constitui uma secção especial do Tribunal Supremo, isto é, a última instância judicial com competência para julgar feitos civis; já entre nós, a última instância judicial encarregue de controlar a administração pública é o Supremo Tribunal Administrativo, um tribunal totalmente distinto do Supremo Tribunal de Justiça.

6.6. O **sistema de administração judiciária** tem origem anglo-saxónica, tendo-se implantado nos Estados Unidos e nos países da *Commonwealth.* Caracteriza-se essencialmente pelos seguintes traços:

— sujeição da administração pública ao direito comum;

— não reconhecimento à Administração Pública, em regra, do poder de tomar decisões que afectem os cidadãos sem prévia intervenção de um tribunal;

— controlo da administração pública pelos tribunais comuns.

6.7. As diferenças entre os dois sistemas têm vindo a esbater-se:

— no sistema de administração judiciária aumentam as normas que conferem especiais poderes de actuação à Administração Pública, existindo já um verdadeiro *direito administrativo,* e tendo sido criados múltiplos *administrative tribunals* que, muito embora sejam órgãos integrados no poder administrativo e não no judicial, são independentes e actuam segundo processos jurisdicionalizados;

— no sistema de administração executiva, ao invés, propendem para o alargamento as actuações não autoritárias da administração pública, em que esta não dispõe do poder de decidir sem prévia intervenção judicial, e mesmo as actuações sob a égide do direito privado, em que esta está sujeita ao controlo dos tribunais comuns.

6.8. A este esbatimento das diferenças entre os dois sistemas se liga o fenómeno da *europeização* do direito administrativo. Na realidade, existe já um significativo conjunto de regras jurídicas de produção comunitária que delineiam os traços e estabelecem os princípios de um direito administrativo europeu. O núcleo duro deste direito é sobretudo constituído pelas normas comunitárias relativas à contratação pública e pelas normas de protecção ambiental, constantes de diversas instrumentos normativos, que têm influenciado decisivamente as legislações nacionais dos diversos Estados membros da União[15]. Mais adiante, no âmbito do estudo das fontes do direito administrativo, se voltará a este ponto.

7. A administração pública e o direito. Ilegalidade e ilicitude

7.1. Característica essencial do Estado moderno é a submissão da administração pública ao direito. Qual é o sentido desta afirmação, sabido que a esmagadora maioria do direito vigente é produzido exactamente pelo Estado?

15 Sobre esta problemática, cfr. FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão do direito administrativo*. Coimbra, 1999.

Para os normativistas puros (KELSEN) não faz sentido nenhum, uma vez que para esta corrente *Estado* e *direito* se identificam, não sendo o Estado mais do que a personificação da ordem jurídica.

Para os autores mais ligados ao marxismo, aquela afirmação também não faz sentido: sendo a ordem jurídica a expressão do poder dos grupos socialmente dominantes, a ideia de subordinação da administração pública ao direito mais não serviria do que para a legitimar, isto é, para a colocar ao abrigo da contestação dos grupos socialmente dominados.

7.2. A afirmação feita tem, em nosso entender, cabal sentido:

a) Em primeiro lugar, porque não existe Estado de direito sem uma **ideia de direito**, isto é, sem que esteja radicada no inconsciente colectivo a ideia de que é possível fazer em cada momento um juízo sobre o poder do Estado, juízo que incide sobre a adequação do exercício deste poder a certos princípios fundamentais que deve necessariamente respeitar — o pluralismo, a tolerância, os direitos dos cidadãos e das minorias, a alternância democrática;

b) Em segundo lugar, porque o facto de o Estado ser o maior produtor do direito não significa que tenha o poder de o desrespeitar: enquanto o direito produzido pelo Estado estiver em vigor, este tem o dever de o acatar; a própria ideia de direito impõe a **jurisdicidade do comportamento administrativo,** pressuposto indispensável do Estado de direito.

O conceito de Estado de direito opera uma conexão entre as ideias de legalidade e de legitimidade, conexão que envolve a possibilidade de submeter o comportamento do Estado a critérios materiais de aferição que o transcendem[16].

7.3. A submissão da administração pública ao direito consubstancia-se na ideia de **legalidade**: quer isto dizer que a actividade administrativa pública apenas se pode desenvolver precedendo habilitação legal (também se pode designar esta ideia por *princípio da competência*).

Os cidadãos também estão submetidos à lei — mas não necessitam de qualquer habilitação legal para agir, apenas estando impedidos de fazer aquilo que a lei interdita; movem-se no domínio da **licitude**.

8. O princípio da legalidade e a presunção de legalidade

8.1. A formulação moderna do *princípio da legalidade* consubstancia-se na ideia de que os órgãos e agentes da Administração Pública somente podem agir com fundamento na lei e dentro dos limites por esta estabelecidos.

16 Cfr. JOÃO CAUPERS, *A administração periférica do Estado — Estudo de Ciência da Administração*, Lisboa, 1994, p. 151.

Na época do Estado social de direito, o princípio apresenta os seguintes traços:

a) O primado da lei deixa de assentar numa legitimidade diferente da do poder administrativo, uma vez que ambos se fundam na Constituição (para os liberais, o primado da lei sobre a administração era um corolário da superioridade da legitimidade parlamentar, assente no sufrágio, sobre a legitimidade do rei, de carácter dinástico);

b) Em consequência, a reserva de lei já não traça a fronteira entre a legislação e a administração, mas entre a competência legislativa do parlamento e a do governo;

c) O conceito de lei geral e abstracta entra em crise, aparecendo ao lado da *Rechtgesetz* a *Massnahmegesetz*, a lei-medida ou lei-providência;

d) Desaparece o conceito de lei em sentido material enquanto referido ao estatuto de liberdade dos cidadãos, tornando-se crescentemente difícil a distinção entre a lei e o regulamento;

e) A subordinação da administração pública à lei passa a ser entendida como subordinação ao «bloco legal», isto é, a um vasto conjunto integrado pela Constituição, pelos princípios gerais, pelo direito internacional, pelo direito da União Europeia[17], pelas leis ordinárias, pelos regulamentos, pelos contratos administrativos, enfim, por alguns comportamentos administrativos unilaterais susceptíveis de consolidar situações jurídicas dos particulares.

8.2. As principais funções hoje desempenhadas pelo princípio da legalidade são duas: por um lado, ele procura

17 Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, cit., pp. 733 a 749.

assegurar o primado do poder legislativo sobre o poder administrativo; por outro, visa garantir os direitos e interesses dos particulares.

O primado do poder legislativo reveste duas facetas: uma primeira, negativa, traduz-se na circunstância de os órgãos e agentes da Administração Pública não poderem praticar actos contrários à lei; outra, positiva (também designada por *precedência da lei*), consubstancia-se na mencionada necessidade de habilitação legal para os actos da Administração Pública.

O princípio da legalidade recobre toda e qualquer manifestação da administração pública: ao contrário do que pode parecer, este princípio tanto abrange a administração ablativa como a administração prestadora. Esta também pode violar a lei — designadamente a legalidade financeira —, ofender o princípio da igualdade e distorcer os mecanismos de redistribuição.

8.3. O princípio da legalidade produz dois tipos de efeitos:

a) Efeitos negativos: como a Administração Pública está proibida de violar a lei, se o fizer, os seus actos sofrerão uma consequência jurídica desfavorável, a invalidade (v. infra);

b) Efeitos positivos: os actos administrativos são tidos por legais até que um tribunal administrativo decida em contrário; é por esta razão que a impugnação contenciosa não suspende, em princípio, os efeitos do acto impugnado[18].

[18] Cfr. artigo 50.°, n.° 2, do CPTA.

8.4. Das diversas excepções que costumam ser apontadas ao princípio da legalidade somente uma pode, verdadeiramente, sê-lo. Trata-se do **estado de necessidade**, geralmente entendido como uma circunstância excepcional que torna lícito um comportamento que, por lesar um interesse de outrem protegido pelo direito, seria em princípio, ilícito.

Existem duas maneiras diversas de encarar o estado de necessidade:

a) Alguns vêem nele uma circunstância que verdadeiramente legitima actuações *ilegais* da Administração Pública (DIOGO FREITAS DO AMARAL);

b) Outros, consideram estar-se perante uma espécie de *legalidade excepcional,* susceptível de cobrir certas actuações administrativas (SÉRVULO CORREIA e MARCELO REBELO DE SOUSA).

Em nosso entender, o estado de necessidade é uma verdadeira excepção ao princípio da legalidade, no sentido de que a sua invocação não exclui a ilegalidade do comportamento, antes justificando este, apesar de ilegal. Não se nos afigura o mais adequado ao Estado de direito o entendimento do estado de necessidade como uma espécie de legalidade *eventual*, à medida dos acidentes da vida em sociedade e das conveniências da administração pública.

O reconhecimento do estado de necessidade pelo legislador (cfr. artigo 3.°, n.° 2, do CPA) resulta simplesmente da admissão por este de que o revestimento jurídico da actividade administrativa pública apresenta fissuras que repelem o direito, tornando inevitável, para evitar males maiores, a ocorrência de comportamentos administrativos ilegais.

9. O controlo da administração pública. Auto-controlo e hetero-controlo

9.1. A conformidade da actividade administrativa pública com o princípio da legalidade — e com outros princípios — que deve respeitar impõe a existência de instrumentos e mecanismos adequados de controlo. Estes podem operar no interior da Administração Pública ou fora dela.

a) No primeiro caso, teremos o *auto-controlo*, que aproveita a organização da Administração Pública e a respectiva actividade para a vigiar; surgem então as reclamações e os recursos administrativos, bem como a actividade dos órgãos inspectivos (v. infra);

b) No segundo caso, teremos o *hetero-controlo*, que «olha» para a Administração Pública do lado de fora desta; aparecem então o controlo parlamentar e o controlo jurisdicional (v. infra).

9.2. Forma peculiar de hetero-controlo — que não será objecto de tratamento neste escrito — é o controlo da legalidade financeira assegurado pelo Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas é um órgão do Estado que exerce simultaneamente competências que se inscrevem no exercício da função jurisdicional e competências consultivas e de controlo, relativas ao exercício da função administrativa.

No âmbito das primeiras, o Tribunal profere verdadeiras sentenças, as quais podem consistir, nomeadamente, na condenação de quem seja responsável pela utilização indevida de dinheiros públicos.

No âmbito das segundas, dá parecer sobre a Conta Geral do Estado e as contas das regiões autónomas.

No âmbito das funções de controlo, intervém ou pode intervir, em três momentos:

a) Antes da produção dos efeitos de um acto gerador de despesa pública – *fiscalização preventiva* (o famoso *visto*);

b) Durante a execução de contratos acessórios ou complementares de outros contratos públicos – *fiscalização concomitante*;

c) Após a consumação de um acto gerador de despesa pública – *fiscalização sucessiva.*

CAPÍTULO II

O DIREITO ADMINISTRATIVO

Leituras aconselhadas:

AFONSO QUEIRÓ, *Teoria dos regulamentos*, «in» ***Revista de Direito e de Estudos Sociais***, Ano XXVII, pp. 1 e ss., e 2.ª série, Ano I, 1986, n.º 1, pp. 1 e ss.; ANA RAQUEL MONIZ, *A titularidade do poder regulamentar no direito administrativo português*, Separata do ***Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra***, 2004, pp. 483 e ss.; IDEM, *Regulamentos e autovinculação administrativa, anotação ao acórdão do STA de 3 de Novembro de 2005*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 59, Setembro/Outubro 2006, pp. 24 a 40; COUTINHO DE ABREU, *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*, Coimbra, 1987; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., Volume II, pp. 151 a 202; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Lisboa, 2004; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.ª edição, Coimbra, 1993, pp. 166 a 168; IDEM, *Método de interpretação de normas constitucionais. Peregrinação constitucionalista em torno de um prefácio de Manuel de Andrade à obra*

Interpretação e Aplicação das Leis de Francesco Ferrara, «in» ***Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra***, Volume LXXVII, Coimbra, 2001, p. 897; JOÃO CAUPERS, *Um dever de regulamentar?*, «in» ***Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação***, n.º 18, Janeiro-Março 1997, pp. 7 a 22; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 5.ª edição, Coimbra, 1996, pp. 20-21; JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, *Regulamento Administrativo*, «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VII, pp. 194 e ss.; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral. Actividade administrativa*, Tomo III, Lisboa, 2007, pp. 238 a 261; LUÍSA DUARTE, *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra, 2008; LUÍS PEREIRA COUTINHO, *Regulamentos independentes do Governo*, «in» *Perspectivas Constitucionais*, Volume III, Coimbra, 1998, pp. 979 a 1064; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, cit., pp. 58 a 78; PAULO OTERO, *Direito Administrativo. Relatório de uma disciplina apresentado no concurso para professor associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1998; IDEM, *Legalidade e Administração Pública...*, cit., p. 275 e 285; MÁRIO JORGE LEMOS PINTO, *Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão (no contencioso administrativo português)*, Coimbra, 2008; PEDRO MACHETE, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Coimbra, 2007, pp. 46 a 59; VASCO PEREIRA DA SILVA, Em *busca do acto administrativo perdido*, cit., p. 23.; IDEM, *Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra, 2002, pp. 37-38; IDEM, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*, 2.ª edição, 2009, pp. 485 a 488.

10. O direito administrativo: características e tipos de normas.

10.1. O direito administrativo é *o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização, o funcionamento e o controlo da Administração Pública e as relações que esta, no exercício da actividade administrativa de gestão pública, estabelece com outros sujeitos de direito.*

A característica mais peculiar do direito administrativo é a procura de permanente harmonização entre as necessidades da acção administrativa e as exigências de garantia dos particulares.

10.2. É possível distinguir as normas de direito administrativo segundo vários critérios. Assim, utilizando o critério do objecto, teremos:

a) *Normas orgânicas*, que criam e estruturam as entidades que fazem parte da Administração Pública;

b) *Normas funcionais*, que regulam os modos de exercício da actividade administrativa pública;

c) *Normas relacionais*, que regem as relações entre a Administração Pública e os particulares.

Se optarmos pelo critério do ao grau de concretização, teremos:

a) *Regras jurídicas* — têm carácter *prescritivo*, permitindo, impondo ou proibindo um comportamento;

b) *Princípios* — consubstanciam padrões de *optimização*, sendo compatíveis com graus diversos de concretização[19].

10.3. As principais características apontadas ao direito administrativo são as seguintes:

a) Um *direito novo*, ainda com um baixo nível de teorização e uma dogmática incipiente;

b) Um *direito autónomo*, com princípios próprios, já não um conjunto de excepções pontuais ao direito civil (o que reveste importância crucial no plano da integração de lacunas);

c) Um direito em larga medida *construído pelos tribunais administrativos* (muito embora a produção jurisprudencial nunca tenha tido entre nós relevo semelhante ao que teve em França).

11. Fontes do direito administrativo – a Constituição administrativa

11.1. A Constituição da República Portuguesa, de 1976, na sua redacção actual, isto é, após a sétima revisão, contém inúmeras disposições materialmente classificáveis como normas de direito administrativo. Tal não é de estranhar,

19 Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.ª edição, Coimbra, 1993, pp. 166 a 168; *Método de interpretação de normas constitucionais. Peregrinação constitucionalista em torno de um prefácio de Manuel de Andrade à obra* Interpretação e Aplicação das Leis *de Francesco Ferrara, «in» **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,*** Volume LXXVII, Coimbra, 2001, p .897.

uma vez que a nossa lei fundamental afirmou uma vontade normativa tão intensa – típica de uma lei fundamental que se sucedeu a um momento de ruptura constitucional – que como que impregnou de jurisdicidade constitucional os mais diversos sectores da prática social. Nela se encontram normas que se repartem pelos variados ramos do direito, público e privado: de direito financeiro, de direito fiscal, de direito económico, de direito penal, de direito de família, de direito do trabalho, etc.

Naturalmente que as normas de direito administrativo – e também as normas que exercem uma influência determinante sobre este – ocupam lugar destacado no texto constitucional. A reconhecida proximidade entre o direito constitucional e o direito administrativo justificam tal destaque.

Na verdade, o direito administrativo só existe tal como o conhecemos porque o artigo 2.º da lei fundamental reconhece expressamente o princípio da separação de poderes – que, numa visão moderna, designa por *separação e interdependência de poderes*. Sem a consagração do princípio da separação de poderes teria sido impossível consolidar um vasto conjunto de normas jurídicas que, para fazerem sentido, impõem ao poder administrativo um estatuto de diferenciação – e, como se viu noutro ponto, de inferioridade – relativamente ao poder legislativo e ao poder judicial.

Também a afirmação de Portugal como um Estado unitário, feita no artigo 6.º da Constituição, apresenta interesse para o direito administrativo: se Portugal fosse um Estado federal, bem poderia ter mais do que um direito administrativo, isto é, poderia verificar-se a aplicação de diferentes modelos administrativos em distintas partes do País, como já sucedeu na Alemanha. Sendo um Estado unitário, somente existe um direito administrativo e o sistema

administrativo, não obstante o estatuto constitucional das regiões autónomas é, e tem de ser, o mesmo.

11.2. A Constituição dispõe sobre os traços essenciais do modelo administrativo-organizativo do Estado: o Governo e as suas competências administrativas (artigos 182.° e 189.°); as autarquias locais, os seus órgãos e respectivas competências e os limites da intervenção do Estado (artigos 235.° a 262.°); a administração pública e as suas missões e princípios (artigos 266.° a 272.°); os bens do domínio público e o seu estatuto (artigo 84.°).

Por outro lado, a lei fundamental preocupa-se em garantir aos cidadãos um conjunto amplo de direitos perante a Administração Pública:

a) O direito de participar na vida pública, incluindo o direito à informação relativamente aos assuntos públicos (artigo 48.°);

b) O direito de petição e o direito de acção popular (artigo 52.°);

c) O direito de acesso à função pública (artigo 47.°, n.° 2);

d) O direito de queixa para o Provedor de Justiça (artigo 23.°);

e) O direito de acesso à informação administrativa relevante (artigo 268.°, n.°s 1 e 2);

f) O direito de recorrer à justiça administrativa para obter protecção dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, designadamente contra actos e omissões ilegais da Administração Pública deles lesivos (artigo 268.°, n.° 4);

g) O direito de pedir e obter o ressarcimento dos prejuízos causados por acções ou omissões dos poderes públicos consubstanciadoras de violação de direitos, liberdades e garantias ou geradoras de prejuízos (artigo 22.°).

A nossa história constitucional recente evidencia o valor da Constituição como factor de progresso do sistema de garantias dos administrados. Foi ela que, em primeira-mão, fez impender sobre a Administração Pública a obrigação de ouvir os interessados antes de tomar decisões susceptíveis de os afectar e também a obrigação de notificar estas aos destinatários, uma vez tomadas (artigos 267.°, n.° 5, e 268.°, n.° 3).

O imperativo constitucional atingiu a sua máxima intensidade no que respeita à protecção judicial dos particulares contra os actos e omissões da Administração Pública. O artigo 268.° foi alterado por quatro vezes, sempre no sentido do aprofundamento e do aumento da eficácia do sistema de garantias. Se a lei ordinária – o Código de Processo nos Tribunais Administrativos – pôde ir até onde foi, tal se deve, todos o sabem, à Constituição. Sem o impulso persistente desta é muito duvidoso que tivéssemos aqui chegado.

12. Fontes do direito administrativo – o direito da União Europeia

12.1. A ordem jurídica da União Europeia (UE) compreende dois níveis essenciais de produção normativa: o direito primário ou originário e o direito derivado. O primeiro é integrado pelos tratados constitutivos daquilo que é hoje a UE[20]; do segundo fazem parte os actos jurídicos praticados quotidianamente pelos órgãos da União: os regulamentos, as directivas, as decisões, as recomendações

20 Os Tratados de Roma (CEE e Eurátomo, 1957), e o Tratado da União Europeia (Maastricht, 1992), na redacção que lhes foi dada pelo Tratado de Nice (2001) e com as adaptações introduzidas pelos tratados relativos à adesão da Bulgária e da Roménia.

e os pareceres (actos *típicos* do I Pilar) as estratégias comuns, as acções comuns e as posições comuns (actos *típicos* do II Pilar) as posições comuns, as decisões-quadro, as decisões e as convenções (actos *típicos* do III Pilar).

Numa ordem jurídica com a natureza peculiar do direito da UE e com as especiais relações que mantém com os direitos de cada um dos vinte e sete Estados europeus que a integram – a que já chamaram *modelo de articulação intersistémica*[21] –, não é de estranhar a importância que a revelação e formulação de princípios adquiriu e mantém. O principal agente deste complexo processo tem sido o Tribunal de Justiça, em estreita colaboração com os tribunais nacionais, através das suas decisões. Sem com isso menosprezar o processo de harmonização das legislações, pode dizer-se que a integração europeia, mais do que obra de políticos e legisladores, tem sido trabalho, inteligente, sério, persistente e criativo, de juízes.

O labor do Tribunal permitiu consolidar diversos princípios próprios do direito da União, de entre os quais salientamos aqueles dois que mais relevância podem ter na actividade administrativa pública: o princípio da igualdade, assente nos artigos 12.°, 39.°, 43.°, 50.° e 141.° do Tratado de Roma, e o princípio da proporcionalidade, fundado no artigo 5.°,n.° 3, do mesmo tratado[22].

A estes princípios acresce um outro grupo, constituído pelos princípios jurídicos comuns aos ordenamentos dos Estados-membros. De entre estes destacamos,

21 Cfr. LUISA DUARTE, *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra, 2008, p. 28; cfr. também p. 23.

22 Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Lisboa, 2004, p. 352.

igualmente pela relevância possível na actividade administrativa pública, o princípio da legalidade, o princípio da protecção da confiança e o princípio da participação dos interessados.

É absolutamente indispensável referir um outro ponto. Trata-se, não obstante ser mais frequentemente configurado como um dever do que como um princípio, do princípio da interpretação das normas dos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais conforme ao direito da União. Este, que é um corolário do primado do direitoda UE sobre os direitos nacionais, manifesta-se quando se procura determinar o sentido e alcance de uma norma nacional que, pela sua imprecisão ou ambiguidade, é susceptível de várias interpretações, uma das quais contrária a uma regra de direito da União; numa tal circunstância, o princípio impõe a obrigação de escolher a interpretação que assegura a aplicação deste direito.

12.2. A produção normativa da UE, através dos seus instrumentos próprios, tem-se estendido a diversos campos e problemáticas tradicionalmente cobertos pelo direito administrativo.

Não referiremos aqui os múltiplos aspectos da actividade económica que sofrem o impacto de miríades de regulamentações do direito da União: não é este o lugar para nos ocuparmos das incontáveis normas deste direito, que se ocupam de temas tão relevantes como o processo de fabrico dos queijos tradicionais ou a rotulagem de cosméticos, impondo às autoridades nacionais obrigações de licenciamento, certificação, fiscalização e sanção.

Também não é este escrito introdutório de direito administrativo geral o local adequado para tratar de questões de

direito do ambiente, no âmbito do qual a produção normativa da União Europeia tem sido particularmente importante[23].

Naturalmente imposta pelas preocupações com a concorrência e com a consolidação do mercado único, a área da contratação pública é das que mais tem ocupado os legisladores da União. O centro das preocupações tem sido os procedimentos pré-contratuais e o contencioso dos contratos[24]. Autores há que consideram esta produção normativa como um verdadeiro Direito Europeu da Contratação Pública[25].

Uma questão muito relevante que tem colocado em crise a relação entre a ordem jurídica da União e as ordens jurídicas nacionais é a da revogação dos actos administrativos ilegais que atribuam auxílios de Estado após o decurso do prazo estabelecido na lei nacional (artigo 141.° do CPA no caso português). Mais adiante, no quadro do tratamento do regime legal da revogação, se abordará esta questão.

13. Fontes do direito administrativo – a lei

A lei – entendida aqui essencialmente em sentido formal, isto é, o normativo resultante do exercício do poder legislativo por parte dos órgãos nacionais constitucionalmente competentes – continua a ser a fonte mais abundante de direito administrativo.

A maioria das regras e princípios de direito administrativo constam de leis, sejam leis da Assembleia da República, sejam decretos-leis do Governo. Em inúmeros casos, mesmo quando se trata de decretos-leis, estamos, por imposição constitucional, em face de decretos-leis autorizados, por incidirem sobre matérias integrantes da reserva relativa de competência legislativa do parlamento. Basta um breve olhar sobre as principais leis reguladoras da organização e da actividade administrativa pública e daquelas que asseguram a protecção dos particulares contra os actos e omissões da Administração Pública para confirmar o que escrevemos.

De diversas leis da Assembleia da República consta o regime jurídico das autarquias locais, que beneficiam de uma garantia constitucional particularmente intensa – em todos os aspectos mais relevantes, como as atribuições e competências, as finanças locais, a criação de polícias municipais, o sector empresarial local e a tutela administrativa sobre as autarquias locais[26]; de leis da Assembleia da República constam igualmente os principais normativos relativos à defesa dos particulares contra a administração pública – responsabilidade civil da Administração Pública[27], Estatuto do Provedor de Justiça[28],

23 Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra, 2002, pp. 37-38.

24 É esta a principal razão de ser do recente Código dos Contratos Públicos, essencial (mas não exclusivamente) concebido para operar a transposição das Directivas n.°s 2004/17/CE e 2004/18/CE.

25 Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*, 2.ª edição, 2009, p. 485.

26 Lei n.° 169/99, de 18 de Setembro, alterada pela Lei n.° 5-A/2002, de 11 de Janeiro; Lei n.° 159/99, de 14 de Setembro; Lei n.° 2/2007, de 15 de Janeiro; Lei n.° 19/2004, de 20 de Maio; Lei n.° 53-F/2006, de 29 de Dezembro; Lei n.° 27/96, de 1 de Agosto.

27 Lei n.° 67/2007, de 31 de Dezembro, alterada pela Lei n.° 31/2008, de 17 de Julho.

28 Lei n.° 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.° 30/96, de 14 de Agosto.

Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais[29], Código de Processo nos Tribunais Administrativos[30]; integram ainda leis da Assembleia da República os quadros legais da administração directa do Estado e dos institutos públicos[31].

De decretos-leis autorizados constam o regime do sector empresarial do Estado[32] e o Código do Procedimento Administrativo[33]. De decretos-leis aprovados no âmbito da competência concorrente do Governo com a Assembleia da República constam o Código dos Contratos Públicos[34] e a maioria dos regimes jurídicos relativos à administração directa do Estado – governadores civis[35] e comissões de coordenação e desenvolvimento regional[36], nomeadamente.

Por último, a lei orgânica do Governo é o único diploma legal da competência exclusiva do Governo, conforme dispõe o artigo 198.°, n.° 2, da Constituição, constando, por essa razão, sempre, de decreto-lei[37].

29 Lei n.° 13/2002, de 19 de Fevereiro, alterada pela Lei n.° 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, e pela Lei n.° 107-D/2003, de 31 de Dezembro.

30 Lei n.° 15/2002, de 22 de Fevereiro.

31 Lei n.° 4/2004, de 15 de Janeiro, alterada pelo Decreto-Lei n.° 105/2007, de 3 de Abril, e Lei n.° 3/2004, de 15 de Janeiro, alterada pelo Decreto-Lei n.° 105/2007, de 3 de Abril, respectivamente.

32 Decreto-Lei n.° 300/2007, de 23 de Agosto.

33 Decreto-Lei n.° 442/91, de 15 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.° 6/96, de 31 de Janeiro.

34 Decreto-Lei n.° 18/2008, de 19 de Janeiro.

35 Decreto-Lei n.° 252/92, de 19 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.° 213/2001, de 2 de Agosto.

36 Decreto-Lei n.° 134/2007, de 27 de Abril.

37 A lei orgânica do XVII e actual Governo Constitucional consta do Decreto-Lei n.° 79/2005, de 15 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.° 11/2006, de 19 de Janeiro, pelo Decreto-Lei n.° 16/2006, de 26 de Janeiro,

14. Fontes do direito administrativo – o regulamento administrativo: origem, natureza e fundamentos do poder regulamentar

14.1. A separação de poderes impôs o exclusivo parlamentar da titularidade e do exercício da função legislativa. Legislação e normação eram sinónimos, consistindo na edição de normas gerais e abstractas.

A diversificação e o alargamento da intervenção do Estado na vida colectiva, ultrapassados os pressupostos liberais, conduziu à dissociação entre os conceitos formal e material de lei. Por força das crescentes complexidade e tecnicidade das leis, os governos foram-se assenhorando da função normativa, através de duas técnicas, alternativas ou cumulativas:

a) A extensão da titularidade — ou somente do exercício — da função legislativa propriamente dita (os decretos-leis), mantendo-se embora reservada aos parlamentos a aprovação de leis sobre as matérias de maior relevância;

b) A inclusão na função administrativa de um poder normativo de segundo grau, submetido ao poder legislativo — o poder normativo de primeiro grau.

O fundamento jurídico do poder regulamentar no Estado social de direito encontra-se agora nas normas constitucionais e legais atributivas de competência regulamentar e já não numa autorização dada pelo parlamento ao governo (muito embora esta concepção, por via do conceito de *delegated legislation*, ainda subsista no Reino Unido).

pelo Decreto-Lei n.° 135/2006, de 26 de Julho, pelo Decreto-Lei n.° 201/2006, de 27 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.° 240/2007, de 21 de Junho, e pelo Decreto-Lei n.° 44/2008, de 11 de Março.

Alguns regulamentos apresentam, porém, fundamentos jurídicos específicos:

— os *regulamentos internos* fundam-se no poder de direcção do superior hierárquico;

— os regulamentos de funcionamento dos órgãos colegiais (*regimentos*) fundam-se no poder de auto-organização, próprio destes órgãos.

14.2. Um regulamento administrativo é um *conjunto de normas jurídicas editadas por uma autoridade administrativa* (um órgão de uma pessoa colectiva pública) *no exercício do poder administrativo* (ao abrigo de uma faculdade jurídico-pública atribuída por uma norma legal).

Têm sido propostos diversos critérios para distinguir o regulamento da lei, destacando-se, pela sua importância, dois:

— a contraposição entre princípios gerais e desenvolvimentos — à lei caberia a fixação dos princípios de um certo regime jurídico, ao passo que ao regulamento pertenceria o desenho dos detalhes de tal regime;

— a ideia de novidade — enquanto a lei conteria previsões normativas novas, no sentido de diferentes das até aí existentes no ordenamento jurídico, o regulamento encarregar-se-ia de aspectos que, tornando mais fácil a aplicação da lei, não eram inovadores relativamente a esta.

Certo é que, não obstante os esforços feitos, não se encontrou ainda um critério que possibilitasse uma distinção material rigorosa entre o regulamento (designadamente o regulamento independente) e a lei. O mais que se poderá fazer é assentar a distinção nos planos orgânico e formal:

a) Somente a Assembleia da República, o Governo e as assembleias legislativas regionais dispõem de poder legislativo;

b) Destes, se exceptuarmos a competência da Assembleia da República para aprovar o seu regimento, apenas as assembleias legislativas regionais, relativamente às leis gerais da República, e o Governo possuem competência regulamentar;

c) Ou seja, a dificuldade de distinção entre as leis e os regulamentos independentes limita-se, na prática, à normação do Governo e das assembleias legislativas regionais;

d) As leis aprovadas pelo Governo revestem a forma de decretos-leis e são editadas ao abrigo do artigo 198.° da CRP; os regulamentos independentes do Governo revestem a forma de decretos regulamentares (cfr. artigo 112.° n.° 6, da Constituição) e são editados ao abrigo do artigo 199.°

Note-se que a distinção entre a lei e o regulamento tem interesse prático, na medida em que, enquanto a lei apenas pode ver a sua validade aferida pela CRP, já o regulamento tem também de respeitar a lei, podendo ser impugnado nos tribunais administrativos com fundamento em ilegalidade (v. infra).

15. Espécies de regulamentos

15.1. Os regulamentos administrativos são susceptíveis de várias classificações; eis as mais importantes, começando pelo critério da dependência face à lei:

a) Os *regulamentos complementares* ou *de execução* desenvolvem e detalham uma determinada lei, em cujo texto a sua emissão se encontra expressamente prevista (por isso que a sua validade depende da identificação do

diploma legal que regulamentam); com frequência, operam como condição de exequibilidade de algumas das normas legais que regulamentam;

b) Os *regulamentos independentes* ou *autónomos*[38] não se referem a nenhuma lei em especial (por esta razão somente têm de identificar a norma legal que atribui competência regulamentar ao seu autor).

15.2. Utilizando o critério do objecto (mais precisamente, do objecto das normas regulamentares, uma vez que na maioria dos casos o mesmo regulamento conterá normas de espécies diferentes, considerado este critério):

a) Os *regulamentos de organização* estruturam um aparelho administrativo;

b) Os *regulamentos de funcionamento* incidem sobre os métodos de actuação de órgãos e serviços públicos;

c) Os *regulamentos de polícia,* que são os de maior importância, operam restrições às liberdades individuais.

15.3. Tendo em conta o critério da projecção da eficácia do regulamento:

a) Os *regulamentos internos* apenas produzem efeitos no interior da pessoa colectiva pública cujo órgão os editou;

b) Os *regulamentos externos* projectam os seus efeitos nas esferas jurídicas de outros sujeitos de direito.

[38] Não vemos qualquer vantagem em confundir esta denominação, tradicional e inequívoca, chamando *regulamentos autónomos* aos regulamentos elaborados por entidades integrantes da administração autónoma, como faz MÁRIO JORGE LEMOS PINTO – cfr. *Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão (no contencioso administrativo português)*, Coimbra, 2008, pp.111-112.

16. Limites do poder regulamentar

O poder regulamentar enfrenta diversos limites; entre eles destacaremos três.

O primeiro radica na reserva de competência legislativa da Assembleia da República (cfr. artigos 164.º e 165.º da CRP): de facto, nas matérias que integram esta, o Governo somente pode aprovar regulamentos de execução. Compreende-se a razão de ser desta limitação: considerada a já mencionada dificuldade em estabelecer uma distinção material entre lei e regulamento, se o Governo pudesse aprovar regulamentos independentes em matérias da competência reservada da Assembleia da República, poderia ofender esta reserva, produzindo, sob a forma de decreto regulamentar — isto é, no exercício da função administrativa —, normas que não poderia constitucionalmente aprovar através de decreto-lei — isto é, no exercício da função legislativa. Ocorreria assim uma espécie de fraude à Constituição.

Relativamente aos regulamentos editados pelas autarquias locais, opera um segundo limite, decorrente do artigo 241.º da CRP, que determina, designadamente, que os regulamentos editados por órgãos da freguesia não possam dispor em contrário dos regulamentos do município em cujo território se inclua o território da freguesia. Também se compreende facilmente este limite: não fosse ele e poderia verificar-se a situação absurda de um mesmo cidadão ser obrigado por duas normas de sentido oposto editadas por órgãos de autarquias distintas, ambos territorialmente competentes na área da sua residência.

Por último, as normas dos regulamentos administrativos não podem ter eficácia retroactiva[39].

17. Competência regulamentar e formas jurídicas dos regulamentos

17.1. O órgão mais importante que dispõe de competência regulamentar é o **Governo**; os seus regulamentos podem assumir diversas formas:

— *decreto regulamentar* (forma obrigatória dos regulamentos independentes) — cfr. artigo 112.°, n.° 6, da CRP;

— *resolução do Conselho de Ministros* (estas resoluções podem ter ou não natureza regulamentar);

— *portaria* — não tendo também, necessariamente, natureza regulamentar, as portarias, quando a possuem, são regulamentos da autoria de um ou mais ministros, em nome do Governo;

— *despacho normativo* — regulamento editado por um ou mais ministros em nome próprio;

— *despacho simples* — o despacho simples deveria constituir sempre a forma de um acto administrativo; contudo, por vezes estes despachos apresentam natureza regulamentar.

17.2. Os órgãos das **regiões autónomas** também dispõem de poder regulamentar:

— se se trata de regulamentar uma lei geral da República (cfr. artigo 112.°, n.° 4, da CRP), a competência pertence à **assembleia legislativa regional** e a forma é a de *decreto regional* (cfr. artigos 232.°, n.° 1, e 227.°, n.° 1, alínea *d)*, segunda parte, da CRP);

— se a regulamentação tem por objecto um decreto legislativo regional, a competência pertence ao **governo regional**, sob a forma de *decreto regulamentar regional.*

17.3. Os órgãos das **autarquias locais** dispõem igualmente de poder regulamentar (cfr. artigo 241.° da CRP):

— à **assembleia de freguesia** compete aprovar regulamentos com eficácia externa, sob proposta da junta de freguesia (cfr. artigos 17.°, n.° 2, alínea *l)*, e 34.°,n.° 5, alínea *b)*, da Lei n.° 169/99, de 18 de Setembro);

— a **câmara municipal** tem competência para aprovar regulamentos em matérias da sua competência exclusiva (cfr. artigo 65.°,n.° 7, alínea *a)*, da Lei n.° 169/99);

— à **assembleia municipal** compete a aprovação dos restantes regulamentos do município, sob proposta da câmara municipal (cfr. artigos 53.°, n.° 2, alínea *a)*, e 65.°, n.° 6, alínea *a)*, da Lei n.° 169/99).

17.4. Os órgãos dirigentes dos **institutos públicos,** das **entidades públicas empresariais** e das **associações públicas** podem dispor de competência regulamentar, nos termos das respectivas leis orgânicas ou estatutos.

18. Modo de produção dos regulamentos

Os artigos 114.° a 119.° do CPA introduziram no nosso ordenamento jurídico-administrativo normas relativas à

39 Neste sentido, cfr. Parecer n.° 4/96 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, apoiado na lição de AFONSO QUEIRÓ (*Pareceres da Procuradoria-Geral da República*, Volume V, p. 81).

elaboração de regulamentos. No essencial, tais normas estabelecem:

a) A faculdade de iniciativa procedimental dos interessados na regulamentação de certa matéria, exercitável mediante pedido fundamentado dirigido ao órgão competente (cfr. artigos 115.° e 116.°);

b) O direito de participação procedimental dos interessados na elaboração dos projectos de regulamento (cfr. artigo 117.°);

c) A apreciação pública dos projectos de regulamento (cfr. artigo 118.°).

Infelizmente, os artigos 117.° e 118.° vêem a sua aplicação impossibilitada pela falta de aprovação da *legislação própria* a que se refere a primeira destas disposições.

19. Publicação e vigência dos regulamentos

19.1. Publicação:

— os decretos regulamentares, as resoluções do Conselho de Ministros e as portarias com natureza regulamentar são publicados na 1.ª Série do *Diário da República*[40]; os despachos normativos de membros do Governo são publicados na 2.ª Série;

— os regulamentos autárquicos (posturas e regulamentos de polícia) são publicados em boletim autárquico, se existir, ou através de edital (cfr. artigo 84.° da LAL).

19.2. Vigência: os regulamentos entram em vigor nos mesmos termos das leis e podem cessar a sua vigência por

40 Cfr. artigo 3.° da Lei n.° 74/98, de 11 de Novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.° 42/2007, de 24 de Agosto.

caducidade (causada pelo decurso do respectivo prazo ou pela revogação sem substituição da lei que visavam regulamentar), pela sua revogação (com substituição — cfr. artigo 119.°, n.° 1, do CPA) ou ainda pela anulação contenciosa ou pela declaração da sua ilegalidade (v. infra).

20. A codificação do direito administrativo.

a) Está fora de causa a codificação integral do direito administrativo, tornada absolutamente inviável pela enorme quantidade e diversidade das suas normas;

b) A tradição portuguesa de codificação do direito da administração local — que remonta aos primórdios do constitucionalismo e se projectou na sucessão de Códigos Administrativos — perdeu-se depois de 1974;

c) Simultaneamente, consolidou-se o movimento no sentido da codificação do direito adjectivo da administração pública — com inúmeros exemplos no direito comparado —, que esteve na origem do Código do Procedimento Administrativo de 1992, revisto em 1996;

d) A regulamentação legal do contencioso administrativo, antes dispersa e incoerente, foi há pouco reformada e resistematizada em dois diplomas – o novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos;

e) Ainda mais recentemente, foi aprovado e entrou em vigor o novo Código dos Contratos Públicos, diploma que não só substituiu e desenvolveu o quadro legal constante, para os chamados *contratos administrativos*, do Capítulo III da Parte IV do Código do Procedimento Administrativo, como, sobretudo, procedeu à transposição das Directivas

n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, regulando ampla e detalhadamente a contratação pública em geral.

Em vez do velho Código Administrativo, o direito administrativo geral português dispõe agora de três códigos.

21. A ciência do direito administrativo e a ciência da administração

21.1. *A ciência do direito administrativo é o capítulo da ciência jurídica que tem por objecto o estudo do ordenamento jurídico-administrativo.* O seu método é, obviamente, o método jurídico.

Não é este o local adequado para revisitar a história da ciência do direito administrativo português[41]. Referiremos apenas que ela nasce sob marcada influência francesa e que o seu primeiro nome significativo é BASÍLIO DE SOUSA PINTO, autor das primeiras lições de direito administrativo, publicadas em 1849. Seguiram-se-lhe JUSTINO DE FREITAS – *Instituições de Direito Administrativo Portuguez*, 1857; FREDERICO LARANJO – *Princípios e Instituições de Direito Administrativo*, 1888; e GUIMARÃES PEDROSA – *Curso de Sciencia da Administração e Direito Administrativo*, 1904.

O primeiro nome relevante na ciência do direito administrativo do século XX é JOÃO TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, cujas lições mais recentes foram publicadas em 1924, sob a singela epígrafe de *Direito Administrativo.*

41 Que poderá ser lida nas pp. 35 a 230 da obra de PAULO OTERO, *Direito Administrativo. Relatório de uma disciplina apresentado no concurso para professor associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,* Lisboa, 1998.

Seguiu-se-lhe DOMINGOS FEZAS VITAL – *Direito Administrativo Português*, 1930.

21.2. A partir do ano lectivo de 1933/1934 e durante várias décadas a ciência do direito administrativo português vai confundir-se com o fundador e vulto maior da chamada "Escola de Direito Público de Lisboa", MARCELLO CAETANO.

Da numerosa e variada bibliografia do Mestre de Lisboa – que também foi constitucionalista eminente – destacam-se o *Tratado Elementar de Direito Administrativo*, de 1943, e as dez edições, com numerosa reimpressões, dos dois tomos do *Manual de Direito Administrativo*, publicadas entre 1937 e 1991.

Os primeiros discípulos de MARCELLO CAETANO foram ARMANDO MARQUES GUEDES e ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA. Limitando as referências às obras de ciência do direito administrativo (ambos são também distintos jus-internacionalistas), merecem especial referência *A Concessão (Estudo de direito, ciência e política administrativa)*, de 1954, da autoria do primeiro, e *Erro e ilegalidade do acto administrativo,* de 1962, do segundo.

Enquanto MARCELLO CAETANO dominava a doutrina jus-administrativa em Lisboa, em Coimbra fazia-se ouvir a voz de AFONSO QUEIRÓ, fundador da "Escola de Direito Público de Coimbra". É justamente apreciado *O poder discricionário da administração,* de 1944. As suas *Lições de Direito Administrativo* conheceram a derradeira publicação em 1976.

A AFONSO QUEIRÓ sucedeu ROGÉRIO EHRHARDT SOARES. Entre os seus escritos mais notáveis contam-se *Direito público e sociedade técnica*, de 1969, *Interesse Público. Legalidade e Mérito,* de 1955, e a obra de apoio ao ensino *Direito Administrativo*, de 1978.

Não obstante ter sido o terceiro discípulo de MARCELLO CAETANO, é DIOGO FREITAS DO AMARAL quem lhe sucede como nome mais conhecido na Escola de Lisboa, até por ter dele herdado a cátedra de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Recentemente afastado do ensino, DIOGO FREITAS DO AMARAL deixa-nos uma extensa e variada obra, que integra dezenas de títulos, (que abrangem não só o direito administrativo, a ciência política e o direito do urbanismo, mas também outros escritos de índole não jurídica). Para além do *Curso de Direito Administrativo* (dois volumes, o primeiro já em 3.ª edição – 2006 – e o segundo, de 2001 –, que serviu de suporte básico do seu ensino, salientam-se *Execução das sentenças dos tribunais administrativos* (a 2.ª edição data de 1977), *Conceito e natureza do recurso hierárquico*, (1981) e *A utilização do domínio público pelos particulares* (1965).

21.3. À volta de FREITAS DO AMARAL – em muitos casos com divergências doutrinárias significativas – reúne-se uma geração de jus-administrativistas, de entre os quais destacaríamos (mencionando apenas aqueles que se têm dedicado principalmente ao direito administrativo geral):

– JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, de cuja importante obra sobressaem as *Noções de Direito Administrativo* (1982), *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos* (1987) e o primeiro volume do *Direito do Contencioso Administrativo* (2005);

– MARCELO REBELO DE SOUSA, também conhecido constitucionalista, que, depois de umas *Lições de Direito Administrativo*, cuja segunda edição é de 1999, começou a publicar, com ANDRÉ SALGADO MATOS, uma obra de carácter geral mais desenvolvida, *Direito Administrativo Geral*, de que já viram a estampa o Tomo I - *Introdução e princípios fundamentais* (2.ª edição, 2006), e três tomos todos identificados como "III"– *Actividade administrativa*, de 2007, *Responsabilidade Civil Administrativa* e *Contratos Públicos* (2008);

– FAUSTO DE QUADROS, que sendo, sobretudo, um cultor do direito comunitário europeu e do direito internacional público, também se tem dedicado ao direito administrativo, sobressaindo *A nova dimensão do direito administrativo*, de 1999;

– RUI MACHETE, autor de diversos estudos sobre variados temas, de entre os quais nos permitimos destacar, pela sua importância, *Contribuição para o estudo das relações entre o processo administrativo gracioso e o contencioso* e *Caso Julgado (nos recursos directos de anulação)*, ambos de 1969, e *Contencioso administrativo*, de 1972.

Contemporâneos desta geração de Lisboa são, em Coimbra:

– JOAQUIM GOMES CANOTILHO, que sendo, acima de tudo, um ilustríssimo constitucionalista e jusambientalista, foi autor, no início da sua carreira, de uma obra sobre a responsabilidade civil do Estado por actos lícitos, publicada em 1974, ainda hoje de leitura imprescindível;

– JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, também conhecido pela sua obra em matéria de direitos fundamentais, tem cultivado principalmente o contencioso administrativo, destacando-se a sua obra, já em 9.ª edição, *A Justiça Administrativa (Lições)*, não podendo esquecer-se também o seu escrito de 1991, recentemente reeditado, sobre o dever de fundamentação dos actos administrativos;

– VITAL MOREIRA, também constitucionalista, que se tem ocupado prioritariamente dos problemas de organização

administrativa pública e da regulação económica, destacando-se os três escritos, que compõem a sua dissertação de doutoramento, sobre a temática da administração autónoma, associações públicas e auto-regulação profissional, publicados em 1997.

21.4. Nos últimos anos, esbatidas as querelas de mestres, já não fará muito sentido falar em escolas. Entre os muitos nomes que têm dado um contributo relevante para a moderna ciência do direito administrativo português, destacaríamos (continuando a limitarmo-nos ao direito administrativo geral e esperando que nos relevem algum involuntário esquecimento):

– MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, também jusambientalista, pioneira no estudo da história da justiça administrativa, com o seu escrito *Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, de 1994; merece ainda referência o seu escrito sobre a história do Supremo Tribunal Administrativo, publicado quatro anos depois;

– PAULO OTERO, muito interessado por questões organizativas, começou por escrever sobre a competência delegada, passou ao estudo da hierarquia administrativa, continuou com o poder de substituição; viria depois a deixar as questões organizativas para se ocupar aprofundadamente do princípio da legalidade (2003);

– VASCO PEREIRA DA SILVA, também cultor da ciência política e do direito do ambiente, tem-se ocupado, entre outros assuntos, da actividade unilateral da administração e da protecção judicial contra os abusos desta; os seus escritos iniciais sobre o antigo recurso contencioso de anulação culminaram com o *Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, já em segunda edição;

– MARIA JOÃO ESTORNINHO, persistentemente interessada na contratação pública desde o seu *Requiem pelo contrato administrativo*, de 1990, passando pela *Fuga para o direito privado*, até ao seu recente *olhar português* sobre o direito europeu dos contratos públicos;

– MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, preocupado com a justiça administrativa e protagonista da sua reforma, autor, para além das obras sobre a autoridade do caso julgado nas sentenças de anulação de actos administrativos e sobre as consequências da anulação judicial destes actos, de diversos escritos indispensáveis para a compreensão daquela reforma, de que destacaríamos as *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo* (com DIOGO FREITAS DO AMARAL), *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, já em 4.ª edição, e o *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos* (com CARLOS CADILHA);

– RUI MEDEIROS, principalmente constitucionalista, é autor de uma relevante obra em matéria de responsabilidade da Administração Pública por actos legislativos, publicada em 1992;

– LUÍS SOUSA DA FÁBRICA, outro cultor empenhado do direito processual administrativo, que se tem ocupado do reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos;

– PEDRO GONÇALVES, que também se tem dedicado à contratação pública, de que tem uma concepção distinta da de MARIA JOÃO ESTORNINHO, expressa nas suas obras sobre a concessão de serviços públicos, de 1999, e sobre o conceito de contrato administrativo, de 2002; a sua mais recente obra centra-se noutra temática, a das entidades privadas dotadas de poderes públicos (2005).

– de DAVID DUARTE destacam-se duas obras, a primeira, de 1996, tendo por objecto o princípio da imparcialidade da Administração, e a segunda, de 2006, tendo como tema a legalidade procedimental administrativa;

– PEDRO MACHETE, autor do estudo mais conhecido sobre a fase da audiência dos interessados no procedimento administrativo e dum texto marcadamente inovador, publicado em 2007, em que procura estabelecer as consequências do modelo de Estado de direito democrático vertido na nossa Constituição sobre as formas de agir da Administração Pública.

21.5. Com a ciência do direito administrativo não se confunde a ciência da administração, que não é uma ciência jurídica, mas, sim *a ciência social que tem por objecto o estudo dos problemas específicos das organizações públicas que resultam da dependência destas, tanto quanto à sua existência, como quanto à sua capacidade de decisão e processos de actuação, da vontade política dos órgãos representativos de uma comunidade.* Utiliza, naturalmente, os métodos próprios das ciências sociais — os inquéritos, o método estatístico, as entrevistas, o método dos casos, etc.

Os estudos de ciência da administração orientam-se hoje em múltiplas direcções, de entre as quais sobressaem as questões da reforma administrativa, as análises da burocracia, o estudo do processo de decisão pública e a análise e avaliação das políticas públicas.

22. O direito administrativo e os outros ramos do direito

22.1. O direito administrativo nasceu em França, fruto do labor do Conselho de Estado. Começou por ser considerado como um conjunto de excepções aos princípios e regras do direito privado, concebidas para se adequarem às exigências e conveniências da administração pública delineada por Napoleão[42].

Só mais tarde foi ganhando forma a ideia de que o direito administrativo devia ser encarado antes como um corpo normativo autónomo, dotado de princípios e regras próprios e específicos, distintos dos do direito privado. Enquanto este direito privilegiava a liberdade, assentava na autonomia da vontade, dependia de acordos de vontade e da conciliação de interesses, já o direito administrativo fundava os seus alicerces na ideia de interesse público, curvava-se perante a legalidade, endeusava a imposição unilateral e autoritária.

Foi em larga medida um processo de acentuação das diferenças relativamente ao direito privado que possibilitou a construção do direito administrativo como um ramo do direito autónomo.

Nos dias de hoje, porém, bem se pode dizer que o processo se inverteu, sendo visível, em múltiplos aspectos, a convergência das soluções jusprivatistas e jusadministrativas. Confluem neste sentido dois fenómenos cruzados:

a) De um lado, a *privatização do universo regido pelo direito administrativo*, concretizada, nomeadamente, na gestão privada das empresas públicas, na responsabilidade civil da

42 PAULO OTERO utiliza, para acentuar que a génese do direito administrativo teve bem mais a ver com a defesa dos interesses da administração pública francesa do que com qualquer intenção de protecção de direitos dos cidadãos face àquela, a expressão *ilusão garantística – Legalidade e Administração Pública...*, cit., p. 275. O autor acompanha de perto, neste ponto, o que VASCO PEREIRA DA SILVA já havia escrito na sua obra *Em busca do acto administrativo perdido*, cit., p. 23.

Administração Pública, nos contratos ditos privados outorgados por esta[43], numa palavra, numa certa *marginalização* do uso do direito administrativo, de que fala PAULO OTERO [44].

b) Do outro, a *publicização do universo regido pelo direito privado*, consubstanciada no tratamento das relações especiais de poder, designadamente no condicionamento da autonomia contratual privada por regras tendentes a prevenir o abuso dos poderes de facto — em certos casos tão ou mais ameaçadores para os cidadãos do que os poderes jurídico-públicos[45].

22.2. Para quem aceita a distinção entre direito privado e direito público, não se colocam grandes dúvidas quanto à inclusão do direito administrativo no âmbito deste último, seja qual for o critério distintivo adoptado — o dos interesses, o da qualidade dos sujeitos, o da posição relativa destes ou outro.

Integrando o direito administrativo o âmbito do direito público, o ramo deste que lhe está mais próximo é o direito constitucional. Está, de resto, tão próximo, que as respectivas fronteiras são muito difíceis de traçar[46].

Se não parece demasiado complexo apontar o sentido da distinção, no plano material, entre normas de direito constitucional e normas de direito administrativo, associando as primeiras aos aspectos fundamentais da estruturação da colectividade — designadamente no que respeita aos intervenientes na vida política desta — e ligando as segundas à organização Administração Pública, ao exercício da actividade administrativa pública e ao relacionamento desta com os cidadãos, já a distinção no plano formal é mais complicada: de facto, encontram-se na Constituição, como já assinalámos, inúmeras normas que fazem parte do direito administrativo.

43 Este movimento do universo público em direcção ao direito privado foi aprofundadamente investigado por MARIA JOÃO ESTORNINHO na sua dissertação de doutoramento *A Fuga para o Direito Privado*, já citada. Chamamos neste ponto a atenção para as pp. 58 a 78.

44 Cfr. *Legalidade e Administração Pública*...cit., p. 285.

45 Podem encontrar-se exemplos em PAULO OTERO – *Legalidade e Administração Pública*...cit., pp. 827 a 832.

46 Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 5.ª edição, Coimbra, 1996, pp. 20-21.

23. Direito administrativo geral e direitos administrativos especiais

A complexidade e diversificação crescentes da administração pública e a sua «infiltração» na multiplicidade de «interstícios» do tecido social cedo gerou a necessidade de proceder a distinções dentro do direito administrativo. De um tronco comum, composto pelos princípios e regras aplicáveis à actividade administrativa pública em geral — o *direito administrativo comum* (entre nós parcialmente codificado no Código do Procedimento Administrativo) —, foram-se autonomizando diversos *direitos administrativos especiais*, integrados pelas normas reguladoras de sectores específicos da administração pública: o direito administrativo económico, o direito financeiro, o direito administrativo militar, etc.

Nos nossos dias assumem particular relevo entre aqueles, encontrando-se na primeira linha das preocupações dos jusadministrativistas, o *direito do urbanismo* e o *direito do ambiente*. Na realidade, a importância decisiva dos factores

ambientais para a qualidade da vida humana — senão mesmo para a sobrevivência da nossa espécie — e os problemas próprios da organização da vida social nos grandes aglomerados urbanos, onde a humanidade tende cada vez mais a acomodar-se (ou a incomodar-se...), concentram sobre si as atenções (também) daqueles que se dedicam ao direito administrativo.

O desenvolvimento destes direitos administrativos especiais responde mesmo pela incorporação no direito administrativo comum de novas e importantes problemáticas — como a da interferência da administração pública no ordenamento das actividades humanas —, de novos instrumentos jurídicos — como o planeamento —, e de novas formas de participação dos cidadãos na actividade administrativa — como o inquérito público.

CAPÍTULO III

OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Leituras aconselhadas:

AFONSO QUEIRÓ, *O poder discricionário da administração,* Coimbra, 1944, pp. 51 a 60, 231 a 270 e 295 a 325; ALEXANDRA LEITÃO, *O Enriquecimento Sem Causa da Administração Pública,* Lisboa, 1998, pp. 79 a 132; FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade,* Coimbra, 1989, pp. 393 a 451; BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa,* Lisboa, 1995, pp. 105 a 147; DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório,* Coimbra, 1996, pp. 307 a 371; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso ...,* cit., Volume II, pp. 61 a 146; IDEM, *O princípio da justiça no artigo 266.º da Constituição,* «in» *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares,* Coimbra, 2001, pp. 685 a 704; JOÃO MARTINS CLARO, *O princípio da igualdade,* «in» *Nos dez anos da Constituição,* Lisboa, 1986, pp. 29 a 38; JORGE MIRANDA, *Igualdade,* «in» *Dicionário*

Jurídico da Administração Pública, Volume VI, pp. 100 a 117; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos,* Coimbra, 1991, pp. 11 a 22; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia*...cit., pp. 280 a 284 e 309 a 340; IDEM, *Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional*, anotação ao acórdão STA, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 70, Julho / Agosto 2008, pp. 38 a 57; MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, *Discricionaridade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção?*, anotação ao acórdão do STA-P de 20 de Novembro de 1997, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 10, Julho / Agosto 1998, pp. 35 a 46; IDEM, *Notas sobre variações em matéria de discricionaridade. A propósito de algumas novidades terminológicas e da importação de construções dogmáticas pelas nossas doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo,* «in» *Juris et de Jure — Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP — Porto,* Porto, 1998, p. 643 a 715; IDEM, *Aferição judicial* ab extra *da legalidade do exercício administrativo discricionário*, anotação ao Acórdão do STA-1, de 6 de Dezembro de 2006, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 66, Novembro / Dezembro 2007, pp. 43 a 52; MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA, *Curso de Direito Administrativo, Parte II, O Estado de Direito, a Administração e a Realização do Direito Administrativo*, UCP, 1996/1997, pp. 17 a 22 (policopiado); MARIA TERESA MELO RIBEIRO, *O princípio da imparcialidade da Administração Pública,* pp.86 a 109; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública...,* cit., pp.733 a 955; PEDRO MACHETE, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Coimbra, 2007, pp.46 a 54 e 304

a 341; RUI MACHETE, *Privilégio da execução prévia,* «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública,* Volume VI, pp. 448 a 470; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 9.ª edição, Coimbra, 2005, pp. 67 a 86; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido,* cit., pp. 151 a 220; IDEM, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., pp. 263 a 270; VITALINO CANAS, *Proporcionalidade (princípio da),* «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública,* Volume VI, pp. 591 a 649.

24. O interesse público: definição e prossecução

24.1. O interesse público é o interesse de uma comunidade, ligado à satisfação das necessidades colectivas desta (o «bem comum»); a variabilidade e o crescimento destas necessidades constituem uma das características do Estado social de direito, determinando, por seu turno, a expansão quantitativa e qualitativa dos interesses públicos, com a crescente dificuldade da distinção entre estes e os interesses privados.

Por força do princípio da separação de poderes e da superioridade do poder legislativo, entende-se que cabe à lei, produto do labor daquele poder, a definição dos interesses públicos que à administração pública cumpre prosseguir.

O Estado, enquanto pessoa colectiva pública, não detém o exclusivo da prossecução dos interesses públicos; a definição destes, porém, é monopólio da lei.

24.2. O princípio da prossecução do interesse público constitui o verdadeiro fio condutor da actividade administrativa pública, manifestando-se de diversas formas:

a) A Administração Pública não pode modificar os interesses públicos cuja prossecução a lei lhe confiou — embora tenha constantemente de proceder à respectiva concretização;

b) A Administração Pública tem o dever de prosseguir os interesses públicos, não podendo decair em tal prossecução;

c) As pessoas colectivas envolvidas na prossecução de interesses públicos, por força do princípio da especialidade, estão encarregadas da prossecução de interesses públicos específicos e pré-determinados;

d) O desrespeito dos interesses públicos que a Administração Pública deveria prosseguir com a tomada de uma determinada decisão reflecte-se na validade desta, estando na origem do vício de desvio de poder, que será estudado mais adiante;

e) Quando tal desrespeito resulta da promiscuidade entre os interesses públicos que deveriam, em obediência à lei, ter sido prosseguidos e interesses de natureza privada que influenciaram ilegitimamente a decisão administrativa ocorre uma violação do princípio da imparcialidade (v. infra).

25. Interesse público, legalidade e mérito. O dever de boa administração

25.1. A lei fixa os interesses públicos a prosseguir pela administração pública; a lei estabelece igualmente as

regras a que deve obedecer tal prossecução. Este poder que a lei tem de **conformar** a actividade administrativa pública não é — não consegue ser, nem, as mais das vezes, pretende ser — um poder susceptível de determinar imediatamente a actuação administrativa: do simples respeito pela lei (normas e princípios aplicáveis) não decorre, por automática inferência lógica, uma determinada decisão administrativa, mas antes — e somente — **uma delimitação, mais ou menos precisa, do espaço de decisão da administração pública.**

Significa isto — na sequência lógica de quanto se disse a propósito do princípio da legalidade — que esta não garante a **boa decisão administrativa**: somente autoriza um conjunto de decisões conformes à lei, de entre as quais algumas serão, naturalmente, melhores do que outras.

Ao distinguirmos **mérito** e **legalidade** estamos exactamente a ponderar esta realidade: designamos por (campo da) legalidade *toda a zona da decisão administrativa em que esta é susceptível de um juízo de conformidade ou desconformidade com o «bloco legal»*; ao (campo do) mérito pertence *a zona da decisão administrativa que escapa a tal juízo* (apenas estando sujeita a juízos de oportunidade ou conveniência).

25.2. Duas observações:

a) Mérito e legalidade não são "compartimentos estanques" da actuação administrativa — a evolução do direito administrativo e o reforço das garantias dos cidadãos vêm ditando um crescente alargamento do campo da legalidade, à custa de uma redução do campo do mérito (designadamente, por força dos princípios constitucionais que enqua-

dram o poder administrativo); *o mérito acaba por ser aquilo que resta depois de se ter submetido a actuação administrativa a todos os juízos de legalidade possíveis*;

b) A distinção entre mérito e legalidade interessa sobretudo para efeitos da delimitação do âmbito do controlo jurisdicional sobre a administração pública que, tradicionalmente, apenas vem operando no campo da legalidade.

25.3. No campo do mérito, a administração pública está condicionada por um **dever geral de boa administração**: o cumprimento deste dever possibilita a distinção entre *boas e más decisões* — mas umas e outras serão *decisões legais*. O que significa que o dever de boa administração é um dever jurídico imperfeito, cujo cumprimento não pode ser sindicado pelos tribunais administrativos.

Não obstante, a violação de tal dever acarreta consequências jurídicas, nomeadamente para os funcionários públicos envolvidos, nos planos da responsabilidade disciplinar e da responsabilidade civil (esta última também relativamente à própria administração pública).

25.4. Esta contraposição tradicional entre mérito e legalidade é, todavia, controversa e contestável, bastando ter em consideração que o CPA, no seu artigo 10.º, consagrou o *princípio da desburocratização e da eficiência*.

Na verdade, ao referir que a administração pública deve assegurar *a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões*, o CPA não estará a «puxar» para o campo da legalidade a quase totalidade dos juízos ditos de mérito sobre a acção administrativa? Uma decisão *errada* do ponto de vista económico não será já uma decisão *ilegal*? A dever entender-se assim, quais as consequências sobre o controlo jurisdicional da administração pública? É que, note-se, o resultado desta extensão apontaria no sentido de *apenas ser legal a melhor decisão administrativa*. Consequentemente, o juiz administrativo poderia invalidar toda e qualquer decisão administrativa que não fosse — na sua maneira de ver, evidentemente — *a melhor*. Sobreviveria o princípio da separação de poderes a esta "extensão da legalidade", susceptível de resvalar para um "governo de juízes"?

26. Vinculação e discricionaridade

26.1. Os problemas inerentes à imbricação entre o mérito e a legalidade estão na base de uma das mais complexas e controversas questões de direito administrativo: a questão da discricionaridade. Sobre ela se confrontam posições doutrinárias distintas e controversas, por vezes acompanhadas de alguns mal-entendidos.

Em que consiste então a discricionaridade? De que resulta ela? Como se caracteriza e como se distingue de fenómenos próximos? Que importância tem para a Administração Pública e para os particulares?

Quando ouvimos ou lemos na comunicação social uma referência à discricionaridade é quase sempre com uma carga negativa: dizer de uma decisão que foi «discricionária» envolve, no mínimo, uma crítica benévola. O qualificativo é menos mau do que «ilegal», mas, ainda assim, é mau. Claro que quem assim discorre, ficaria embaraçado se lhe perguntássemos como deveria ter sido a decisão para não ser *discricionária*.

O termo *discricionaridade* remete-nos, simplesmente, para a ideia de *escolha*, de fazer uma coisa quando se poderia ter feito outra. Melhor, *quando a lei permitiria que se tivesse feito outra*. Quem critica a discricionaridade parece acreditar que o mundo seria melhor, mais perfeito, se toda e qualquer norma legal apenas permitisse à Administração Pública, em cada caso, tomar uma única decisão.

Ao escrevermos *quando a lei permitiria que se tivesse feito outra*, tornamos claro que esta problemática ocorre no mundo da legalidade, da legalidade administrativa. Os particulares, nas relações que estabelecem entre si, não tomam decisões discricionárias: tomam, isso sim, decisões *arbitrárias*, decisões que não são, por natureza – na verdade, a natureza humana – susceptíveis de aferição com base em qualquer norma competencial. Como dissemos noutro ponto, os cidadãos movem-se no domínio da licitude, podendo fazer tudo quanto a lei não proíbe e não lese os outros cidadãos, sem terem de apresentar qualquer razão justificativa das suas opções. Podem decidir – e decidem muitas vezes e ainda bem – por capricho.

A decisão discricionária, pelo seu lado, envolvendo também uma escolha, exige uma escolha *parametrizada*, isto é, balizada por certos limites. A decisão discricionária tem de assentar numa racionalidade própria, uma vez que os órgãos da Administração Pública são instituídos especificamente para prosseguir certos interesses, para o que a lei os dota de determinados poderes jurídicos e os obriga a respeitar certos princípios. É precisamente por isto que a maioria das decisões administrativas, contrariamente às decisões dos particulares, têm de ser fundamentadas, ou seja, as suas razões têm de ser conhecidas, condição indispensável para poderem ser aferidas através do confronto

com os interesses que devem prosseguir. E é também por isto que se encontram sujeitas a algum tipo de controlo.

Uma primeira aproximação à questão da discricionaridade permite a seguinte conclusão provisória: **uma decisão administrativa discricionária é uma de várias abstractamente possíveis e conformes à lei.**

26.2. Mas a discricionaridade nunca autoriza a tomada de uma qualquer decisão. Ela é, já o dissemos, parametrizada, isto é, condicionada. Os parâmetros a que deve obedecer a escolha discricionária podem delimitar um espaço maior ou menor, conferindo à decisão uma dose de liberdade muito variável.

Quanto maior for o espaço de liberdade deixado ao decisor, menores serão as *vinculações* da decisão — entenda-se, os aspectos desta condicionados de forma mais ou menos precisa pela lei. Discricionaridade e vinculação são, assim, dois «ingredientes» que qualquer decisão administrativa comporta, em proporções variáveis.

Para designar esta realidade, dizemos que qualquer decisão comporta o exercício de *poderes vinculados* e de *poderes discricionários*. Em rigor, os ditos poderes vinculados não são poderes mas verdadeiros deveres (os anglo-saxónicos designam o poder vinculado por *duty*); poderes (*powers*, para os anglo-saxónicos) são somente os poderes discricionários (não faz muito sentido dizer que se *pode* fazer algo que se *deve* fazer).

26.3. Podem distinguir-se dois grandes tipos de **vinculações**:

a) As vinculações a que chamaremos *absolutas*, estabelecidas, de forma positiva, directa ou indirectamente, por

regras jurídicas em sentido estrito (v. supra) que, uma vez contrariadas, invalidam a decisão. Exemplos:

— a competência para a tomada da decisão, a finalidade desta e os pressupostos factuais da mesma;

— o mesmo se diga da forma, quando legalmente fixada, e das formalidades, designadamente a fundamentação, sempre que a lei as exija;

b) As vinculações que designaremos por *tendenciais*, que decorrem, de forma negativa, de normas constitucionais que estabelecem princípios condutores da actividade administrativa, condicionando toda e qualquer decisão administrativa que comporte uma qualquer margem de liberdade: princípios da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, da igualdade, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa fé e da justiça. Como estes princípios são "padrões de optimização" (v. supra), o juízo sobre o seu desrespeito não é absoluto, isto é, a invalidade de uma determinada decisão depende de se poder considerar que ela não incorpora o grau de optimização exigível de um daqueles princípios[47].

Encontram-se sujeitos a este juízo de conformidade ou desconformidade tendencial com os princípios aspectos como a opção entre tomar e não tomar a decisão, o conteúdo desta, o momento da sua tomada e o modo da decisão (condições, termos, etc.).

47 Estas vinculações constituem aquilo a que PAULO OTERO chama *legalidade "principialista"*: o autor revela-se bastante pessimista quanto ao efeito útil desta legalidade, escrevendo que *a descoberta de qual seja o exacto padrão regulador da conduta administrativa pode bem tornar-se um milagre. Um milagre, aliás, que tem a particularidade de se encontrar nas mãos da própria Administração Pública* – cfr. *Legalidade e Administração Pública...*, cit., p. 961.

26.4. Note-se que a ponderação dos aspectos vinculados da decisão administrativa não deve ser representada através de uma espécie de verificação instantânea, efectuada no momento da consumação da decisão: não é neste momento que se deve verificar se a decisão respeita positivamente todas as vinculações absolutas e não ofende qualquer das vinculações tendenciais. Por força da crescente ritualização do procedimento administrativo, o espaço de liberdade da decisão vai-se estreitando ao longo do tempo, à medida que o *iter* procedimental vai sendo percorrido.

Este elemento *temporal* é indispensável para se avaliar a legalidade da decisão administrativa: o espaço decisional vai sendo delimitado por etapas sucessivas, balizadas pelas diferentes vinculações, podendo mesmo acontecer que a preocupação com o tempo conduza o decisor, na busca de uma harmonização oportuna dos interesses envolvidos, a praticar alguns actos administrativos que não representam ainda uma decisão em sentido próprio. Adiante se voltará a este ponto.

26.5. Ficámos a saber em que consistem as vinculações que limitam e condicionam o exercício discricionário e como operam. Isso contribui para o esclarecimento da questão mas não explica por que razão existe discricionaridade.

Em teoria, poder-se-iam admitir duas explicações plausíveis para o fenómeno.

A primeira assentaria na suposta incapacidade do legislador de formular a norma com a precisão suficiente para que todas as decisões abstractamente possíveis menos uma fossem contrárias à lei – a discricionaridade resultaria de uma insuficiência do legislador.

A alternativa consistiria em partir da ideia de que o legislador poderia ter formulado a norma de forma suficientemente precisa, mas optou intencionalmente por uma formulação mais vaga, menos densa, a fim de possibilitar a escolha de uma entre várias decisões legais pela Administração, em função de ponderações autónomas desta.

Não sendo possível afastar liminarmente a primeira hipótese, é a segunda que constitui a normalidade: o recurso à formulação discricionária consubstancia, em regra, uma manifestação explícita da vontade legislativa. O legislador considera que, para melhor prosseguir um determinado interesse público, a Administração Pública deve poder escolher um de entre vários conteúdos decisionais — aquele que, no entender do órgão decisor, melhor prossiga tal interesse. **O legislador quer que este disponha de uma certa margem de liberdade de decisão,** por forma a poder adaptar esta à diversidade das condições da vida que podem justificar a sua tomada. Por esta razão, a discricionaridade é mais comum na estatuição da norma.

26.6. Note-se que, na dicotomia simplificada que tomámos como ponto de partida, considerámos apenas aquilo a que alguns chamam *margem de livre decisão* e outros consideram a *verdadeira discricionaridade.* Trata-se, nas palavras de SERVULO CORREIA, *da autonomia administrativa de conformação do sentido da decisão*[48]: tomar uma, ou outra, ou ainda outra decisão, todas elas conformes à lei.

48 SÉRVULO CORREIA, IDEM, *Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional*, anotação ao acórdão STA-1 de 17 de Janeiro de 2007 «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 70, Julho / Agosto 2008, p. 42.

Mas existe uma «outra discricionaridade», que o mesmo autor designa, no mesmo passo, por *autonomia administrativa de valoração e prognose.* Trata-se, agora, da utilização pela lei – mais comum na previsão da norma – de conceitos que conferem à Administração um poder jurídico de *avaliação subjectiva sobre propriedades não jurídicas de certo componente da situação a regular*[49]. Esta técnica de formulação normativa, habitualmente designada, por influência germânica, por *margem de livre apreciação*, remete para a Administração a capacidade de valorar a situação e antecipar o resultado de tal valoração (prognose), de forma a que o resultado corresponda a uma adequada prossecução dos interesses públicos tutelados pela norma.

Acompanhando sempre SÉRVULO CORREIA, é possível abranger estas duas técnicas num *superconceito* de discricionaridade, uma vez que elas têm em comum o recurso à *técnica legislativa de textura aberta da norma como modo de habilitar o aplicador a uma concretização autodeterminada*[50].

26.7. A escolha discricionária, sobretudo a que se consubstancia na margem de livre apreciação, não se confunde com a determinação do sentido e alcance dos conceitos utilizados na norma. É preciso ter presente que a natureza aparentemente indeterminada dos conceitos utilizados pela lei pode esconder duas realidades distintas.

49 SÉRVULO CORREIA, *Conceitos jurídicos*...cit., pp. 44-45.

50 SÉRVULO CORREIA, *Conceitos jurídicos*...cit., p. 47. FRANCISCA PORTO-CARRERO também, assimila as duas situações, considerando ambas *prerrogativas de avaliação administrativa - Aferição judicial* ab extra *da legalidade do exercício administrativo discricionário*, anotação ao Acórdão do STA-1, de 6 de Dezembro de 2006, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 66, Novembro / Dezembro 2007, p. 48.

Pode ser que o legislador tenha utilizado conceitos de difícil compreensão – até por não existirem outros –, cuja interpretação seja difícil e controversa; seja como for, há que procurar o significado certo para tais conceitos, numa operação de interpretação jurídica que todos – Administração, particulares, advogados, juízes, estudantes de direito – têm de fazer. A interpretação jurídica é sempre uma actividade vinculada, na medida em que o texto da norma apenas comporta *um* sentido e *um* alcance correctos; tudo o mais não serão interpretações alternativas, serão interpretações incorrectas.

Mas pode também suceder que, interpretada correctamente uma norma de direito administrativo, se haja de concluir que o legislador, optando pela relativa indeterminação dos conceitos, tenha pretendido confiar ao órgão decisor uma certa liberdade de apreciação das circunstâncias que rodeiam a tomada da decisão, concedendo-lhe alguma latitude. Somente neste caso se poderá falar de discricionaridade.

A distinção é muito importante porque se projecta no âmbito e na dimensão do controlo jurisdicional da decisão administrativa.

Quando o conceito aponta para a *feitura de um juízo administrativo de avaliação e prognose do resultado não alcançável através de uma argumentação jurídica*[51], o tribunal não pode substituir-se à Administração nas ponderações feitas por esta, porque a isso obsta o princípio da separação de poderes. O mais que o tribunal pode fazer é verificar o respeito pelas vinculações tendenciais que já referimos, ou seja, a não ultrapassagem dos diversos princípios que limitam negativamente o exercício do poder discricionário.

51 SÉRVULO CORREIA, *Conceitos jurídicos*...cit., p. 40.

Já quando o conceito apenas suporta uma interpretação correcta, esta é susceptível de verificação através do recurso a uma *metodologia objectivamente infirmável*[52], susceptível de ser utilizada pelo juiz. Neste caso, o tribunal não pode eximir-se a uma censura da interpretação administrativa errónea, sob pena de denegação de justiça.

26.8. O futuro da discricionaridade parece balizado por duas tendências de sinal contrário: enquanto a intensidade da intervenção do Estado na vida social e a crescente tecnicidade da acção administrativa são factores que favorecem a discricionaridade, já o aprofundamento e reforço das garantias dos cidadãos recomendam o estreitamento do campo da discricionaridade, alargando as vinculações e melhorando a eficácia dos princípios que condicionam o exercício do poder administrativo.

27. Fundamentação e formalismo

27.1. A **fundamentação** da decisão administrativa, isto é, *a indicação das razões que conduziram à sua tomada*, é um factor indispensável para se controlar a legalidade desta, especialmente quando tomada com um grau de discricionaridade significativo[53]. É por isso que a Constituição (cfr. artigo 268.°, n.° 3) e o Código do Procedimento Administrativo (cfr. artigo 124.°) exigem que muitas deci-

52 SÉRVULO CORREIA, *Conceitos jurídicos*...cit., p. 44.

53 Naturalmente que a fundamentação desempenha uma outra função, não menos relevante: procura assegurar o rigor da ponderação dos interesses subjacentes à decisão.

sões administrativas sejam fundamentadas. É a fundamentação que possibilita o diagnóstico de diversas patologias da decisão:

a) O desvio de poder, que se traduz numa disfunção entre os motivos principalmente determinantes da decisão e os fins para que a lei conferiu ao órgão decisor o poder de a tomar;

b) A ofensa dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da igualdade, da imparcialidade e da boa fé;

c) As situações de erro de facto e de erro de direito.

27.2. Se a obrigação de fundamentar pretende assegurar ao destinatário da decisão o conhecimento das razões que levaram à sua tomada, o **formalismo visa garantir a tomada da decisão administrativa correcta e a respectiva exteriorização de modo adequado.**

As **formalidades**, sobretudo, têm por finalidade assegurar o preenchimento de todas as condições consideradas necessárias à formação ou à plena eficácia da decisão, com especial destaque para a audiência dos interessados, imposta pelo artigo 100.º do CPA, que será detalhadamente estudada noutro ponto.

Fala-se hoje, com alguma frequência, em *actividade administrativa informal*, usualmente para criticar as demoras que o formalismo introduz nos procedimentos decisórios da Administração Pública: só o informalismo seria susceptível de prosseguir o interesse público eficazmente — ou de ter em conta suficientemente os interesses dos particulares.

Havendo, naturalmente, muito de verdade nas críticas dirigidas ao excesso de formalismo, não pode olvidar-se que as exigências legais nesta matéria se fundam em padrões de

razoabilidade relativos à tomada de uma decisão sobre interesses alheios àqueles que a tomam, procurando assegurar a incorporação nesta dos diversos princípios que regem a actividade administrativa.

28. A relação jurídico-administrativa

As explicações tradicionais do direito administrativo português não continham, em regra, qualquer referência à existência de relações jurídico-administrativas. Não, naturalmente, porque elas não existissem, mas porque a enfatização dos comportamentos unilaterais da Administração Pública, radicada num quadro ideológico que considerava esta essencialmente como um poder, ao qual os «administrados» se encontravam sujeitos, deixava em segundo plano tudo quanto acontecia antes da decisão administrativa ou em resultado desta. A circunstância de as decisões administrativas mais relevantes terem natureza ablativa facilitava o seu tratamento como exercício de autoridade[54].

Na sua obra fundamental para a compreensão desta problemática, VASCO PEREIRA DA SILVA escreveu que *do ponto de vista dos princípios, pode dizer-se que a adopção da relação jurídica corresponde ao modo mais correcto de conceber o relacionamento entre a Administração e os particulares. Na verdade, de acordo com esta perspectiva, o privado encontra-se perante a Administração, não como o objecto de um poder administrativo – um simples "admi-*

54 Cfr. PEDRO MACHETE, *Estado de Direito Democrático...*, cit., pp. 304 a 341.

nistrado" –, mas como um autónomo sujeito jurídico, que ocupa no mundo do direito uma posição igual à Administração[55].

Não subscrevemos inteiramente a afirmação transcrita, pois não nos parece que a Administração Pública possa ser considerada *numa posição igual* à dos cidadãos. Preferimos dizer que, sendo diferente o feixe de poderes e deveres jurídicos que compõem a posição jurídica da Administração, de um lado, e do cidadão, de outro, (a Administração tem, em regra, mais poderes, mas sobre ela recaem também mais deveres), tais feixes têm de se encontrar numa posição de equilíbrio, como condição de existência do próprio Estado de direito.

Esta pequena divergência não é bastante para fundar uma discordância de fundo relativamente ao autor. Acresce que nos parece que o aspecto mais relevante e estimulante do seu pensamento nem sequer é a defesa da igualdade entre a Administração Pública e o cidadão, mas a chamada de atenção para a circunstância de o instrumento "relação jurídica" possibilitar a compreensão e o tratamento adequado de inúmeros problemas com que se debate o direito administrativo moderno, problemas para os quais a dogmática do acto administrativo se revela claramente insuficiente: a diversificação de formas de actuação da Administração, a situação dos particulares em resultado da prática de actos administrativos, os efeitos de certas decisões administrativas nas esferas jurídicas de terceiros, etc.[56].

55 Cfr., *Em busca do acto administrativo perdido*, cit., p. 186.

56 Cfr., *Em busca do acto administrativo perdido*, cit., pp. 188-189. Mais adiante – p. 205 – escreve VASCO PEREIRA DA SILVA: *A relação jurídica apresenta, assim, a vantagem dogmática de possuir um âmbito de aplicação muito maior do que o do acto administrativo, capaz de englobar todas as decisões unilaterais (individuais e concretas) da Administração – e permitindo ainda o enquadramento teórico dos direitos e deveres dos sujeito jurídicos, anteriores ou posteriores a esses actos –, assim como de abranger também todas as demais situações em que sejam estabelecidas ligações jurídicas entre as autoridades administrativas e os particulares...*

57 *Em busca do acto administrativo perdido*, cit., pp. 202 a 204.

Também merece a nossa concordância a visão moderada e realista do autor, que não só reconhece que a relação jurídico-administrativa não é útil para o tratamento de matérias como a organização administrativa pública ou os regulamentos administrativos, como rejeita que a consideração da relação jurídica implique o abandono do estudo do acto administrativo[57]. Bem vistas as coisas, tendo em consideração que os contratos da Administração Pública já são tratados na perspectiva das relações jurídicas que modelam, o grande interesse da perspectiva da relação jurídico-administrativa consiste em alargar as vistas, demasiado estreitas, que o acto administrativo permite sobre a actividade jurídica não normativa e unilateral da Administração Pública.

29. Poder de decisão unilateral e participação dos interessados na tomada da decisão

29.1. O **poder de decisão unilateral**, isto é, o poder conferido aos órgãos da Administração Pública de tomar decisões susceptíveis de afectarem a esfera jurídica dos cidadãos, definindo unilateral e autoritaria-

mente o direito que considera aplicável sem a prévia intervenção de um tribunal, é uma característica dos sistemas de administração executiva, em que a actividade administrativa é ainda encarada, antes de mais, como **exercício de autoridade.**

29.2. Esta afirmação é, todavia, cada vez menos verdadeira, multiplicando-se as situações em que a Administração Pública solicita e obtém a colaboração dos cidadãos na prossecução dos interesses públicos.

Essa colaboração, denominada *administração participada, administração concertada* ou *administração contratualizada*, assume três formas principais:

a) A intervenção dos interessados no procedimento administrativo tendente à tomada de decisões susceptíveis de os afectarem (cfr. artigos 8.º e 100.º do CPA);

b) A consulta regular de órgãos e associações representativas de interesses de diversa ordem;

c) A outorga de contratos pelos órgãos administrativos.

> Pode dizer-se que um dos traços característicos da administração pública de hoje é a crescente substituição da decisão unilateral e autoritária pela decisão negociada com os cidadãos afectados[58].

58 Sobre o sentido actual da unilateralidade, cfr. PEDRO MACHETE, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Coimbra, 2007, pp. 46 a 54.

30. Autotutela executiva: significado e implicações

O chamado **privilégio de execução prévia** (ou *autotutela executiva*) consiste no *poder conferido à Administração Pública de, uma vez definido o direito aplicável ao caso, impor as consequências de tal definição aos seus destinatários, mesmo contra a oposição destes e sem a prévia intervenção de um tribunal (execução coerciva por via administrativa).*

Na sua formulação tradicional, o privilégio de execução prévia autoriza sempre a execução coerciva por via administrativa. Nos dias de hoje é muito discutível que a autotutela executiva deva ser ainda considerada uma regra: diversos autores consideram que ela deveria ser considerada excepcional, limitada à matéria de polícia administrativa e aos casos em que a lei a previsse de forma expressa.

O Código do Procedimento Administrativo optou por uma posição próxima da formulação tradicional: estabeleceu a autotutela executiva como regra geral, mas minorou os seus efeitos, através da adopção do **princípio da tipificação das medidas de execução**, princípio este que limita as formas e termos da execução aos previstos no próprio Código ou noutras leis (cfr. artigo 149.º, n.º 2, do CPA). Acresce que a autotutela executiva não se aplica nos casos de execução para pagamento de quantia certa, que são processados nos termos do Código de Procedimento e de Processo Tributário (diploma que substituiu o Código de Processo Tributário)

31. O interesse público e os interesses dos particulares

31.1. A prossecução dos interesses públicos que a lei lhe confia não pode ser assegurada pela administração pública

de qualquer forma: ela deve respeitar, **na medida do possível**, os direitos e interesses dos particulares (cfr. artigo 266.°, n.° 1, da CRP).

Outrora, quando a administração pública era escassamente interventora e principalmente ablativa, o equilíbrio entre interesses públicos e interesses privados era conseguido através do princípio da legalidade; hoje, alargada enormemente a intervenção pública na vida social, a legalidade já não é garantia bastante de tal equilíbrio. Em consequência, outros factores — todos objecto de posterior estudo — procuram assegurá-lo actualmente:

a) O já referido dever de fundamentação do acto administrativo;

b) O princípio da proporcionalidade;

c) A tutela jurisdicional cautelar;

d) O Provedor de Justiça.

31.2. As posições jurídicas dos cidadãos face à Administração Pública distinguem-se correntemente, consoante a intensidade da respectiva protecção, em **direitos subjectivos** e **interesses legítimos**.

O direito subjectivo caracterizar-se-ia por consubstanciar uma situação jurídica activa que possibilita a satisfação de um interesse próprio do seu titular — razão pela qual lhe é conferida uma protecção jurídica directa.

O interesse legítimo, inversamente, não possibilitaria a satisfação de um interesse próprio do titular, mas tão-somente a satisfação de um interesse público que, ao sê-lo, poderia acarretar também a satisfação do interesse privado conexo — a protecção jurídica que é conferida a este seria meramente indirecta, acoplada como parece estar à protecção do interesse público.

Consequentemente, nem a Administração Pública teria o dever de satisfazer o interesse legítimo, nem o particular poderia exigir que este fosse satisfeito (contrariamente ao que ocorre com o direito subjectivo); o dever da Administração Pública consistiria em prosseguir o interesse público com o qual o interesse privado é conexo — e isto é igualmente o máximo que o particular poderia exigir.

Esta distinção teve origem em Itália, onde serviu de delimitação à jurisdição dos tribunais administrativos e dos tribunais comuns.

VASCO PEREIRA DA SILVA não escondeu as suas críticas a esta maneira de ver, sustentando a inutilidade da distinção: não haveria qualquer razão válida para distinguir, no ordenamento jurídico-público português, direitos subjectivos e interesses legítimos, uma vez que nenhuma diferença de regime jurídico corresponderia a uma tal distinção[59]. Confrontado com a evidente diferença de perfil entre as situações a que DIOGO FREITAS DO AMARAL faz corresponder as categorias do direito subjectivo e do interesse legítimo, sustentou aquele autor que *a diferença entre o direito subjectivo e o interesse legítimo não respeita, portanto, à existência do próprio direito, mas a uma, eventual, maior ou menor amplitude do seu conteúdo.*

O cerne do problema parece-nos assentar na seguinte questão: uma posição jurídica activa cujo objecto se reduz à reposição da legalidade ofendida, ainda que sem uma projecção directa, como vantagem, na esfera jurídica do

59 *Em busca do acto administrativo perdido*, já citado, 1996, pp. 216 a 220, em especial a nota (1) da p. 218.

titular, é ainda configurável como um direito subjectivo — de conteúdo muito limitado — ou é algo diverso de um direito subjectivo, algo mais débil, chamemos-lhe interesse legítimo, interesse reflexamente protegido, ou outra coisa qualquer?

Na sua mais recente obra – *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, já citado – VASCO PEREIRA DA SILVA sustenta que tais interesses *equivalem a direitos subjectivos públicos decorrentes da Constituição*[60].

Não estamos convencidos e continuamos a optar pela segunda hipótese: não julgamos que esteja em causa um problema de «quantidade» do objecto ou do conteúdo da posição jurídica activa, mas sim de «qualidade» desta. Por outras palavras, não nos parece que se trate de mera *distinção de ordem formal*[61], antes se nos afigurando que são mesmo realidades qualitativamente diversas (a) poder obter um benefício imediato, na sua esfera jurídica, com o exercício de uma faculdade, ou (b) apenas poder obtê-lo indirecta e eventualmente, após a reposição da legalidade ofendida.

60 Cfr. p. 270.

61 Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, cit., p. 268. As hipóteses que o autor constrói nas páginas 268 a 270 contribuem mesmo para consolidar a nossa maneira de ver, tais são as diferenças substanciais que vemos entre a primeira, por um lado, e as duas últimas, por outro. Particularmente impressiva é a comparação que o autor faz, na segunda hipótese, com uma situação de natureza jurídico-privada. Claro que é indiferente reconhecer o direito do credor – comprador a receber a coisa vendida ou a obrigação do devedor – vendedor de proceder à sua entrega: em ambos os casos se está perante um direito subjectivo do credor, podendo este fazê-lo valer directa e imediatamente contra o devedor. Só que esta situação nada tem de comparável com a que ocorre no direito administrativo com a situação de alguém que apenas pode obter a satisfação de um interesse seu indirecta e eventualmente, após a reposição da legalidade ofendida.

Note-se que, muito embora as posições jurídicas dos terceiros sejam frequentemente configuráveis como interesses legítimos, por vezes o objectivo da norma jurídica é já o de proteger directamente a posição de um terceiro, o que ocorre quando ela efectiva uma conformação imediata das situações jurídicas por si directamente abrangidas, com actualidade e de modo necessário e adequado. Assim sucede através das normas que estabelecem padrões (altura de construções, distâncias entre farmácias, etc.), das normas que permitem a participação em procedimentos administrativos especiais, das normas que regulam relações administrativas multilaterais (designadamente, relações de vizinhança urbanística ou ambiental), ou das normas que regulam o exercício de direitos fundamentais[62].

32. O princípio da proporcionalidade

O termo *proporcionalidade* corresponde, em matemática, a uma ideia de variação correlativa de duas grandezas; enquanto conceito jurídico-administrativo, as grandezas conexionadas são os benefícios decorrentes da decisão administrativa para o interesse público prosseguido pelo órgão decisor e os respectivos custos, medidos pelo inerente sacrifício de interesses dos particulares (também se pode designar esta ideia por *racionalidade* da decisão).

62 DIOGO FREITAS DO AMARAL actualizou o seu pensamento sobre esta distinção, sob a manifesta influência de José Carlos Vieira de Andrade, no Volume II do seu *Curso..., cit.*, pp. 66 a 73. Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 9.ª edição, Coimbra, 2007, pp. 67 a 77.

O conceito jurídico-administrativo de proporcionalidade decompõe-se em três níveis de apreciação:

a) A *exigibilidade* do comportamento administrativo, tendo este de constituir condição indispensável da prossecução do interesse público;

b) A *adequação* do comportamento administrativo à prossecução do interesse público concretamente visado;

c) A *proporcionalidade* em sentido estrito ou *relação custos-benefícios*, isto é, a existência de uma proporção entre as vantagens decorrentes da prossecução do interesse público e os sacrifícios inerentes dos interesses privados.

O princípio da proporcionalidade, reconhecido no artigo 266.°, n.° 2, da CRP, obriga a Administração Pública **a provocar com a sua decisão a menor lesão de interesses privados compatível com a prossecução do interesse público em causa**.

O princípio da proporcionalidade é uma importante conquista dos cidadãos no sentido da melhoria da eficácia da fiscalização do exercício dos poderes discricionários, na medida em que permite um controlo objectivo destes, bem mais operativo do que o controlo subjectivo, restrito à busca dos motivos determinantes da decisão, no quadro da investigação do desvio de poder.

33. Os princípios da igualdade, da imparcialidade, da boa fé e da justiça

33.1. O **princípio da igualdade**, inscrito nos artigos 13.° e 266.°, n.° 2, da CRP, obriga a Administração Pública a

tratar igualmente os cidadãos que se encontrarem em situação objectivamente idêntica e desigualmente aqueles cuja situação for objectivamente diversa. A principal dificuldade reside em que esta *objectividade* depende sempre dos valores prosseguidos pelo ordenamento jurídico. Essencial, para que este princípio seja respeitado, é que, por um lado, as diferenças de tratamento radiquem em critérios que apresentem uma conexão bastante com os fins a prosseguir com a regulação jurídica, por outro, que aqueles valores sejam considerados positivamente pelo ordenamento jurídico.

Este princípio envolve uma limitação ao exercício de poderes discricionários, constrangendo a Administração Pública à sua utilização uniforme em circunstâncias idênticas (a alínea *d)* do n.° 1 do artigo 124.° do CPA tem o objectivo de possibilitar a verificação do respeito por esta obrigação).

33.2. O **princípio da imparcialidade**, consagrado no artigo 266.°, n.° 2, da CRP, inscreve-se também no relacionamento da Administração Pública com os cidadãos: procura, por um lado, assegurar que a tomada da decisão administrativa leve em consideração todos os interesses, públicos e privados, *relevantes* — e só estes —, por outro, evitar que a prossecução de um interesse público se confunda com quaisquer interesses privados com que a actividade administrativa possa contender ou se possa envolver.

O princípio da imparcialidade determina que a administração pública não deve favorecer nem prejudicar especialmente nenhum interesse privado; para reduzir os riscos de tal tratamento privilegiado — positiva ou negativamente —, impõe o afastamento dos titulares dos órgãos e agentes

da Administração Pública da resolução de assuntos susceptíveis de afectarem os seus interesses privados enquanto cidadãos.

A projecção prática do princípio é assegurada pelas regras dos artigos 44.º a 51.º do CPA, do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 29/87, de 30 de Junho (Estatuto dos Eleitos Locais).Tal projecção concretiza-se nos impedimentos, nas escusas e nas suspeições:

— os **impedimentos** consubstanciam situações de proibição de intervenção (cfr. artigo 44.º do CPA);

— as **escusas** e as **suspeições** são situações em que não existe proibição absoluta de intervenção mas em que esta deve ser excluída por iniciativa do próprio titular do órgão ou agente — a escusa — ou do cidadão interessado — a suspeição (cfr. artigo 48.º CPA).

33.3. O **princípio da boa fé**, consagrado no artigo 6.º-A do CPA, não apresenta especificidade no que respeita à sua aplicação à Administração Pública. Sobressaem, porém, os dois limites negativos que ele coloca à actividade administrativa pública:

a) A Administração Pública não deve atraiçoar a confiança que os particulares interessados puseram num certo comportamento seu; não deve, depois de ter iniciado e prosseguido um procedimento tendente ao recrutamento de agentes para o preenchimento de determinados lugares, mudar de ideias, desistindo de levar o procedimento ao seu termo, salvo se ocorrerem circunstâncias imprevistas e ponderosas (dificuldades orçamentais, por exemplo);

b) A Administração Pública também não deve iniciar o procedimento legalmente previsto para alcançar um certo

objectivo com o propósito de atingir um objectivo diverso, ainda que de interesse público; não deve, por exemplo, desencadear o procedimento de classificação de um imóvel, não para proteger este de eventuais agressões, mas para ganhar tempo até se encontrar em condições de proceder à respectiva expropriação por utilidade pública.

33.4. O **princípio da justiça** traduz a ideia de que a actividade administrativa pública está condicionada por critérios de justiça material. Haverá que reconhecer que o espaço que resta, depois de havermos reconduzido a outros princípios as ideias de *racionalidade, de adequação, de proporção, de igualdade, de imparcialidade* e de *boa fé,* não é grande; é que dúvidas não há de que uma decisão que fira tais critérios é, em si mesma, *injusta*[63].

34. O princípio da responsabilidade

A ideia de responsabilidade corresponde à sujeição às consequências desfavoráveis de um comportamento.

O princípio da responsabilidade traduz-se — como se verá mais adiante — na obrigação da Administração Pública *de indemnizar os prejuízos decorrentes das suas acções e omissões* (cfr. artigo 22.º da CRP).

63 Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL. *O princípio da justiça no artigo 266.º da Constituição*, «in» *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra, 2001, pp. 701 a 704.

PARTE I
ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PÚBLICA

CAPÍTULO I

ESTRUTURAS ORGANIZATIVAS

Leituras aconselhadas:

ANA FERNANDA NEVES, *Os institutos públicos e a descentralização administrativa*, «in» *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Galvão Teles*, Volume V, Coimbra, 2003, pp. 495 e ss.; CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito das autarquias locais*, Coimbra, 1993, pp. 223 a 336; IDEM, *A Noção de Serviços Públicos na Doutrina Portuguesa*, Separata da ***Scientia Iuridica***, Tomo LII – n.º 295, Janeiro-Abril 2003; IDEM, *A Democracia Local (aspectos jurídicos)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005; CASALTA NABAIS, *Considerações sobre a autonomia financeira das universidades portuguesas*, Coimbra, 1987, nota 11, pp. 10 a 11; IDEM, *Autonomia Local*, «in» *Estudos em Homenagem do Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Volume II, Coimbra, 1993; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit.,Volume I, pp. 219 a 273, 311 a 501, 749 a 912; EDUARDO PAZ FERREIRA e LUÍS SILVA MORAIS, *A regulação sectorial da economia. Introdução e perspectiva geral*, «in» *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo*, Coimbra, 2009,

pp. 7 a 38; JOAO CAUPERS, *A Administração periférica...*, cit., pp. 87 a 94; IDEM *Introdução à Ciência da Administração Pública*, Lisboa, 2002, pp. 71a 103; IDEM, *Governo municipal – Na fronteira da legitimidade com a eficiência*, «in» ***THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa***, Ano V, n.º 8, 2004, pp. 251 a 281; JORGE MIRANDA, *As associações públicas no direito português*, Lisboa, 1985; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, 10.ª edição, 4.ª reimpressão, Coimbra, 1991; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Administração Pública e Direito Administrativo em Portugal*, Lisboa, 1992, pp. 27 a 57; MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA, *Organização administrativa*, «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VI, pp. 235 a 244; MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, *Governo e administração local*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Parcerias público-privadas: a experiência portuguesa*, «in» ***Direito e Justiça*** – VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, pp. 175 a 190; MARTA REBELO, *O financiamento intermunicipal – as áreas metropolitanas e as comunidades intermunicipais no quadro da crise financeira dio municipalismo*, «in» ***Revista do Tribunal de Contas***, n.º 41, Janeiro/Junho 2004, pp. 11 a 136; PACHECO DE AMORIM, *As empresas públicas no direito português, em especial, as empresas municipais*, Coimbra, 2000; NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Coimbra, 2009; PAULO OTERO, *A competência delegada no direito administrativo português*, Lisboa, 1987, pp. 25 a 39 e 263 a 300; IDEM, *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, Coimbra, 1992, pp. 107 a 188; IDEM, *O poder de substituição em direito administrativo*, Volume II, Lisboa, 1996, pp. 673 a 680 e 742 a 753; IDEM, *Institutos Públicos*, «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume V, pp. 250 a 274; PAULO VEIGA E MOURA, *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra, 2009, pp. 50 a 56 e 64; RUI GUERRA DA FONSECA, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Coimbra, 2005, pp. 81 a 137; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997, pp. 94 a 126, 303 a 305 e 393 a 395; IDEM, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, 1997, pp. 381 a 385; IDEM, *Regulação económica, concorrência e serviços de interesse geral*, «in» *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra, 2004, pp. 547 a 563.

35. Conceito de organização

Já vimos noutro ponto que a organização é um grupo humano estruturado em função dos fins a atingir.

Acrescentaremos agora que a **organização pública** é um *grupo humano estruturado pelos representantes de uma comunidade com vista à satisfação de necessidades colectivas predeterminadas desta.*

O conceito de organização pública integra quatro elementos:

a) Um grupo humano;

b) Uma estrutura, isto é, um modo peculiar de relacionamento dos vários elementos da organização entre si e com o meio social em que ela se insere;

c) O papel determinante dos representantes da colectividade no modo como se estrutura a organização;

d) Uma finalidade, a satisfação de necessidades colectivas predeterminadas.

É fácil verificar que o conceito de organização pública não comporta qualquer referência à personalidade jurídica pública. Isto explica-se por duas razões:

— por um lado, porque muitas organizações públicas são desprovidas de personalidade jurídica — a Direcção-Geral dos Impostos não é menos organização pública do que a Estradas de Portugal, EP;

— por outro lado, porque existem — já o dissemos noutro ponto — cada vez mais organizações públicas que revestem formas jurídicas de direito privado — associações, fundações e sociedades.

Convém ainda ter presente que uma das causas principais da complexidade crescente da Administração Pública é gerada pelo fenómeno conhecido como *diferenciação*, isto é, da tendência para fazer corresponder a cada interesse colectivo uma organização especificamente destinada a prossegui-lo.

Esta tendência não pode, porém, servir de pretexto para ignorar o fundamental *carácter unitário* da administração pública: esta só pode ser compreendida se se tiver presente que se encontra submetida a princípios e regras relativamente uniformes e a uma gestão global de equilíbrios delicados, visando atingir em conjunto objectivos predeterminados[64].

64 Cfr., a este propósito, PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo. Enquadramento dogmático-constitucional*, Volume II, Lisboa, 1996, pp. 742 a 753.

36. Elementos da Administração Pública: as pessoas colectivas

36.1. A administração pública, enquanto actividade, é prosseguida por três tipos de elementos:

— as pessoas colectivas;

— os órgãos;

— os serviços públicos.

36.2. As pessoas colectivas que exercem actividade administrativa pública são *criadas por iniciativa pública para assegurar a prossecução necessária de interesses públicos, dispondo frequentemente de poderes públicos e estando submetidas a deveres públicos.*

As formas tradicionais de descrever e analisar a organização administrativa pública em Portugal tomam a personalidade colectiva pública como ponto de partida e limitam-se às suas estruturas organizativas específicas. Quebramos agora esta tradição.

Já anteriormente entendíamos não ser possível esquecer que por detrás do conceito de pessoa colectiva pública se escondem realidades muitíssimo diversas: enquanto alguns entes públicos são constituídos por grupos humanos que o Estado não criou, antes se limitando a reconhecê-los e a dotá-los de um estatuto jurídico público — sendo, até, alguns deles, como os municípios, anteriores ao próprio Estado —, já outros entes públicos são o resultado de meras decisões tácticas do Estado, ditadas pela intenção de assegurar a prossecução de certos interesses públicos através de entidades formalmente situadas fora da sua organização.

É mesmo corrente nalguma doutrina europeia, designadamente italiana e espanhola, uma certa *minimização* ou

desconsideração da importância da personalidade colectiva pública. Este fenómeno é perceptível entre nós, tanto no plano interno das entidades públicas (*v.g.* os ministros que, sendo órgãos da pessoa colectiva Estado, prosseguem atribuições diferenciadas), como no plano das relações entre pessoas colectivas públicas (*v.g. infra,* os casos de delegação de poderes de um órgão do Estado num órgão de uma pessoa colectiva pública instituída por este)[65].

Acrescentaremos agora que a proliferação de entidades privadas que, por força do seu processo de instituição e organização e dos interesses que prosseguem, não podem deixar de ser consideradas organizações públicas torna inadequada qualquer análise organizativa limitada às pessoas colectivas públicas. Esta restrição, de resto, não faria qualquer sentido, considerado o significado que atribuímos à "Administração Pública" (sentido orgânico). Por esta razão, tomaremos em consideração não só as pessoas colectivas públicas, como as pessoas colectivas de natureza jurídico-privada envolvidas no exercício de actividade administrativa pública.

37. A administração estadual

37.1. A actividade administrativa pública é desenvolvida em parte no âmbito do Estado e em parte fora deste. Distinguiremos, por isso, a **administração estadual** e a **administração autónoma**.

65 Cfr., a este propósito, CASALTA NABAIS, *Considerações sobre a autonomia financeira das universidades portuguesas,* Coimbra, 1987, nota (11), pp. 10-11; JOÃO CAUPERS, *A Administração periférica...*, cit., pp. 87 a 94.

A administração estadual pode ser exercida por órgãos e serviços da própria pessoa colectiva pública Estado — uma vez que o Estado dispõe de personalidade jurídica reconhecida pelo direito interno (diversa da personalidade jurídica internacional, naturalmente) —, falando-se então em **administração directa**; mas pode também ser prosseguida por pessoas colectivas distintas do Estado, mas que este criou — ou em cuja instituição participou activamente — teremos então a **administração indirecta** ou **instrumental.**

37.2. A administração directa – hoje regulada pela Lei n.º 4/2004, de 15 de Janeiro – é integrada, na sua maior parte, por órgãos e serviços submetidos à hierarquia do Governo, ou seja, dependentes de um membro deste — é a **administração subordinada.** Uma parte mais reduzida da administração estadual directa, porém, escapa a tal hierarquia, em geral porque o respectivo estatuto assenta numa ligação privilegiada à Assembleia da República. É o caso, entre outros, do Provedor de Justiça ou da Comissão Nacional de Eleições. Cientes embora da delicadeza do termo, chamar-lhe-emos **administração independente**[66].

A administração directa subordinada do Estado pode abranger todo o território nacional (ou continental) — é a administração **central** — ou somente uma porção, maior ou menor, deste território (uma circunscrição) — é a admi-

66 A escolha do adjectivo tem em conta a respectiva aplicação a uma parte muito importante da regulação pública, a que é assegurada por entidades administrativas *independentes* (v.infra).

nistração **periférica** (cfr. artigo 11.°, n.° 4, alínea *b)*, da Lei n.° 4/2004). Esta diz-se **especializada**, quando adstrita ao desempenho de missões determinadas correspondentes a certos serviços (ex.: comissões de coordenação e desenvolvimento regional, centros de emprego, repartições de finanças, esquadras da PSP, etc.), e **comum**, quando ligada à representação do Governo e a missões no âmbito da segurança de pessoas e bens. Fala-se ainda em administração periférica **externa** para designar os serviços que se encontram sediados fora do território nacional, como as embaixadas e os consulados (cfr. artigo 11.°, n.° 5, da Lei n.° 4/2004).

O principal órgão da administração central do Estado é o **Governo**. Compõe-se do Primeiro-Ministro, dos ministros, dos secretários de Estado e dos subsecretários de Estado. A reunião dos ministros toma o nome de *Conselho de Ministros*. As principais regras relativas à composição, às funções e ao funcionamento do Governo constam dos artigos 200.° a 204.° da CRP e da lei orgânica do Governo[67].

Os órgãos da administração periférica comum do Estado são os **governadores civis** (cfr. Decreto-Lei n.° 252/92, de 19 de Novembro) e, talvez, as **assembleias distritais** (cfr. Decreto-Lei n.° 5/91, de 8 de Janeiro)[68]. Ambos operam no âmbito da circunscrição distrital, resultante da divisão do território continental em dezoito distritos administrativos.

67 A lei orgânica do XVII Governo Constitucional foi aprovada pelo Decreto-Lei n.° 79/2005, de 15 de Abril. Já conheceu cinco alterações, a última das quais consta do Decreto-Lei n.° 44/2008, 11 de Março (v. supra).

68 Este «talvez» resulta de as assembleias distritais serem uma reminiscência inexplicável de um passado que teima em não se deixar enterrar: não se sabe bem o que são, mas sabe-se que não deviam existir há muito.

A divisão administrativa mais utilizada pela administração periférica especializada é a correspondente às áreas de jurisdição das comissões de coordenação e desenvolvimento regional, resultante da divisão do território continental em cinco zonas. Utilizam-na, entre outros, os Ministérios da Educação, do Ambiente e da Saúde.

37.3. No âmbito da administração indirecta ou instrumental do Estado (ou de uma região autónoma ou de uma autarquia local) deveremos distinguir dois grandes grupos de pessoas colectivas: as que possuem personalidade jurídica pública e as que a não têm.

No primeiro grupo, o das **pessoas colectivas de estatuto público**, encontramos duas categorias: os **institutos públicos** e as **entidades públicas empresariais.** Deveriam poder distinguir-se facilmente, uma vez que estas últimas têm todas as características das empresas, nomeadamente uma estrutura organizativa que procura assegurar a sobrevivência do ente através das receitas obtidas com a venda de bens ou a prestação de serviços. Entre outros traços distintivos, possuem um órgão próprio de fiscalização e a sua contabilidade segue as regras da contabilidade industrial — e não da contabilidade pública.

37.4. Os institutos públicos constituem um conjunto heterogéneo de pessoas colectivas que apresentam entre si de comum a personalidade jurídica pública, a criação pelo Estado (ou por outra pessoa colectiva pública de base territorial) — que lhes fixa os objectivos e interfere activamente na respectiva prossecução — e a estrutura não empresarial (a parte mais significativa das suas receitas provém de dotações do orçamento de Estado).

Tomando em consideração a natureza das actividades que lhes estão predominantemente atribuídas, classificaremos os institutos públicos do Estado em quatro espécies principais:

— **institutos de prestação**, vocacionados para a prestação de serviços à colectividade — os hospitais públicos que não constituem empresas pertencem a esta espécie e, também, diversas instituções de segurança social;

— **institutos reguladores**, cuja actividade consiste em criar e assegurar as condições adequadas — nomeadamente o enquadramento normativo — ao desenvolvimento de certa actividade privada, habitualmente de cariz económico — são exemplos desta espécie de institutos públicos a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), a Autoridade Nacional de Comunicações (ICP/ANACOM), o Instituto da Construção e do Imobiliário, o Banco de Portugal (BP), o Instituto de Seguros de Portugal (ISP) e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM)[69];

— **institutos fiscalizadores**, encarregados de tarefas de controlo, inspecção ou avaliação de riscos de determinada actividade privada — é o caso da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) e o da Autoridade da Concorrência (AC);

— **institutos de infra-estruturas**, que se ocupam da construção e manutenção de infra-estruturas ou do respectivo financiamento — é o caso do Instituto de Gestão

69 Mais adiante, no capítulo que se ocupa da regulação económica, se revisitarão estas entidades.

Financeira e Patrimonial da Justiça ou do Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos.

Duas observações sobre a classificação de institutos públicos que propomos. Afirmámos que se tratava de quatro espécies *principais* de institutos públicos e que tínhamos tomado em consideração as actividades que lhes estão *predominantemente* atribuídas. Fizemo-lo para acentuar que não tivemos a pretensão de exaurir o universo dos institutos públicos, por um lado, e que não ignoramos que diversos institutos públicos podem caber em mais de um termo da classificação, nomeadamente aqueles que desenvolvem simultaneamente actividades reguladoras e fiscalizadoras, situação muito frequente.

37.5. A mencionada heterogeneidade dos institutos públicos conduziu o legislador a prescindir de uma definição: limita-se a afirmar que, para os efeitos da lei-quadro que os regula – a Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro –, se consideram institutos públicos *independentemente da sua designação, os serviços e fundos* pertencentes ao Estado e às regiões autónomas (cfr. artigos 3.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1). «Serviços e fundos» é uma expressão sem conteúdo jurídico preciso, que se generalizou entre nós sobretudo nas leis que tratam da administração financeira do Estado.

Nos termos da lei-quadro, os institutos públicos são pessoas colectivas públicas, sendo criados por acto legislativo (cfr. artigos 4.º, n.º 1 e 9.º, n.º 1). Registe-se que o legislador admitiu, no artigo 48.º, que certas entidades públicas, que ela considera serem institutos públicos, gozem de um regime especial, *com derrogação do regime comum na estrita medida necessária à sua especificidade.* Entre estes institutos públicos incluiu as universidades públicas (v. infra).

Um aspecto essencial do quadro traçado pela lei é a enumeração das finalidades que podem conduzir à criação de institutos públicos. Tais finalidades são enunciadas, não só através de uma ideia geral – haverá de tratar-se do exercício de actividades que, pela sua natureza, recomendem *uma gestão não submetida à direcção do Governo*, isto é, que se compaginem mal com o exercício da hierarquia administrativa (cfr. artigo 8.°, n.° 1), mas também por via de uma delimitação negativa.

Na verdade, os institutos públicos não poderão ser criados:

a) Para prosseguirem actividades próprias dos serviços de controlo, auditoria e fiscalização ou dos serviços de coordenação (cfr. artigo 8.°, n.° 2, alínea *b)* da lei quadro e artigos 15.° e 17.° da Lei n.° 4/2004);

b) Para exercerem actividades de estudo e concepção (cfr. artigo 8.°, n.° 2, alínea *b)* da lei quadro);

c) Para desenvolverem actividades que devam ser exercidas no quadro da administração directa do Estado (cfr. artigo 8.°, n.° 2, alínea *a)* da lei quadro).

Da conjugação das disposições da lei-quadro com a lei n.° 4/2004 resulta claramente uma "preferência" do legislador pela administração directa do Estado, relativamente à administração indirecta: esta somente pode operar no domínio dos serviços executivos (cfr. artigo 13.° da Lei n.° 4/2004) e das actividades de prestação, só aí podendo ser criados institutos públicos. A lei olha com desconfiança para os institutos públicos, parecendo ver na sua não sujeição ao poder de direcção do Governo um "pecado".

Esta desconfiança é confirmada pelos artigos 41.° e 42.°, que regulam detalhadamente as intervenções governamentais no exercício de poderes de tutela e de superintendência.

Diga-se que se trata de uma norma precisa e bem redigida, numa área em que lacunas e imprecisões podem originar graves problemas.

O direito aplicável aos institutos públicos é detalhadamente referenciado no artigo 6.°: o legislador não se limitou a referenciar o regime geral, antes o integrando com uma extensa enumeração – ainda assim meramente exemplificativa – de regimes particulares.

Uma derradeira chamada de atenção para o artigo 54.° da lei-quadro. A lei prevê, no artigo 53.°, que os institutos públicos possam optar por conceder o desempenho de algumas das suas atribuições a entidades privadas, por via da outorga de um contrato de concessão de serviço público. Porém, ao lado desta possibilidade, prevê também uma outra, que até agora não dispunha de enquadramento legislativo genérico – muito embora já MARCELLO CAETANO a ela se referisse[70]: a delegação de serviço público, regulada no artigo 54.°

Da leitura dos artigos 53.° e 54.° fica-nos a ideia de que a lei teve presente a distinção feita por aquele professor: por um lado, relativamente à concessão, enfatiza a actividade *por conta e risco próprio* desenvolvida pelo conces-

70 Segundo o Mestre de Lisboa, a gestão indirecta de serviços públicos comportava duas modalidades: a concessão e a delegação. Nesta última, ao contrário do que sucedia na primeira, a entidade pública delegante *cria o serviço e conserva a responsabilidade pelo seu financiamento bem como, total ou parcialmente, a titularidade dos riscos que o desempenho da actividade possa acarretar* (*Manual de Direito Administrativo*, Volume II, 10.ª edição, Coimbra, 1991, p.1096.). Segundo o autor, a delegação revelar-se-ia adequada para os serviços culturais e assistenciais, ao passo que a concessão estaria vocacionada para os serviços económicos.

sionário e a existência, em regra, de uma contrapartida pecuniária devida por este ao concedente; por outro, no que toca à delegação, omite qualquer referência às condições em que a actividade é exercida e não exclui a gratuitidade. Parece ter pensado em actividades de que o ente privado não retira um proveito económico.

37.6. Faz ainda sentido uma breve referência a uma forma duradoura de associação de entidades privadas à prossecução de interesses públicos. Referimo-nos às *parcerias público-privadas*, reguladas pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho[71].

Entende-se por parceria público-privada *o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.*

As principais características das parcerias são a natureza contratual, a estabilidade da relação jurídica estabelecida – medida pela sua duração, normalmente longa –, o modo de financiamento e a distribuição dos riscos, que são essencialmente assumidos pela parte privada.

71 Sobre parcerias público-privadas, é essencial a consulta da obra *As Parcerias Público-Privadas*, de NAZARÉ DA COSTA CABRAL, produzida no âmbito do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2009, e do texto de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Parcerias público-privadas: a experiência portuguesa.* «in» ***Direito e Justiça** – VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, pp. 175 a 190.

37.7. Da administração indirecta do Estado (ou de uma região autónoma ou de uma autarquia local) fazem igualmente parte entidades colectivas sem personalidade jurídica pública — as **pessoas colectivas de estatuto privado.** Estão neste caso as **empresas públicas sob forma societária**, criadas pelo Estado (eventualmente associado a outras pessoas colectivas públicas ou por outra ou outras pessoas colectivas públicas legalmente habilitadas para tal), sob a forma de sociedades anónimas.

Note-se a propósito que, nos termos do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, revisto pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto, o conceito de «empresa pública» passou a designar duas espécies de unidades empresariais:

a) As *entidades públicas empresariais*, espécie correspondente às antigas empresas públicas em sentido jurídico-administrativo, dotadas, como se disse, de personalidade jurídica pública e criadas por decreto-lei — cfr. artigos 23.º e 24.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99;

b) As *outras empresas públicas*, correspondentes às antigas empresas públicas em sentido económico, sociedades de capitais públicos ou sociedades de interesse colectivo, desprovidas de personalidade jurídica pública e criadas como sociedades constituídas nos termos da lei comercial — cfr. artigo 3.º, n.º 1.

Em conjunto, estes dois grupos de empresas públicas e um terceiro, constituído pelas *empresas participadas*,

formam o **sector empresarial do Estado** — cfr. artigo 2.°, n.° 1, do Decreto-Lei n.° 558/99[72].

Sublinhe-se ainda que todas as empresas públicas se regem, em princípio, pelas normas jurídicas aplicáveis às empresas privadas, conforme dispõe o n.° 1 do artigo 7.° do Decreto-Lei n.° 558/99 (princípio da gestão privada). Regras próprias do direito público somente se aplicam, nos termos dos respectivos estatutos, às empresas habilitadas a exercer poderes de autoridade (cfr. artigo 14.° do Decreto-Lei n.° 558/99) e, em matéria de extinção das unidades, às entidades públicas empresariais (cfr. artigo 34.° n.° 2).

37.8. Outro grupo de exemplos de pessoas colectivas de estatuto privado integrantes da administração indirecta do Estado (ou de uma região autónoma ou de uma autarquia local) é constituído pelas **fundações e associações criadas por entidades públicas** para prosseguir objectivos das entidades instituidoras.

No que respeita às fundações, note-se que não existe entre nós qualquer norma constitucional ou legal a que possa ser atribuído o sentido de uma habilitação genérica da Administração Pública para instituir fundações. Existem, sim:

— por um lado, uma norma que habilita uma certa categoria de entidades públicas – os municípios - a proceder a tal instituição, que é a alínea *l)*, do n.° 2, do artigo 53.° da Lei n.° 169/99, de 18 de Setembro;

72 Note-se que existe também um *sector empresarial regional*, constituído pelas empresas das regiões autónomas, e um *sector empresarial municipal*, constituído pelas empresas dos municípios e das associações de municípios. Este último é essencialmente regulado pela Lei n.° 53-F/2006, de 29 de Dezembro.

— por outro lado, uma norma que proíbe os institutos públicos de criar, ou participar na criação, de quaisquer entidades privadas, que é o n.° 1 do artigo 13.° da Lei n.° 3/2004, de 15 de Janeiro.

VITAL MOREIRA — escrevendo antes de tais normas existirem —, muito embora considerando que a prossecução de atribuições públicas por entidades privadas não se encontra constitucionalmente proibida — podendo, pois, admitir-se a instituição de fundações privadas (ou de associações) para prosseguir fins públicos determinados — aponta diversas limitações e constrangimentos a esta possibilidade: excepcionalidade da administração pública por entes privados, proibição de usar tal estratagema para escapar àquilo que designa por *dados fundamentais da administração pública*, como os controlos ministerial e parlamentar, a vinculação aos direitos fundamentais, etc. Algumas tarefas não poderiam mesmo deixar de ser desempenhadas por entes públicos[73].

São conhecidos diversos exemplos de fundações de direito privado instituídas por iniciativa do Estado e de outros entes públicos, sozinhos ou em colaboração com entes privados; eis três deles:

— a *Fundação Centro Cultural de Belém*, criada pelo Estado com o objectivo de assegurar a gestão do Centro Cultural de Belém, instituída em 1991 e cujos estatutos se encontram em anexo ao Decreto-Lei n.° 391/99, de 30 de Setembro;

73 *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997, pp. 286-287.

— a *Fundação para a Computação Científica Nacional*, instituída pelos antigos Instituto Nacional de Investigação Científica e Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica (cuja herdeira é hoje a Fundação para a Ciência e Tecnologia) e também pelo Laboratório Nacional de Engenharia Civil e pelo Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas (com o nome, alterado em 1996, de Fundação para o Desenvolvimento dos Meios Nacionais de Cálculo Científico), com o objectivo de desenvolver os instrumentos nacionais de computação científica;

— a Fundação Casa da Música, instituída pelo Estado e pelo Município do Porto, com o objectivo de *promoção, fomento, difusão e prossecução de actividades culturais e formativas no domínio da actividade musical*, cujos estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 18/2006, de 26 de Janeiro;

— a Fundação Mata do Buçaco, instituída pelo Estado, com objectivo de promover a *recuperação, requalificação, e revitalização, gestão, exploração e conservação de todo o património, natural e edificado, da Mata Nacional do Buçaco*, cujos estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 120/2009, de 19 de Maio.

Pela nossa parte, propendemos para uma visão muito restritiva da possibilidade de as entidades públicas instituírem fundações de direito privado, partilhando, no essencial, para além das reservas de VITAL MOREIRA, as objecções feitas nesta matéria por PAREJO ALFONSO, com base no direito espanhol, e que, em última análise, respeitam às dificuldades em manter separada, como a lei civil exige, a *criatura* (fundação) do *criador* (fundador), uma vez que tal só poderia decorrer de um "abandono definitivo" pelo ente público dos interesses públicos de cuja prossecução a lei o encarregou.

Na verdade, o Código Civil Português também formula relativamente às fundações a exigência da separação entre a instituição e o instituidor, reflectida na irrevogabilidade do acto de constituição *inter vivos* (cfr. artigo 185.º, n.º 3), na necessidade de indicar o fim da fundação e os bens que lhe são afectados (cfr. artigo 186.º, n.º 1) e nas limitações colocadas ás alterações estatutárias que, em caso nenhum poderão atraiçoar o fim da instituição nem contrariar a vontade do fundador (cfr. artigo 189.º)[74].

Naturalmente que, no caso das autarquias locais, a nossa visão restritiva cede perante a existência de norma legal expressa habilitante do *poder de fundar*. Por muitas reservas que tal habilitação nos possa merecer[75].

37.9. Passemos às associações privadas criadas por iniciativa pública, a que não colocamos reservas semelhantes às que colocámos às fundações – muito embora, menos compreensivelmente, o n.º 1 do já citado artigo 13.º da Lei n.º 3/2004 também proíba os institutos públicos de nelas participarem. Encontramos duas espécies.

A primeira espécie é constituída pelas associações integralmente constituídas por entidades públicas:

— as *associações representativas de municípios e freguesias*, previstas e reguladas na Lei n.º 54/98, de 18 de Agosto;

74 Foi já há muito tempo que o Estado instituiu uma fundação de direito privado: a Fundação da Casa de Bragança (cfr. artigo 10.º, proémio e §7.º do Decreto-Lei n.º 23 240, de 21 de Novembro de 1933).

75 A propósito deste tema é útil a consulta da obra *Direito das Fundações. Propostas de Reforma*, da autoria de RUI MACHETE e HENRIQUE ANTUNES, Lisboa, 2004, patrocinada pela Fundação Luso-Americana.

— as *associações de divulgação científica*, de que é exemplo a *Associação Ciência Viva de Estremoz*, criada por iniciativa conjunta de cinco entidades públicas — a Fundação para a Ciência e Tecnologia, a Universidade de Évora, o Município de Estremoz, a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Alentejo e a Direcção Regional de Educação do Alentejo[76];

— a *ADENE — Agência para a Energia*, criada pelo Decreto-Lei n.º 223/2000, de 9 de Setembro, e modificada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 154/2001, de 19 de Outubro, que tem como associadas principais a Direcção-Geral de Energia e Geologia, a Direcção-Geral de Empresa e o Instituto Nacional de Engenharia, Tecnologia e Inovação[77];

A segunda espécie é integrada pelas associações de entidades públicas e privadas:

— as *associações de desenvolvimento regional*, previstas na alínea *j)* do n.º 2 do artigo 64.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro;

— os *centros tecnológicos*, regulados pelo Decreto-Lei n.º 249/86, de 25 de Agosto, que reúnem, sob o guarda sol associativo, empresas industriais e respectivas associações e entidades públicas de âmbito estadual (cfr. artigo 1.º, n.º 2).

38. A administração autónoma

A **administração autónoma** é constituída por pessoas colectivas que não foram criadas pelo Estado, prosseguindo interesses públicos próprios das colectividades que as instituíram[78].

Até há pouco, propendia-se para considerar que todas as entidades públicas integrantes da administração autónoma apresentavam uma base territorial, remotamente originada nas relações de vizinhança. Hoje, admite-se que, para além deste tipo de entidades — regiões autónomas e autarquias locais —, também integram a administração autónoma entidades públicas de origem associativa, fundadas em relações de proximidade distinta da geográfica, designadamente a solidariedade profissional — são as associações públicas.

Tal como sucedeu relativamente à administração indirecta do Estado, também na administração autónoma se devem distinguir as entidades dotadas de personalidade jurídica pública daquelas que dela não dispõem. Todavia, a distinção mais importante a fazer não é essa, mas uma outra, que assenta precisamente na existência ou inexistência do elemento territorial. Este elemento encontra-se presente nas **regiões autónomas** e nas **autarquias locais** — umas e outras pessoas colectivas públicas.

A diferença entre as regiões autónomas e as autarquias locais assenta no grau de descentralização (v. infra): enquanto as primeiras, por exigência constitucional, pos-

76 Com a interessante particularidade de estes dois últimos serviços do Estado carecerem de personalidade jurídica.

77 Os dois primeiros serviços também não dispõem de personalidade jurídica.

78 O uso do adjectivo *autónomo* para designar entidades integrantes da administração indirecta do Estado, como faz o artigo 21.º da lei orgânica do antigo Ministério do Equipamento Social, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 129/2000, de13 de Julho, é manifestamente infeliz. Melhor andou a antiga lei orgânica do Ministério da Justiça, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 146/2000, de 18 de Julho, ao englobar as entidades da administração indirecta do Estado na expressão *organismos sob superintendência e tutela* (cfr. artigo 5.º).

suem, para além de uma Administração Pública própria, um órgão legislativo de natureza parlamentar e um governo, as segundas apenas dispõem de uma Administração Pública própria. As primeiras são fruto da descentralização política; as segundas, da descentralização administrativa.

Esta diferença justifica que as regiões autónomas se devam estudar numa disciplina de direito constitucional, sendo este o lugar adequado para o estudo das autarquias locais.

39. As autarquias locais

39.1. As **autarquias locais** são *pessoas colectivas públicas de base territorial correspondentes aos agregados de residentes em diversas circunscrições do território nacional, que asseguram a prossecução de interesses comuns resultantes da proximidade geográfica, mediante a actividade de órgãos próprios representativos das populações.*

A existência das autarquias locais assenta no **princípio da autonomia local**, consagrado no n.º 1 do artigo 6.º da CRP: o n.º 1 do artigo 3.º da *Carta Europeia de Autonomia Local* define este princípio como impondo *o direito e a capacidade efectiva de as autarquias locais regulamentarem e gerirem, nos termos da lei, sob sua responsabilidade e no interesse das respectivas populações, uma parte importante dos assuntos públicos.*

Esta *parte importante dos assuntos públicos* que às autarquias locais deve caber é determinável com base no **princípio da subsidiariedade**, consagrado, tanto no referido n.º 1 do artigo 6.º da CRP, como no n.º 3 do artigo 4.º da *Carta*: os interesses das populações devem ser prosseguidos pelas entidades públicas que se encontram mais próximas daquelas, sem prejuízo da eficiência económica e do respeito pelos princípios da igualdade e da solidariedade entre os cidadãos. Em termos práticos, dir-se-á que, em princípio, *tudo quanto puder ser eficazmente decidido e executado ao nível autárquico não deve ser atribuído ao Estado e aos seus agentes.*

39.2. O *regime jurídico das autarquias locais* consta principalmente das seguintes fontes:

a) Artigos 235.º e seguintes da CRP;

b) Competências e funcionamento das autarquias locais — Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, modificada pela Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro;

c) Transferências de atribuições e competências para as autarquias locais — Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro;

d) Associativismo municipal – Lei n.º 45/2008, de 27 de Agosto;

e) Finanças Locais — Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro;

f) Eleitos Locais — Lei n.º 29/87, de 30 de Junho, modificada pelas Leis n.ºs 97/89, de 15 de Dezembro, 1/91, de 10 de Janeiro, 11/91, de 17 de Maio, 11/96, de 18 de Abril, 127/97, de 11 de Dezembro, e 50/99, de 24 de Junho;

g) Tutela do Estado sobre as autarquias locais — Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto.

39.3. São os seguintes os traços essenciais do regime constitucional das autarquias locais:

a) Reserva absoluta de lei da Assembleia da República quanto à criação, extinção e modificação territorial das autarquias locais (cfr. artigos 164.º, alínea *n)*, e 236.º, n.º 4, da CRP);

b) Reserva relativa de lei da Assembleia da República quanto ao estatuto das autarquias locais, incluindo o regime das finanças locais (cfr. artigos 165.º, n.º 1, alínea *q)*, e 237.º, n.º 1, da CRP);

c) As autarquias locais devem dispor, pelo menos, de dois órgãos colegiais, um deliberativo e outro executivo, sendo o primeiro eleito por sufrágio universal, directo e secreto pelo método da representação proporcional (cfr. artigo 239.º da CRP);

d) As autarquias locais dispõem de património e finanças próprios (cfr. artigo 238.º, n.º 1, da CRP);

e) As autarquias locais exercem poder regulamentar próprio (cfr. artigo 241.º da CRP);

f) Sobre as autarquias locais o Estado apenas exerce tutela administrativa de legalidade (cfr. artigos 242.º, n.º 1, da CRP e 2.º e 3.º da Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto).

39.4. A CRP reconhece *três espécies de autarquias locais*: as freguesias, os municípios e as regiões administrativas (cfr. artigo 236.º, n.º 1). Estas últimas, não obstante terem sido publicadas a respectiva lei-quadro — Lei n.º 56/91, de 13 de Agosto — e a lei de criação — Lei n.º 19/98, de 28 de Abril —, não foram instituídas, mercê do resultado desfavorável do referendo realizado em 1998.

Como sucedâneo de recurso para o fracasso da regionalização, foram publicadas, em 13 de Maio de 2003, duas leis, com as quais se pretendeu concretizar a descentralização administrativa do país numa base voluntária: em vez de organizar territorialmente Portugal em obediência a um modelo adoptado pelos órgãos competentes do Estado, devolveu-se a iniciativa aos municípios, que, por via dos instrumentos previstos na lei, se associariam, dando origem

as espaços mais amplos, dotados de maior massa crítica, supostamente capazes de uma outra dinâmica política, social e económica.

Aquelas leis viriam a ser substituídas pela Lei n.º 45/2008, de 27 de Agosto, que estabeleceu o novo regime jurídico do associativismo municipal. As antigas áreas metropolitanas e as antigas comunidades intermunicipais de fins gerais criadas no âmbito da legislação anterior foram convertidas nas novas comunidades intermunicipais (CIMs), conservando a mesma natureza: não são autarquias locais, mas associações de autarquias locais.

O **município** é a única autarquia local portuguesa com uma existência histórica estável; é mesmo o único ponto de referência organizativo da administração local do nosso país. A **freguesia** é a autarquia local de expressão territorial mais reduzida.

39.5. As Leis n.ºs 159/99 e 169/99 consubstanciaram uma modificação muito significativa do quadro jurídico das autarquias locais, rompendo com algumas tradições. Sublinhamos as principais alterações:

a) As atribuições dos municípios e das freguesias deixaram de estar referidas em conjunto, como sucedia anteriormente; em vez do sistema da cláusula geral acrescida de uma enumeração exemplificativa — tradicional entre nós — optou-se pelo sistema da enumeração taxativa — cfr. artigos 13.º e 14.º da Lei n.º 159/99;

b) O princípio da descentralização administrativa conheceu tratamento desenvolvido — cfr. artigo 2.º da Lei n.º 159/99;

c) Foram aumentadas as competências do presidente da câmara municipal — cfr. artigo 68.º da Lei n.º 169/99;

d) Previu-se expressamente a delegação de poderes da câmara municipal na junta de freguesia e desta no respectivo presidente — cfr. artigos 37.º, 66.º e 35.º da Lei n.º 169/99;

e) Confirmou-se o desaparecimento do conselho municipal;

f) Foram finalmente objecto de revogação expressa os artigos 99.º, 102.º e 104.º do Código Administrativo, relativos à administração dos municípios de Lisboa e do Porto — cfr. artigo 100.º, n.º 2, da Lei n.º 169/99.

40. A administração autónoma não territorial

40.1. Fazem parte da administração autónoma não territorial diversas pessoas colectivas, umas com personalidade jurídica pública, outras sem esta. As primeiras repartem-se por duas espécies: as associações públicas e os consórcios administrativos.

As **associações públicas** são *pessoas colectivas públicas de tipo associativo criadas por grupos de cidadãos com interesses públicos próprios específicos, com a finalidade de prosseguir estes.* As ordens profissionais são os exemplos mais conhecidos deste tipo de entidades públicas.

Pese embora a sua importância, estas entidades não dispõem de um regime jurídico geral[79]; todavia, os traços essenciais de tal regime constam do n.º 4 do artigo 267.º da CRP, disposição preocupada sobretudo em assegurar a sua democraticidade.

79 Existe, sim, um regime jurídico das associações públicas profissionais, que constituem o grupo mais importante dentro das associações públicas (cfr. Lei n.º 6/2008, de 13 de Fevereiro).

Os **consórcios administrativos** são também *pessoas colectivas públicas de tipo associativo que reúnem as entidades públicas que as instituíram na prossecução de interesses públicos comuns.* As novas comunidades intermunicipais constituem exemplos destes consórcios[80].

As **universidades públicas** deveriam também, em nosso entender, integrar a administração autónoma, muito embora não exista unanimidade na doutrina quanto à sua exacta natureza.

Para DIOGO FREITAS DO AMARAL, são institutos públicos, na modalidade de estabelecimentos públicos, fazendo, pois, parte da administração indirecta do Estado[81].

JORGE MIRANDA, sem se pronunciar explicitamente sobre a questão, entendia em 1985, que as universidades públicas, sem terem natureza associativa, *pelo menos por enquanto*, poderiam ser consideradas figuras mistas[82].

VITAL MOREIRA, não obstante reconhecer expressamente que *as universidades públicas gozam de autonomia ampla, inclusive pedagógica, e estatutária e de quase total autogoverno e auto-administração* não as inclui na administração autónoma, observando que a lei as não qualifica como associações públicas[83]. MARCELO REBELO DE SOUSA sustenta que as universidades públi-

80 Sobre o conceito de consórcio administrativo, cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., pp. 393 a 395.

81 Cfr. *Curso...*, cit., I Volume, p. 352.

82 Cfr. *As associações públicas no direito português*, Lisboa, 1985, p. 24.

83 Cfr. *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997, p. 368.

cas, não sendo qualificáveis como associações públicas, não deixam por isso de integrar a administração autónoma[84].

O recente Regime Jurídico das Instituições do Ensino Superior, aprovado pela Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro, não clarificou – nem tinha de clarificar – esta divergência doutrinária. O legislador limitou-se a considerar as universidades públicas pessoas colectivas de direito público, admitindo igualmente que possam revestir a forma jurídica de fundações públicas com regime de direito privado (artigo 9.º, n.º 1). Com excepção das que optarem por este estatuto jurídico, mandou aplicar às universidades públicas, a título subsidiário, a leis aplicáveis às *demais pessoas colectivas de direito público de natureza administrativa, designadamente* a *lei-quadro dos institutos públicos* (artigo 9.º, n.º 2).

Parece razoável, apesar de a ideia não nos agradar, concluir que a lei, não qualificando as universidades públicas propriamente como institutos públicos, as quis integrar na administração indirecta do Estado (aquelas que não optem pelo estatuto fundacional, bem entendido), o que, de resto, corresponde à tendência há muito dominante no Ministério das Finanças.

40.2. A administração autónoma não territorial integra ainda entidades colectivas desprovidas de personalidade jurídica pública. Encontram-se nestas condições tanto entes de natureza associativa, como de natureza fundacional.

As **instituições particulares de solidariedade social**, *podem revestir as formas jurídicas de associação ou de fundação e as suas finalidades situam-se no amplo domínio da solidariedade social* — educação, protecção na doença e na velhice, habitação social, formação profissional, integração social, nomeadamente (cfr. artigo 63.º, n.º 5, da CRP). As misericórdias e as mutualidades constituem os mais conhecidos exemplos destas entidades.

As **entidades auto-reguladoras** são *pessoas colectivas privadas de natureza associativa ou societária que exercem principalmente funções de regulação das actividades desenvolvidas pelos seus membros*[85]. Como exemplos deste tipo de entidades podem apontar-se as federações desportivas[86], as comissões vitivinícolas[87] e as bolsas[88].

41. Os órgãos

41.1. As pessoas colectivas – ou pessoas morais, designação bem mais adequada - não têm, evidentemente, existência física: são criações do mundo do direito, formas de organizar a prossecução de interesses comuns a várias pessoas. Assim, não possuem vontade própria, que é um atributo dos seres humanos. Para ficcionar esta vontade as pessoas colectivas dispõem de **órgãos**. Os órgãos são *centros de imputação de poderes funcionais;* são eles que manifestam a vontade que o direito manda imputar às pessoas colectivas (cfr. o n.º 2 do artigo 2.º do CPA).

84 Cfr. *Lições de Direito Administrativo*, Lisboa, 1999, p. 307 a 311.

85 Note-se que as associações públicas também desenvolvem actividade de auto-regulação.

86 Sobre as federações desportivas, cfr. VITAL MOREIRA, cit., pp.303 a 305

87 Sobre as comissões vitivinícolas, cfr. VITAL MOREIRA, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, 1997, pp.381 a 385.

88 Cfr. o n.º 1 do artigo 372.º do Código dos Valores Mobiliários.

Os órgãos podem classificar-se de várias maneiras:

a) Usando como critério o número de titulares, temos os *órgãos singulares* e os *órgãos colegiais*;

b) Com base no critério do tipo de funções exercidas, encontramos os *órgãos activos* — que decidem ou executam as decisões —, os *órgãos consultivos* — que dão opiniões — e os *órgãos de controlo* — que fiscalizam;

c) Com recurso ao critério da forma de designação, temos os *órgãos representativos* — que são eleitos — e os *órgãos não representativos* — que são designados por outros processos, como a nomeação e a cooptação.

41.2. Os órgãos colegiais, devido à circunstância de serem integrados por diversos membros, exigem regras especiais para poderem funcionar. Tais regras encontram-se, na sua maioria, estabelecidas nos artigos 14.º a 28.º do CPA.

A **composição** do órgão colegial é o elenco abstracto dos membros que dele hão-de fazer parte, uma vez constituído; a **constituição** é o acto pelo qual os membros de um órgão colegial, uma vez designados, se reúnem pela primeira vez e dão início ao funcionamento desse órgão.

Cada órgão colegial deve ter um presidente e um secretário, em princípio eleitos pelo próprio órgão de entre os seus membros; na falta do presidente ou do secretário escolhidos por eleição (artigo14.º, n.º 1, do CPA), servirá de presidente o membro mais antigo, e de secretário o mais moderno (artigo 15.º, n.º 1, do CPA).

A **reunião** de um órgão colegial é o encontro dos respectivos membros para deliberarem sobre matéria da sua competência.

A **sessão** de um órgão colegial tem que ver com o seu funcionamento: se o órgão colegial é de funcionamento contínuo, como ocorre, por exemplo, com a câmara municipal, diz-se que está em "sessão permanente" (embora possa reunir apenas uma vez por semana, por quinzena ou por mês); se se trata de um órgão colegial de funcionamento intermitente, como sucede, por exemplo, com a assembleia municipal ou a assembleia de freguesia, dir-se-á que tal órgão tem duas, três ou quatro sessões por ano (em cada sessão poderá haver, naturalmente, uma ou mais reuniões). As sessões são, portanto, os períodos dentro dos quais podem reunir os órgãos de funcionamento intermitente.

As reuniões dos órgãos administrativos colegiais não são públicas, salvo quando a lei dispuser o contrário (artigo 20.º do CPA).

A marcação e a convocação das reuniões constituem condições de funcionamento do órgão colegial; a **marcação** é a fixação da data e hora em que a reunião terá lugar; a **convocação** é a notificação feita a todos e a cada um dos membros acerca das reuniões a realizar, na qual são indicados, além do dia e hora da reunião, o local desta e a respectiva ordem do dia, também chamada "ordem de trabalhos" ou "agenda".

Tanto as reuniões como as sessões podem ser **ordinárias**, se se realizam regularmente em datas ou períodos certos, ou **extraordinárias**, se são convocadas inesperadamente fora dessas datas ou períodos (artigos 16.º e 17.º do CPA); note-se que a lei estabelece uma proibição absoluta de tratar de assuntos não incluídos na ordem de trabalhos, quando se trate de reunião extraordinária; já quando se trate de reunião ordinária,

essa proibição pode ser ultrapassada pelo voto favorável de um mínimo de dois terços dos membros do órgão (artigo 19.º do CPA).

Note-se também que a violação das disposições sobre convocação de reuniões gera a ilegalidade das deliberações tomadas, salvo se todos os membros do órgão comparecerem à reunião e nenhum suscitar oposição à sua realização (artigo 21.º do CPA).

Para que um órgão colegial possa desempenhar as suas funções é necessário que um certo número mínimo dos seus membros se encontre presente: este número recebe a designação de **quórum de reunião** e consiste, regra geral, na maioria do número legal dos membros do órgão ("mais de metade"). Os órgãos administrativos que não têm assento constitucional, porém, podem reunir, em segunda convocatória com a presença de apenas um terço dos seus membros, em número não inferior a três (artigo 22.º do CPA e 116.º, n.º 2, da Constituição).

Um órgão colegial — e nunca um órgão singular — decide os seus assuntos, deliberando. Existem dois grandes métodos para um órgão colegial deliberar:

a) No método da **votação** — também designada **escrutínio** —, o mais utilizado nos órgãos colegiais da Administração Pública, contam-se as expressões das vontades individuais dos membros do órgão (uns ganham, outros perdem);

b) No método do **consenso,** não se ponderam as vontades individuais dos membros do órgãos; procura-se o sentido predominante da vontade do órgão, através de uma espécie de assentimento tácito informal em torno de uma determinada solução, cabendo ao presidente "interpretar" tal sentido (não há vencedores, nem vencidos).

Quando se utilize o método da votação, há que ter em consideração que nenhuma votação pode ter lugar sem que previamente seja proporcionada a oportunidade de discussão do assunto, por todos os membros presentes. Passado um período razoável, a maioria dos membros do órgão pode, a requerimento de qualquer deles, dar a discussão por encerrada, passando-se imediatamente à votação.

Note-se que, salvo determinação da lei em contrário, nos órgãos administrativos colegiais consultivos (e somente nestes) não são permitidas abstenções (artigo 23.º do CPA). Esta proibição é compreensível, na medida em que, tratando-se de órgão cuja razão de ser é a emissão de opiniões sobre os assuntos que lhe são submetidos, a recusa em assumir uma posição sobre eles desvirtua aquela razão de ser.

Do quórum de reunião, de que se falou já, se distingue o **quórum de deliberação**, que consiste no número mínimo de votos exigidos para que um órgão colegial possa deliberar validamente sobre um certo assunto. O quórum de deliberação é superior ao quórum de reunião quando a lei exija, para serem tomadas certas deliberações mais importantes para a pessoa colectiva pública de que o órgão faz parte, um número de membros presentes mais elevado do que o que perfaz o quórum de reunião. Quando tal exigência não é feita, então o quórum de deliberação é igual ao quórum de reunião.

Quando o órgão colegial delibera através de votação, esta pode revestir duas formas (artigo 24.º do CPA):

a) Na votação **nominal**, também designada votação *pública,* cada votante denuncia o sentido do seu voto

perante os restantes, através de um meio físico — levantando-se, erguendo um braço, etc. — ou de um meio electrónico — por exemplo, uma luz que se acende num painel;

b) Na *votação* **secreta**, ou escrutínio secreto, o sentido de voto de cada membro do órgão não se torna conhecido dos demais, sendo o anonimato da votação garantido através do recurso à introdução de boletins de voto ou de esferas brancas e negras em urna, ou, também, por método electrónico apropriado.

A regra geral na Administração Pública portuguesa é a da votação nominal; todavia, devem ser votadas por escrutínio secreto as deliberações que *envolvam a apreciação de comportamentos ou das qualidades de qualquer pessoa* (por exemplo, a aplicação de uma sanção disciplinar), conforme determina o artigo 24.°, n.° 2, do CPA.

O apuramento do resultado da votação é transformado na manifestação de vontade do órgão colegial por via de um de vários métodos, que se indicam por ordem crescente de exigência:

a) A **maioria relativa** ou **simples** consiste em apurar a vontade do órgão fazendo coincidir esta com a expressa pelos votantes que se pronunciaram no sentido que recolheu mais votos;

b) A **maioria absoluta** identifica a vontade do órgão com aquela que foi expressa por mais de metade dos votantes;

c) A **maioria qualificada** faz corresponder a vontade do órgão àquela que foi expressa por uma certa fracção dos votantes superior à maioria absoluta (por exemplo, dois terços, três quartos, três quintos, etc.);

d) A **unanimidade** exige para a formação da vontade do órgão a totalidade dos votos favoráveis dos membros votantes.

A regra geral aplicável na Administração Pública portuguesa é, na falta de lei especial, a da maioria absoluta (artigo 25.°, n.° 1, do CPA); esta, porém, será substituída pela maioria relativa no caso de falhar a obtenção daquela em duas votações sucessivas (artigo 25.°, n.° 2, do CPA).

Uma circunstância sempre possível numa votação é a ocorrência de um empate, ou seja, uma situação em que duas ou mais propostas recolheram o mesmo número de votos. Nas votações nominais, a forma mais usual de resolver o problema é o recurso ao presidente do órgão. Este recurso pode configurar duas situações:

a) O **voto de qualidade** consiste em conferir uma ponderação, um peso especial ao voto do presidente, atribuindo vencimento àquela das propostas empatadas que obteve o voto deste (artigo 26.° do CPA);

b) O **voto de desempate** é diferente, pois, ao contrário do anterior, o presidente do órgão colegial não dispõe de direito de voto salvo se ocorrer um empate; o seu voto somente é utilizado para provocar o desempate.

Resta referir a "morte" do órgão. Trata-se, evidentemente, de uma força de expressão, visto que os órgãos da Administração Pública não podem, por vontade própria, deixar de existir: só a lei pode extingui-los.

Quem pode "desaparecer" juridicamente são os titulares dos órgãos.

A distinção fundamental a fazer, nesta matéria, opõe os órgãos colegiais eleitos aos que o não são.

Os primeiros podem ser dissolvidos, consistindo a **dissolução** no acto que põe termo colectiva e simulta-

neamente ao mandato dos titulares do órgão (o acto que faz cessar o mandato de um ou vários membros de um órgão colegial eleito considerados individualmente designa-se por **perda de mandato**).

Se os titulares do órgão colegial forem nomeados e não eleitos, o acto que põe termo colectivamente às suas funções recebe a designação de **demissão** (é o que sucede com o Governo).

41.3. Como exemplos de estruturas orgânicas, indicaremos a do município e a da freguesia. O município apresenta três órgãos[89]:

— a *assembleia municipal*, órgão colegial deliberativo, com competências de orientação, regulamentação e fiscalização (cfr. artigo 53.º da Lei n.º 169/99);

— a *câmara municipal*, órgão colegial executivo encarregado da gestão permanente dos assuntos municipais (cfr. artigo 64.º da Lei n.º 169/99);

— *presidente da câmara municipal*, órgão singular executivo (cfr. artigo 68.º da Lei n.º 169/99).

No que à freguesia respeita, encontramos somente dois órgãos:

— a assembleia de freguesia — que nas freguesias mais pequenas é substituída pelo plenário de cidadãos eleitores —, órgão colegial deliberativo com competências de orientação, regulamentação e fiscalização (cfr. artigo 17.º da Lei n.º 169/99);

89 Sobre o sistema de governo municipal, cfr. o nosso *Governo municipal – Na fronteira da legitimidade com a eficiência*, «in» *THEMIS – **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa***, Ano V, n.º 8, 2004, pp. 251 a 281.

— a junta de freguesia, órgão colegial executivo de gestão permanente dos assuntos da freguesia (cfr. artigo 34.º da Lei n.º 169/99).

42. Os serviços públicos[90]

42.1. A noção de *serviço público* surgiu em França a partir do *Acórdão Blanco*, proferido pelo Tribunal dos Conflitos, em 8 de Fevereiro de 1973. Assentava na ideia de uma actividade de interesse geral prosseguida por uma pessoa colectiva pública, segundo regras de direito público. O conceito assumiu tal relevo que Duguit o viria a considerar como a noção chave da teoria do Estado.

Na tradição francesa, o serviço público era objecto de um exclusivo, justificado precisamente pela natureza da actividade exercida. Em 1921 surgiu uma distinção, passando a considerar-se que existiam duas espécies de serviços públicos, fundando-se a distinção na natureza das actividades a que se dedicavam: o serviço público tradicional, de natureza administrativa, e o serviço público de carácter

90 Diferentemente de ANTONIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, continuamos a entender que se pode muito bem utilizar a expressão *serviço público* em sentido puramente organizativo. Todavia, reconhecemos que seria preferível utilizar a expressão «organização pública» – cfr. *A Noção de Serviços Públicos na Doutrina Portuguesa*, «in» ***Scientia Iuridica***, n.º 295, Tomo LII, Janeiro – Abril 2003. Afastamo-nos também da nomenclatura proposta por MARCELLO CAETANO, que designava por *serviços administrativos* a realidade a que chamamos *serviços públicos*, reservando esta expressão para uma espécie de serviços administrativos, aqueles *cujo objecto essencial consiste em produzir bens destinados a serem prestados aos indivíduos singularmente... – Manual de Direito Administrativo*, Volume II, 10.ª edição, 4.ª reimpressão, Coimbra, 1991.

industrial ou comercial, que estava encarregado da gestão de uma actividade similar à de uma empresa privada.

Posteriormente, a ideia de exclusivo foi-se perdendo, sob pressão de factores variados, todos operando no mesmo sentido: o progresso tecnológico acelerado, a predominância, até há pouco, de correntes de pensamento neoliberais – às quais a simples ideia de exclusivo desperta hostilidade, favoráveis como têm sido, ao alargamento da concorrência, à desregulamentação e à privatização – e, ainda, a influência do direito da União Europeia, no âmbito do qual se foi consolidando o conceito de *serviço de interesse económico geral*, de alguma forma em substituição do conceito francês de serviço público de carácter industrial ou comercial[91].

Não é, naturalmente, este o sentido que atribuímos à expressão. Na verdade, utilizaremos a expressão *serviços públicos* como sinónimo daquela outra já referida por nós, *organizações públicas: estruturas organizativas encarregadas de preparar e executar as decisões dos órgãos das pessoas colectivas que prosseguem uma actividade administrativa pública.*

As pessoas colectivas compõem-se de serviços públicos, que são os seus suportes funcionais, e de órgãos, que agem em nome delas.

91 Cfr., a este propósito, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Serviços públicos. contratos privados*, separata da obra *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, VOLUME II, Coimbra, pp. 117-119; VITAL MOREIRA, *Regulação económica, concorrência e serviços de interesse geral*, «in» *Estudos de Regulação Pública I*, Coimbra, 2004, p. 550.

42.2. A estrutura organizativa dos serviços públicos é marcada por três diferenciações:

— *horizontal* — diferenciação por actividades ou tarefas — *line* e *staff*;

— *territorial* — diferenciação entre serviços que operam em todo o território nacional (ou continental) — *serviços centrais* — e serviços cuja actividade se limita a uma circunscrição administrativa — *serviços periféricos*;

— *vertical* — a hierarquia administrativa, que se estudará mais adiante.

42.3. Constituem traços essenciais do regime jurídico dos serviços públicos:

— a *continuidade*, significando que não é admissível a interrupção dos serviços públicos (o que explica mecanismos como a requisição de grevistas e os governos de gestão);

— a *universalidade*, no sentido de que todos são destinatários das actividades dos serviços públicos;

— *a igualdade no tratamento dos cidadãos*, consideradas as condições específicas de cada um (o que explica que os serviços públicos não efectuem as suas prestações em condições necessariamente idênticas a todos os cidadãos, antes podendo tomar em consideração a situação socio-económica de cada qual).

42.4. A Lei n.º 4/2004 constitui importante base de estudo sobre os serviços públicos, valendo a pena proceder à sua análise[92]. Respeitando a nomenclatura constitucional –

92 É ainda de ter em conta que, na esteira deste diploma legal, foi publicado o Decreto-Lei n.º 200/2006, de 25 de Outubro, que regula os procedimentos de reorganização das administrações directa e indirecta do Estado.

cfr. artigo 199.°, alínea *d)*, da Constituição — , a lei integra na administração directa do Estado *os serviços centrais e periféricos que, pela natureza das suas competências e funções, devam estar sujeitos ao poder de direcção do respectivo membro do Governo* (n.° 1 do artigo 2.°). E, para que não restem dúvidas, esclarece que, consideradas as respectivas funções, se encontram naquelas condições dois tipos de serviços:

a) Aqueles que operam no domínio do *exercício de poderes de soberania, autoridade e representação política do Estado*;

b) Aqueles que desempenham tarefas de *estudo e concepção, coordenação, apoio e controlo ou fiscalização* de outros serviços (cfr. n.° 2 do artigo 2.°).

Os serviços da administração directa do Estado distinguem-se, de acordo com a sua função principal, em:

a) Serviços executivos;

b) Serviços de controlo, auditoria e fiscalização;

c) Serviços de coordenação.

Os **serviços executivos** (cfr. artigos 13.° e 14.° da Lei n.° 4/2004) são aqueles que asseguram a execução das políticas públicas do Governo no âmbito de cada ministério. De acordo com o âmbito territorial, denominam-se **direcções-gerais** (âmbito nacional ou continental) ou **direcções regionais** (quando são periféricos).

Os **serviços de controlo, auditoria e fiscalização** desempenham, com carácter permanente, funções de

Posteriormente, o Governo fez publicar o Decreto-Lei n.° 276/2007, de 31 de Julho, que regula a inspecção dos serviços que integram estas administrações.

acompanhamento e fiscalização (cfr. artigos 15.° e 16.° da Lei n.° 4/2004). As inspecções-gerais são os exemplos mais comuns destes serviços: Inspecção-Geral de Finanças, Inspecção-Geral da Administração do Território, Inspecção-Geral da Administração Interna, Inspecção-Geral de Saúde, etc.

Os **serviços de coordenação** desenvolvem actividades tornadas cada vez mais essenciais pela complexidade crescente da organização administrativa pública, potenciadora de lacunas, redundâncias e desperdícios (cfr. artigo 17.° da Lei n.° 4/2004). Sem um permanente empenho na articulação das actividades dos diferentes serviços, não é possível conferir a indispensável unidade à acção administrativa pública. Um bom exemplo deste esforço de articulação é dado pelos *conselhos coordenadores da administração central de âmbito distrital*, regulados pelos artigos 13.° e 14.° do Decreto-Lei n.° 213/2001, de 2 de Agosto.

42.5. A Lei n.° 4/2004 regula também a organização interna dos serviços. Muito embora se trate de matéria mais do domínio da ciência da administração do que da ciência do direito administrativo, vale a pena chamar a atenção para um aspecto.

Tradicionalmente, a organização dos serviços administrativos obedecia ao chamado *modelo hierárquico*. Este, representado graficamente por uma pirâmide, apresentava no topo a direcção-geral, que se subdividia em direcções de serviços, que se subdividiam em divisões, que, por sua vez, podiam ainda subdividir-se em repartições e secções.

A nova lei veio a consagrar duas possibilidades, que não tinham previsão genérica, muito embora já existissem em leis orgânicas avulsas:

— por um lado, a ideia – muito louvável, pelo que representa de flexibilidade acrescida - de que somente as direcções de serviços são de existência rígida, podendo as unidades funcionais de nível inferior ser criadas, modificadas ou extintas por simples despacho do dirigente máximo do serviço (cfr. artigo 21.°,n.°s 2 e 5);

— por outro lado, uma alternativa ao modelo hierárquico, a chamada *estrutura matricial*, que bem pode considerar-se o embrião de uma Administração Pública *customer oriented*, isto é, voltada para as necessidades dos cidadão se agrupada em torno da concretização de projectos bem delineados, concebidos e executados por equipas multidisciplinares (cfr. artigo 22.°, n.° 1, da Lei n.° 4/2004).

A estes dois vectores de uma acrescida adaptabilidade da Administração Pública à rápida transformação das necessidades colectivas dos cidadãos acresce ainda um terceiro: a previsão da criação de estruturas administrativas de carácter efémero – entre nós habitualmente designadas por *unidades de missão* –, destinadas a assegurar tarefas de carácter temporário que não possam ser asseguradas pelos serviços existentes (cfr. artigo 28.°, n.° 1, da Lei n.° 4/2004).

43. Atribuições, competências e missões

Atribuições são os fins que a lei comete às pessoas colectivas; **competências** são os poderes jurídicos de que

os órgãos de uma pessoa colectiva dispõem para prosseguirem as atribuições desta; **missões** são as tarefas desenvolvidas pelos diversos serviços públicos.

Em regra, os diferentes órgãos de uma pessoa colectiva dispõem de competências diversas para prosseguir atribuições idênticas; no caso da pessoa colectiva Estado porém, por força da multiplicidade e heterogeneidade dos fins prosseguidos, os membros do seu órgão máximo, os ministros, dispõem de competências idênticas para prosseguir atribuições diversas.

44. A competência em especial

44.1. Como se disse noutro ponto, a Administração Pública necessita de habilitação legal para agir. Ao contrário dos particulares, que podem fazer aquilo que a lei não proíbe, os órgãos administrativos apenas podem fazer aquilo que a lei lhes impõe ou permite. Compreende-se, assim, que somente a lei possa fixar a competência: por isso, esta não se presume e é inalienável e irrenunciável — cfr. artigo 29.° do CPA. Também pela mesma razão, antes de tomar qualquer decisão, o órgão administrativo deve certificar-se de que é competente para a tomar — cfr. artigo 33.°, n.° 1, do CPA.

A competência dos órgãos administrativos pode ser fixada em função de cinco critérios: a matéria, a hierarquia, o valor, o território e o tempo.

O momento da fixação da competência — cfr. artigo 30.°, n.° 1, do CPA.

44.2. A competência pode classificar-se de vários maneiras, com base em diferentes critérios:

a) Quanto ao modo de atribuição — somente pela lei (competência **própria**) ou somando a esta uma manifestação de vontade indispensável de outro órgão administrativo (competência **delegada**);

b) Quanto à inserção da competência nas relações interorgânicas — **competência comum** (a competência do superior hierárquico engloba a dos subordinados) e **competência exclusiva** (a competência do subordinado não se inclui na do superior hierárquico);

c) Quanto ao número de órgãos titulares — **competência singular** (um órgão titular) e **competência conjunta** (vários órgãos titulares);

d) Quanto à substância — **competência dispositiva** — para tomar uma decisão sobre certo assunto — **e competência revogatória** — para extinguir ou fazer cessar os efeitos de uma anterior decisão administrativa (cfr. artigos 142.°, n.° 1, e 174.°, n.° 1, do CPA).

45. Relações interorgânicas e relações intersubjectivas

Se se tiver em conta a complexidade da Administração Pública portuguesa, por um lado, e a importância que é tradicionalmente atribuída à personalidade jurídica para descrever tal complexidade, por outro, compreende-se a distinção feita: relações interorgânicas são as que se estabelecem no âmbito de uma pessoa colectiva (entre órgãos de uma mesma pessoa colectiva); relações intersubjectivas são as que ligam (órgãos de) duas pessoas colectivas.

46. Relações interorgânicas: a hierarquia administrativa

46.1. A hierarquia administrativa é o tipo de relacionamento interorgânico que caracteriza a burocracia, de acordo com o modelo concebido por MAX WEBER.

Um conceito amplo de hierarquia administrativa pode ser o seguinte: *modelo organizativo vertical que consubstancia uma relação jurídico-funcional entre órgãos empenhados na prossecução de atribuições comuns e agentes envolvidos nas mesmas tarefas, traduzida essencialmente no poder de direcção do superior e no correspondente dever de obediência do subordinado.*

A hierarquia que interessa ao direito administrativo é a chamada *hierarquia externa*, que reflecte a repartição vertical de competências entre os órgãos; existe uma outra hierarquia, dita *interna*, que é um conceito organizativo que designa a divisão vertical de tarefas entre agentes.

46.2. Numa relação hierárquica o superior hierárquico dispõe de um certo número de poderes jurídicos:

a) O *poder de direcção*, que consiste na faculdade de dar ordens e instruções ao subordinado;

b) O *poder de supervisão*, que se consubstancia na faculdade de confirmar, revogar, suspender, modificar ou substituir os actos do subordinado; note-se que se o subordinado dispuser de competência exclusiva sobre a matéria, o superior hierárquico não pode modificar nem substituir o acto; mesmo a revogação e a suspensão somente são possíveis a pedido dos interessados, isto é, daqueles que foram afectados pelo acto (e não por iniciativa do superior hierárquico) — cfr. artigos 142.°, n.° 1, e 174.°, n.° 1, do CPA;

c) O *poder disciplinar*, que se concretiza através da aplicação de sanções disciplinares.

46.3. Ao poder de direcção do superior hierárquico corresponde o principal dever do subordinado: o *dever de obediência*, isto é, o dever de acatar e cumprir as ordens e instruções do legítimo superior hierárquico relativas a matéria de serviço e que revistam a forma legal.

Que sucede quando o subordinado recebe do superior hierárquico uma ordem que considera contrária à lei?

O problema, complexo e melindroso, das ordens ilegais encontra-se previsto e regulado nos artigos 271.º, n.ºs 2 e 3, da CRP e 5.º do *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas*, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro). São os seguintes os traços essenciais do regime jurídico contido nestes normativos:

a) O dever de obediência cessa se o cumprimento da ordem implicar a prática de um crime pelo subordinado;

b) Se o subordinado tiver a ordem recebida por ilegal mas ela não implicar a prática de um crime, pode reclamar ou usar do chamado *direito de respeitosa representação*, que consiste no pedido dirigido ao superior hierárquico para que confirme por escrito a ordem supostamente ilegal (*a priori* ou, se ordem for para imediato cumprimento, logo após este);

c) No caso de a demora na execução da ordem não lesar o interesse público, o subordinado aguardará a sua confirmação, somente a executando após receber esta;

d) Se a demora prejudicar o interesse público, o subordinado comunicará ao superior hierárquico os termos exactos da ordem e do pedido de confirmação, mencionando a não satisfação deste, e cumprirá a ordem;

e) Quando a ordem tiver sido dada para cumprimento imediato, o subordinado executá-la-á, procedendo então à comunicação referida na alínea anterior.

Procedendo como antecede, fica excluída a responsabilidade do subordinado pelos prejuízos causados pelo cumprimento da ordem.

46.4. Em nossa opinião, a lei não concede ao subordinado qualquer poder de controlo da legalidade das ordens recebidas do superior hierárquico. Há, porém, quem sustente que *o trabalhador deve verificar a legalidade da ordem e, se a julgar ilegal, não a cumprir* ...[93].

Este entendimento contraria a norma legal, na medida em que esta apenas atribui ao subordinado a faculdade de reclamar do superior a confirmação por escrito da ordem recebida, não lhe conferindo qualquer poder de optar entre o incumprimento e a reclamação. Esta é, de resto, a diferença essencial entre o regime da ordem supostamente ilegal e o regime da ordem que envolva a prática de um crime: neste caso, sim, o subordinado não deve obedecer.

47. A supervisão

A supervisão consubstancia-se numa quase-hierarquia: *é uma forma de relacionamento interorgânico em que o órgão supervisionante não pode dar ordens ao*

93 Cfr. PAULO VEIGA E MOURA, *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra, 2009, p.64; cfr. também pp. 50 a 56.

órgão supervisionado mas pode agir sobre os actos deste, designadamente revogando-os. Exemplo deste tipo de relacionamento ocorre frequentemente entre um órgão colegial e os seus membros — por exemplo, entre a câmara municipal e os membros desta individualmente considerados.

48. A delegação de poderes

48.1. Do ponto de vista da ciência da administração, a delegação é um instrumento de difusão do poder de decisão numa organização pública que repousa na iniciativa dos órgãos superiores desta. É uma verdadeira *auto-repartição da capacidade de decisão*.

Do ponto de vista do direito administrativo, a **delegação de poderes** (ou **de competência**) é o *acto pelo qual o órgão de uma pessoa colectiva envolvida no exercício de uma actividade administrativa pública normalmente competente em determinada matéria e devidamente habilitado por lei possibilita que outro órgão ou agente pratiquem actos administrativos sobre a mesma matéria* — cfr. artigo 35.º, n.º 1, do CPA.

48.2. A delegação de poderes exige a verificação de alguns elementos essenciais.

48.2.1. Para poder proceder a uma delegação — como para praticar qualquer outro acto jurídico público — é indispensável que exista uma regra atributiva de competência, neste caso, competência para a prática do acto de delegação. É esta regra que se designa **lei de habilitação**.

O CPA contém, no n.º 2 do artigo 35.º, uma norma de habilitação geral para a prática de actos de administração ordinária no âmbito da hierarquia administrativa.

48.2.2. O **delegante** e o **delegado** constituem os elementos subjectivos da delegação.

Embora a maioria esmagadora dos casos de delegação ocorra entre nós no âmbito das relações interorgânicas, ou seja, entre órgãos da mesma pessoa colectiva — por isso que a doutrina propende a considerá-la uma espécie de desconcentração, a desconcentração derivada[94] –, não é menos verdade que esta limitação é ignorada noutros países, como sucede em Espanha e na Itália. E, mesmo em Portugal, conhecem-se casos de delegação entre órgãos de pessoas colectivas diferentes: delegações de competências da câmara municipal nas juntas de freguesia (cfr. artigos 37.º, n.º 1, e 66.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro), delegações de membros do Governo em órgãos directivos de institutos públicos.

Se nos recordarmos do que noutro ponto se disse quanto ao significado da personalidade colectiva dos entes a que chamámos *instrumentais*, facilmente se compreenderá que a previsão da delegação nestes de competências de órgãos do Estado resulta de eles não serem tratados como pessoas colectivas autónomas, mas como serviços integrantes da organização estadual.

94 Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso..., cit.*, Volume I, pp. 836 a 838.

48.2.3. Entendemos que o último elemento da delegação não é o acto de delegação propriamente dito mas **a relevância da vontade do delegante**. Para existir delegação não julgamos imprescindível a prática de um acto jurídico, bastando uma omissão juridicamente relevante. É o que ocorre na chamada *delegação tácita*, em que a lei da habilitação, em vez de prever o acto de delegação, considera certos poderes delegados, a não ser que o delegante manifeste a sua vontade em sentido oposto.

A nossa concepção quanto a este elemento da delegação explica por que razão divergimos de DIOGO FREITAS DO AMARAL, que, considerando imprescindível o acto expresso de delegação, conclui ser a delegação tácita, não uma espécie de delegação de poderes, mas uma espécie de desconcentração originária, resultante directamente da lei[95].

Esta questão tem importância na medida em que, se a delegação tácita resultasse directamente da lei, então o delegante não lhe poderia pôr termo — nem poderia exercer sobre o delegado os poderes de que dispõe numa situação de verdadeira delegação. Inversamente, se a delegação tácita for, como cremos, uma verdadeira delegação, então aplicar-se-lhe-á o regime próprio desta.

Quanto à chamada *delegação de assinatura*, não se trata de uma verdadeira delegação, precisamente devido à irrelevância jurídica da vontade do delegado — o autor do acto é o delegante.

95 Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso*..., cit., Volume I, p.843.

48.3. O regime jurídico da delegação é o seguinte:

48.3.1. Constituem *requisitos do acto de delegação* (na delegação expressa, naturalmente):

a) A especificação dos poderes delegados;

b) A publicação (cfr. artigo 37.°, n.° 2, do CPA).

Note-se, antes de mais, que existem poderes indelegáveis: uns, indelegáveis porque a lei não permite a sua delegação; outros, indelegáveis por natureza, como sucede com o poder disciplinar sobre o subordinado delegado (não é, evidentemente, concebível o exercício do poder disciplinar sobre si próprio).

No que respeita ao conteúdo da delegação, podem, abstractamente, conceber-se duas distinções:

— pode indicar-se quais as matérias em que o delegado pode tomar decisões (gestão de pessoal, por exemplo) ou especificar-se os poderes jurídicos que ele fica habilitado a exercer (o poder de emitir certas licenças, também por exemplo);

— num caso como no outro, a indicação de matérias ou a especificação de poderes podem ser formuladas de forma positiva ou de forma negativa (todas as matérias em que o superior hierárquico pode tomar decisões ou todas as suas competências, com excepção de: ...)

No direito administrativo português vigora a regra, imposta pelo artigo 37.°, n.° 1, do CPA, da **especificação positiva de poderes jurídicos.**

48.3.2. Constitui *requisito específico do acto praticado ao abrigo de poderes delegados* que o delegado mencione essa qualidade (cfr. artigo 38.° do CPA).

48.3.3. O *delegante dispõe dos seguintes poderes* (cfr. artigo 39.º do CPA):

a) Orientar o exercício dos poderes delegados através de directivas e instruções;

b) Avocar, isto é, chamar a si os poderes delegados em casos concretos em que pretenda ser ele a decidir;

c) Revogar os actos praticados pelo delegado ao abrigo da delegação.

Sublinhe-se que o delegante não se despoja dos seus poderes através do acto de delegação, continuando com competência para decidir — muito embora a lei presuma que a competência delegada será normalmente exercida pelo delegado. É precisamente para evitar que possam ser tomadas duas decisões sobre o mesmo caso — uma pelo delegante, outra pelo delegado —, eventualmente contraditórias, que a lei obriga o delegante a proceder à avocação quando pretender exercer a competência por si delegada. Uma vez concretizada a avocação, o delegado deixa de ter competência para decidir aquele caso, evitando-se assim qualquer risco de contradição.

48.3.4. *Subdelegações:*

A subdelegação é uma delegação de segundo grau, em que o delegado funciona também como delegante, estando submetida ao mesmo regime jurídico.

O CPA admite, no seu artigo 36.º, as subdelegações, em condições distintas consoante se trate da primeira subdelegação ou das subsequentes. Em qualquer dos casos é indispensável que a lei não interdite a subdelegação. Mas, enquanto a primeira subdelegação depende de autorização (manifestação de vontade expressa) do delegante (cfr. n.º 1 do artigo 36.º), já as subdelegações subsequentes são admitidas pelo Código desde que o delegante as não proíba (manifestação de vontade tácita).

48.3.5. *Regime dos actos praticados ao abrigo de delegação:*

A regra geral nesta matéria é que o acto do delegado possui as mesmas características que teria se tivesse sido praticado pelo delegante.

No caso de o delegante ser superior hierárquico do delegado, os actos deste podem ser objecto de recurso hierárquico para aquele; se o delegante não for superior hierárquico do delegado, existirá recurso hierárquico impróprio, com fundamento no poder de revogar do delegante.

Noutro ponto se voltará a esta problemática.

48.3.6. *Extinção da delegação:*

Nos termos do artigo 40.º do CPA, a delegação extingue-se:

— por revogação;

— por caducidade — ou porque se esgotaram os seus efeitos, ou porque foram substituídas as pessoas do delegante ou do delegado.

A caducidade da delegação sempre que as pessoas do delegante ou do delegado são substituídas resulta da circunstância de a delegação de poderes ser considerada entre nós um acto *intuitus personnae*, isto é, um acto fundado numa relação de confiança pessoal entre o delegante e o delegado. É uma consequência indesejável da substituição, sobretudo porque é causa da prática de muitos actos «a descoberto» (designação usual dos actos não cobertos por delegação válida e eficaz), sempre que o novo titular não se apercebe da caducidade da delegação.

Não é assim noutros países: em França, por exemplo, a delegação de poderes é concebida como uma relação funcional entre órgãos, não ocorrendo a sua caducidade quando os titulares destes são substituídos.

48.4. A grande polémica doutrinária sobre a **natureza jurídica da delegação** assenta essencialmente na resposta à seguinte questão: a quem é que a lei atribui a competência? São possíveis dois tipos de respostas:

a) Exclusivamente ao delegante;

b) Conjuntamente ao delegante e ao delegado.

Se o delegante é o único a receber da lei a competência, então, considerada a impossibilidade de se despojar desta, a delegação opera a transferência do exercício da competência para o delegado (ROGÉRIO SOARES, DIOGO FREITAS DO AMARAL).

Se ambos — delegado e delegante — recebem da lei a competência, então a manifestação de vontade do delegante opera como condição do exercício da competência por parte do delegado (ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, MARCELLO CAETANO e PAULO OTERO).

As consequências práticas da opção operam no plano dos fundamentos da impugnação do acto praticado pelo suposto delegado fora do âmbito da delegação — incompetência, na primeira hipótese, vício de forma, na segunda.

Para quem, como nós, sustentou que elemento da delegação é, não o acto (expresso) de delegação, mas a relevância jurídica (por acção ou omissão) da vontade do delegante, é mais lógico estar com aqueles que entendem que a lei confia os poderes conjuntamente ao delegante e ao delegado, operando a manifestação de vontade, expressa ou implícita, daquele como condição legal da prática por este de actos nas matérias indicadas na lei de habilitação. De facto, não se vê como poderia uma omissão determinar uma transferência de poderes, fosse da sua titularidade, fosse do respectivo exercício.

49. Relações intersubjectivas

A existência de relações entre as pessoas colectivas que se encontram envolvidas no exercício de actividades administrativas públicas decorre de uma óbvia exigência de coordenação da administração pública: os cidadãos não aceitam lacunas, contradições e duplicações na prossecução dos diversos interesses públicos.

Tradicionalmente, apenas constituem objecto de estudo nesta disciplina as relações entre pessoas colectivas públicas. Todavia, tendo em conta a nossa proposta de redelimitação do âmbito da Administração Pública, referir-nos-emos também ao relacionamento entre pessoas colectivas públicas e pessoas colectivas de estatuto privado.

50. A tutela administrativa

A relação de tutela administrativa entre duas pessoas colectivas públicas determina que *os actos praticados pelos órgãos da pessoa tutelada se encontrem sujeitos à interferência de um órgão da entidade tutelar, com o propósito de assegurar a legalidade ou o mérito daqueles.*

A tutela administrativa é susceptível de classificação segundo dois critérios principais:

a) Quanto ao objecto — tutela *de legalidade*, que não pode ir além do plano da conformidade legal, e tutela *de mérito*, que pode incidir sobre a oportunidade e a con-

veniência da actuação administrativa (cfr. artigo 242.°, n.° 1, da CRP);

b) Quanto à forma de exercício — tutela *integrativa* ou *correctiva* (poder de autorizar ou aprovar actos), tutela *inspectiva* (poder de fiscalizar), tutela *sancionatória* (poder de aplicar sanções), tutela *revogatória* (poder de revogar actos administrativos) e tutela *substitutiva* (poder de suprir omissões).

O regime jurídico da tutela administrativa apresenta os seguintes traços gerais:

a) As relações de tutela têm de resultar da lei («a tutela não se presume»)[96];

b) A tutela nunca envolve o poder de orientar a actividade da pessoa colectiva tutelada;

c) Os actos através dos quais se exerce a tutela podem ser impugnados pela entidade tutelada.

51. A superintendência

51.1 A relação de superintendência entre duas pessoas colectivas públicas *confere aos órgãos de uma delas os poderes de definir os objectivos e orientar a actuação dos órgãos da outra.*

96 Precisamente porque os poderes de tutela não se presumem, impressiona o laconismo tradicional da maioria das nossas leis, ao tratarem das relações de tutela entre o Estado e outras pessoas colectivas públicas: quase nunca se especificam minimamente os poderes de tutela. Por isto mesmo, justifica-se uma referência positiva ao artigo 8.°, n.° 2, da anterior Lei Orgânica do Ministério das Finanças (Decreto-Lei n.° 158/96, de 3 de Setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.° 21/90, de 28 de Janeiro), disposição que especificava o objecto e as formas de tutela exercidas pelo Ministro das Finanças sobre as entidades sujeitas aos seus poderes tutelares.

A relação de superintendência estabelece-se entre duas pessoas colectivas uma das quais se encontra, nalguma medida, na dependência da outra — na maioria dos casos, porque foi esta que criou aquela.

Os instrumentos típicos da superintendência são as **directivas** e as **recomendações:** aquelas impõem objectivos mas deixam liberdade quanto aos meios para os atingir; estas são opiniões, acompanhadas de um convite para agir num certo sentido.

Duas pessoas colectivas públicas podem estar simultaneamente ligadas por relações de superintendência e de tutela: isto ocorre, designadamente, em relação às entidades que compõem a administração instrumental do Estado; entidades que integram a administração autónoma, nomeadamente as autarquias locais, somente têm com o Estado uma relação de tutela.

51.2 Algumas leis mais recentes também regulam os poderes que se incluem na chamada *função accionista do Estado*, ou seja, os poderes que uma entidade pública exerce sobre entidades de estatuto privado integrantes da organização administrativa pública. É o que sucede com o Decreto-Lei n.° 558/99, de 17 de Dezembro, objecto de apreciação noutro ponto, que estabelece o regime do sector empresarial do Estado. Os artigos 11.°, 12.° e 13.° deste diploma concedem ao Estado os poderes de determinar as orientações estratégicas, controlar a gestão administrativa e

financeira e exigir a prestação de informações às sociedades de que o Estado é accionista. Uma lei orgânica recente como é a do antigo Ministério do Equipamento Social, já citada, atribui ao titular desta pasta *as competências no âmbito da função accionista do Estado*, relativamente a um conjunto de empresas que enumera.Leis orgânicas posteriores procedem de forma idêntica.

Note-se que estes poderes se aproximam bastante da ideia de superintendência. De resto, o artigo 16.º da Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto, designa por *poderes de superintendência* os poderes exercidos pelas câmaras municipais e os conselhos de administração das associações de municípios sobre as empresas municipais e intermunicipais, respectivamente.

52. Os princípios constitucionais sobre a organização administrativa

Os princípios fundamentais da organização administrativa pública encontram-se nos n.ºs 1 e 2 do artigo 267.º da CRP:

a) O **princípio da desburocratização** exige que os métodos de trabalho da Administração Pública evitem diligências e formalidades inúteis e facilitem a vida dos cidadãos;

b) O **princípio da aproximação dos serviços às populações** recomenda, não só a instalação física dos serviços públicos em locais próximos daqueles em que se encontram os destinatários da sua actividade, mas também que tais serviços sejam integrados nas pessoas colectivas públicas de menor âmbito territorial compatível com a sua eficiência (princípio da subsidiariedade);

c) O **princípio da participação dos interessados na gestão efectiva dos serviços públicos** aconselha a adopção por estes de modelos de administração participada, designadamente por via da instituição de órgãos representativos de interesses;

d) O **princípio da descentralização administrativa**[97] determina que os interesses públicos que a actividade administrativa pública visa satisfazer num determinado país não estejam somente a cargo do Estado, mas também de outras pessoas colectivas públicas.

Para se poder falar em verdadeira descentralização administrativa é ainda indispensável que estas pessoas colectivas públicas tenham a sua existência constitucionalmente assegurada, disponham de órgãos eleitos, tenham a sua esfera de atribuições garantida por lei e não estejam sujeitas a intervenções do Estado, salvo quanto à tutela de legalidade.

É o que sucede em Portugal com as autarquias locais, resultado da descentralização de base territorial:

— a CRP garante a sua existência e as suas atribuições (cfr. artigos 235.º a 237.º);

— as autarquias locais dispõem necessariamente de um órgão colegial eleito (cfr. artigo 239.º, n.ºs 1 e 2, da CRP);

— o Estado apenas exerce sobre os órgãos autárquicos tutela administrativa de legalidade (cfr. artigo 242.º, n.º 1, da CRP).

97 O conceito de descentralização administrativa, característico dos países da Europa continental, apenas incide sobre a função administrativa. A existência de assembleias legislativas, governos e tribunais próprios dos Estados federados ou das regiões (nas federações e nos Estados regionais) integra o fenómeno da descentralização política, que releva do direito constitucional e não do direito administrativo.

Do ponto de vista jurídico, *existe, pois, entre nós uma verdadeira descentralização administrativa territorial.*

O mesmo não se pode afirmar da descentralização administrativa de base não territorial (também conhecida por *devolução de poderes*): o Estado (e as outras pessoas colectivas de população e território) não tem o dever constitucional, nem legal, de criar institutos públicos ou empresas públicas — ou, sequer, de assegurar a continuidade daqueles que hoje existem. O Estado deve orientar-se no sentido da descentralização administrativa de base não territorial (cfr. artigos 6.º, n.º 1, e 267.º, n.º 2), mas a Constituição, contrariamente ao que ocorre com a descentralização de base territorial, não contém regras que a assegurem. O que não deve causar admiração, considerando que institutos públicos e entidades públicas empresariais são, como se disse, pessoas colectivas públicas *instrumentais*;

e) O **princípio da desconcentração** recomenda que em cada pessoa colectiva pública as competências necessárias à prossecução das respectivas atribuições não sejam todas confiadas aos órgãos de topo da hierarquia, mas distribuídas pelos diversos níveis de subordinados.

Esta distribuição — que tanto pode resultar directamente da lei *(desconcentração originária)* como de delegação *(desconcentração derivada)* — não tem a sua medida regulada na CRP, o que significa que se trata de um princípio constitucional orientador da organização administrativa pública cuja concretização se encontra, em larga medida, nas mãos do legislador ordinário.

CAPÍTULO II

OS RECURSOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Leituras aconselhadas:

ANA FERNANDA NEVES, *Relação jurídica de emprego público*, Coimbra, 1999, pp. 21 a 27; ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O Domínio Público. O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Coimbra, Almedina, 2005; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, Coimbra, Coimbra Editora, Lisboa, 1965; FERNANDO ALVES CORREIA, *A Concessão de Uso Privativo do Domínio Público*, «in» ***Direito e Justiça*** *– VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, pp. 101 A 116; JOÃO CAUPERS, *Introdução à Ciência da Administração Pública*, cit., pp. 107 a 116; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Defesa do domínio público*, «in» *Francisco Salgado Zenha – Liber Amicorum*, Coimbra, 2003, pp. 445 e ss.; JOSÉ PEDRO FERNANDES, *Domínio Público*, «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume IV, Lisboa, 1991, pp. 166 e ss.; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, cit., pp. 799 a 801; PAULO VEIGA E MOURA, *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública*, cit., pp. 47-48.

53. Os recursos humanos

Os recursos humanos da administração pública podem ser encarados de duas formas extremas, radicalmente opostas:

a) No chamado modelo de carreira (também conhecido por «modelo francês»), as pessoas entram para o serviço da administração pública, usualmente através de um procedimento de concorrência (concurso), e aí ficam, muitas vezes, a vida inteira, sendo regularmente promovidos a partir de uma posição de entrada até uma posição de topo na carreira que abraçaram;

b) No modelo oposto, dito de emprego (dito modelo «norte-americano»), a prestação de serviços à administração pública tende a ser considerada como um acidente de duração variável na vida do cidadão; a entrada para a administração pública faz-se por eleição ou escolha — mais ou menos condicionada, consoante os casos; o novo agente ao serviço da administração deixa temporariamente a sua actividade profissional e dedica alguns anos da sua vida ao serviço público; terminado este período, regressa àquela actividade (é a chamada revolving door*).*

Ambos os sistemas têm, naturalmente, vantagens e inconvenientes. O modelo de carreira contribui para a formação de um escol burocrático, isto é, de uma elite profissionalizada de funcionários públicos, coisa que o modelo de emprego não proporciona. Em compensação, este último não favorece o "enquistamento" de pessoas no aparelho de Estado, facilitando o controlo democrático da administração pública[98].

98 JOÃO CAUPERS, *Introdução à Ciência da Administração Pública*, Lisboa, 2002, pp.107-108.

Escrevemos este texto há sete anos, dando conta de uma distinção clássica na situação dos trabalhadores da Administração Pública. Nessa época era clara a recondução do quadro legal português a esta dicotomia, existindo então dois regimes possíveis para estes trabalhadores, um designado *de direito público* e outro *de direito privado*. A opção por um ou outro deveria obedecer a considerações relativas à natureza das necessidades que a actividade dos trabalhadores visava satisfazer: tratando-se de *necessidades permanentes e próprias dos serviços*, deveria aplicar-se o regime de direito público; caso as necessidades a satisfazer fossem conjunturais ou pontuais, a escolha deveria ser a oposta. A diferença fundamental residia na estabilidade do vínculo laboral, naturalmente maior no regime de direito público.

Sempre fomos muito críticos relativamente à distinção, visando sobretudo o contexto em que se inseria. Por isso, escrevemos também:

A principal modificação deveria, em nosso entender, incidir sobre uma ideia — mais precisamente, sobre as consequências jurídicas de uma ideia: a velha ideia de que a administração pública é um "emprego para a vida", complementada por aquela outra de que, devido a esse carácter "vitalício" do emprego público, não faz grande diferença exercer melhor ou pior funções públicas: para além de tal se não reflectir na manutenção do vínculo laboral, também não se repercute na remuneração (ninguém recompensa, ninguém castiga).

Supomos que para destruir esta ideia haveria de começar por, corajosamente, flexibilizar o trabalho na administração pública, tomando a situação e o futuro de cada trabalhador mais dependente do modo como executa as suas funções.

A forma mais simples de conseguir este resultado seria através da aplicação à maioria dos trabalhadores da administração pública do mesmo regime jurídico-laboral que se aplica nos outros sectores da economia. Somente deveriam manter um regime legal distinto, traçado por regras de direito público, aqueles trabalhadores que, por força de as funções exercidas não poderem ser dissociadas da autoridade do Estado, carecem de um tratamento especial: militares de carreira, elementos das forças e serviços de segurança, magistrados, diplomatas, membros das diversas inspecções do Estado e pouco mais.

Não descortinamos por que razão hão-de os médicos e os enfermeiros, os professores, os consultores da administração pública e outros profissionais beneficiar de uma maior garantia de estabilidade do vínculo laboral, comparativamente com aqueles que exercem funções absolutamente idênticas nos outros sectores, sendo tal estabilidade acrescida compensada com uma remuneração inferior, muitas vezes manifestamente inferior.

A única explicação que nos ocorre para justificar tal situação seria a defesa do emprego público estável para os medíocres...[99].

Veremos de seguida o que aconteceu em 2008. Antes, porém, justifica-se um olhar sobre a Constituição, já que esta contém algumas disposições relativas aos recursos humanos da Administração Pública, das quais se pode extrair o estatuto constitucional da função pública.

99 JOÃO CAUPERS, *Introdução à Ciência da Administração Pública*, cit., pp. 114-115

54. Estatuto constitucional da função pública

O estatuto constitucional da função pública encontra-se repartido por vários preceitos constitucionais e abrange diversos aspectos relativos à função pública ou, se se preferir, ao exercício de funções públicas.

Em primeiro lugar, no direito de acesso à função pública, assegurado pelo n.º 2 do artigo 47.º da lei fundamental, que confere relevância ao princípio da igualdade e ao seu corolário, a admissão para o exercício de funções públicas através de concurso, como regra geral.

Em segundo lugar, a competência reservada da Assembleia da República para aprovar *as bases do regime e âmbito da função pública*, estabelecida no artigo 165.º, n.º 1, alínea *t)*, da CRP.

Em terceiro lugar, a necessidade de assegurar a imparcialidade e a neutralidade da função pública, uma vez que esta se encontra *exclusivamente ao serviço do interesse público*, como garante o n.º 1 do artigo 269.º da CRP (cfr. artigo 30.º da Lei nº.12-A/2008, de 27 de Fevereiro); compreende-se, pois, que aqueles que exercem funções públicas se encontrem abrangidos por regimes legais próprios em matéria de incompatibilidades e acumulações, essencialmente destinados a prevenir situações de conflito de interesses (cfr. artigo 269.º, n.ºs 4 e 5, da Constituição, e artigos 26.º a 29.º da Lei n.º 12-A/2008).

Em quarto lugar, a própria Constituição, no artigo 269.º, n.º 3, garante a defesa dos funcionários públicos em processo disciplinar (cfr. n.º 1 do artigo 37.º do *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas*, já referido noutro ponto).

Em quinto lugar, certos grupos de funcionários públicos encontram-se sujeitos a restrições aos seus direitos, estabelecidas em razão da natureza das funções exercidas (militares, agentes dos serviços e forças de segurança, diplomatas), devendo tais restrições respeitar sempre o princípio da proporcionalidade (artigo 270° da CRP).

Por último, a sujeição dos funcionários públicos a regras específicas em matéria de obediência hierárquica e a um regime próprio de responsabilidade civil (cfr. artigos 271° da CRP, e 5.° do *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas*).

Note-se, ainda, que o estatuto constitucional da função pública não limita a sua projecção ao enquadramento jurídico-laboral dos funcionários públicos: o conceito tem igualmente relevância penal, qualificando certos comportamentos criminosos, tanto por parte dos agentes – crimes cometidos por funcionários públicos –, como por parte das eventuais vítimas – crimes cometidos contra funcionários públicos.

55. Quadro legal actual

55.1. Durante o ano de 2008 foram publicados três diplomas legais que delinearam o novo quadro legal dos recursos humanos da Administração Pública. Todos constam de leis aprovadas na Assembleia da República.

O primeiro foi a Lei n.° 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que, nas palavras do legislador, *estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas.*

O segundo foi a mencionada Lei n.° 58/2008, de 9 de Setembro, já mencionada, e que aprovou o *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas.*

O último foi a Lei n.° 59/2008, de 11 de Setembro, que aprovou o *Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas.*

Este "pacote" legislativo constituiu uma significativa modificação (porventura não tão significativa como parece) do estatuto legal dos funcionários públicos. Desde logo porque estes desapareceram da lei ordinária, cedendo o lugar aos «trabalhadores que exercem funções públicas».

O uso da expressão "funcionário público" foi objecto de grande controvérsia após a instauração do regime democrático. Na revisão constitucional de 1982 a expressão utilizada pela Constituição *funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas* foi substituída pela expressão *trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas*, expressão ainda hoje constante do artigo 269.°. Com a alteração quis-se simbolizar que os "funcionários públicos" não eram uma espécie de "anomalia": eram trabalhadores tendencialmente como os outros, quando muito uma outra espécie do género "trabalhadores". Mas a epígrafe do artigo continuou a ser *regime da função pública*: a função pública continuou a existir – deixou foi de ser utilizada na lei fundamental a substantivação do seu sujeito – o funcionário público[100].

100 Sobre este ponto, cfr. ANA FERNANDA NEVES, *Relação jurídica de emprego público*, Coimbra, 1999, pp.21 a 27.

A partir de então, a expressão "funcionário público" – que continuou a constar das leis – foi ganhando crescente carga negativa, a ponto de já ninguém desejar sê-lo, como se a expressão se tivesse convertido num anátema e não, como deveria ser, uma qualificação jurídica nobre, aplicável a alguém que se encontra ao serviço do interesse público e, portanto, da colectividade. Chegou-se mesmo ao extremo de muitos trabalhadores, exercendo indiscutivelmente funções públicas, no sentido óbvio de funções orientadas para a satisfação dos mais relevantes interesses públicos – magistrados do ministério público, militares e, até, agentes policiais – se manifestarem publicamente ofendidos por serem considerados "funcionários públicos".

55.2. O abandono pela lei da expressão "funcionários públicos" não representou, porém, a morte das dicotomias tradicionais inerentes: funcionários e agentes (não funcionários); trabalhadores em regime de direito público e trabalhadores em regime de direito privado. O que sucedeu é que elas foram redesenhadas.

A distinção fulcral é agora entre os *trabalhadores que exercem funções públicas* em *regime de nomeação* e os *trabalhadores que exercem funções públicas* em *regime de contrato*. Este último constitui o regime regra, aplicável a todos os trabalhadores para os quais a lei não estabelece o regime de nomeação.

A lei, no artigo 10.°, determina a aplicação do regime de nomeação a certos grupos de trabalhadores:

a) Forças Armadas;
b) Representação externa do Estado;
c) Informações de segurança;
d) Investigação criminal;

e) Segurança pública;
f) Inspecção.

Não é difícil descobrir subjacente a esta enumeração o critério que sugeríamos há sete anos: trata-se, no essencial, de trabalhadores que se encontram envolvidos no exercício de funções públicas de alguma forma relacionadas com o exercício da autoridade. Os grupos em causa, de resto, não se afastam da nossa proposta de então (v. supra).

Quanto aos restantes trabalhadores, o artigo 20.° manda aplicar-lhes o regime de contrato, distinguindo neste dois tipos: os *contratos por tempo indeterminado* e os *contratos a termo resolutivo, certo ou incerto.*

55.3. É fácil comprovar que, enquanto o regime de nomeação opera num ambiente de direito público, o mesmo não sucede com o regime do contrato.

A nomeação é um acto administrativo unilateral – *reveste a forma de despacho*, diz o n.° 1 do artigo 14.° –, cujos efeitos dependem da aceitação do nomeado (cfr. artigos 15.°, n.° 1, e 18.°, n.° 1). Herda assim a natureza do antes designado «acto administrativo de provimento».

Acresce que as condições da cessação da relação jurídica que tem por fonte o acto de nomeação, constante do n.° 1 do artigo 32.°, demonstram que esta é, como é tradição na nossa Administração Pública, tendencialmente "para a vida". Com excepção da conclusão sem sucesso do período experimental – que, sabendo-se como se passam as coisas, deve ser um fenómeno raríssimo –, e da aplicação de pena disciplinar expulsiva, igualmente rara, as causas de cessação dependem da vontade do nomeado, ou pelos menos, de circunstâncias a ele relativas: pedido deste, mútuo acordo, aposentação, morte.

56.2. Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do novo Estatuto, *considera-se infracção disciplinar o comportamento do trabalhador, por acção ou omissão, ainda que meramente culposo, que viole deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce.* A infracção disciplinar continua a ser, como sempre foi entre nós, atípica, ao contrário do que sucede com a infracção penal: qualquer comportamento violador dos deveres do trabalhador constitui, em princípio, infracção disciplinar.

A comparação desta formulação com a da lei anterior (também o n.º 1 do artigo 3.º) evidencia duas alterações, ambas de reduzido significado:

– a primeira resulta do abandono da expressão *funcionário ou agente*, em resultado da proscrição da expressão «funcionário público», a que já fizemos referência;

– a segunda consubstancia-se na explicitação de que o comportamento disciplinarmente relevante pode concretizar-se por acção ou omissão – o que, de resto, já constituía entendimento pacífico.

56.3. Mantendo-se a regra de que a infracção disciplinar há-de consubstanciar uma violação dos deveres do trabalhador, mantém-se também uma enumeração destes – dos deveres gerais, naturalmente, já que os especiais hão-de constar de normas específicas do exercício de certas funções públicas.

Os deveres gerais dos trabalhadores da Administração Pública encontram-se enumerados no n.º 2 do artigo 3.º. A comparação desta norma com os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 3.º do anterior estatuto permite identificar facilmente a principal alteração: desapareceu o dever de sigilo, surgindo, como que em sua substituição, o dever de informação. Não nos parece uma alteração feliz.

O dever de sigilo traduzia-se na obrigação de respeitar o segredo profissional; tratava-se, pois, de um dever claramente pessoal, que apenas o trabalhador individualmente considerado tinha de respeitar e podia ofender. Não é fácil perceber que razões terão levado o legislador a eliminá-lo da enumeração dos deveres gerais dos trabalhadores. E, se não se descortinam as razões do desaparecimento do dever de sigilo, menos ainda se compreendem as da introdução do novo dever de informar.

Certo é que o dever de informar, agora explicitado no n.º 6 do artigo 3.º do novo estatuto, é um dever em que a Administração Pública é investida pela própria Constituição, no seu artigo 268.º, correspondendo a um direito fundamental dos cidadãos. Por esta razão, a lei regula com detalhe a prestação de informações pela Administração Pública aos particulares[104]. Ora, como bem nota PAULO VEIGA E MOURA, a forma como está regulada esta prestação de informações faz recair a obrigação de informar sobre aqueles que, em cada serviço, são responsáveis por tal prestação, não deixando grande espaço para um dever de informar impendendo sobre todo e qualquer trabalhador da Administração Pública individualmente considerado[105].

Note-se, ainda a este propósito, que o desaparecido dever de sigilo deixou um pequeno rasto na parte final do n.º 6 do artigo 3.º do novo estatuto, onde se viu reduzido a um mero limite negativo do dever de informar.

104 Cfr. artigos 61.º a 65.º do CPA e a Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto.

105 Cfr. PAULO VEIGA E MOURA, cit., pp. 47 a 48.

56.4. A enumeração das penas disciplinares conheceu significativas alterações.

As penas correspondentes às infracções mais leves continuam a ser a repreensão escrita, a multa e a suspensão. Já duas das três penas mais graves previstas no estatuto anterior – a inactividade e a aposentação compulsiva – desapareceram. Quanto à pena mais grave de todas – a demissão –, viu a sua designação aumentada, por razões da aproximação ao estatuto laboral dos trabalhadores sujeitos ao Código do Trabalho, transformando-se em *demissão ou despedimento por facto imputável ao trabalhador* (artigo 9.°, n.° 1).

A lei estabelece, nos artigos 15.° a 18.°, uma correspondência entre as penas e o grau de culpabilidade dos autores das infracções disciplinares. Assim:

a) Às infracções praticadas com culpa leve são aplicáveis as penas de repreensão escrita ou de multa;

b) Se a infracção foi praticada com culpa grave, é aplicável a pena de suspensão;

c) Em caso de culpa muito grave, há lugar à aplicação da pena de demissão ou despedimento por facto imputável ao trabalhador.

57. Os bens (domínio público) – origens e natureza

O conceito de domínio público remonta as suas origens ao *ager publicus* dos romanos, conceito que se aplicava aos territórios conquistados, abrangendo terrenos confiscados aos vencidos, sobretudo a partir da Segunda Guerra Púnica. O *ager publicus* era pertença do *populus romanus* no seu conjunto, não sendo os terrenos que o integravam suscep-

tíveis de apropriação individual, característica que habitualmente se designa por extracomercialidade.

Do *ager publicus* evoluiu-se para o conceito de *res communes omnium,* coisas que podiam ser livremente utilizadas por qualquer pessoa, e para o conceito de *res publicae,* coisas que apenas podiam pertencer a entidades públicas de natureza territorial. Com a evolução, o conceito sofreu uma alteração qualitativa: de uma noção para que relevava a simples pertença, passou-se para outra, que passou a ter em conta a natureza das coisas e a sua utilização colectiva.

É ainda nesta ideia que repousa a formulação do n.° 2 do artigo 202.° do Código Civil: a extracomercialidade é a característica fundamental dos bens que integram o domínio público.

A natureza do domínio público nunca foi questão pacífica, sobre ela se debatendo duas grandes concepções.

A primeira concepção sustenta a autonomia conceptual do domínio público relativamente ao direito de propriedade (privada). O domínio público consistiria num direito de conservação e administração dos bens públicos, que nada teria a ver com a propriedade.

A segunda concepção considera o domínio público como uma verdadeira propriedade, embora uma espécie de propriedade diferente da propriedade privada – Hauriou propôs para ela a designação de propriedade *administrativa.*

Para além destas duas concepções opostas, também se perfilam dois critérios possíveis de determinação da dominialidade pública: o primeiro enfatiza a pertença a uma entidade pública; o segundo prefere sublinhar a afectação ao uso público.

Pela nossa parte, afigura-se que o domínio público é um conceito essencialmente funcional: supomos que a pedra

de toque do conceito é a afectação ao uso público, muito embora reconheçamos que, em face da nossa lei, a titularidade pública assume a maior importância.

58. Composição do domínio público

A determinação da composição do domínio público, para não se reduzir a uma mera descrição, pressupõe a utilização de critérios à luz dos quais se torne possível a construção e delimitação de categorias de bens dominiais.

Assim, é tradicional a contraposição entre o *domínio público natural* e o *domínio público artificial*. Enquanto o primeiro é constituído por coisas que não resultam da acção humana, o segundo é consequência dessa acção.

Diversa é a distinção entre o *domínio público por natureza* e o *domínio público por determinação legal*. A primeira categoria é a herdeira directa das antigas *res communes omnium*, coisas que não podiam, por razões essencialmente lógicas, deixar de pertencer a todos: o ar que respiramos, os rios em que navegamos, etc. A segunda resulta de uma construção do direito, que atribui a coisas que poderiam pertencer apenas a alguns um estatuto que obsta a tal apropriação. É agora a lei – e já não a natureza das coisas – que dita a dominialidade pública.

Também é habitual distribuir as coisas que integram o domínio público por diversos grupos, não em razão de qualquer critério escolhido para o efeito, mas em consideração de factores como a natureza física, a situação ou a finalidade dos bens dominiais.

Assim, distinguem-se:

a) O *domínio público hídrico*, constituído, está bem de ver, por água, do qual fazem parte o *domínio público marítimo*,

constituído pelas águas marítimas interiores, pelo mar territorial, pela plataforma continental e pelas praias, e o *domínio público fluvial*, integrado pelos cursos de água navegáveis ou flutuáveis e pelas respectivas margens;

b) O *domínio público aéreo*, constituído pelo espaço aéreo, entre o limite utilizável pelo proprietário ou superficiário do solo (limite inferior) e o limite da atmosfera (limite superior);

c) O *domínio público geológico*, integrado pelas jazidas minerais e pelas nascentes;

d) O *domínio público de comunicação*, integrado pelas estradas, ruas, passeios, pontes e viadutos, instalações portuárias e aeroportuárias e linhas férreas nacionais;

e) O *domínio público hertziano*, constituído pelo chamado espectro radioeléctrico.

59. O quadro constitucional

O enquadramento jurídico fundamental do domínio público consta do artigo 84.° da Constituição, disposição que foi introduzida na lei fundamental na revisão constitucional de 1989.

A primeira observação que esta disposição suscita é a de que o legislador constitucional optou por qualificar ele próprio certos bens como integrantes do domínio público; mas não reservou para si o monopólio de tal qualificação, antes estendendo ao legislador ordinário a possibilidade de aquela qualificação ser ampliada. É este o sentido da alínea *f)* do n.° 1.

Analisando esta disposição, percebe-se que foram utilizados, em simultâneo, vários critérios para determinar a dominialidade. Qualquer desses critérios, todavia, assenta

na ideia de *afectação*, trate-se de afectação, directa ou indirecta, ao uso público ou de afectação ao funcionamento de um serviço público. Quanto à concepção subjacente, o mais que se poderá dizer é que pelo menos relativamente às alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 84.º não pode aplicar-se uma concepção «proprietária».

60. O futuro(?) regime legal – traços gerais

60.1. Já em 2009, o Governo apresentou à Assembleia da República[106], uma proposta de lei que, pela primeira vez em Portugal, adopta um regime geral dos bens do domínio público[107]. Esse regime foi concebido com a intenção de conseguir um equilíbrio razoável entre os valores protecção do domínio e rentabilização dos bens dominiais.

Na verdade, a grande questão que hoje se coloca relativamente ao domínio público é a de saber como conciliar uma certa e justificada ideia de pertença à colectividade com o aproveitamento das utilidades que podem ser proporcionadas pelos bens dominiais. Esta conciliação

106 O regime dominial integra a reserva relativa de competência da Assembleia da República, conforme dispõe a alínea *v)* do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, devendo, por isso, ser aprovado por lei ou decreto-lei autorizado.

107 Contrariamente à nossa expectativa, a lei que viria, presumivelmente, a resultar da aprovação da proposta em questão, não chegou a ser aprovada pela Assembleia da República até ao termo da última sessão legislativa da actual legislatura. Por esse motivo, chamámos-lhe *Projecto do Regime Geral do Domínio Público*, abreviadamente, Projecto.

assume a maior relevância – ou, pelo menos, o maior impacto público – relativamente a uma parte do chamado domínio público artificial, o *domínio público edificado*.

Todos já nos deparámos, por esse País fora, com castelos em ruínas, conventos a cair, palácios e antigos fortes e quartéis abandonados. Muitos desses imóveis têm natureza dominial e o estado de degradação em que se encontram reflecte um problema de muito difícil resolução. Regra geral, os imóveis perderam a sua utilidade; a sua recuperação é muito dispendiosa e os seus titulares – Estado, municípios – não dispõem de recursos que lhes permitam custear as obras indispensáveis. Resta o envolvimento de particulares interessados. Todavia, exceptuados os casos de mecenato, os particulares interessados pretendem afectar o imóvel a uma utilização habitualmente distinta da original e em geral com fins lucrativos: instalar nele um hotel ou um conjunto de apartamentos de luxo, aproveitar uma parte para fazer ali funcionar um restaurante, afectá-lo à realização de eventos sociais, etc.

Neste quadro, que decisão tomar? Rejeitar a colaboração do privado, privilegiando a acessibilidade do imóvel ao público em geral, ainda que à custa da sua continuada degradação? Ou aceitá-la, possibilitando a recuperação do imóvel, à custa de alguma limitação da sua acessibilidade ao público em geral? Este é o dilema que se coloca nestas situações. Foi ele que a lei quis ultrapassar. O futuro dirá se o conseguiu.

60.2. O Projecto não se afasta da tradição portuguesa na matéria, optando pela identificação dos bens do domínio

público através do *método tipológico-enumerativo e não através do recurso ao método da cláusula geral*[108], essencialmente por razões de segurança jurídica. Assim, procedeu-se à respectiva enumeração no n.º 3 do artigo 3.º.

Também quanto à titularidade dos bens do domínio público, a opção legislativa foi conservadora: mantém-se exclusiva das pessoas colectivas de base territorial – Estado, regiões autónomas e autarquias locais –, reafirma o n.º 1 do artigo 4.º. Introduz-se, no entanto, uma possibilidade inovadora: a da não coincidência entre o regime dominial e a propriedade pública. Significa isto que poderão estar sujeitos ao regime de dominialidade pública bens de propriedade privada. Nesta circunstância peculiar são atribuídos a uma entidade pública poderes de domínio relativamente a estes bens, poderes esses *resultantes da incidência de um vínculo real de destinação pública sobre o bem* (artigo 5.º, n.º 2).

60.3. O regime material dos bens dominiais apresenta diversos traços caracterizadores. Começaremos por referir a questão da afectação do bem dominial.

Considerada a razão de ser do domínio público, compreende-se o tratamento dado pelo Projecto a esta questão. Na verdade, tendo explicitado, no n.º 2 do artigo 3.º, que *a inclusão e manutenção de quaisquer bens no domínio público assentam sempre no pressuposto de que os bens são indispensáveis à satisfação de necessidades colectivas*, percebe-se que a afectação seja uma condição da dominialidade: o bem apenas integra o domínio público porque se encontra afecto à satisfação de uma necessidade colectiva

108 Cfr. preâmbulo do Projecto.

ou, o que é o mesmo, porque desempenha uma função de utilidade pública. É isto que justifica a exigência, formulada pelo n.º 1 do artigo 6.º, de que o bem dominial se mantenha *sempre utilizado pelo seu titular ou por aquele para quem haja sido transferido o respectivo uso ou exploração.*

É ainda esta imposição de afectação permanente à função de utilidade pública justificativa da dominialidade do bem que explica a consagração de um dever de desafectação, consagrado no artigo 25.º. No caso de o bem deixar de desempenhar aquela função de utilidade pública, o seu titular tem o dever de iniciar o respectivo procedimento de desafectação, salvo se aquela circunstância resultar de comportamentos contrários à lei ou se existirem *ponderosas razões de interesse público que justifiquem a manutenção do bem no domínio público.*

Note-se que se trata de um verdadeiro dever jurídico, cujo incumprimento é sancionado com aquilo que bem se poderia designar por "iniciativa popular supletiva", podendo qualquer pessoa que se considere apta a comprovar a situação do bem requerer a sua desafectação (n.º 2).

Os restantes traços do regime material da dominialidade são, como já eram, os seguintes:

a) A *inalienabilidade*, não podendo os bens do domínio público ser objecto de compra e venda ou de outro negócio jurídico-privado dispositivo, oneroso ou gratuito (cfr. artigo 7.º)[109];

109 Sublinhamos a referência a *negócios jurídico-privados*: os bens do domínio público estão fora do comércio jurídico-privado, mas podem, nomeadamente, ser objecto de transferências de titularidade entre entidades públicas – são as chamadas *transferências dominiais*, que o Projecto prevê nos artigos 17.º, 19.º e 20.º.

b) A imprescritibilidade, não sendo possível a aquisição de bens dominiais por usucapião (cfr. artigo 8.º);

c) A *impenhorabilidade*, não podendo estes bens ser penhorados para satisfação de dívida em fase de execução judicial (cfr. artigo 9.º).

61. Utilização do domínio público por particulares

61.1. As condições de utilização do domínio público por particulares devem também constar da lei, como resulta da parte final do n.º 2 do artigo 84.º da Constituição. Encontram-se estabelecidas nos artigos 27 º a 85.º do Projecto.

A primeira observação que esta matéria suscita é a de que a forma mais habitual de utilização dos bens dominiais – por corresponder à sua própria razão de ser e, por isso, ser aquela que o Projecto privilegia (cfr. artigo 27.º, n.º 1) – é o chamado *uso comum*, o uso declarado lícito para todos ou para uma categoria delimitada de particulares –, também designado uso não excludente, uma vez que um número não determinado de pessoas pode utilizar em simultâneo o bem.

O uso comum pode ser *ordinário* ou *extraordinário*: contrariamente ao primeiro, que tem natureza igualitária, este último consubstancia uma utilização diferenciada do bem, isto é, mais intensa do que o normal ou comportando maior risco para aquele, estando, por isso, condicionado a autorização administrativa e sendo por ele cobrada uma taxa (artigos 28.º, n.º 2, 29.º, n.º 2, 33.º e 83.º).

O uso comum ordinário, precisamente por envolver uma utilização não diferenciada do bem, caracteriza-se por ser *livre* – isto é, possível por todos – e *igual* – ou seja, facultado em condições de igualdade aos interessados (artigos 31.º e 32.º).

61.2. O uso comum é o que melhor se compreende, considerada a origem histórica e a natureza dos bens dominiais. Todavia, certos bens dominiais têm a sua utilidade condicionada a formas de utilização ou exploração que implicam a exclusão de outros possíveis interessados. É o que ocorre, por exemplo, com as fontes de água mineromedicinal. Seja para utilização termal, seja para engarrafamento, é forçoso conceder a exploração a alguém – ou não haverá utilização possível.

Assim se percebe a razão de ser dos chamados *usos privativos*, que apresentam natureza excludente, visto que apenas são permitidos a alguns. Por isso envolvem o pagamento de uma taxa, de alguma forma compensadora das utilidades extraídas (artigo 84.º, n.º 1).

Nos termos do Projecto, considera-se uso privativo *o que implique a ocupação de uma parte ou da totalidade de determinados bens do domínio público, com a consequente limitação ou exclusão do uso comum* (artigo 28.º, n.º3). O uso privativo confere a *faculdade de aproveitamento de bens do domínio público ... de forma individual e exclusiva*, conforme o título jurídico habilitante (artigos 29.º, n.º 1, e 35.º)[110].

Falar em *aproveitamento* do bem não significa que o uso privativo consista necessariamente na exploração económica do bem: isso acontece no exemplo que indicámos, mas já não ocorre quando se pense num cais privativo de uma empresa de siderurgia. Neste caso, a empresa utiliza o

110 Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *A Concessão de Uso Privativo do Domínio Público*, «in» ***Direito e Justiça*** *– VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, pp. 103-104.

espaço dominial apenas como instrumento da sua actividade produtiva – cargas e descargas de matéria-prima e de produto acabado –, não prestando a terceiros quaisquer serviços[111].

Casos existem em que o uso privativo aparece combinado com a exploração do bem dominial: imagine-se uma empresa concessionária do transporte ferroviário numa via férrea nacional que cede espaços nos átrios das estações para afixação de publicidade a um certo bem à empresa produtora deste.

61.3. Os usos privativos são, como se disse, sempre titulados, isto é, assentam em instrumento jurídico bastante. O Projecto distingue dois títulos jurídicos possíveis para os usos privativos de bens dominiais: a *licença* e a *concessão*. A escolha de um ou outro assenta essencialmente na combinação de dois factores: a duração previsível do uso e a intensidade do empenhamento financeiro exigido ao interessado, avaliada em função da natureza e do volume do investimento necessário.

Tratando-se de uso de duração inferior a dez anos e que não exija obras ou instalações fixas, o título será, em princípio, a licença. Sendo a duração superior, ou sendo indispensáveis obras e instalações fixas ou, ainda, sendo necessário um investimento significativo, o título a usar será a concessão (artigo 29.°, n.°s 3, 4 e 5).

111 Esta distinção está na origem da contraposição tradicional entre contratos de concessão do uso privativo e contratos de concessão de exploração, distinção que o Projecto manteve (cfr. as epígrafes da Secção III do Capítulo V e do Capítulo VI).

Assentando a distinção no grau de estabilidade conveniente à relação jurídica a estabelecer, compreende-se que a licença seja um título de natureza unilateral, constante de acto administrativo, ao passo que a concessão se apresenta como um contrato administrativo (artigos 44.°, n.° 1, e 47.°, n.° 1). Compreende-se também que o Projecto se haja ocupado escassamente da licença de uso privativo, à qual dedicou apenas três normativos, os artigos 44.°, 45.° e 46.°.

61.4. Na verdade, relativamente à licença, apenas quatro aspectos justificam referência.

Em primeiro lugar, o Projecto estabelece um prazo limite para a duração das licenças: três anos, incluindo eventuais prorrogações (artigo 44.°, n.° 1).

Em segundo lugar, em regra, a atribuição de uma licença de uso privativo depende da iniciativa do interessado e é feita a favor deste (artigo 45.°, n.° 1). Não faria sentido que a licença para proceder à captação de água a partir de uma perfuração situada num certo terreno[112] fosse requerida por alguém ou emitida a favor de alguém que não dispusesse de um direito real de gozo sobre o terreno em causa.

Mas pode bem suceder que existam vários interessados potenciais. Imagine-se a atribuição de uma licença relativa à instalação e funcionamento de um bar numa praia fluvial. É provável que se o titular do domínio público – que será, em princípio, um município – anunciar o seu propósito,

112 Note-se que, nos termos do Decreto-Lei n.° 46/94, de 22 de Fevereiro, a captação de águas subterrâneas está sujeita a licenciamento administrativo desde que se faça a mais de vinte metros de profundidade ou com recurso a motores com uma potência superior a cinco cavalos.

surjam vários interessados. Em tal situação, o Projecto preocupou-se em garantir que a atribuição da licença prosseguia o interesse público e não ofendia o princípio da igualdade. É esse o sentido do n.º 3 do artigo 45.º. Claro que – e essa é a razão de ser do n.º 2 do mesmo artigo – o ideal seria que os critérios de atribuição constassem de norma regulamentar, uma vez que, dessa forma, não só se atingiriam aqueles objectivos, como se permitiria aos interessados prever o sentido provável da decisão, formatando adequadamente as suas propostas – o que também seria muito positivo à luz do princípio da protecção da confiança.

Em terceiro lugar, e como se antecipou já, pela emissão da licença é devida uma taxa, prevista no artigo 84.º, n.º 1.

Por último, a licença de uso privativo é juridicamente configurada como um acto administrativo precário. Assim se explica que possa ser extinta mesmo antes de decorrido o respectivo prazo, por razões de interesse público (artigo 46.º, n.º 2), e que tal extinção não confira direito a qualquer indemnização (n.º 3 do mesmo artigo). Esta precariedade decorre da circunstância, já mencionada, de o uso privativo de bens dominiais ter carácter excepcional, somada à pouca estabilidade inerente aos usos titulados por licença.

61.5. A regulamentação das concessões é muito mais densa. Nesse sentido convergiram a importância económica das concessões e a sua longa duração.

Sendo a concessão titulada por contrato, este constitui o estatuto jurídico da concessão. Dele devem constar o objecto desta (artigo 48.º), a sua duração (artigo 50.º), a sua finalidade (artigo 49.º), a contraprestação devida pelo concessionário e, ainda, a identificação do estabelecimento da concessão (artigo 51.º).

Relativamente à contraprestação, nas concessões de uso privativo ela pode ser de duas espécies: uma renda, no caso de existirem equipamentos públicos afectos à concessão (artigo 84.º, n.º 3); e um preço, correspondente ao aproveitamento do bem dominial (artigo 84.º, n.º 2)[113]. Já nas concessões de exploração pode não existir contraprestação, caso os benefícios económicos que o concessionário extrai da exploração sejam compensados pelos encargos que o contrato de concessão faz impender sobre ele (artigo 85.º).

Sublinhe-se que o concessionário se encontra obrigado a manter em bom estado de funcionamento, conservação e segurança, os bens que integram o estabelecimento da concessão (artigo 55.º).

61.6. Consideradas a importância económica das concessões e a sua duração, não admira que o Projecto se tenha ocupado desenvolvidamente da extinção das concessões, dos seus efeitos e das respectivas consequências indemnizatórias.

No que respeita à extinção, o Projecto começa por remeter para o Código dos Contratos Públicos, estabelecendo que as concessões se extinguem pelas formas ali previstas para os contratos administrativos em geral.

Depois, trata detalhadamente da extinção da concessão por resolução do concedente, com fundamento numa conduta do concessionário desrespeitadora do estabelecido no contrato de concessão ou susceptível de prejudicar os objectivos desta. Enumera então os comportamentos do concessionário susceptíveis de legitimar a resolução por parte do concedente: alteração do objecto ou fim da con-

113 Preço que a Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, designa, no n.º 2 do artigo 4.º, *taxa*.

cessão; reiterada desobediência às determinações das entidades competentes; oposição, também reiterada, ao exercício dos poderes de fiscalização do concedente ou de outras entidades públicas; realização de obras não aprovadas pelo concedente; insolvência do concessionário (artigo 56.º).

A regra geral relativa aos efeitos da extinção da concessão determina que as infra-estruturas, bens e equipamentos fixos construídos e implantados pelo concessionário na área da concessão revertem para o domínio público (artigos 57.º, n.º 1 e 51.º, n.º 2).

Quanto às consequências da extinção da concessão no plano indemnizatório, a regra geral também é simples: a extinção não atribui ao concessionário o direito a qualquer indemnização (artigo 58.º, n.º 1). Esta regra, contudo, é moderada pela previsão do pagamento de indemnizações relativas a despesas ainda não amortizadas, feitas em determinadas condições (artigo 58.º, n.ºs 2, 3 e 4).

61.7. As concessões de exploração apresentam algumas particularidades significativas.

Desde logo porque a ideia de exploração envolve necessariamente a de gestão do bem dominial concessionado. Na verdade, a concessão de exploração é um negócio, no sentido comum do termo. É isso que explica o relevo dado pelo Projecto à transferência de risco para o concessionário, que deverá ser *efectiva e significativa* (artigo 66.º).

Os poderes de gestão e exploração dos bens adequados ao sucesso de empreendimento são estabelecidos no contrato de concessão (artigo 62.º, n.º 1) e incluem:

a) O poder de autorizar o uso comum e licenciar o uso privativo, em substituição do concedente (artigos 59.º, n.º 1, e 65.º, n.º 1);

b) O poder de conduzir os procedimentos administrativos de expropriação de bens necessários à concessão (artigo 67.º);

c) Os poderes necessários para, em caso de *impossibilidade oportuna da autoridade pública competente*, adoptar as *providências adequadas a assegurar a regular utilização ou exploração dos bens dominiais* (artigo 65.º, n.º 2).

Note-se, a terminar, que o Projecto prevê uma alternativa à concessão de exploração, que pode ser utilizada a favor de entidades públicas, nomeadamente institutos públicos e empresas públicas: a delegação dos poderes de exploração de bens do domínio público. Esta é regida pelas disposições do Código do Procedimento Administrativo relativas à delegação de poderes (artigos 35.º e ss.), *com as necessárias adaptações* (artigo 61.º).

PARTE II
A ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA PÚBLICA

CAPÍTULO I

FORMAS TÍPICAS DA ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA[114]

Leituras aconselhadas:

CATARINA SARMENTO E CASTRO, *A questão das polícias municipais*, Coimbra, 2003; EDUARDO PAZ FERREIRA e LUÍS SILVA MORAIS, *A Regulação Sectorial da Economia – Introdução e Perspectiva Geral*, «in» *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?* Coimbra, 2009; FERNANDA MARIA MARCHÃO MARQUES, *As polícias administrativas*, «in» *Estudos de Direito de Polícia*, Lisboa, 2003, pp. 113 e ss.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra, 1993, pp. 954-955; JOÃO CAUPERS, *A Administração Periférica do Estado. Estudo de Ciência da Administração*, Lisboa, 1994; IDEM, *Introdução à*

114 Não se tratam todas as formas típicas da actividade administrativa: de fora ficam o planeamento, a construção e gestão de infra-estruturas e outras. Escolheram-se duas, por razões distintas: a polícia administrativa, uma das mais antigas e delicadas, e a regulação, uma das mais recentes e interessantes.

Ciência da Administração Pública, cit. ; JOÃO RAPOSO, *Direito Policial I*, Coimbra, 2006; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, cit., pp. 1145 a 1159; PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Teleco-municações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra, 2008; PEDRO LOMBA, *Sobre a Teoria das Medidas de Polícia Administrativa*, «in» *Estudos de Direito de Polícia*, Lisboa, 2003, pp. 177 e ss.; SÉRVULO CORREIA, *Polícia*, «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VI, Lisboa, 1994, pp. 393 e ss.; VITAL MOREIRA, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, 1997, pp. 34 a 37; IDEM, *Uma lei-quadro da regulação independente?*, «in» *A mão visível. Mercado e regulação*, Coimbra, 2003, pp. 119 a 122.

62. Polícia administrativa – conceito e natureza

62.1. Antes do conceito de Estado de direito ter feito a sua aparição, a palavra *polícia* significava, simplesmente, administração pública[115], por vezes administração interna[116]. Como demos conta em anterior texto, os primeiros escritos daquilo a que chamamos hoje *ciência da administração* designavam-se estudos de *ciência* (ou *ciências*) *da polícia*[117].

115 MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, 10.ª edição, 4.ª reimpressão, Coimbra, 1991, p. 1145.

116 JOAO RAPOSO, *Direito Policial I*, Coimbra, 2006, p. 22; no mesmo sentido, FERNANDA MARIA MARCHÃO MARQUES, *As polícias administrativas*, «in» *Estudos de Direito de Polícia*, Lisboa, 2003, p. 121.

117 JOÃO CAUPERS, *A Administração Periférica do Estado. Estudo de Ciência da Administração*, Lisboa, 1994, pp. 18 a 20.

Somente após a Revolução Francesa o conceito de polícia conheceria uma redução do seu âmbito, concomitantemente com a melhor precisão do seu conteúdo. A nova ideia de polícia surge ligada à de ordem pública, deixando de fora toda a actividade administrativa associada à prossecução de outros interesses públicos, fossem eles de carácter económico, social ou outros.

A clarificação do conceito de polícia passou por uma distinção que se tornou incontornável na matéria: a contraposição entre *polícia administrativa* e *polícia judiciária*. A maioria dos autores, na esteira da doutrina francesa claramente maioritária, faz assentar a distinção na natureza preventiva da primeira, contraposta à natureza repressiva da segunda. A polícia administrativa seria a actividade administrativa[118] que visa prevenir ou restabelecer as perturbações da ordem pública; quanto à polícia judiciária, teria por funções investigar certas condutas contrárias à lei, perseguir os respectivos autores e apresentá-los ao órgão com competência para os punir.

O critério distintivo, porém, só é tendencialmente correcto. Na verdade, a polícia administrativa não tem uma finalidade exclusivamente preventiva: a própria noção menciona o *restabelecimento* da ordem pública. Melhor seria dizer que a polícia administrativa, ao contrário da polícia judiciária, não desenvolve uma actividade orientada para a punição das infracções[119].

118 Escolhemos, coerentemente com a perspectiva que adoptámos para a administração pública, tratar a polícia administrativa como actividade, não a abordando do ponto de vista organizativo – cfr. CATARINA SARMENTO E CASTRO, *A questão das polícias municipais*, Coimbra, 2003, pp. 29-30.

119 Neste sentido, SÉRVULO CORREIA, *Polícia*, «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VI, p. 405.

Como se referiu, a polícia administrativa nasceu associada à defesa da ordem pública. Na tradição francesa, o conceito de ordem pública apresenta três vertentes: a segurança pública, a tranquilidade pública e a salubridade pública. A segurança pública tem a ver com a inexistência de entraves ou riscos à circulação na via pública; a tranquilidade pública resulta do sossego e do relativo silêncio nas ruas; a salubridade pública decorre do cumprimento das regras de higiene nos lugares públicos e do respeito pelas medidas de prevenção das doenças e da sua transmissão[120].

Comum a estas três vertentes era – é – a circunstância de a actividade de polícia administrativa operar como meio de limitação ou constrangimento da liberdade individual. A defesa da ordem pública pode impor o termo de uma festa nocturna divertida mas ruidosa, a dispersão de um ajuntamento de pessoas inofensivo mas perturbador do tráfego, ou o encerramento de um local público, simpático mas demasiado agitado.

62.2. MARCELLO CAETANO definiu a polícia administrativa como *o modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objecto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir*[121].

120 O Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República aderiu a este conceito tripartido de ordem pública – Parecer n.º 52/93, proferido no Processo n.º 599 e publicado no *Diário da República*, II Série, n.º 116, de 19 de Maio de 1994, p. 4994.

121 MARCELLO CAETANO, *op. cit.*, p. 1150.

Para o Mestre de Lisboa, a polícia administrativa era uma actividade administrativa com três traços essenciais:

– o carácter autoritário da actuação;

– o condicionamento do exercício de actividades individuais;

– a natureza perigosa das actividades em causa.

SÉRVULO CORREIA definiu a polícia administrativa como *a actividade da Administração Pública que consiste na emissão de regulamentos e na prática de actos administrativos e materiais que controlam condutas perigosas dos particulares com o fim de evitar que estas venham ou continuem a lesar bens sociais cuja defesa preventiva através de actos de autoridade seja consentida pela Ordem Jurídica*[122].

Para JOAO RAPOSO, a polícia administrativa *tem por objecto garantir a segurança de pessoas e bens, a ordem pública e os direitos dos cidadãos ou assegurar a protecção de outros interesses públicos específicos, definidos por lei*[123].

As diferenças entre estas duas concepções, por um lado, e a primeira, por outro, decorrem, no essencial, da circunstância de entre elas se ter interposto a Constituição de 1976. O n.º 1 do artigo 272.º da lei fundamental estabelece que *a polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos.*

Não é difícil descortinar subjacente a este normativo uma noção de polícia mais ampla do que a de MARCELLO

122 Cfr. *Polícia*, cit, p. 394.

123 *Op. cit.*, p. 29.

CAETANO. Na verdade, esta enunciação das funções da polícia é suficientemente ampla para abranger todas as polícias, seja a polícia administrativa, seja a polícia judiciária[124]. E nem sequer está limitada às actividades que constranjam a liberdade individual. Como escreveu SÉRVULO CORREIA, os fins da polícia correspondem *a todos os interesses gerais protegidos por lei, que possam ser sujeitos a um risco de dano por condutas individuais cuja perigosidade seja controlável através do exercício de competências administrativas*[125].

De acordo com esta noção – a que aderimos –, pode desenhar-se assim o esquema lógico da actividade de polícia administrativa:

a) Interesse geral legalmente protegido;

b) Conduta individual potencialmente capaz de lesar tal interesse;

c) Susceptibilidade de controlo de tal lesão através de uma intervenção administrativa;

d) Intervenção policial.

Esta sequência lógica explica a nossa concordância com a definição de polícia administrativa formulada no Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 162/2003[126]:

A polícia administrativa traduz uma forma de actuação da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, com o objectivo de evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir.

124 Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra, 1993, pp. 954-955; FERNANDA MARIA MARCHÃO MARQUES, *op.cit.*, p. 153.

125 SÉRVULO CORREIA, *Polícia*, cit., p. 402.

126 Proferido no Processo n.º 2387, e publicado no *Diário da República*, n.º 74, de 27 de Março de 2004, p. 4915.

63. Polícia administrativa geral (polícia de segurança) e polícias administrativas especiais

É esta noção muito ampla da actividade de polícia administrativa que justifica a distinção tradicional entre a polícia administrativa *geral* e as polícias administrativas *especiais*.

A polícia administrativa geral também é conhecida por *polícia de segurança pública*, na medida em que o seu objectivo é, como diz a Constituição, *garantir a segurança de pessoas e bens, a ordem pública e os direitos dos cidadãos*. As polícias administrativas especiais actuam em certos lugares – nos aeroportos, nos transportes, nas zonas florestais, na orla marítima –, ou visam determinadas categorias de pessoas – estrangeiros – ou ocupam-se de certas actividades – restauração, mercados, caça, pesca, edificações.

Alguns bons exemplos de polícias administrativas especiais são hoje a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE), o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), o Corpo da Guarda Prisional, a Polícia Marítima, a Unidade Nacional de Trânsito da GNR e a unidade da PSP afecta ao Metropolitano de Lisboa. Note-se que nesta exemplificação desconsiderámos o plano organizativo, o que significa que tratámos da mesma forma entidades dotas de autonomia organizativa e serviços que integram, sem autonomia, outras organizações.

64. Poderes de polícia

O que caracteriza as actividades de polícia administrativa, já o dissemos, é a especial conexão entre o interesse prosseguido – na maioria dos casos ligado à defesa da ordem pública e de outros valores colectivos – e a limitação do exercício de liberdades individuais. As entidades que dispõem de tal capacidade – e que bem merecem a designação de *autoridades* – são as titulares dos *poderes de polícia.*

Poderes de polícia são, segundo JOÃO RAPOSO, *poderes especiais com vista a assegurar um estado de ordem e tranquilidade pública e o normal exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos, poderes esses que, em certas circunstâncias, compreendem a coacção directa (isto é, o emprego da força física) contra os prevaricadores*[127].

Para além do carácter limitativo da liberdade que os poderes de polícia assumem, podemos apontar-lhes três outros traços.

Em primeiro lugar, a *unilateralidade.* Os poderes de polícias são, por natureza, unilaterais, insusceptíveis de negociação ou compromisso. Trata-se de um exercício de autoridade e esta não se transacciona, nem se compromete. O que não impede, obviamente, a audiência prévia dos interessados, sempre que esta for compatível com o exercício do poderes de polícia.

Em segundo lugar, o exercício dos poderes de polícia não está sujeito, ou pode não estar sujeito, a regras procedimentais. Em muitas circunstâncias – ligadas, em geral, à urgência do seu exercício – não é possível assegurar a mencionada audiência prévia dos interessados

127 Cfr. *op. cit.*, p.23.

ou, até, as exigências constitucionais e legais de fundamentação das decisões administrativas[128].

Por último, e de alguma forma um corolário da unilateralidade, aponta-se a insusceptibilidade de concessão dos poderes de polícia: os poderes de polícia não podem ver o seu exercício concedido a particulares.

65. Medidas de polícia

O exercício dos poderes de polícia, por força da ameaça que representa para as liberdades individuais, cristalizou-se nas chamadas *medidas de polícia.* Estas são actos típicos das autoridades policiais, podendo assumir a natureza de actos jurídicos – como a revogação de licenças e autorizações policiais – ou de operações materiais – como as operações de vigilância policial ou as verificações de identidade[129].

As medidas de polícia consubstanciam-se no exercício de poderes limitadores ou constrangedores da liberdade e, como tal, têm de ser rodeadas de precauções adequadas. Tais precauções vertem-se na necessidade de respeitar dois princípios, que neste domínio são especialmente relevantes. Ambos se encontram consagrados no n.º 2 do artigo 272.º da Constituição:

As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário.

128 Cfr. PEDRO LOMBA, *Sobre a Teoria das Medidas de Polícia Administrativa*, «in» *Estudos de Direito de Polícia*, Lisboa, p. 215.

129 Cfr. JOÃO RAPOSO, cit., p. 23. Uma outra definição é a de PEDRO LOMBA: *As medidas de polícia administrativa constituem acções da Administração que, sob formas jurídicas diferenciadas, procuram prevenir, reduzir ou remediar danos causados por actividades perigosas a bens e interesses gerais legalmente protegidos* – *op. cit.*, p. 103.

O primeiro princípio consagrado nesta norma é o *princípio da tipicidade.*

Como decorrência do princípio da tipicidade, entendeu o Tribunal Constitucional que *os actos de polícia além de terem um fundamento legal, devem traduzir-se em procedimentos individualizados e com conteúdo suficientemente definido na lei seja qual for a sua natureza: quer sejam regulamentos gerais emanados das autoridades de polícia, decisões concretas e particulares, medidas de coerção ou operações de vigilância, todas as medidas de polícia estão sujeitas ao princípio da precedência da lei e da tipicidade legal*[130].

O segundo troço da norma contém uma óbvia referência ao princípio da proporcionalidade. Este princípio já foi objecto de tratamento noutro ponto. Recordamos agora que surgiu na versão original da Constituição de 1976, precisamente a propósito das medidas de polícia, antes de merecer consagração geral no texto da lei fundamental (n.º 2 do artigo 266.º).

As medidas de polícia estão sujeitas ao triplo controlo característico do princípio da proporcionalidade:

a) Necessidade – a medida adoptada tem de ser indispensável para prevenir o desrespeito ou restaurar o respeito pelos interesses prosseguidos e protegidos;

b) Adequação – a medida de polícia tem de ser capaz de atingir os objectivos pretendidos com a sua adopção, sejam estes a prevenção da lesão do interesse protegido ou a reposição do respeito por ele;

c) Relação custos / benefícios – a tutela do bem protegido tem de ser assegurada com o menor sacrifício possível

130 Acórdão n.º 479/74, consultável na base de jurisprudência do Tribunal Constitucional.

da liberdade individual; por outras palavras, a restrição da liberdade tem de ser a menor que for compatível com a defesa do bem a que corresponde a prossecução do interesse público.

66. A regulação

66.1. A ideia de regulação não é nova, sendo a regulação há muito conhecida e praticada nos EUA. À Europa e a Portugal chegou mais tarde, no pós-guerra, tendo-se desenvolvido nas últimas duas décadas do século XX, de par com as acrescidas dificuldades do Estado providência, que comprometeram o desenvolvimento do chamado modelo social europeu. Menos contribuintes, fruto de uma demografia desfavorável, crescentes despesas de saúde, resultado dos progressos da medicina, e de segurança social, consequência do crescimento do desemprego e do aumento da esperança média de vida – e aí temos um Estado subfinanciado, forçado a reduzir a sua intervenção, nomeadamente no plano da chamada administração prestadora.

Com o Estado em retirada e mais espaço para os agentes económicos, tornou-se indispensável adoptar mecanismos e regras capazes de assegurar o funcionamento equilibrado da actividade económica, de modo a salvaguardar os interesses públicos envolvidos. Somente por via de tais regras é possível garantir a concorrência nos mercados, protegendo tanto as actividades reguladas, como os consumidores.

Paralelamente a este contexto, que EDUARDO PAZ FERREIRA e LUÍS SILVA MORAIS designam por *razões de ordem económica-institucional (geral),* outras razões contribuíram para o

fenómeno, desta feita associadas ao processo de integração europeia, razões a que os mesmos autores consideram *intrinsecamente ligadas à dinâmica jurídica e económica da integração comunitária*[131]. Como escrevem, *o processo empreendido na UE de desmantelamento de anteriores monopólios públicos e de eliminação de direitos especiais ou exclusivos em sectores económicos essenciais dos Estados-Membros forneceu um impulso decisivo para o desenvolvimento* ex novo *de um moderno corpo jurídico de regulação da economia* ...[132].

66.2. A regulação, presente sobretudo no plano económico, apresenta, assim, os seguintes objectivos principais:

a) A garantia da concorrência, procurando evitar que esta seja destruída por cartelizações, práticas concertadas e abusos de posições dominantes:

b) A correcção das falhas de mercado, nomeadamente no que respeita aos monopólios naturais, como a distribuição de água, gás ou energia eléctrica;

c) O controlo de externalidades negativas, ou seja, de custos que se vão repercutir nos demais agentes, de que constituem exemplo os danos ambientais;

d) A protecção dos consumidores, designadamente perante situações de informação assimétrica, situação que ocorre quando dois agentes económicos efectuam

131 Cfr. *A Regulação Sectorial da Economia – Introdução e Perspectiva Geral*, «in» *Regulação em Portugal: Novos Tempos. Novo Modelo?*, Coimbra, 2009, p. 15.

132 Idem, p. 20.

entre si uma transacção relativamente à qual um deles possui informação qualitativa ou quantitativamente superior ao outro[133].

e) O cumprimento das obrigações de serviço público, nomeadamente a universalidade e a continuidade deste – um bom exemplo destas obrigações é a interconexão de redes de telecomunicações.

Não cremos que se deva identificar regulação e regulamentação. Na verdade, o estabelecimento de regras jurídicas é um instrumento regulatório muito comum, é mesmo o principal instrumento regulatório, mas não é o único. Aspectos decisivos da regulação económica podem operar, por exemplo, por via da manipulação de instrumentos não normativos em sentido próprio, como a fixação de taxas de juro. O conceito de regulação é, pois, mais amplo do que o de regulamentação[134].

A distinção mais comum feita em matéria de regulação atende ao critério dos sujeitos, contrapondo a auto-regulação e a hetero-regulação.

133 O exemplo clássico deste tipo de situações é a compra e venda de um automóvel usado: se o comprador soubesse tanto do carro como o vendedor nunca o compraria pelo preço estabelecido, pelo que nunca se faria o negócio.

134 Não obstante apresentar uma noção mais restrita de regulação, VITAL MOREIRA acaba por optar por outra mais lata, escrevendo que *o conceito de regulação deve abranger todas as medidas de condicionamento da actividade económica, revistam ou não forma normativa* – cfr. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, 1997, pp. 34 e 36. Já EDUARDO PAZ FERREIRA e LUÍS SILVA MORAIS falam em *regulação **jurídica** da economia*, considerando tratar-se do *desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indirecta na actividade económica produtiva*, o que não merece reparo, uma vez que a regulação é uma actividade jurídica, no sentido de que utiliza instrumentos desta natureza, mesmo quando não se traduz na aprovação de regras jurídicas.

A auto-regulação é feita sob a responsabilidade colectiva dos próprios regulados, isto é, através de entidades erigidas por aqueles que desenvolvem a actividade regulada, como ocorre nas bolsas (v. supra)[135]. A hetero-regulação configura uma intervenção estadual externa e é a assegurada por entidades criadas por iniciativa pública e dotadas de estatuto jurídico-público[136].

67. A regulação independente

67.1. De entre a hetero-regulação sobressai a chamada **regulação independente**[137], assegurada por entidades

135 VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 52-53.

136 Cfr. PEDRO GONCALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra, 2008, pp. 14-15; VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 52.

137 Não nos parece que valha a pena perder tempo a discutir se o adjectivo mais adequado para qualificar estas entidades é *independentes* ou *autónomas* (cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA e LUÍS SILVA MORAIS, cit., p. 29). O uso da palavra *independente* tem em conta que, entre nós, a doutrina jus-administrativa tende a qualificar estas entidades como um modalidade de institutos públicos com autonomia reforçada, uma vez que, ao contrário do que sucede com a administração autónoma "clássica", são criações do Estado, integrando a administração indirecta deste. O termo «autónomo» é equívoco entre nós, tanto se aplicando às regiões com autonomia político-administrativa – as *regiões autónomas* –, como aos municípios e freguesias, fruto da *autonomia local* – que é uma autonomia meramente administrativa –, como, ainda, às entidades auto-reguladoras – ordens profissionais, bolsas, federações desportivas, etc. Foi por essa razão que, noutro ponto, qualificámos, à falta de outra e melhor expressão, o Provedor de Justiça como um órgão da administração directa do Estado *independente*. É que, muito embora a língua portuguesa seja rica em palavras, começa a fazer-se sentir alguma insuficiência terminológica para descrever uma realidade jurídico-organizativa crescentemente complexa. Mantemos assim, sem excessiva convicção, a designação *regulação independente*.

administrativas dotadas de um estatuto de autonomia relativamente ao Governo, que tem ganho crescente popularidade. A ideia subjacente é de alguma desconfiança quanto ao papel que aquele poderia desempenhar na regulação: esta deveria ser comandada por motivações de natureza exclusivamente técnica, não sofrendo a "contaminação" de eventuais e indesejáveis razões políticas[138].

A autonomia regulatória é assegurada por três grandes tipos de meios[139].

Em primeiro lugar, através da limitação legal da capacidade de interferência governamental. Estas entidades não estão, regra geral, sujeitas aos poderes de superintendência de que o Governo tradicionalmente dispõe sobre os entes que integram a administração indirecta do Estado. É o que se passa, designadamente, com ICP/ANACOM, com a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), com o Instituto de Seguros de Portugal (ISP), com a Entidade Reguladora do Sector Energético (ERSE), com a Autoridade da Concorrência (AC) e com o Banco de Portugal (BP).

Em segundo lugar, os gestores destas entidades estão dotados de um estatuto profissional que os coloca ao abrigo da interferência do Governo:

a) A sua nomeação é feita pelo Conselho de Ministros; assim sucede com o ICP/ANACOM, CMVM, ISP, ERSE, AC e BP;

138 Cfr. VITAL MOREIRA, *Uma lei-quadro da regulação independente?*, «in» *A mão visível. Mercado e regulação*, Coimbra, 2003, pp. 119 a 122.

139 Cfr. PEDRO GONÇALVES, *op. cit.*, pp. 28 a 30.

b) Os mandatos dos gestores, na sua maioria com a duração de cinco anos – como sucede nas entidades reguladoras que acabámos de referir –, somente são renováveis por uma vez – como no BP, ISP, ERSE, AC – ou não são, de todo, renováveis, como sucede no ICP/ANACOM;

c) A estabilidade e a independência da gestão ditam, em regra, restrições significativas ao afastamento forçado dos gestores, cujo mandato somente pode ser feito cessar antecipadamente em situações individuais sérias – faltas graves, incapacidade permanente, etc. (ICP/ANACOM, ERSE, AC, BP, CMVM, ISP).

Em terceiro e último lugar, estas entidades dispõem de receitas próprias, provenientes dos regulados, muito significativas, tendendo mesmo a ser financeiramente auto-suficientes.

67.2. Os poderes através dos quais é exercida a actividade regulatória são habitualmente identificados com recurso aos termos *supervisão, fiscalização, regulamentação, sanção* e, também, *regulação*.

Olhando para as regras atributivas de competência constantes dos estatutos das várias entidades reguladoras, não é difícil perceber qual o essencial da sua actividade:

a) Estabelecem regras, jurídicas e técnicas, relativamente à actividade regulada, nomeadamente fixando padrões de qualidade do serviço (poder regulamentar);

b) Acompanham a actividade dos regulados, nomeadamente através de informações e relatórios apresentados por estes (poder de supervisão);

c) Verificam o cumprimento das regras aplicáveis à actividade regulada por parte dos regulados e, se ocorrerem

situações de violação, aplicam sanções (poderes de fiscalização e de sanção);

d) Praticam actos de licenciamento.

67.3. A autonomia da regulação independente enfrenta algumas limitações.

Desde logo, porque é frequente certo tipos de actos estarem condicionados por poderes governamentais de natureza tutelar, dependendo de autorização ou aprovação dos membros do Governo competentes, como sucede no ICP/ANACOM, no ISP, na ERSE, na AC e no BP.

Depois, porque sobre várias destas entidades recaem deveres de submissão de relatórios ou prestação de informações à Assembleia da República, como ocorre no ICP/ANACOM, na ERSE e no BP. Existe, de resto, uma tendência evidente para substituir os inexistentes poderes de superintendência do Governo por uma espécie de "prestação de contas" ao parlamento, de alguma forma para fazer face às críticas de quantos entendem, seguramente com razão, que a independência perante o Governo não pode ser sinónimo de irresponsabilidade.

67.4. A regulação independente enfrenta dificuldades e obstáculos vários, de que destacamos dois.

Começaremos por apontar precisamente a insuficiência do controlo democrático e dos instrumentos de responsabilização, sendo certo que, como episódios recentes demonstraram, a intervenção parlamentar não parece, por si só, capaz de compensar o défice de controlo e a falta de mecanismos eficazes de responsabilidade.

Depois, há que tomar na devida consideração o chamado *efeito de captura*, que faz com que o regulador actue,

mais do que no interesse geral, no interesse dos regulados; este efeito é particularmente perigoso em economias de reduzida dimensão, como a nossa, e em sectores com poucos operadores, dotados, em regra, de grande poder – como o da energia e o das telecomunicações.

CAPÍTULO II

INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA ACÇÃO ADMINISTRATIVA — O ACTO ADMINISTRATIVO

Leituras aconselhadas:

DAVID DUARTE, *Procedimentalização...*, cit., pp. 423 a 440; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso ...*, cit, Volume II, pp. 203 a 287 e 477 a 494; IDEM, *Regime do acto administrativo,* «in» *O Código do Procedimento Administrativo,* INA, Oeiras, 1992, pp. 101 a 111; DIOGO FREITAS DO AMARAL, JOÃO CAUPERS, JOÃO MARTINS CLARO, JOÃO RAPOSO, PEDRO SIZA VIEIRA e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado,* 5.ª edição, Coimbra, 2005, pp. 222 a 232; FAUSTO DE QUADROS, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, PAULO OTERO E LUÍS SOUSA DA FÁBRICA, *Procedimento Administrativo, cit.*, pp. 490 a 502; FILIPA CALVÃO, *Os actos precários e os actos provisórios no direito administrativo*, Porto, 1998, pp. 21 a 144; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa,* «in» *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 1157 a 1187;

MARCELO REBELO DE SOUSA, *Regime do acto administrativo,* «in» ***Direito e Justiça,*** Volume VI, 1992, pp. 37 a 52; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral. Actividade administrativa*, Tomo III, Lisboa, 2007, pp. 67 a 102; MARIA TERESA MELO RIBEIRO, *A eliminação do acto definitivo e executório na revisão constitucional de 1989*, «in» ***Direito e Justiça,*** Volume VI, 1992, pp. 365 a 400 e Volume VII, 1993, pp.191 a 234; OSVALDO GOMES, *Fundamentação do acto administrativo,* 2.ª edição, Coimbra, 1981, pp. 48 a 137; RUI MACHETE, *Execução do acto administrativo,* «in» ***Direito e Justiça,*** Volume VI, 1992, pp. 65 a 88; IDEM, *Privilégio da execução prévia,* «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública,* Volume VI, pp. 448 a 469; ROGÉRIO SOARES, *O acto administrativo,* «in» ***Scientia Iuridica,*** Tomo XXXIV, n.°s 223-228, 1990, pp. 25 a 35; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, cit., pp. 43 a 71, 445 a 458 e 573 a 629; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O dever da fundamentação...,* cit., pp. 11 a 80 e 227 a 399; IDEM, *As novas regras para a actividade administrativa,* «in» *Seminário sobre o Código do Procedimento Administrativo,* CEFA, Coimbra, 1993, pp. 83 a 101; IDEM, *Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de "acto administrativo" no nosso tempo* «in» *Estudos em Home-nagem do Prof. Doutor Rogério Soares,* Coimbra, 2001, pp. 1189 a 1220.

68. Conceito de acto administrativo

68.1. Como anunciámos noutro ponto, repeitaremos a tradição de proceder à análise detalhada do acto administrativo. Pese embora a importância decrescente[140] do acto administrativo enquanto factor de delimitação do objecto da impugnação contenciosa — como se verá noutro ponto —, é imprescindível dedicar-lhe alguma atenção[141].

Até à 8.ª edição desta obra mantivemo-nos fiéis a uma certa ideia de *acto administrativo,* claramente inspirada em MARCELLO CAETANO, e de recorte mais amplo do que a que poderia fazer-se corresponder ao conceito de *decisão,* utilizado, nomeadamente no artigo 120.° do CPA. Na verdade, este conceito parecia-nos mais adequado a recortar, no universo dos actos administrativos, o chamado *acto administrativo definitivo* — e não todo e qualquer acto administrativo.

Mudámos de opinião: acompanhando DIOGO FREITAS DO AMARAL e boa parte da doutrina portuguesa, passamos a incluir entre os elementos do conceito de acto administrativo um *elemento decisório*, ou seja, a exigência de *uma estatuição ou determinação sobre uma certa situação jurídi-*

140 *Apesar de assistirmos nos dias de hoje a uma diversificação dos modos de conduta administrativa com perda de peso relativo do acto administrativo, ninguém minimamente conhecedor das realidades ousará negar que este é ainda, de longe, em Portugal como nos outros «sistemas de Direito Administrativo», a forma mais utilizada no exercício jurídico da função administrativa* – cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa,* «in» *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares,* Coimbra, 2001, p. 1170.

141 Sobre as origens do conceito de acto administrativo enquanto noção central do direito administrativo e a necessidade de proceder à respectiva reformulação, cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, cit., pp. 43 a 71 e 445 a 458.

co-administrativa. Aceitamos, assim, o argumento principal com que aquela doutrina sustenta a inclusão na definição de acto administrativo deste elemento decisório – a circunstância de o regime legal, substantivo e procedimental do acto administrativo somente fazer sentido relativamente a verdadeiras decisões[142].

Esta opção tem duas consequências:

a) Por um lado, coloca fora do âmbito do acto administrativo certas condutas administrativas que, designadamente por défice do elemento volitivo, não comportam o referido elemento decisório – pareceres, actos de natureza declarativa, etc.;

b) Por outro lado, abre caminho à clarificação do conceito de acto administrativo lesivo, tornada necessária por se tratar de condição quase indispensável à impugnação contenciosa, como se verá no local adequado.

68.2. No conceito de acto administrativo incluímos cinco elementos essenciais.

68.2.1. O acto administrativo é, antes de mais, um acto **jurídico**, ou seja, uma *conduta voluntária geradora de efeitos de direito*. Note-se que a determinação da voluntariedade da conduta nem sempre é feita com recurso à chamada *vontade psicológica*, isto é, a vontade tal como a concebe a teoria do negócio jurídico: com muita frequência, no acto administrativo, a vontade é "reconstruída" a partir de elementos de carácter normativo, que se sobrepõem aos elementos psicológicos. Digamos, de forma simplificada, que não é a *vontade que realmente se teve* mas a *vontade que, nos termos da lei, se deveria ter tido*. Fala-se, por isso, em *vontade normativa*.

A exigência da voluntariedade da conduta, mesmo com a especificidade apontada, permite excluir do conceito de acto administrativo os *factos jurídicos em sentido estrito*, nos quais se não revela qualquer conduta voluntária, ainda que reconstruída com base na vontade normativa — por exemplo, o decurso do tempo, com os efeitos jurídicos conhecidos, nomeadamente a caducidade e a prescrição — e as chamadas *operações materiais* da Administração Pública, em que ocorrem condutas voluntárias mas não orientadas para a produção de efeitos jurídicos específicos pré-determinados — é o que sucede quando uma máquina operada por um trabalhador municipal e ocupada na abertura e uma vala corta, acidentalmente, os cabos que garantiam o fornecimento de energia eléctrica a uma fábrica, provocando a paralisação da actividade desta, ou quando um médico de um hospital público ministra a um acidentado um anestésico a que ele é alérgico, causando-lhe a morte enquanto preparava uma intervenção cirúrgica de urgência.

Como se verá noutro ponto, estas actividades da Administração Pública, ditas *operações materiais*, não se chamam assim por serem estranhas ao direito, uma vez que produzem consequências jurídicas, no plano da responsabilidade da Administração Pública. Elas não são, porém, condutas orientadas para a produção de efeitos jurídicos, não integrando, por isso, o conceito de acto administrativo.

142 Cfr. *Curso...*, *cit.*, Volume II, pp. 221 a 223.

68.2.2. Em segundo lugar, o acto administrativo é um acto **unilateral**, isto é, uma *declaração de vontade para cuja perfeição é desnecessária a contribuição de qualquer outra*; nisto se distingue de um contrato, que é sempre um negócio jurídico bilateral.

Pode suceder que o acto administrativo somente possa ser praticado após uma manifestação de vontade de outrem; ou que a produção dos seus efeitos esteja dependente de uma manifestação de vontade concordante da parte de alguém. Exemplos da primeira situação são os actos administrativos permissivos, como as licenças e as autorizações administrativas, que somente podem ser emitidas a favor dequem, preenchendo os requisitos legais, as houver requerido (o requerimento, veiculando a vontade do interessado, é um pressuposto da prática do acto administrativo). Exemplo da segunda situação é o acto administrativo de nomeação de um agente da PSP: se o nomeado não aceitar a nomeação, não será investido no lugar, quedando-se o acto de nomeação desprovido de efeitos (a aceitação do nomeado é condição de eficácia do acto administrativo).

Muito embora a distinção conceptual entre acto administrativo e contrato seja clara, não é menos certo que a tendência, já referida noutro ponto, para substituir a actividade unilateral da Administração Pública por formas participadas, concertadas ou contratualizadas de actividade administrativa tende a reduzir, no plano prático, o seu alcance.

68.2.3. Em terceiro lugar, tendo em conta que o acto administrativo nasceu no quadro do princípio da separação de poderes, ele deveria ser sempre um acto da

Administração Pública, isto é — um acto praticado por um órgão pertencente a uma organização pública.

Cedo se percebeu, contudo, que os outros poderes do Estado, designadamente o poder legislativo e o poder judicial, também praticam, complementarmente com os actos que os caracterizam — actos legislativos e actos jurisdicionais, respectivamente —, actos que em nada se distinguem dos praticados por órgãos da Administração Pública. Imagine-se uma sanção disciplinar aplicada pelo Presidente da Assembleia da República a um funcionário do parlamento ou o indeferimento, pelo juiz de um tribunal, de um requerimento de um funcionário judicial que pretendia gozar férias interpoladas. Estes actos são exactamente iguais a muitos outros quotidianamente praticados por órgãos da Administração Pública. "Forçando" um pouco a lógica, passou então a considerar-se que estes actos também eram actos administrativos. Assim se explicam as disposições incluídas na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 24.º do ETAF, que cometem ao Supremo Tribunal Administrativo a composição de conflitos relativos a actos e omissões de órgãos públicos integrados no poder legislativo e no poder judicial.

Independentemente da exacta qualificação jurídica do seu autor, o acto administrativo é sempre um **comportamento adoptado no exercício de uma actividade de natureza administrativa pública** (ou, se se preferir, no desempenho da função administrativa). Esta precisão torna-se tanto mais necessária quanto, como dissemos, um certo número de autores de actos administrativos não são órgãos da Administração Pública. Assim se compreende que a alínea *a)* do n.º 2 do arti-

go 4.º do ETAF exclua da jurisdição administrativa os actos políticos e os actos legislativos: nenhuns deles são actos administrativos.

68.2.4. Em quarto lugar, o acto administrativo é sempre um acto **que visa produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta.**

O *acto* contrapõe-se à *norma,* esta tradicionalmente marcada pela *generalidade* — pluralidade de destinatários — e pela *abstracção* — multiplicidade de situações abrangidas. Note-se que esta distinção enfrenta dificuldade crescentes, devidas, nomeadamente, à proliferação das *leis-medida* ou *leis-providência,* que não apresentam a susceptibilidade de aplicação potencialmente ilimitada típica das normas jurídicas tradicionais[143]. Seja como for, este elemento do conceito de acto administrativo é indispensável, sendo ele que possibilita a distinção entre o acto administrativo e o regulamento administrativo.

68.2.5. Por último, o acto administrativo consubstancia uma *decisão,* isto é, uma conduta que quer e pode, digamos, "mudar o mundo": não se trata apenas – como no primeiro elemento da definição – da produção de consequências jurídicas. Trata-se, sim, de projectar estas consequências na esfera jurídica de alguém, por forma a que esta pessoa ou

143 Sobre actos administrativos *colectivos, plurais* e *gerais,* figuras que podem suscitar algumas dúvidas, vejam-se as pp. 228 a 232 do Volume II do *Curso de Direito Administrativo* de DIOGO FREITAS DO AMARAL.

entidade veja alterada, em sentido favorável ou em sentido desfavorável, a sua situação jurídica perante a Administração Pública.

Vejamos um exemplo.

Quando é solicitado um parecer a um órgão consultivo, este produz um acto jurídico, que traduz uma certa forma de ver o problema que lhe foi colocado. Quando a consulta é imposta pela lei, o órgão consultado sabe que a sua audição (ou a falta dela) produz efeitos jurídicos, possibilitando a tomada de uma decisão formalmente correcta; em qualquer caso, sabe também que a sua opinião produz ainda outros efeitos jurídicos, na justa medida em que condiciona o órgão com competência para decidir.

Mas também sabe que este condicionamento é limitado: em regra, o órgão com competência dispositiva sobre a matéria pode decidir em sentido oposto ao do parecer, sendo certo que terá, nesta hipótese, de fundamentar o seu acto – e de o fazer com especial cuidado, pois terá contrariar os argumentos do parecer.

Por outras palavras: o órgão consultivo sabe que o seu estatuto competencial lhe permite influenciar uma alteração no mundo; mas também sabe que esse mesmo estatuto não lhe permite determinar essa alteração. Esta somente pode resultar da vontade do órgão com competência dispositiva sobre a matéria. É exactamente por isto que um parecer não estatui, não é uma decisão. E é também por esta razão que eventual impugnação judicial visa o acto – a decisão – e não a opinião – o parecer.

O que dissemos sobre o parecer, aplica-se, por identidade de razão, às informações burocráticas, às diligências instrutórias e a outros comportamentos geradores de efeitos jurídicos, mas também desprovidos de sentido decisório.

Em suma, adoptamos um conceito de acto administrativo composto de cinco elementos[144] e que pode ser assim formulado:

> O acto administrativo é um acto jurídico unilateral com carácter decisório, praticado no exercício de uma actividade administrativa pública, destinado a produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta.

69. Principais características do acto administrativo

As características mais marcantes do acto administrativo são, em nosso entender, as seguintes:

a) A *autoridade,* consequência do poder de decisão unilateral da Administração Pública, que se traduz na obrigatoriedade do acto administrativo para todos aqueles relativamente a quem ele produza os seus efeitos;

b) A *revogabilidade limitada,* resultante da necessidade de buscar um ponto de equilíbrio entre a permeabilidade dos actos administrativos à variação dos interesses públicos que visam promover e a protecção da confiança dos particulares, sem a qual se inviabiliza a indispensável colaboração destes com a Administração Pública;

144 Pelas razões que já referimos, continuamos a considerar dispensável a inclusão de um elemento orgânico na definição, como faz DIOGO FREITAS DO AMARAL (*Curso...*, cit., Volume II, pp. 216 a 220).

c) A chamada *presunção de legalidade,* que decorre do princípio da legalidade (v. supra) e justifica aspectos que se estudarão mais adiante, como a ilegalidade da oposição do direito de resistência a actos administrativos anuláveis e o efeito meramente devolutivo da impugnação contenciosa.

Note-se que esta "presunção" deve ser entendida com prudência: ela não pode querer significar que todos os actos administrativos praticados por órgãos da Administração Pública que não sejam nulos são, *ipso facto*, conformes à lei — com a consequência de que os particulares teriam sempre de fazer prova plena de todos os aspectos supostamente ilegais que neles contestam. Esta "presunção" tem de ser entendida no contexto procedimental, isto é, tendo em conta que a montante do acto administrativo impugnado se encontra uma história administrativa. Bem pode suceder que, apontando o *iter* procedimental num certo sentido e sendo a decisão tomada a final de sentido diverso, deva ser o seu autor a fazer prova da legalidade e não aquele que a impugna a demonstrar a respectiva ilegalidade.

70. Natureza jurídica do acto administrativo

Debatem-se nesta temática três orientações principais:

a) A primeira orientação considera o acto administrativo uma espécie de negócio jurídico;

b) A segunda descobre nele analogia com a sentença judicial;

c) A última orientação atribui-lhe natureza *suis generis* — nem uma coisa nem outra, antes um acto unilateral da autoridade pública ao serviço de um fim administrativo.

Pela nossa parte observaremos que o acto administrativo, contrariamente à sentença judicial:

— não visa a composição de um litígio, embora possa encerrá-lo ou iniciá-lo;

— encara a aplicação do direito como um meio — de prosseguir interesses públicos — e não como um fim em si — a prossecução do interesse público aplicação da justiça;

— é modificável, não tendo o valor de verdade legal associado ao caso julgado.

Relativamente ao negócio jurídico, o acto administrativo distingue-se por não prosseguir um fim privado e por apresentar frequentemente como suporte a vontade normativa, em vez da vontade psicológica (v. supra).

De todo o modo, entendemos que, considerada a maior ou menor latitude da componente discricionária do acto administrativo, este se encontra bem mais próximo do negócio jurídico do que da sentença judicial[145].

71. Estrutura do acto administrativo

71.1. No acto administrativo distinguimos os elementos, os requisitos e os pressupostos do acto administrativo:

a) Os *elementos* do acto administrativo são os «componentes estruturais» do acto (v. supra) — é o caso do autor, em regra um órgão da Administração Pública;

145 Cfr., sobre as funções hoje desempenhadas pelo acto administrativo, o texto de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE *Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de "acto administrativo" no nosso tempo*, «in» *Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 1189 a 1220.

b) Os *requisitos* do acto administrativo são as exigências feitas pela lei relativamente a cada elemento do acto — por exemplo, um órgão da Administração Pública que seja *competente*; ver-se-á noutro ponto que estes requisitos podem constituir condições de validade ou condições de eficácia do acto administrativo;

c) Os *pressupostos* do acto administrativo são as situações de facto de que a lei faz depender a possibilidade de praticar um certo acto — é pressuposto de um acto de nomeação para um lugar da Administração Pública que esse lugar se encontre vago, isto é, desprovido de titular, uma vez que duas pessoas não podem estar simultaneamente providas no mesmo lugar.

71.2. Os elementos subjectivos do acto administrativo são os sujeitos jurídicos envolvidos ou afectados pela sua prática:

— o *autor*, na maioria dos casos, um órgão da Administração Pública;

— o *destinatário* do acto administrativo, um particular ou outra pessoa colectiva pública.

71.3. Os elementos objectivos do acto administrativo são:

— o *conteúdo* (ou objecto imediato) do acto administrativo, integrado pela conduta voluntária — entendida nos termos supra referidos —e pelas cláusulas acessórias que possam existir — condições, termos, etc;

— o *objecto* (mediato) do acto administrativo, isto é, a realidade sobre que o acto incide — o terreno expropriado, a esplanada cuja instalação na via pública foi licenciada, etc.

71.4. Os elementos funcionais do acto administrativo são:

— os *motivos* do acto administrativo, ou seja, as razões de decidir do seu autor (porquê?);

— o *fim* do acto administrativo, constituído pelos objectivos que com ele se prosseguem (para quê?).

71.5. Os elementos formais, por último, são:

— a *forma* do acto administrativo, que consiste no modo de exteriorização da vontade administrativa; note-se que, entre nós, a forma escrita é a regra geral para os actos dos órgãos singulares, enquanto os actos dos órgãos colegiais apresentam habitualmente forma oral (cfr. artigo 122.º do CPA);

— as *formalidades* do acto administrativo, ritos destinados a garantir a correcta formação ou execução da vontade administrativa ou o respeito pelos direitos e interesses dos particulares.

72. Das formalidades em especial

72.1. As formalidades justificam uma especial atenção devido à circunstância, já assinalada, de a actividade administrativa pública apresentar um elevado índice de formalização.

As formalidades podem classificar-se:

a) Segundo o critério da sua indispensabilidade — são *essenciais* as formalidades que não é possível dispensar, na medida em que a sua falta afecta irremediavelmente a validade ou a eficácia do acto administrativo; são *não essenciais* as formalidades que podem ser dispensadas;

b) Segundo o critério da possibilidade de remediar a sua falta — são *supríveis* as formalidades cuja falta no momento adequado ainda pode ser corrigida pela respectiva prática actual, sem prejuízo do objectivo que a lei procurava atingir com a sua imposição naquele momento; são *insupríveis* as formalidades cuja preterição não é susceptível de ser remediada, uma vez que já foi precludido o objectivo prosseguido pela lei com a sua imposição.

O princípio geral nesta matéria é o de que *todas as formalidades legalmente prescritas são essenciais*, com excepção:

— daquelas que a lei considere dispensáveis;

— das que revistam natureza meramente interna;

— daquelas cuja preterição não haja obstado ao alcance do objectivo visado pela lei ao prescrevê-las.

72.2. As principais formalidades prescritas pela lei (e pela CRP) são:

a) A audiência dos interessados previamente à tomada de decisões administrativas susceptíveis de contender com os seus interesses (cfr. artigos 267.º, n.º 5, da CRP, e 100.º do CPA);

b) A *fundamentação* dos actos administrativos, que consiste na exposição das razões da sua prática (cfr. artigos 268.º, n.º 3, segunda parte, da CRP e 124.º e 125.º do CPA);

c) A *notificação* dos actos administrativos, instrumento para levar estes ao conhecimento dos interessados (cfr. artigos 268.º, n.º 3, primeira parte, da CRP e 66.º do CPA).

72.3. Os artigos 124.º e 125.º do CPA são as principais disposições legais vigentes em matéria de fundamentação.

O artigo 124.º enumera os actos administrativos que devem ser fundamentados, podendo afirmar-se, em linhas gerais, que devem ser fundamentados:

a) Os actos desfavoráveis aos interessados (cfr. alínea *a)* do n.º 1);

b) Os actos que incidam sobre anteriores actos administrativos (cfr. alíneas *b)* e *e)* do n.º 1);

c) Os actos que reflictam variações no comportamento administrativo (cfr. alíneas *c)* e *d)* do n.º 1).

O artigo 125.º, pelo seu lado, estabelece as regras a que deve obedecer a fundamentação:

a) Deve ser *expressa*;

b) Deve ser *de facto* e *de direito*, isto é, não só tem de indicar as regras jurídicas que impõem ou permitem a tomada da decisão, mas também há-de explicar em que medida é que a situação factual sobre a qual incide esta se subsume às previsões normativas das regras aplicáveis;

c) A fundamentação deve ainda ser *clara*, *coerente* e *completa*; quando a fundamentação não se consegue compreender, não é clara, é *obscura*; quando a fundamentação, sendo embora compreensível em si mesma, não pode ser considerada como pressuposto lógico da decisão, não é coerente, é *contraditória*; quando a fundamentação não é bastante para explicar a decisão, não é completa, é *insuficiente*.

A falta da indicação dos fundamentos de direito ou de facto, bem como a obscuridade, contradição ou insuficiência da fundamentação equivalem à sua falta (cfr. n.º 2 do artigo 125.º), com repercussões no plano da validade do acto, como se verá mais adiante.

72.4. Enquanto a falta de audição dos interessados e as deficiências da fundamentação do acto administrativo se

repercutem na validade deste — uma vez que se trata de formalidades condicionantes desta —, o mesmo já não sucede com a falta de notificação: como esta se destina assegurar a produção de efeitos do acto administrativo, a sua falta somente afecta a eficácia deste, não a respectiva validade.

73. Tipologia dos actos administrativos primários

73.1. Uma primeira distinção opõe os *actos primários* aos *actos secundários:* enquanto que o acto primário incide sobre uma situação da vida, o acto secundário tem por objecto um acto primário anterior.

73.2. Os actos primários dividem-se em:

— *actos impositivos,* que impõem uma conduta ou sujeitam o destinatário a certos efeitos jurídicos;

— e *actos permissivos,* que possibilitam ao destinatário a adopção de um comportamento positivo ou negativo.

73.2.1. Os actos impositivos podem ser:

— *comandos,* actos que impõem uma conduta, positiva (*ordens*) ou negativa (*proibições*);

— *directivas,* que determinam o resultado a atingir mas deixam liberdade quanto aos meios a utilizar;

— *actos punitivos,* que aplicam sanções;

— *actos ablativos,* que sujeitam o destinatário a um sacrifício (ex: expropriação por utilidade pública);

— *juízos,* que são actos de qualificação (ex: classificações e notações).

73.2.2. Os actos permissivos podem *conferir ou ampliar vantagens,* ou *eliminar ou reduzir encargos*.

73.2.2.1. Entre os primeiros contam-se:

— a *autorização,* por via da qual um órgão da Administração Pública possibilita o exercício de um direito ou de uma competência de outrem;

— a *licença,* através da qual um órgão da Administração Pública atribui a um particular o direito de exercer uma actividade privada relativamente proibida por lei[146];

— a *subvenção,* pela qual um órgão da Administração Pública atribui a um particular uma quantia em dinheiro destinada a custear a prossecução de um interesse público específico;

— a *admissão,* por via da qual um órgão da Administração Pública investe um particular numa categoria legal, de que decorrem direitos e deveres.

73.2.2.2. Entre os actos permissivos que eliminam ou reduzem encargos distinguem-se:

— a *dispensa,* que legitima o incumprimento de uma obrigação legal, seja em atenção a outro interesse público

146 Embora a distinção teórica entre a licença e a autorização seja simples, nem sempre a nomenclatura legal a respeita: algumas licenças correspondem à noção dada, como a *licença de porte de arma;* outras, todavia, podem consubstanciar verdadeiras autorizações, como sucede com a *licença de construção,* ao menos para quem, como nós, entender que o *jus aedificandi* é uma faculdade integrante do direito de propriedade de um imóvel, cujo exercício está condicionado a uma intervenção da Administração Pública, e não um poder atribuído pelo plano urbanístico.

(*isenção*), seja como forma de procurar garantir o respeito pelo princípio da imparcialidade da Administração Pública (*escusa*);

— a *renúncia,* através da qual a Administração Pública se despoja da titularidade de um direito disponível.

74. Principais classificações dos actos administrativos

74.1. Quanto aos sujeitos:

a) *Decisões,* actos de órgãos singulares, e *deliberações,* actos de órgãos colegiais[147];

b) *Actos simples,* que apenas têm um autor, e *actos complexos,* que apresentam dois ou mais autores; estes podem consubstanciar uma situação de *co-autoria,* se a vontade dos diversos autores tem relevo idêntico, ou uma situação de *co-responsabilidade,* caso tal não aconteça.

74.2. Quanto aos efeitos:

a) *Actos de execução instantânea,* cujos efeitos se esgotam no momento da respectiva prática, e *actos de execução continuada,* cujos efeitos perduram por certo período de tempo;

147 Assumimos a utilização equívoca do termo *decisão*: em sentido amplo, corresponde à noção de acto administrativo (v. supra); em sentido estrito, apenas se aplica aos actos administrativos dos órgãos singulares. Note-se que também o termo *deliberação* comporta alguma ambiguidade: é sempre e somente um acto de um órgão colegial, mas não necessariamente um acto administrativo — não será, por exemplo, se um órgão colegial deliberar aprovar um parecer (v. supra).

b) *Actos positivos,* que deferem pretensões dos cidadãos, e *actos negativos,* que as indeferem.

75. O acto administrativo lesivo

75.1. O acto administrativo lesivo foi a ideia que a Constituição, na revisão de 1989, elegeu para substituir o velho e desgastado conceito de acto definitivo e executório.

O acto administrativo definitivo, a *resolução final* de que falava MARCELLO CAETANO [148] inseria-se numa lógica característica do velho recurso contencioso, modo típico da impugnação judicial dos actos da Administração Pública: tratava-se, acima de tudo, e com variadas razões (ou pretextos), de limitar a recorribilidade contenciosa dos actos da Administração. Aquilo que não era *definitivo*, não era a "última palavra" desta e, por isso, não poderia ter a sua legalidade revista pelos tribunais administrativos.

Os sucessivos aperfeiçoamentos (e distorções) que o labor doutrinário, nomeadamente de DIOGO FREITAS DO AMARAL, e a prática jurisprudencial, foram introduzindo no conceito, possibilitaram um alargamento efectivo da protecção judicial contra os comportamentos administrativos e foram garantindo a sua sobrevivência. Mas a revisão constitucional acabou por estatuir no sentido que a maioria da doutrina sustentava: chegara ao limite a capacidade doutrinária para "esticar" o acto definitivo e executório; chegava também ao fim uma época.

148 Cfr. *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, 10.ª edição, 5.ª reimpressão, Coimbra, 1991, p. 443.

Repetimos as palavras que melhor nos parecem retratar esta espécie de «ruptura dogmática»:

Objectivamente considerada, a evolução normativa revela a troca de um entendimento formal e conceptualista do direito de acesso aos tribunais administrativos por uma visão material, assente numa ideia de justiça orientada teleologicamente (afectada à tutela de direitos ou interesses)[149].

É esta mudança de paradigma que está na origem do conceito de acto lesivo: trata-se já não de delimitar, com argumentos teóricos cada vez mais sofisticados e mais obscuros, a "verdadeira última palavra" da Administração Pública, a única susceptível de controlo judicial; o que está em causa é determinar quais os actos administrativos que, por afectarem negativamente a esfera jurídica de alguém, devem poder ser escrutinados pelos tribunais administrativos.

75.2. Não é fácil, dada a variedade de situações possíveis, fornecer uma definição de acto lesivo. Arriscamos, por isso, uma definição por exclusão de partes: **não constituem actos administrativos lesivos aqueles actos administrativos que não afectem negativamente, ou não sejam susceptíveis de afectar num futuro próximo provável, a esfera jurídica de outrem.**

Ao admitirmos que são lesivos não só os actos que lesam efectivamente direitos ou interesses, mas também aqueles que podem causar tal lesão, temos presente a formulação do n.º 1 do artigo 51.º do CPTA.

149 Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 499/96, «in» ***Diário da República***, 2.ª série, n.º 152, de 3 de Julho de 1996, pp. 8092 e ss.

Assim, não são actos lesivos:

a) Os actos administrativos que defiram integralmente pretensões do interessado, como são, em geral, os actos permissivos;

b) Os actos administrativos que defiram, sem reservas, reclamações e recursos administrativos;

c) Os actos administrativos que revoguem completamente, com eficácia retroactiva, anteriores actos lesivos.

Impõem-se duas observações:

1.ª Em qualquer dos casos, os actos referidos podem tornar-se lesivos se e na medida em que afectem, ou possam afectar, negativamente a esfera jurídica de outro interessado (é o que ocorre com os chamados *actos de duplo efeito*, designadamente os actos que procedem à escolha de uma pessoa de entre um grupo pré-determinado);

2.ª Se um acto administrativo praticado a pedido de um interessado lhe for notificado no termo do procedimento administrativo e dele puder resultar, por ambiguidade textual, outro entendimento que não a satisfação integral da pretensão apresentada, tem de ser considerado um acto lesivo.

75.3. Casos que podem levantar dúvidas quanto ao seu carácter lesivo são os daqueles actos administrativos que são praticados no decurso do procedimento administrativo sem que consubstanciem – nem possam consubstanciar por razões procedimentais – uma decisão final deste favorável ao interessado.

Entre estes actos — admitidos pela jurisprudência, alguns, adiantados pela doutrina, os outros —, podem apontar-se:

a) A *promessa*, acto através do qual um órgão da Administração anuncia para um momento determinado, posterior, a adopção de um certo comportamento, autovinculando-se perante um particular;

b) A *decisão prévia*, acto pelo qual um órgão da Administração aprecia a existência de certos pressupostos de facto e a observância de certas exigência legais, sendo que de uns e de outras depende a prática de uma decisão final permissiva;

c) A *decisão parcial*, acto por via do qual um órgão da Administração antecipa uma parte da decisão final relativa ao objecto de um acto permissivo, possibilitando desde logo a adopção pelo particular de um determinado comportamento;

d) A *decisão provisória*, acto através do qual um órgão da Administração, recorrendo a uma averiguação sumária dos pressupostos de um tipo legal de acto, define uma situação jurídica até à prática de uma decisão final, tomada então com base na averiguação completa de tais pressupostos;

e) A *decisão precária*, acto por meio do qual um órgão da Administração define uma situação jurídica com base na ponderação de um interesse público especialmente instável ou volátil, sujeitando a respectiva consolidação à concordância do interessado na sua revogação ou apondo-lhe uma condição suspensiva, que se concretizará na eventual prática de um acto secundário desintegrativo ou modificativo.

76. A execução do acto administrativo

76.1. *Executar* um acto administrativo significa o quê?

Note-se que somente faz sentido falar em *executoriedade* em sentido próprio relativamente aos actos susceptíveis de medidas administrativas de execução, ou

seja, aqueles actos que impõem condutas aos cidadãos. Quanto aos outros — uma licença, o indeferimento de um pedido, por exemplo — falar em *execução* significaria confundir este conceito com o de *eficácia*[150]. Seja como for, está muito generalizada uma concepção ampla (e, em nosso entender, incorrecta) de acto executório, que esbate quase totalmente a diferença entre eficácia e executoriedade.

Entre os actos não executórios — para além, naturalmente, dos actos ineficazes, como aqueles que, estando dependentes de aprovação de outro órgão, ainda não obtiveram esta (trata-se de actos que *ainda não são* executórios) — contam-se os actos de liquidação de impostos, que somente podem ser executados através da intervenção dos tribunais tributários (actos que *nunca serão* executórios).

76.2. A execução do acto administrativo está sujeita aos princípios e regras inscritos nos artigos 149.° a 157.° do CPA. Destacam-se entre estes:

a) O princípio da autotutela executiva ou privilégio de execução prévia, que, não obstante as muitas críticas, foi mantido como regra no CPA (cfr. artigo 149.°, n.° 2);

b) O princípio da tipicidade das formas de execução (cfr. artigo 149.°, n.° 2, do CPA);

c) O princípio da proporcionalidade, já referido noutro ponto, e que adquire aqui uma relevância especial (cfr. artigo 151.°, n.° 2, do CPA);

150 Neste ponto discordamos de DIOGO FREITAS DO AMARAL, que considera executórios os actos eficazes, apenas pelo facto de o serem – cfr. *Curso...*, cit., Volume II, p. 285.

d) O princípio da observância dos direitos fundamentais e do respeito devido à pessoa humana (cfr. artigo 157.°, n.° 3, do CPA);

e) A regra do acto administrativo prévio (cfr. artigo 151.° n.° 1, do CPA); note-se que a actividade material da Administração Pública, quando contrária à lei, tende a ser encarada como a execução de um acto administrativo que deveria ter sido praticado — e não foi;

f) A proibição de embargos (cfr. artigo 153.° do CPA).

76.3. O CPA prevê três formas de execução do acto administrativo (existindo outras reguladas em leis avulsas), que se distinguem entre si pelo objectivo da execução:

a) O pagamento de uma quantia em dinheiro (*pagamento de quantia certa*);

b) A entrega de uma coisa (*entrega de coisa certa*);

c) A adopção de um comportamento material (*prestação de facto*).

Note-se que, não obstante todas se encontrarem previstas no CPA, somente as duas últimas merecem a qualificação de execução por via administrativa. Na verdade, o que o CPA dispõe relativamente à execução para pagamento de quantia certa é, antes de tudo, que esta tem carácter judicial: é isto que significa seguir *o processo de execução fiscal regulado no Código de Processo Tributário* (hoje, nos artigos 148.° e ss. do Código de Procedimento e Processo Tributário, que substituiu aquele).

CAPÍTULO III

VALIDADE E EFICÁCIA DO ACTO ADMINISTRATIVO

Leituras aconselhadas[151]:

ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Erro e ilegalidade do acto administrativo*, Lisboa, 1962, pp. 77 a 108 e 153 a 192; ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *A estabilização dos efeitos dos actos administrativo anuláveis pelo decurso do tempo*, «in» ***Direito e Justiça***, Volume XIX, 2005, Tomo II, pp. 69 a 155; DIOGO FREITAS DO AMARAL, Curso..., cit., Volume II, pp. 342 a 424; DIOGO FREITAS DO AMARAL, JOÃO CAUPERS, JOÃO MARTINS CLARO, JOÃO RAPOSO, PEDRO SIZA VIEIRA e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, cit., pp. 233 a 248; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Nulidade e anulabilidade do acto administrativo, anotação ao acórdão do STA de 30.05.2001*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 43, Janeiro/ Fevereiro 2004, pp. 41 a 49; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral. Actividade administrativa*, Tomo III, Lisboa, 2007, pp. 143 a 182;

151 Algumas das leituras aconselhadas no capítulo anterior também interessam para o presente capítulo.

RUI MACHETE, *Sanação (do acto administrativo inválido)* «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública,* Volume VII, pp. 327 a 348; VITALINO CANAS, *O vício de forma no acto administrativo*, «in» ***Revista Jurídica***, n.ºs 9-10, Janeiro-Junho 1987, pp. 135 a 185.

77. Noções gerais

As noções de validade e de eficácia, embora próximas, não se confundem nem sobrepõem.

Validade do acto administrativo é a *aptidão intrínseca do acto para produzir os efeitos jurídicos correspondentes ao tipo legal a que pertence, em consequência da sua conformidade com a ordem jurídica.*

Eficácia do acto administrativo é a *efectiva produção de efeitos jurídicos.*

78. Requisitos de validade

a) Quanto aos sujeitos:

— *competência do autor do acto* (cfr. artigo 123.°, n.° 1, alínea *a)*, do CPA);

— *identificação do destinatário do acto* (cfr. artigo 123.°, n.° 1, alínea *b)*, do CPA).

b) Quanto à forma:

— *observância da forma legal* (cfr. artigo 122.° do CPA);

— *cumprimento das formalidades essenciais* (v. supra);

c) Quanto ao fim: exercício dos poderes discricionários por um motivo principalmente determinante correspondente à finalidade para que a lei atribuiu ao autor do acto administrativo a competência para o praticar.

79. Requisitos de eficácia

Constituem requisitos de eficácia:

a) A *publicidade* do acto, consubstanciada na respectiva publicação, quando exigida (cfr. artigos 130.° e 131.° do CPA), ou na sua *notificação* aos interessados (cfr. artigos 132.° e 66.° a 70.° do CPA);

b) A *aprovação tutelar* de que o acto, eventualmente, careça e o controlo preventivo do *Tribunal de Contas*, quando a ele houver lugar.

80.A invalidade do acto administrativo — suas causas

80.1. A *invalidade* do acto administrativo é o *juízo de desvalor emitido sobre ele em resultado da sua desconformidade com a ordem jurídica.* As duas causas geralmente admitidas da invalidade são a *ilegalidade* e os *vícios da vontade.*

80.2. A *ilegalidade* do acto administrativo é tradicionalmente apreciada entre nós através da verificação dos chamados **vícios do acto**, *modalidades típicas que tal ilegalidade pode revestir* e que historicamente assumiram o papel de limitar a impugnabilidade contenciosa dos actos administrativos. Desaparecido o artigo 15.° da antiga Lei Orgânica do STA, debalde se procurará no CPTA (ou no novo ETAF) uma qualquer referência a vícios do acto administrativo (que existia na anterior Lei de Processo nos Tribunais Administrativos).

Mas o facto de a lei não lhes fazer referência apenas significa que já não recai sobre aquele que impugna judicialmente um acto administrativo a obrigação de reconduzir as invalidades que nele considera existirem a uma ou mais das

modalidades típicas da ilegalidade, sob pena de ver a sua impugnação rejeitada. Não significa, evidentemente — como escrevemos noutro local, *que a teoria dos vícios do acto administrativo haja perdido, por isso, o seu valor científico e as suas potencialidades explicativas*[152]. Porque continuamos a pensar assim, procederemos a uma breve definição dos vícios do acto, por referência à enumeração contida em antigo preceito legal[153].

80.3. Sistematizaremos os vícios por referência ao elemento do acto administrativo afectado:

a) Vícios orgânicos, ou seja, relativos aos sujeitos do acto administrativo — mais precisamente, ao seu autor:

— a **usurpação de poder** consiste na *ofensa por um órgão da Administração Pública do princípio da separação de poderes, por via da prática de acto incluído nas atribuições do poder judicial ou do poder legislativo;*

— a **incompetência** consubstancia-se na *prática por um órgão de uma pessoa colectiva pública de um acto incluído nas atribuições de outra pessoa colectiva pública*[154] (**incompetência absoluta**) *ou na competência de outro órgão da mesma pessoa colectiva* (**incompetência relativa**);

b) Vícios formais: o **vício de forma** consiste na *carência de forma legal ou na preterição de formalidades essenciais;*

152 Cfr. *Legislação Administrativa*, 5.ª edição, Lisboa, 1989, p. 712.

153 O § único do artigo 19.º da antiga Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo.

154 Ou de outro ministério, no caso da pessoa colectiva Estado.

c) Vícios materiais, relativos ao objecto, ao conteúdo ou aos motivos do acto:

— o **desvio de poder** traduz-se no *exercício de um poder discricionário por um motivo principalmente determinante desconforme com a finalidade para que a lei atribuiu tal poder*[155];

— a **violação de lei** consiste na *discrepância entre o objecto ou o conteúdo do acto e as normas jurídicas com que estes deveriam conformar-se*. Integram este vício, nomeadamente, a falta de base legal do acto administrativo, a impossibilidade ou a ininteligibilidade do objecto ou do conteúdo do acto e a ilegalidade dos elementos acessórios deste.

80.4. Com os vícios do acto administrativo não se confundem os **vícios da vontade**: estes podem gerar a invalidade do acto administrativo, na medida em que a formação da vontade dos órgãos da Administração Pública deve ser livre e esclarecida. Uma vontade administrativa deformada pelo *erro*, pelo *dolo*, por *coacção* ou por *incapacidade acidental* não é em si uma ilegalidade, mas deve, em princípio, constituir causa da invalidade daquele.

E dizemos, *em princípio*, na medida em que, nem sempre coincidindo a vontade administrativa, essencialmente normativa, com a vontade psicológica, a relevância invalidatória dos vícios da vontade se encontra restrita às situações em que esta última importa — ou seja, aos aspectos discricionários do acto, em que o decisor dispõe de uma

155 O desvio de poder tanto pode ocorrer por motivos de interesse público, como por motivos de interesse particular.

margem de liberdade mais ou menos ampla. Nos aspectos vinculados, o que interessa é apurar se o resultado é ou não conforme à lei, sendo irrelevantes os «porquês» psicológicos do respeito ou desrespeito de tais vinculações.

81. Regimes da invalidade

81.1. A prática de um acto administrativo inválido não se encontra sempre sujeita ao mesmo regime legal; de acordo com a gravidade da invalidade, pode ser aplicável o regime da nulidade, mais severo, ou o regime da anulabilidade. *A nulidade e a anulabilidade são modalidades da invalidade.*

81.2. *Regime da nulidade* (cfr. artigo 134.° do CPA):
— o acto nulo é ineficaz *ab initio*;

> O acto nulo não produz efeitos — o que não significa que não possa acarretar consequências; a não produção de efeitos é uma *apreciação jurídica* e não uma verificação factual.

— a nulidade é insanável e o acto nulo é passível de impugnação contenciosa ilimitada no tempo;
— qualquer tribunal ou órgão da Administração Pública pode declarar a nulidade;
— a sentença judicial que declare a nulidade tem natureza declarativa;
— assiste aos funcionários públicos confrontados com um acto nulo o direito de desobediência e aos cidadãos, em

circunstâncias idênticas, o direito fundamental de resistência (cfr. artigo 21.° da CRP).

81.3. *Regime da anulabilidade* (cfr. artigo 136.° do CPA):
— o acto anulável é eficaz até ser anulado, embora a anulação produza efeitos retroactivos ao momento da sua prática;
— a anulabilidade sana-se pelo decurso do tempo, pelo que o acto somente pode ser anulado se o respectivo pedido for formulado dentro de certos prazos (cfr. artigo 58.°, n.° 2, do CPTA);
— apenas os tribunais administrativos podem anular um acto administrativo;
— a sentença judicial de anulação tem natureza constitutiva;
— não assistem, aos funcionários públicos, o direito de desobediência, nem aos cidadãos, o direito de resistência, uma vez que o acto goza da chamada presunção de legalidade até ser anulado (v. supra).

82. Âmbito de aplicação dos regimes da nulidade e da anulabilidade

82.1. O regime da anulabilidade, imposto por razões de segurança e certeza jurídicas, **é o regime regra**.

82.2. O regime da nulidade — excepcional, mas que viu o seu âmbito de aplicação substancialmente alargado pelo artigo 133.° do CPA — aplica-se:
a) Aos actos a que falte qualquer dos elementos essenciais;

b) Aos actos para os quais uma norma legal estabeleça tal consequência — por exemplo, os actos previstos no n.º 2 do artigo 95.º da Lei n.º 169/99;

c) Aos actos contidos na enumeração exemplificativa do n.º 2 do artigo 133.º do CPA.

82.3. O regime da anulabilidade aplica-se a todos os restantes actos administrativos inválidos (cfr. artigo 135.º do CPA).

Se, consideradas as causas de invalidade do acto, este for simultaneamente anulável e nulo, prevalecerá o regime da nulidade.

83. Correspondência entre as causas da invalidade e os respectivos regimes

83.1. *São, designadamente, nulos:*

— os actos viciados de usurpação de poder;

— os actos viciados de incompetência absoluta;

— os actos que sofram de vício de forma, na modalidade de carência absoluta de forma legal;

— os actos praticados sob coacção;

— os actos de conteúdo ou objecto impossível ou ininteligível;

— os actos que consubstanciem a prática de um crime;

— os actos que lesem o conteúdo essencial de um direito fundamental.

83.2. *São, designadamente, anuláveis:*

— os actos viciados de incompetência relativa;

— os actos viciados de vício de forma, nas modalidades de carência relativa de forma legal e, salvo se a lei estabelecer para o caso a nulidade, de preterição de formalidade essencial;

— os actos viciados por desvio de poder;

— os actos praticados por erro, dolo ou incapacidade acidental.

84. Sanação dos actos anuláveis

A *sanação* consiste na *transformação de um acto anulável num acto válido* — segundo uma parte da doutrina — *ou insusceptível de impugnação contenciosa* —— segundo outra parte —, *ditada por razões de segurança e certeza jurídicas*.

Constituem causas da sanação:

a) O decurso do prazo mais longo de interposição de recurso contencioso — é a sanação *ope legis* (cfr. artigo 58.º, n.º 2, alínea *a)*, do CPTA)[156];

b) A prática de um acto administrativo secundário, de que se falará de seguida (cfr. artigo 136.º, n.º 1, do CPA).

Note-se que a sanação somente obsta à impugnação judicial do acto, não extinguindo a obrigação de indemnizar com fundamento nos prejuízos causados pelo acto.

156 Não assim para RUI MACHETE, para quem o decurso de tal prazo apenas obsta à impugnação do acto administrativo, não sanando a respectiva invalidade — *Sanação*, «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VII, pp. 341 a 343. Sobre este tema, cfr. ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *A estabilização dos efeitos dos actos administrativo anuláveis pelo decurso do tempo*, «in» ***Direito e Justiça***, Volume XIX, 2005, Tomo II, pp. 69 a 155.

CAPÍTULO IV

OS ACTOS SECUNDÁRIOS – EXTINCÃO DO ACTO ADMINISTRATIVO

Leituras aconselhadas[157]:

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., Volume II, pp. 425 a 476; DIOGO FREITAS DO AMARAL, JOÃO CAUPERS, JOÃO MARTINS CLARO, JOÃO RAPOSO, PEDRO SIZA VIEIRA e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, cit., pp. 249 a 263; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, cit., pp. 531 a 540; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Revogação do acto administrativo*, «in» ***Direito e Justiça***, Volume VI, 1992, pp. 53 a 63; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRE SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral. Actividade administrativa*, Tomo III, Lisboa, 2007, pp. 188 a 199; RAVI AFONSO PEREIRA, *O direito comunitário posto ao serviço do direito administrativo – uma leitura da jurisprudência do STA sobre*

157 Algumas das leituras aconselhadas no capítulo anterior também interessam para o presente capítulo.

reposição de ajudas comunitárias «in» ***Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra***, Volume LXXXI, Coimbra, 2005, pp. 673 a 725; ROBIN DE ANDRADE, *A revogação dos actos administrativos*, 2.ª edição, Coimbra, 1985.

85. Tipologia dos actos administrativos secundários

85.1 Os actos administrativos secundários — que incidem sobre um acto administrativo anterior — repartem-se por quatro categorias: os *actos integrativos*, os *actos sanadores*, os *actos modificativos* e os *actos desintegrativos*.

85.2. Os actos integrativos, *que visam completar um acto administrativo anterior*, distribuem-se por três espécies[158]:

— a *aprovação* (e o *visto*), que exprime concordância com um acto praticado por outro órgão (a aprovação confere eficácia a uma decisão que era ineficaz);

— o *acto confirmativo*, que reitera e mantém em vigor um acto administrativo anterior da autoria do mesmo órgão ou de um subordinado seu;

— a *ratificação confirmativa*, acto através do qual o órgão normalmente competente em certa matéria exprime a sua concordância com um acto praticado nessa mesma matéria, em

158 Uma suposta quarta categoria seria preenchida pela *homologação*, que consiste na apropriação dos fundamentos e conclusões de uma proposta ou parecer da autoria de outro órgão. A verdade é que, contra o que anteriormente sustentámos, a homologação, conferindo a qualidade de decisão a comportamento administrativo que a não tinha, deve ser considerada um acto administrativo primário.

circunstâncias extraordinárias, por um outro órgão, excepcionalmente competente (ex.: ratificação dos actos praticados pelo governador civil em casos excepcionais e urgentes — cfr. artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro).

85.3. Os actos sanadores, *que visam eliminar a invalidade de acto administrativo anteriormente praticado*, com base no princípio da economia dos actos jurídicos, são de três espécies:

— a *ratificação sanação*, acto administrativo que visa suprir a ilegalidade resultante da incompetência relativa do autor de um acto anterior ou da falta de uma condição legalmente exigida para que o seu autor o pudesse praticar (caso do acto praticado por aquele a quem a lei de habilitação atribui competência delegada, sem que o delegante haja autorizado o exercício de tal competência);

— a *reforma*, que aproveita a parte não afectada por ilegalidade de um acto administrativo anterior;

— a *conversão*, que aproveita os elementos válidos de um acto administrativo anterior para com eles construir um novo acto, este legal.

Aos actos sanadores — que têm, regra geral, eficácia retroactiva — é aplicável o regime legal da revogação (cfr. artigo 137.º do CPA).

85.4. São de três espécies os actos modificativos, *que alteram actos administrativos anteriores:*

— a *suspensão*, que paralisa temporariamente os efeitos de acto administrativo anterior (cfr. artigo 150.º, n.º 2, do CPA);

— a *modificação «stricto sensu»,* que substitui, total ou parcialmente, um acto administrativo anterior (cfr. artigo 147.º do CPA);

— a *rectificação,* que corrige erros manifestos, materiais ou de cálculo, de um acto administrativo anterior (cfr. artigo 148.º do CPA).

À suspensão e à modificação é igualmente aplicável o regime legal da revogação (cfr. artigo 147.º do CPA); a rectificação tem um regime legal próprio, constante do artigo 148.º do CPA.

85.5. O principal acto desintegrativo é a **revogação,** *acto administrativo que visa destruir ou fazer cessar os efeitos de um acto anterior.*

A importância fundamental da revogação decorre da circunstância de este acto representar o momento crucial do relacionamento entre a Administração Pública e os particulares, momento em que se torna mais delicado o equilíbrio entre o princípio da prossecução do interesse público e o respeito pelos interesses dos cidadãos.

Na verdade, enquanto o primeiro princípio recomenda que se reconheça à Administração a faculdade de eliminar um seu acto anterior, agora julgado inadequado a uma correcta reavaliação dos interesses públicos a prosseguir, já o segundo princípio aconselha que a confiança que os cidadãos depositaram nos actos da Administração não seja abalada por inopinadas alterações da avaliação dos interesses públicos, levadas a cabo por esta. Compor um equilíbrio razoável entre estes dois propósitos é o objectivo fundamental de qualquer regime legal da revogação.

86. A revogação em especial

86.1. Espécies de revogação:

a) Quanto à iniciativa — a revogação *espontânea* (ou *retractação),* decidida por um órgão da Administração Pública, e a revogação *provocada* (cfr. artigo 138.º do CPA), suscitada por um interessado;

b) Quanto ao fundamento — a revogação fundada em *invalidade* e a revogação fundada em *inconveniência* do acto revogado;

c) Quanto aos efeitos — revogação *ab-rogatória, extintiva* ou *ex nunc,* que faz cessar os efeitos do acto revogado para futuro, e revogação *anulatória* ou *ex tunc,* que elimina retroactivamente os efeitos do acto revogado.

A revogação fundada em invalidade é anulatória; a revogação fundada em inconveniência é, regra geral ab-rogatória, excepto quando o autor do acto de revogação, nos termos limitados permitidos pelo n.º 3 do artigo 145.º do CPA, lhe atribua eficácia retroactiva (cfr. artigo 145.º, n.ºs 1 e 2, do CPA).

86.2. Existem actos administrativos *cuja revogação é logicamente impossível:* não podem ser revogados os actos que não produzem efeitos, como sucede com os actos nulos ou inexistentes e com os actos já anulados por um tribunal administrativo (cfr. artigo 139.º do CPA).

86.3. O **regime legal da revogação** consagrado no CPA assenta numa dupla distinção relativa aos actos a revogar:

— entre actos administrativos válidos e actos administrativos inválidos;

— no universo dos primeiros, entre actos administrativos constitutivos de direitos (ou interesses legalmente protegidos) e actos administrativos não constitutivos de direitos.

> Actos administrativos constitutivos de direitos são todos aqueles que atribuem aos cidadãos direitos novos, ou ampliam direitos existentes, ou extinguem restrições ao exercício destes[159].

As regras, que procuram conseguir o equilíbrio já mencionado entre os princípios da modificabilidade dos actos administrativos, decorrente da variabilidade dos interesses públicos, e da protecção da confiança, ínsito na própria ideia de Estado de direito, são as seguintes (cfr. artigos 140.º e 141.º do CPA):

1.ª — Os **actos válidos constitutivos de direitos são irrevogáveis**, excepto na parte em que forem desfavoráveis aos interessados ou quando estes concordem com a revogação e não estejam em causa direitos indisponíveis;

159 A noção de acto administrativo constitutivo de direitos situa-se próxima de outra, mais recente e com outro recorte, que é a de *caso decidido administrativo*. Sobre esta noção, cfr. o Acórdão n.º 1147/96 do Tribunal Constitucional, publicado no ***Diário da República***, II Série, n.º 295, de 21 de Dezembro, bem como as pp. 372 a 376 do Volume II do *Curso de Direito Administrativo* de DIOGO FREITAS DO AMARAL.

2.ª — Os **actos válidos não constitutivos de direitos são revogáveis**, excepto quando praticados no exercício de poderes vinculados ou quando deles resultem para a Administração Pública obrigações legais ou direitos irrenunciáveis;

3.ª — **Os actos inválidos são revogáveis,** mas somente com fundamento em tal invalidade e dentro do prazo mais longo para a impugnação judicial ou até à apresentação das alegações finais em processo judicial que, haja, entretanto, sido intentado.

> O acto revogatório de acto administrativo cuja revogação esteja legalmente proibida é inválido, por ilegalidade, sofrendo do vício de violação de lei.

87. A revogação de actos administrativos que concedem auxílios de Estado e subsídios comunitários

87.1. O regime legal da revogação constante do CPA não é, porém, o único a ter em conta.

Como dissemos noutro ponto, a revogação de actos administrativos ilegais é um dos casos em que se tem discutido a aplicação do direito da União Europeia. A questão tem-se colocado sobretudo a propósito dos actos administrativos que, nos diferentes Estados-membros, atribuem a particulares auxílios de Estado, auxílios que venham posteriormente a ser considerados ilegais pela Comissão Europeia.

Se o regime constante do CPA fosse aplicável, tais actos apenas poderiam ser revogados com fundamento na sua

invalidade e dentro do prazo mais longo para a impugnação judicial (ou até à apresentação das alegações finais em processo judicial que, houvesse, entretanto, sido intentado, como vimos). É o que resulta inequivocamente do disposto no n.º 1 do artigo 141.º daquele código.

Sucede, porém, que o Tribunal de Justiça da UE vem sustentando, em diversa e constante jurisprudência[160], que, muito embora a revogação do acto administrativo de concessão do auxílio de Estado contrário ao direito comunitário e a consequente reposição dos fundos recebidos sejam reguladas pelos distintos direitos nacionais do Estados-membros, a revogação e a reposição não podem ser inviabilizadas por tais regras, uma vez que traduzem uma imposição do direito da União.

Quando confrontado com a argumentação de que uma tal revogação, concretizada para além dos prazos estabelecidos em cada ordem jurídica nacional, representaria uma violação do princípio da protecção da confiança – que todas elas e a própria ordem jurídica da União, de uma forma ou de outra, reconhecem e garantem –, o Tribunal contesta, sustentando que não merece protecção a confiança de quem aceitou um auxílio de Estado – e os auxílios de Estado são, em princípio e considerada a sua susceptibilidade de desvirtuar a concorrência, interditos pelo direito da União, estando, por isso, condicionados a autorização prévia da Comissão –, sabendo ou devendo saber, que tal auxílio era contrário a este direito.

160 Acórdão *Deufil* (de 24 de Fevereiro de 2007, Processo n.º 310/85, *Colectânea*, pp. 901 e ss.), *Deutsche Milchkontor* (de 21 de Setembro de 1983, Processo n.º 205/82, *Colectânea*, pp. 2633 e ss.) e *Alcan* (20 de Março de 1997, Processo n.º C-24/95, *Colectânea*, pp. 1591 e ss.)

87.2. O Supremo Tribunal Administrativo já teve oportunidade de se pronunciar sobre uma questão próxima desta em vários acórdãos, quase todos respeitantes a actos que determinavam a reposição de subsídios comunitários ilegalmente atribuídos no quadro da política agrícola comum. Note-se que, muito embora a distinção não seja claramente assumida pela jurisprudência, não se trata da mesma questão que vimos referindo, uma vez que, como bem observa RAVI AFONSO PEREIRA, os subsídios comunitários não são, em princípio, proibidos nem contrários ao direito da União, não sendo a eventual falta da sua reposição, quando essa desconformidade exista, susceptível de afectar a concorrência no plano comunitário[161].

Na generalidade dos casos e até há pouco, o STA limitava-se a anular as ordens de reposição das ajudas comunitárias, desde que houvesse decorrido mais de um ano, contado da data dos actos ilegais de atribuição, fazendo valer o conceito doméstico de acto administrativo constitutivo de direitos subjacente ao disposto no n.º 1 do artigo 141.º do CPA. Em 2005, porém, num acórdão de 6 de Outubro[162], o STA veio

161 Cfr. *O direito comunitário posto ao serviço do direito administrativo uma leitura da jurisprudência do STA sobre reposição de ajudas comunitárias* «in» ***Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra***, Volume LXXXI, Coimbra, 2005, p. 701. As principais decisões do STA estão referenciadas neste escrito. É interessante notar, que digitando a expressão «auxílios de Estado» no motor de busca da base de dados de jurisprudência do STA surgiram oito acórdãos, indistintamente sobre ajudas comunitárias e sobre auxílios de Estado (pesquisa feita em 14 de Abril de 2008).

162 Processo n.º 02037/02 do Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, constante da base de dados. Esta jurisprudência foi reiterada no acórdão de 6 de Dezembro do mesmo ano, proferido no âmbito do Processo n.º 0328/02.

admitir expressamente que o primado do direito da UE afasta a aplicação do n.º 1 do artigo 141.º do CPA, *tal como tem sido definido de modo constante pela jurisprudência do TJCE.*

Mas, mais interessante do que esta afirmação, é a circunstância de o STA abrir, embora de forma hesitante, a porta para o afastamento do "automatismo" daquele preceito, admitindo que a sua aplicação deva ser "adoçada" em função de uma ponderação de valores que tenha em conta, para além do princípio da protecção da confiança, o princípio da repetição do indevido. Na verdade, seria dificilmente sustentável, no plano dos princípios, uma solução assumidamente dual, em que seria efectuada a ponderação de interesses relativamente a certos actos fundados no direito da UE, com consequências relativamente ao prazo de revogação, mantendo-se porém a intangibilidade do prazo de um ano, resultante da aplicação do preceito nacional, relativamente a todos os outros casos.

Posteriormente[163], o STA veio a enfatizar uma outra distinção, que já havia feito nesta matéria: trata-se de distinguir entre o acto de atribuição do subsídio comunitário em si mesmo inválido, por contrário à lei, e a desconformidade superveniente entre o comportamento do beneficiário e as normas que este deveria repeitar, revelada através dos controlos *a posteriori* da utilização do subsídio. Neste último caso e só nele, o STA afasta – e bem – a aplicação do n.º 1 do artigo 141.º do CPA[164]. Mas, note-se, isto pouco tem a ver

163 Cfr. Acórdãos de 29 de Março e 3 de Maio de 2007, proferidos, respectivamente, nos Processos n.ºs 0661/05 e 01775/02, também constantes da base de dados.

164 No mesmo sentido, cfr. RAVI AFONSO PEREIRA, cit., pp. 709-710.

com a jurisprudência comunitária sobre auxílios de Estado, uma vez que a solução seria acertada mesmo que estivesse em causa, unicamente, o direito nacional.

87.3. FAUSTO DE QUADROS, escrevendo antes do acórdão de 6 de Outubro de 2005, censurou a anterior jurisprudência do STA, à luz dos acórdãos do Tribunal de Justiça da UE que mencionámos[165]. Sem tomarmos aqui posição quanto à bondade desta interpretação da jurisprudência comunitária, cremos poder resumir assim a posição do autor:

a) O princípio da segurança jurídica impõe a existência de um prazo limite (ou vários) para a revogação dos actos administrativos ilegais que atribuam ajudas de Estado ou subsídios comunitários;

b) Esse prazo não pode ser o estabelecido no n.º 1 do artigo 141.º do CPA: por um lado, porque é um prazo "absoluto" – no sentido de que é aplicável automaticamente, não deixando espaço para qualquer ponderação de interesses, não permitindo, consequentemente, relevar a eventual má-fé dos interessados; por outro lado, porque é demasiado curto;

c) Quando o direito da UE não estabeleça um tal prazo, haverá que aplicar por analogia uma norma de direito nacional que estabeleça um prazo razoável, entendendo o autor que essa norma é o artigo 1296.º do Código Civil, que fixa o prazo de vinte anos para a usucapião de bens imóveis quando o possuidor esteja de má-fé, sendo também esse o prazo ordinário de prescrição estabelecido no artigo 309.º do mesmo Código[166].

165 Cfr. *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2004, p. 537.

166 FAUSTO DE QUADROS, cit, pp. 538 a 540.

87.4. Concordamos com o autor no que se refere à parte do seu pensamento que procurámos resumir nas alíneas *a)* e *b)*, pelo menos no que se refere às reposições de auxílios de Estado contrários ao direito da UE. Já no que respeita às reposições de ajudas comunitárias ilegais, não estamos convencidos de que haja fundamento bastante para afastar o regime constante do n.º 1 do artigo 141.º do CPA quando em causa esteja a validade do acto de atribuição do subsídio (muito embora, *de jure condendum*, sejamos favoráveis à sua substituição por outra regra, que possibilite uma ponderação efectiva de interesses).

O que, de todo, não podemos subscrever é a parte do pensamento de FAUSTO DE QUADROS que enunciámos na alínea *c)*.

Na verdade, não compreendemos que analogia se pode estabelecer entre a prescrição do direito à reposição de um auxílio de Estado ou de um subsídio comunitário e a usucapião de imóveis. Não nos parece razoável comparar o efeito do tempo sobre um direito real, a propriedade, e o efeito do tempo sobre um direito de crédito, sendo esta a óbvia natureza do direito à reposição do auxílio ou do subsídio. Para além de nos parecer manifestamente excessivo manter durante vinte anos a incerteza quanto à efectivação da reposição.

Propomos, diferentemente, que à prescrição das reposições se aplique, como regra geral, o prazo de oito anos estabelecido no n.º 1 do artigo 48.º da Lei Geral Tributária para as dívidas tributárias. Parece-nos inquestionável que a base analógica é muito mais clara:

— por um lado, num e noutro caso estamos perante direitos de crédito;

— por outro, trata-se de dívidas ao Estado (abrangendo, de forma imprecisa mas suficiente, no conceito também a UE).

Em suma, aquilo que sustentamos é que o regime constante do n.º 1 do artigo 141.º do CPA não pode, por imperativo do primado do direito da UE, ser aplicado à revogação (e subsequentes reposições) de actos administrativos atributivos de auxílios de Estado contrários ao direito da União, podendo a revogação de tais actos administrativos ocorrer, após prova de que o beneficiário conhecia ou tinha o dever de conhecer a ilegalidade, dentro do prazo de oito anos a contar da data do acto de atribuição.

88. Competência, forma e formalidades do acto de revogação

88.1. A competência para revogar pertence ao autor do acto, aos seus superiores hierárquicos (salvo, se se tratar de acto da competência exclusiva do subordinado e a questão não for suscitada pelo interessado), ao delegante e, excepcionalmente e nos casos previstos na lei, ao órgão que exercer tutela revogatória (cfr. artigo 142.º do CPA).

A lei não confere ao órgão competente numa determinada matéria o poder de revogar o acto viciado de incompetência relativa praticado nessa matéria por outro órgão. Julgamos que faz mal, pois deveria ser também possível ao titular da competência dispositiva, com fundamento na invasão desta pelo órgão incompetente, revogar o acto administrativo praticado por este órgão[167]. Não parece razoável que apenas lhe assista a possibilidade de impugnar judicialmente tal acto.

167 Contra, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., Volume II, pp. 453-454.

Não deixa, de resto, de ser irónico que o órgão competente possa convalidar o acto praticado por órgão relativamente incompetente — no caso de com ele concordar —, praticando para tal um acto secundário de ratificação sanação, mas já não possa revogá-lo, no caso de dele discordar.

88.2. À **forma do acto de revogação** aplica-se o princípio da identidade ou paralelismo de formas do acto revogatório e do acto revogado, constituindo regra a observância da forma devida e excepção a observância da forma efectiva (cfr. artigo 143.º do CPA).

No que respeita às **formalidades** a observar no acto de revogação, são as exigidas relativamente ao acto revogado, salvo se a lei dispuser de forma diversa, ou se, pela própria natureza das coisas, não fizerem sentido relativamente a este, como ocorre com os pedidos de parecer legalmente previstos relativamente ao acto a revogar (cfr. artigo 144.º do CPA).

CAPÍTULO V
CONTRATOS PÚBLICOS

Leituras aconselhadas:

AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS, *Para um conceito de contrato público,* «in» *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão* Telles, Volume V – Direito Público e Vária, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 475 a 493; ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações* in house, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 65, Setembro/Outubro 2007, pp. 12 a 27; IDEM, *Os contratos interadministrativos* «in» *Estudos de Contratação Pública,* Coimbra, 2008, pp. 733 a 776; CARLOS CADILHA, *Contratos Públicos: do Decreto-Lei n.º134/98, de 15 de Maio, à Reforma do Contencioso Administrativo. Uma análise da Jurisprudência,* «in» ***Scientia*** Iuridica, Janeiro – Abril 2002, Tomo LI – n.º 292, pp. 51 a 62; CLÁUDIA VIANA, *Contratos públicos* «in house», – *em especial as realções contratuais entre municípios e empresas municipais e intermunicipais*, «in» ***Direito Regional e Local***, n.º 00, Outubro/Dezembro 2007, pp. 34 a 43;

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., Volume II, pp. 495 a 657; FAUSTO DE QUADROS, *O concurso público na formação do contrato administrativo*, «in» ***Revista da Ordem dos Advogados***, Ano 47, Dezembro de 1987; JOÃO CARLOS AMARAL DE ALMEIDA, *Os «Organismos de direito público» e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, cit., pp. 633 a 656; JOÃO CAUPERS, *Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 64, Julho/Agosto 2007, pp. 9 a 14; *Empreitadas e concessões de obras públicas: fuga para o direito comunitário?* «in»***Direito e Justiça*** *– VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, pp. 89 a 98; JORGE SINDE MONTEIRO, *Culpa* in contrahendo, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 42, Novembro/Dezembro 2003, pp. 5 a 14; JOSÉ ALEXANDRINO, *O Procedimento Pré-contratual ...*, cit., pp. 47 a 61; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos, cit.*, pp. 343 a 428; MARCELLO CAETANO, *Conceito de contrato administrativo* e *Subsídios para o estudo da teoria da concessão de serviços públicos*, «in» *Estudos de direito administrativo*, pp. 39 a 53 e 89 a 115; MARCELO REBELO DE SOUSA, *O concurso público na formação do contrato administrativo*, Lisboa, 1994; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral. Contratos Públicos*, Tomo III, Lisboa, 2008; MARGARIDA ORAZABAL CABRAL, *O concurso público nos contratos administrativos*, Coimbra, 1977, pp. 74 a 135; IDEM, *Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 64, Julho/Agosto 2007, pp. 15 a 27; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, 1990; IDEM, *Algumas questões de contencioso dos contratos da Administração Pública*, Lisboa, 1996; IDEM, *A reforma de2002 e o âmbito da jurisdição administrativa*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 35, Setembro/Outubro 2002, pp. 3 a 8; IDEM, *Contrato público: conceito e limites*, «in» *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Lisboa, 2004, pp. 387 a 397; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 66, Setembro/Outubro 2007, pp. 3 a 16; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados da Administração Pública no projecto do CCP*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 64, Julho/Agosto 2007, pp. 28 a 35; MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, cit., pp. 1 a 224; PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Coimbra, 1999, pp. 49 a 99; IDEM, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, 2002, pp. 9 a 146; IDEM, *A relação jurídica fundada em contrato administrativo*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 64, Julho/Agosto 2007, pp. 55 a 69; IDEM, *Regime jurídico das empresas municipais*, Coimbra, 2007, pp. 178 a 189; RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 69, Maio/Junho 2008, pp. 3 a 29; VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., p. 487.

89. Contratos da Administração Pública e contratos administrativos

89.1. Nem sempre se admitiu a possibilidade de a Administração Pública se vincular através de contratos: a ligação entre a actividade administrativa pública e a ideia de autoridade, compreensível numa época em que esta actividade tinha natureza essencialmente ablativa, levou a que se considerasse que a unilateralidade era característica daquela. Naturalmente que num período em que a Administração desenvolve actividades cada vez mais diversificadas, muitas delas de prestação e de conformação, e intensifica o apelo à colaboração dos cidadãos na prossecução dos interesses públicos — tendendo, por isso mesmo, a exibir cada vez menos os «galões» da sua autoridade —, tais reservas deixaram de fazer sentido.

É indispensável ter presente que, para se poder falar em contrato, *é essencial que a declaração de vontade de ambas as partes seja condição da respectiva existência.* Se a manifestação de vontade do cidadão somente condiciona o início do procedimento tendente à prática de um acto (como sucede nos procedimentos de iniciativa particular), ou é apenas condição de eficácia de um acto (como sucede, para a maioria da doutrina, com a investidura num cargo público, relativamente ao acto de nomeação), encontramo-nos perante comportamentos unilaterais da Administração e não em face de verdadeiros contratos.

O reconhecimento da capacidade da Administração Pública para se vincular por contrato não implicou que se considerasse que esta se vinculava contratualmente em termos *idênticos* aos particulares. Nasceu então a ideia de que os contratos em que a Administração Pública outorgava

constituíam necessariamente uma espécie de contratos diferente dos outros, contratos típicos da Administração Pública, *contratos administrativos,* enfim (o princípio da igualdade das partes parecia dificilmente conciliável com a autoridade da Administração).

89.2. Dos diversos critérios propostos para distinguir os contratos administrativos dos contratos privados[168] os mais utilizados foram:

a) O critério da sujeição, assente na ideia de inferioridade do contraente privado;

b) O critério do objecto, com base no qual se considera contrato administrativo aquele que constitui, modifica ou extingue uma relação jurídica de direito administrativo (o § 54 da *Verwaltungsverfahrensgesetz*);

c) O critério estatutário, que entronca na concepção do direito administrativo como o direito da Administração Pública.

O CPA definiu contrato administrativo no n.º 1 do artigo 178.º. Aí se escreveu que contrato administrativo é *o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídico-administrativa.*

Em nosso entender, esta noção legal assentava no critério do *objecto,* apresentando clara influência da lei alemã[169]. Tinha o inconveniente de não fornecer qualquer

168 Pode encontrar-se uma exaustiva enumeração destes critérios em MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo, cit.*, pp. 71 a 110.

169 A noção legal em causa é passível de várias interpretações, como refere MARIA JOÃO ESTORNINHO no seu já citado artigo sobre o contencioso dos contratos da Administração Pública — p. 18, nota 25.

chave para a qualificação da relação jurídica de que depende a qualificação do contrato (embora a enumeração exemplificativa de contratos administrativos constante do n.º 2 reduzisse tal inconveniente). Por isso, e apesar das críticas que lhe dirigiu DIOGO FREITAS DO AMARAL[170], se nos afigurou preferível a noção dada por SÉRVULO CORREIA, que combina o critério do objecto com o critério estatutário:

O contrato administrativo constitui um processo próprio de agir da Administração Pública que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, disciplinadas em termos específicos do sujeito administrativo, entre pessoas colectivas da Administração ou entre a Administração e os particulares[171].

Note-se que o CPA não se limitou à definição de contrato administrativo e à enumeração das suas espécies mais conhecidas, tendo incluído no artigo 179.º uma verdadeira norma de habilitação em matéria de celebração de contratos administrativos: a não ser que a lei o impedisse ou que tal resultasse da natureza das relações a estabelecer, as competências dos órgãos da Administração Pública poderiam ser exercidas por via da outorga de contratos administrativos (esta habilitação consta hoje do artigo 278.º do CCP) [172].

170 «Apreciação da dissertação de doutoramento do Lic. J. M. Sérvulo Correia», «in» ***Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa***, Volume XXIX, 1988, pp. 166 a 168.

171 *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, *cit.*, p. 396.

172 PAULO OTERO considera mesmo sustentável a defesa de *uma preferência legal pela utilização do contrato administrativo relativamente ao acto administrativo – Legalidade e Administração Pública...*, cit., p. 838.

O contrato administrativo ficou então colocado no mesmo plano do acto administrativo, enquanto meios normais de exercício da actividade administrativa pública.

89.3. Uma vez reconhecida a capacidade da Administração Pública para contratar, a evolução não parou, começando a admitir-se que aquela, para além da outorga de contratos administrativos, também se poderia vincular através de contratos de natureza jurídico-privada, designadamente contratos idênticos àqueles que os particulares celebram entre si, regulados essencialmente pelo direito civil ou pelo direito comercial (por exemplo, tomar de arrendamento um imóvel para nele instalar um serviço público).

E, admitida esta possibilidade, surgiu e desenvolveu-se a ideia de que seria vantajoso submeter a contratação privada da Administração Pública a regras idênticas às aplicáveis aos contratos administrativos, nomeadamente no plano da formação do contrato. Foi isso o que fez o Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de Março — depois substituído pelo Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, hoje derrogado pelo CCP (muito embora com antecedentes relevantes nos Decretos-Leis n.ºs 211/79, de 12 de Julho, e 390/82, de 17 de Setembro) —, ao estabelecer que certos comportamentos administrativos ocorridos na fase da negociação de contratos privados da Administração (*maxime*, a adjudicação do contrato) passavam a poder ser apreciados nos tribunais administrativos, mantendo-se a apreciação das questões relativas à interpretação,

validade e execução de tais contratos, uma vez celebrados, na competência dos tribunais judiciais[173].

Sob a decisiva influência do direito da União Europeia – adversa a qualificações jurídicas de que possam resultar limitações à aplicação subjectiva das suas normas – o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, veio dar um novo passo nesta evolução, ao consagrar expressamente a possibilidade de utilização do recurso contencioso — e de um novo meio processual acessório, as medidas provisórias (v. infra) — contra actos administrativos relativos à formação de contratos da Administração Pública *que não eram necessariamente contratos administrativos*, como considerámos ocorrer com os contratos que tivessem por objecto fornecimentos ocasionais de bens e com os contratos de prestação de serviços que não visassem fins de imediata utilidade pública (cfr. artigo 1.º do diploma legal referido)[174].

173 A propósito desta distinção, é essencial ter presente o pensamento de JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, que, na sua obra fundamental *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, por mais de uma vez citada, concluiu expressamente, muito antes da publicação do Decreto-Lei n.º 55/95, *pela natureza administrativa dos actos através dos quais a Administração forma a vontade de contratar privadamente* (cfr. p. 559). Chama-se especialmente a atenção para as páginas 532-533 e 549-550.

174 O Decreto-Lei n.º 134/98 tinha por desiderato proceder à transposição das Directivas 89/665/CEE, de 21 de Dezembro, e 92/13/CEE, de 25 de Fevereiro conhecidas por "Directivas Recursos". A circunstância de tal transposição não ter sido adequadamente feita conduziu o legislador a optar por uma solução curiosa: tendo decidido adiar a entrada em vigor da Reforma para 1 de Janeiro de 2004, alterou diversas disposições do Decreto-Lei n.º 134/98 para vigorarem somente até 31 de Dezembro de 2003 (cfr. artigo 5.º da Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro). Terá querido evitar problemas com instâncias da UE.

Ficou assim consolidado um elemento que, não obstante as páginas de SÉRVULO CORREIA, considerámos justificar uma revisão do pensamento jusadministrativo em matéria de contratos da Administração Pública: passaram a pertencer à jurisdição administrativa meios processuais relativos a actos praticados no decurso de um *iter* procedimental visando a celebração de contratos que, por não serem contratos administrativos, tinham, por força do artigo 9.º do ETAF, o seu contencioso excluído daquela jurisdição (v. infra).

Chegados a este ponto — um ponto em que coexistiam contratos administrativos e contratos privados da Administração Pública, a uns e outros se aplicando múltiplas regras comuns, de direito público, umas, de direito privado, outras (cfr. artigo 185.º, n.ºs 2 e 3, alínea *b)*, do CPA) —, era legítimo inquirir se ainda fazia sentido autonomizar a figura do contrato administrativo. A história parecia pender para a posição que, a este respeito, há muito subscreve MARIA JOAO ESTORNINHO[175].

89.4. A Reforma de 2002 da justiça administrativa não utilizou a expressão *contrato administrativo*. Não podendo ser atribuída à omissão o sentido de proscrever a expressão – não só por se tratar de uma lei adjectiva, como porque continuaram em vigor diversas disposições do CPA que a utilizavam –, parecia assistir-se à agonia, lenta mas irreversível, do conceito, cada vez mais difícil de delimitar e de

175 MARIA JOÃO ESTORNINHO é quem mais tem aprofundado este tema: começou no seu *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, 1990, em especial a «Nota Final», a pp. 183-184, e voltou a ele no escrito *Algumas questões de contencioso dos contratos da Administração Pública*, já referido.

utilidade mais duvidosa[176]. Diversos autores propuseram mesmo a generalização da expressão *contratos públicos*, para designar todos os contratos em que é outorgante a Administração Pública[177] – expressão que, como se verá de seguida, viria a obter consagração legislativa recente.

89.5. O último passo desta evolução é muito recente, representado pelo novo Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que entrou em vigor no dia 30 de Julho daquele mesmo ano[178].

Uma vez mais sopraram de Bruxelas os ventos que impulsionaram o legislador nacional em direcção a uma nova regulamentação da contratação pública. Na verdade, era necessário proceder à transposição das Directivas 2004/17/CE

176 Pese embora o meritório esforço de autores como PEDRO GONÇALVES – cfr. *O Contrato Administrativo...*, cit., pp. 45 a 50.

177 Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Contrato público: conceito e limites*, «in» *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques* Guedes, Lisboa, 2004, pp. 387 a 397; AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS, *Para um conceito de contrato público*, «in» *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão* Telles, Volume V – *Direito Público e Vária*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 475 a 493; CARLOS CADILHA, *Contratos Públicos: do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, à Reforma do Contencioso Administrativo. Uma análise da Jurisprudência*, «in» ***Scientia Iuridica***, Janeiro – Abril 2002, Tomo LI – n.º 292, pp. 51 a 62.

178 O Decreto-Lei n.º 18/2008 foi rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, tendo sido sujeito a adaptação para as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, operadas, respectivamente, através dos Decretos Legislativos Regionais n.ºs 34/2008/A, de 28 de Julho, e 34/2008/M, de 14 de Agosto).

e 2004/18/CE, entretanto revistas, fundamentalmente relativas a procedimentos pré-contratuais públicos. Aproveitando a ocasião, o legislador decidiu adoptar um conjunto homogéneo de regras relativas àqueles procedimentos e juntou-lhe ainda uma plêiade de disposições substantivas relativas à contratação pública. Bem se pode dizer, por isso, que o CCP teve dois legisladores: o comunitário e o nacional.

O Código é um texto extenso – 473 artigos e seis anexos – e muito complexo (e bastante desagradável de ler, apresentando normativos que quase necessitam de um curso de formação para serem compreendidos[179]); não obstante essa extensão e a circunstância de consubstanciar uma codificação de direito substantivo e de direito adjectivo, não apresenta vocação exclusivista, deixando em vigor, integral ou parcialmente, inúmera legislação avulsa (opção que, de resto, poderá originar problemas delicados).

O Código mantém-se fiel à suposta autonomia conceptual e dogmática do contrato administrativo. Para o legislador, nem todos os contratos da administração são contratos administrativos[180]. A sistematização do Código reflecte a (tentativa de) perpetuação da distinção: enquanto a Parte III se aplica apenas aos *contratos administrativos*, que aí encontram o seu regime substantivo, já a Parte II se aplica

179 Parágrafos enormes como o n.º 3 do artigo 22.º ou a alínea *b)* do n.º 1 do artigo 27.º são um verdadeiro desafio à paciência, senão mesmo à inteligência.

180 Mantendo-se, pois, aquilo que VASCO PEREIRA DA SILVA impressivamente designa de *dualidade conceptual esquizofrénica* entre os contratos administrativos e os outros contratos da administração – *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., p. 487.

à *contratação pública*, dispondo apenas em matéria de formação dos contratos. Esta pretendida autonomia conceptual e dogmática do contrato administrativo reflecte-se mesmo na consolidação e no aprofundamento do regime geral desta espécie de contratos.

Vários aspectos do CCP, para além dos já mencionados, justificam uma referência.

Desde logo, a existência de diversos princípios que iluminam o texto e a que voltaremos adiante: o princípio da igualdade, o princípio da concorrência, o princípio da transparência, o princípio da conexão material e da proporcionalidade das prestações contratuais, o princípio da boa fé, o princípio da colaboração recíproca[181].

Depois, o enriquecimento da tipologia procedimental contratual, através da introdução de novas vias de celebração de contratos: o ajuste directo sob factura, o procedimento de negociação, o diálogo concorrencial, a contratação electrónica, os acordos-quadro.

Em terceiro lugar, a simplificação, uniformização e aceleração dos procedimentos pré-contratuais.

Por último, a adequação das regras procedimentais às novas formas de financiamento dos contratos (o *project finance*), inspiradoras dos contratos *particularmente complexos* a que se refere o artigo 30.°, envolvendo, nomeadamente, o reconhecimento dos direitos de *step in* e de *step out* das entidades financiadoras (cfr. artigo 322.°).

181 Alguns destes princípios são claramente postos em causa pelo Decreto-Lei n.° 34/2009, de 6 de Fevereiro, que, a pretexto do combate à crise, adoptou medidas excepcionais – que vigorarão até 31 de Dezembro de 2010 (se não sobrevier qualquer prorrogação) –, medidas essas que, com destaque para o artigo 5.°, derrogam o regime aprovado pelo CCP.

Hesitámos quanto ao que seria adequado escrever num texto com a natureza introdutória que este sempre teve. Acabámos por optar por acompanhar a lei, tratando não apenas dos contratos administrativos – como fizemos em anteriores edições – mas também dos procedimentos contratuais em geral.

90. O regime procedimental relativo à celebração de contratos públicos – âmbito de aplicação subjectivo

O regime procedimental dos contratos públicos consta, como se disse, da Parte II do CCP. Assenta na contraposição entre *a disciplina aplicável à contratação pública* – que é o que nos interessa de momento – e *o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*, a que se refere o n.° 1 do artigo 1.° do código.

A disciplina aplicável aos contratos públicos tem como âmbito de aplicação subjectiva as *entidades adjudicantes* mencionadas no artigo 2.°. Já no que se refere ao regime substantivo dos contratos ditos administrativos, este aplica-se tanto aos *contraentes públicos* – tal como se encontram identificados no artigo 3.° do CCP –, como às ditas *entidades adjudicantes*.

A distinção entre estas duas categorias insere-se num contexto jus-comunitário[182]. Na verdade, na União Europeia instalou-se há muito uma estratégia hostil à utili-

182 Seguimos aqui o nosso escrito *Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos*, publicado nos ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.° 64, Julho/Agosto 2007, pp. 9 a 14, para o qual remetemos os detalhes explicativos.

zação das categorias jurídico-organizativas do direito administrativo de matriz francesa. Perante a irresistível tentação dos governos de manipular tais categorias, como forma de limitar e condicionar a aplicabilidade do direito da União Europeia, sobretudo no domínio das garantias da concorrência, as instâncias comunitárias vieram impondo, nomeadamente nas directivas sobre contratação pública e sobre a resolução judicial dos litígios emergentes destes, uma concepção de contrato público que dispensa quaisquer exigências quanto à natureza jurídico-pública das entidades que outorgam contratos cujo objecto se prende com a prossecução de interesses públicos, atendendo, sobretudo, à finalidade do contrato e à respectiva fonte de financiamento.

Trata-se de uma concepção que desloca o centro de gravidade do conceito do plano orgânico-jurídico para o plano funcional-económico.

O direito administrativo nacional – com alguma relutância e visível desconforto – vem correspondendo às exigências da UE, abdicando progressivamente da tradicional distinção entre pessoas colectivas públicas e pessoas colectivas privadas, sempre que estas prossigam interesses de natureza pública, em condições susceptíveis de limitar ou condicionar a concorrência[183]. Diga-se em abono da verdade que a utilização da personalidade jurídica pública como instrumento para traçar a fronteira da actividade contratual pública tem sido corroída por outras causas, que não apenas a influência comunitária.

183 É neste ponto que releva o conceito comunitário de *organismo de direito público*, analisado por JOÃO CARLOS AMARAL DE ALMEIDA no seu texto *Os «Organismos de direito público» e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, cit., pp. 636 a 644.

As disposições relevantes no que respeita ao âmbito de aplicação subjectivo de regime procedimental do CCP são os artigos 2.º, 7.º, 275.º, 276.º e 278.º.

O artigo 2.º do CCP delimita o universo das entidades adjudicantes de contratos públicos em função de vários critérios.

Nas alíneas *a)* a *f)* do n.º 1 do artigo encontramos a enumeração das entidades dotadas de personalidade jurídica pública, aquelas que a doutrina tradicional considerava integrarem a Administração Pública em sentido orgânico[184]: o Estado, em sentido jurídico-administrativo, as regiões autónomas, as autarquias locais, os institutos públicos, as fundações públicas e as associações públicas (excluem-se as empresas públicas).

Substituindo o critério jurídico da personalidade jurídica pública por um critério de base económica – o financiamento público maioritário – ou por um critério assente no controlo público dos centros de decisão –, a alínea *g)* adiciona àquelas entidades públicas as associações constituídas nos termos da lei geral, desde que sejam maioritariamente financiadas por dinheiros públicos ou sejam dirigidas, administradas ou controladas por agentes designados por pessoas colectivas públicas; todas estas entidades têm, naturalmente, estatuto jurídico-privado.

O n.º 2 do artigo 2.º acrescenta às entidades adjudicantes já mencionadas uma extensa lista de entes, cuja base lógica procurámos surpreender. O financiamento público maioritário e a administração, direcção ou o controlo público parecem constituir, conjuntamente, o critério fundamental

184 Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 3.ª edição, Coimbra, 2006, pp. 30-36

subjacente às alíneas *a) – ii)*, *b)*, *c)* e *d)* deste número. Já no que respeita à alínea *a) – i)*, conflui com aqueles critérios um outro: o propósito subjacente à criação do ente, que terá necessariamente tido em vista a satisfação de *necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial* (v. supra).

O n.º 3 do artigo 2.º tem o propósito de esclarecer o sentido da expressão *pessoas colectivas criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial*, constante da alínea *a)* – i) do n.º 2. Explicita, na esteira do direito da União Europeia, que se trata de pessoas colectivas cuja actividade *se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência.*

O artigo 7.º alarga o universo das entidades adjudicantes a quaisquer pessoas colectivas não abrangidas no artigo 2.º que exerçam actividade nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais desde que se encontrem numa das seguintes situações:

a) Estejam submetidas, directa ou indirectamente, a influência dominante exercida por alguma das entidades incluídas no artigo 2.º;

b) Gozem de direitos especiais ou exclusivos não atribuídos através de um procedimento de concorrência internacional que lhes reservem determinada(s) actividade(s) ou afectem substancialmente a capacidade de outras entidades para a(s) exercer.

O alargamento abrange ainda os entes exclusivamente constituídos por aquelas entidades ou que sejam maioritariamente financiados por elas ou sujeitos ao seu controlo de gestão ou, ainda, que tenham os seus órgãos de administração, direcção ou fiscalização compostos por membros maioritariamente designados por elas.

Há ainda que tomar em consideração o disposto no artigo 275.º, que determina a aplicação do regime procedimental do CCP aos contratos de empreitada de obras públicas e de aquisição de serviços celebrados por entidades não abrangidas nos artigos 2.º ou 7.º, desde que sejam financiados em mais de cinquenta por cento por qualquer entidade adjudicante referida no artigo 2.º; ou o preço contratual seja igual ou superior ao determinado nas directivas comunitárias aplicáveis; ou, finalmente, e apenas para os contratos de empreitadas de obras públicas, quando se trate de trabalhos complementares, dependentes ou por outra forma relacionados com um contrato de empreitada a que se aplique o regime procedimental do código.

91. O regime procedimental relativo à celebração de contratos públicos – âmbito de aplicação objectivo

No plano do âmbito de aplicação objectiva, interessa determinar a que relações jurídicas pré-contratuais se aplica a Parte II do CCP, relevando as normas dos artigos 4.º e 5.º

No que respeita ao primeiro, excluem-se totalmente do âmbito de aplicação do Código certos contratos: ou por assentarem em instrumento de direito internacional (n.º 1) ou por serem relativos a relações laborais [n.º 2, alínea *a)*] ou por terem clara natureza jurídico-privada [n.º 2, alíneas *b)* e *c)*] ou, ainda, por se enquadrarem na actividade de radiodifusão [n.º 2, alínea *d)*].

Quanto ao artigo 5.º, a resposta é mais complexa, num quadro pleno de regras, excepções e... excepções a estas: o regime procedimental aplica-se, em princípio, à formação de quaisquer contratos celebrados por uma das entidades

adjudicantes referidas no artigo 2.º do Código, qualquer que seja a designação atribuída a tais contratos. Excluem-se, porém, as situações contempladas no normativo.

A primeira exclusão abrange os contratos *cujo objecto sejam prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativas das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação* (n.º 1). A "marca de origem" comunitária liga indissociavelmente as regras relativas à contratação pública à defesa e promoção da concorrência. Onde não existir, nem puder existir, concorrência, não há por que aplicar tais regras.

A segunda exclusão respeita à chamada *contratação in house*. Este conceito designa relações contratuais cujo contexto preenche cumulativamente duas condições: por um lado, que a entidade adjudicante exerça sobre a actividade da entidade co-contratante um *controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*; por outro lado, que esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela um controlo daquele tipo (n.º 2)[185].

185 Sobre contratação *«in house»*, cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações* in house, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 65, Setembro/Outubro 2007, pp.12 a 27; CLÁUDIA VIANA, *Contratos públicos* «in house», *– em especial as relações contratuais entre municípios e empresas municipais e intermunicipais*, «in» ***Direito Regional e Local***, n.º 00, Outubro/Dezembro 2007, pp. 34 a 43; PEDRO GONÇALVES, *Regime jurídico das empresas municipais*, Coimbra, 2007, pp. 178 a 189; RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 69, Maio/Junho 2008, pp. 3 a 29.

Bem vistas as coisas, é ainda a ideia de não submissão à concorrência de mercado que justifica esta segunda exclusão: trata-se de evitar que concorram no mercado empresas que mais não são do que emanações pseudo-autónomas de entidades públicas, que as controlam e suportam totalmente, permitindo-lhes, por exemplo, subscrever propostas de preços imbatíveis, já que não têm de se preocupar com eventuais prejuízos.

A terceira exclusão, constante do n.º 3, deve ter razões que a razão (a nossa, pelo menos) desconhece: na verdade, não conseguimos imaginar por que motivo hão-de os contratos celebrados pelos hospitais E.P.E. abaixo de um certo valor (valor que corresponde aos limiares de aplicação das directivas comunitárias) estar excluídos da aplicação da Parte II do CCP.

O n.º 4 do artigo 5.º enumera mais nove espécies de contratos excluídos do âmbito de aplicação da Parte II.

Registe-se, ainda, que a exclusão de aplicação da Parte II do CCP nem sempre é integral: os n.ºs 5 e 7 do artigo 5.º determinam a aplicação de diversas disposições do CCP aos contratos em princípio excluídos.

Finalmente, o n.º 6 do artigo 5.º – disposição que se pode considerar paralela à dos n.ºs 5, 6 e 7 do CPA – determina a aplicação dos princípios gerais da actividade administrativa e das normas do CPA que concretizem preceitos constitucionais à contratação excluída pelos n.ºs 1 a 4; e, tratando-se de contratos com objecto passível de acto administrativo e de outros contratos sobre o exercício de poderes públicos, manda aplicar-lhes, em geral, as normas do CPA, com as necessárias adaptações.

Mas não se ficam por aqui as peripécias em matéria de delimitação do âmbito de aplicação objectivo da Parte II do CCP. Há ainda que tomar em consideração o artigo 6.º.

Este normativo opera duas restrições àquele âmbito cuja formulação não é fácil de compreender.

Segundo o n.º 1 do artigo 6.º, tratando-se de contratos a celebrar entre entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º (os chamados «contratos inter-administrativos»[186]) – entes que, *grosso modo*, integram a administração pública em sentido orgânico, como dissemos –, a aplicação da Parte II do CCP restringe-se aos contratos *cujo objecto abranja prestações típicas dos contratos de empreitadas de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens imóveis e aquisição de serviços*.

Tratando-se, porém, de outras entidades adjudicantes – as referidas no n.º 2 do artigo 2.º, a que se junta o Banco de Portugal – a Parte II do CCP somente se aplica à *formação dos contratos cujo objecto abranja prestações típicas...* daqueles mesmos contratos!

92. Princípios da contratação pública

O CCP não concentra todos os princípios relativos à contratação pública num local único: é preciso procurá-los ao longo do texto. Apontaremos no Código seis princípios de relevância maior:

O **princípio da igualdade**, consagrado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP – que é, como se sabe, um princípio essencial da Constituição da República Portuguesa aplicável,

186 Sobre estes contratos cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Os contratos inter-administrativos* «in» *Estudos de Contratação Pública*. Coimbra, 2008, pp. 733 a 776.

designadamente, à actividade administrativa pública – impõe o tratamento equalitário de todos os interessados na adjudicação de um contrato público que se encontrem em condições objectivamente idênticas relativamente à capacidade de execução das prestações contratuais.

O **princípio da concorrência**, também reconhecido naquela disposição, recomenda que todas as disposições aplicáveis à contratação pública sejam interpretadas e aplicadas no sentido mais favorável à participação nos procedimentos pré-contratuais do maior número de interessados, evitando-se exclusões por motivos meramente formais.

O **princípio da transparência**, mencionado ainda naquela mesma disposição, exige que as decisões tomadas pelos condutores dos procedimentos pré-contratuais sejam explicitadas e devidamente fundamentadas, de modo a surgirem como lógicas, racionais e, tanto quanto possível, incontroversas, para todos os intervenientes. O artigo 315.º concretiza o princípio numa *obrigação de transparência*, que a lei faz impender sobre o contraente público, e impõe a publicação na *internet* de qualquer acordo com o co-contratante que implique modificação objectiva do contrato e represente um valor acumulado superior a quinze por cento do preço contratual.

O artigo 38.º do CCP expressa um outro corolário do princípio, no que respeita à escolha do procedimento a adoptar, determinando que esta deve ser devidamente fundamentada.

Também o artigo 49.º consagra um corolário do mesmo princípio, incorporando um conjunto detalhado de exigências relativas às especificações admissíveis nos cadernos de encargos. É sabido como as especificações técnicas constituem tradicionalmente um refúgio para as piores

idiossincrasias nacionais, no seu afã de cercear a concorrência das empresas estrangeiras.

O **princípio da boa fé** dispensa grandes observações. É suficiente dizer que os artigos 76.º, 79.º e 105.º concretizam o principal corolário do princípio no que se refere à contratação pública. Na linha da alínea *a)* do n.º 2 do artigo 6.º-A do CPA, aquelas disposições do CCP impõem o dever de adjudicar, estabelecem as consequências do respectivo incumprimento e determinam as circunstâncias que tornam lícita a não adjudicação.

O **princípio da colaboração recíproca**, explicitamente consagrado no artigo 289.º, dita aos contraentes o dever de se informarem mutuamente sobre tudo quanto releve no âmbito da execução do contrato.

O **princípio da conexão material e da proporcionalidade das prestações contratuais** encontra a sua origem no n.º 2 do artigo 179.º do CPA. Este preceito, revogado pelo CCP, ditava a impossibilidade de o contraente público impor ao co-contratante prestações desprovidas de ligação ao objecto do contrato ou que se revelassem desproporcionadas.

O artigo 281.º do CCP, que aparentemente lhe sucedeu, representa uma resposta mais equilibrada às preocupações do legislador: o contraente público *não pode assumir direitos* ***ou obrigações*** *manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material directa com o fim do contrato.*

A ideia de proporcionalidade está presente noutras disposições do CCP, designadamente no n.º 2 do artigo 303.º, em que se dispõe, a propósito dos poderes de direcção e fiscalização do contraente público, que estes devem *salvaguardar a autonomia do co-contratante, limitando-se ao*

estritamente necessário à prossecução do interesse público, e no n.º 4 do artigo 283.º, em matéria da invalidade do contrato, a que voltaremos adiante.

93. Formas e critérios de escolha do co-contratante

As formas de que pode revestir a escolha do procedimento pré-contratual são, segundo o artigo 16.º do CCP, o *ajuste directo*, o *concurso público,* o *concurso limitado por prévia qualificação,* o *procedimento de negociação* e o *diálogo concorrencial.* Como se disse já, a decisão de escolha do procedimento a adoptar deve, nos termos do artigo 38.º do CCP, ser sempre fundamentada.

Nos artigos 17.º a 22.º, o CCP manda atender, antes de tudo, ao valor do contrato a celebrar, combinando este critério com a espécie de contrato a outorgar.

Há a sublinhar, em primeiro lugar, no que respeita aos contratos de empreitada de obras públicas, que o procedimento de ajuste directo só pode ser adoptado para contratos de valor inferior a um determinado valor, valor este que depende da categoria de entidade adjudicante. Já a escolha dos procedimentos de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação possibilita, em princípio e com limitações, a celebração de contratos de qualquer valor (cfr. artigo 19.º).

Nos contratos de locação e de aquisição de bens móveis ou serviços, as regras são, em princípio, semelhantes, sendo reduzido o valor máximo que autoriza o ajuste directo. As excepções são muitas e variadas (cfr. artigo 20.º).

Nos restantes contratos – com excepção dos contratos de concessão de obras públicas, de concessão de serviços

públicos e de sociedade – valem ainda as mesmas regras, com nova variação do valor máximo que permite o ajuste directo (artigo 21.º).

Nos artigos 23.º a 30.º, o CCP esquece o valor do contrato e passa a enumerar uma panóplia de circunstâncias e factores que, independentemente daquele valor, condicionam a adopção das diversas formas de procedimento pré-contratual. O artigo 24.º contém as regras gerais que possibilitam a via do ajuste directo relativamente a quaisquer contratos. Os artigos 25.º, 26.º e 27.º acrescentam condições específicas para o ajuste directo nos contratos de empreitada de obras públicas, nos contratos de locação ou aquisição de bens móveis e nos contratos de aquisição de serviços. O artigo 29.º estabelece as condições em que é permitida a escolha do processo de negociação e o artigo 30.º aquelas em que se autoriza o uso do procedimento de diálogo concorrencial.

Relativamente a este último, trata-se de um procedimento concebido para os *contratos particularmente complexos*, aqueles que em que a entidade adjudicante pretende contratar mas não sabe bem o quê: ou porque não está segura da solução técnica mais adequada, ou porque não é capaz de determinar os recursos materiais necessários, ou, ainda, porque não é capaz de *definir, em termos suficientemente claros e precisos, a estrutura jurídica ou a estrutura financeira* do contrato a celebrar. Nestes casos, o diálogo concorrencial permite à entidade adjudicante, com a colaboração dos interessados, ir esclarecendo e determinando o objecto do contrato (cfr. artigo 30.º). Note-se, ainda, que este procedimento não pode ser adoptado relativamente às actividades exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (cfr. artigo 33.º, n.º 2).

Duas observações finais.

A primeira, para salientar que o ajuste directo pode ser adoptado quando se trate de contratos de sociedade e de contratos de concessão de serviços públicos e desde que *razões de interesse público relevante o justifiquem* (artigo 31.º, n.º 3).

A segunda, para sublinhar as restrições à celebração de contratos mistos: estes apenas podem ser celebrados quando *as prestações a abranger pelo respectivo objecto forem técnica ou funcionalmente incindíveis ou, não o sendo, se a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante* (cfr. artigo 32.º, n.º 1).

94. Procedimento pré-contratual e outorga do contrato

94.1. O procedimento inicia-se com a decisão de contratar, para a qual é competente o órgão a quem couber a autorização da despesa resultante do contrato (cfr. artigo 36.º, n.º 1).

Dos muitos aspectos que a lei regula e que não cabe aqui detalhar salientamos:

a) A enumeração das peças que hão-de integrar o procedimento (artigo 40.º);

b) As justificadas preocupações com as especificações técnicas (artigo 49.º);

c) A noção de candidato e a determinação de quem pode ser candidato (artigos 52.º e 55.º);

d) O conceito de preço base e a regra da sua exigência (artigo 47.º);

e) A noção de proposta, o seu modo de apresentação, os documentos que a devem instruir e o prazo da respectiva manutenção (artigos 56.º, 62.º, 57.º e 65.º).

No *primeiro dia útil subsequente ao do envio do anúncio para publicação ou do convite* inicia funções o júri do concurso (cfr. artigo 68.°, n.° 1). O júri é um órgão administrativo *ad hoc*; a lei regula a sua composição, funcionamento e competência (cfr. artigos 67.°, 68.° e 69.°).

A principal competência do júri resume-se em duas frases: apreciar as propostas recebidas pelo órgão da Administração e propor a adjudicação a uma delas.

A apreciação das propostas envolve o dever de excluir aquelas que preencham a previsão do n.° 2 do artigo 70.°. O júri tem o poder de solicitar esclarecimentos aos proponentes (cfr. artigo 72.°). Apreciadas as propostas, sucede-se o acto de adjudicação, que a lei define como *o acto pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas* (cfr. artigo 73.°, n.° 1). A lei admite dois critérios possíveis para a adjudicação: o da *proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante* – que constitui a regra – e o do *preço mais baixo*, que somente pode ser utilizado num número restrito de situações (cfr. artigo 74.°, n.° 1).

94.2. A regra geral relativa à forma do contrato não sofreu alteração no CCP: os contratos públicos devem ser celebrados por escrito (cfr. artigo 94.°, n.° 1). A lei admite excepções a esta regra, constantes do artigo 95.°. Tais excepções tomam sobretudo em consideração o reduzido valor do contrato.

A lei estipula o conteúdo mínimo do contrato, cominando a nulidade deste por falta de qualquer dos elementos exigidos (cfr. artigo 96.°, n.° 1). Assume especial relevo no conteúdo do contrato o preço contratual, que a lei define

como *o preço a pagar pela entidade adjudicante, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato* (cfr. artigo 97.°, n.° 1).

95. O contrato administrativo – âmbito de aplicação do regime substantivo

O n.° 5 do artigo 1.° determina que o regime substantivo estabelecido na Parte III do Código se aplica aos *contratos que revistam a natureza de contrato administrativo.* O número seguinte determina que reveste tal natureza *o acordo de vontades, independentemente da sua forma ou designação, celebrado entre contraentes públicos e co-contratantes ou somente entre contraentes públicos* que se integre numa das categorias que enumera:

a) Contratos legal ou contratualmente qualificados como contratos administrativos;

b) Contratos legal ou contratualmente submetidos a um regime substantivo de direito público;

c) Contratos com objecto passível de acto administrativo;

d) Outros contratos incidindo sobre o exercício de poderes públicos;

e) Contratos que confiram ao co-contratante direitos especiais sobre coisas públicas;

f) Contratos que atribuam ao co-contratante o exercício de funções dos órgãos do contraente público;

g) Contratos que a lei submeta, ou admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do

co-contratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público.

Este normativo justifica duas observações.

A primeira respeita ao abandono pelo legislador do conceito de contrato administrativo, inscrito no ora revogado artigo 178.º do CPA. Agora, em vez de uma noção completada por uma enumeração exemplificativa, temos apenas uma enumeração – e não uma enumeração de espécies contratuais mas de categorias de contratos.

A segunda salienta a visível influência que teve no legislador do n.º 6 do artigo 1.º do CCP a norma da alínea *f)* do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF. Na verdade, como observa MÁRIO AROSO DE ALMEIDA[187], a disposição do CCP retoma a formulação do ETAF, acrescentando aos contratos já previstos na norma deste mais dois: os contratos que atribuam ao co-contratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções dos órgãos do contraente público e os contratos que a lei submeta, ou admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do co-contratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público.

Partilhamos da apreciação que aquele autor faz da formulação do CCP e, sobretudo, da convicção de que *a lei deve ser clara na determinação das espécies de contratos que entender dever submeter a um regime de direito público*. E, pela nossa parte, *seria mesmo preferível qualificar*

187 Cfr. *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 66, Setembro/Outubro 2007, pp. 6-7.

como administrativos todos os contratos celebrados por entidades públicas[188]. Ou, melhor ainda, deixar de qualificar como administrativos quaisquer contratos.

96. Espécies de contratos administrativos

O CCP não contém, já o dissemos, norma paralela à do artigo 178.º do CPA: uma enumeração exemplificativa dos principais espécies de contratos administrativos. Não obstante, tal enumeração pode fazer-se a partir das epígrafes dos diferentes capítulos do Título II da Parte III do Código. Encontramos assim:

a) O *contrato de empreitada de obras públicas,* contrato oneroso através do qual um particular se encarrega de executar, ou de conceber e executar, uma obra pública (cfr. artigo 343.º, n.º 1);

b) O *contrato de concessão de obras públicas,* por via do qual um particular se encarrega de executar, ou de conceber e executar, uma obra pública, adquirindo, como contrapartida, o direito de a explorar, eventualmente recebendo um preço (cfr. artigo 407.º, n.º 1);

c) O *contrato de concessão de serviços públicos,* mediante o qual o co-contratante assume o encargo de gerir um serviço público durante um certo período de tempo, fazendo-o em

188 Num dos mais recentes escritos sobre a matéria, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral. Contratos Públicos*, Tomo III, Lisboa, 2008, p. 40, sustentam poder concluir-se *que, na sua generalidade, os contratos da administração tradicionalmente entendidos como de direito privado devem hoje ser considerados como contratos administrativos, na medida em que correspondem à prossecução de atribuições administrativas através de meios de direito público.*

nome próprio e sob sua responsabilidade, sendo pago através dos resultados financeiros da sua gestão ou remunerado pelo contraente público (cfr. artigo 407.°, n.° 2);

d) O *contrato de locação de bens móveis*, que não é mais do que um contrato de locação em que o locatário é um contraente público (cfr. artigo 431.°, n.° 1);

e) O *contrato de aquisição de bens móveis*, que não passa de um contrato de compra e venda em que o comprador é um contraente público (cfr. artigo 437.°) e que sucede ao antigo contrato de fornecimento contínuo [cfr. artigo 178.°, n.° 2, alínea *g)*, do CPA];

f) O *contrato de aquisição de serviços*, que é um contrato oneroso de prestação de serviços em que estes são prestados a um contraente público (cfr. artigo 450.°); sucede ao antigo contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública [cfr. artigo 178.°, n.° 2, alínea *a)*, do CPA].

Fora da enumeração exemplificativa do CCP ficaram o *contrato de concessão do uso privativo do domínio público*, através do qual a Administração Pública proporciona a um particular a utilização económica exclusiva de bens do domínio público (v. supra), e o *contrato de concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar*, por meio do qual a Administração Pública encarrega um particular da exploração de um casino, sendo retribuída pelo lucro das receitas provenientes do jogo.

Quanto ao *contrato de concessão de exploração do domínio público,* através do qual a Administração Pública transfere para um particular a gestão de bens do domínio público (v. supra), cujo gozo este, por sua conta e risco, se encarregará de proporcionar aos interessados, aparece referido no artigo 408.° do CCP, apenas para lhe mandar aplicar, a título subsidiário, a regulamentação legal dos contratos de concessão de obras públicos e de serviços públicos.

Seria despropositado numa obra de carácter introdutório, analisar especificamente cada um dos contratos objecto de tratamento no CCP. Não obstante, salientamos um ponto que nos parece muito relevante e em que é decisiva a influência do direito da União Europeia.

Trata-se da distinção entre os contratos de empreitada de obras públicas e de concessão de obras públicas. Esta distinção assentava tradicionalmente na forma de remuneração do contraente privado: se este recebia um pagamento directamente do dono da obra, estávamos perante uma empreitada; se recebia o direito de explorar a obra, sendo remunerado através de taxas pagas pelos utentes, tratava-se de uma concessão.

Demos conta noutra oportunidade de que esta contraposição estava a esbater-se, muito sob o peso do direito da UE[189]. O aparecimento de contratos de concessão em que não existe lugar ao pagamento de taxas pelos utentes – como sucede com as chamadas SCUTs, em que as portagens são virtuais, servindo de fundamento a pagamentos devidos pelo concedente ao concessionário – contribuiu para tal esbatimento.

O CCP veio alterar as noções dos dois contratos: por um lado, a definição de empreitada de obras públicas mantém a onerosidade do contrato mas omite a tradicional referência ao pagamento pelo dono da obra; por outro lado, a noção de concessão de obras públicas acentua o direito de exploração da obra, não exigindo, porém, o carácter oneroso, admitindo mesmo que possa não existir qualquer pagamento.

189 *Empreitadas e concessões de obras públicas: fuga para o direito comunitário?* «in» ***Direito e Justiça*** *– VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo.* pp. 89 a 98.

97. Conformação da relação contratual e execução do contrato

97.1 A relação contratual administrativa concede aos respectivos sujeitos certos poderes e impõe-lhes determinados deveres.

Entre os poderes do contraente público, previstos no artigo 302.º do CCP, destacam-se:

a) O poder de dirigir o modo de execução das prestações devidas;

b) O poder de fiscalizar o modo de execução do contrato;

c) O poder de modificar unilateralmente o conteúdo do contrato e o modo de execução das prestações previstas neste;

d) O poder de aplicar as sanções previstas no contrato para a sua inexecução;

e) O poder de resolver unilateralmente o contrato.

Note-se que, como bem observou MARIA JOÃO ESTORNINHO[190], não se pode dizer que todos estes poderes sejam típicos e exclusivos dos contratos administrativos: diversos deles existem, por exemplo, nos contratos de empreitada regidos pela lei civil, como é o caso do poder de fiscalização e do poder de dirigir o modo de execução das prestações contratuais.

O poder de modificação unilateral é aquele que se afigura mais estranho aos contratos jurídico-privados. Na verdade, parece ser (sem prejuízo de ulteriores indagações) um poder tipicamente público, decorrente da variabilidade dos interesses públicos prosseguidos com o contrato e da correlativa necessidade de adequar este a tais variações. Este poder tem correspondência no dever de manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, dever que dita, em condições normais, a alteração das contrapartidas financeiras do co-contratante privado, que podem consistir, nomeadamente, no aumento do preço devido pelo contraente público ou na prorrogação do prazo contratual.

190 *Requiem pelo contrato administrativo*, cit., p.147.

97.2 O CCP preocupa-se com a regulamentação precisa dos poderes de direcção e fiscalização, dedicando ao tema os artigos 303.º a 306.º. As sanções previstas são, em geral de carácter pecuniário – multas e sanções compulsórias (cfr. artigos 329.º e 403.º, n.º 1).

Duas disposições do CCP, de alguma forma relacionadas entre si, justificam apreciação especial.

A primeira é o artigo 307.º, relativo à natureza das declarações do contraente público. O n.º 1 deste artigo mantém aparentemente a regra de que as declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato ou sobre a sua execução têm a natureza de declarações negociais (e não de actos administrativos). O n.º 2, todavia, estabelece excepções a esta regra, determinando que diversas declarações do contraente público sobre a execução do contrato revestem a natureza de acto administrativo. Estão neste caso as ordens, directivas ou instruções emitidas no exercício dos poderes de direcção e de fiscalização, a modificação unilateral do conteúdo contratual e do modo de execução das prestações por motivos de interesse público, a aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato e a resolução unilateral deste.

Não podemos deixar de criticar o retrocesso que esta norma representa: qualificar todas as mais importantes declarações do contraente público como actos administrativos, disfarçando de excepção uma verdadeira e infeliz regra, significa atribuir, em

geral, ao contraente público poderes de autotutela declarativa, em princípio incompatíveis com uma verdadeira relação jurídica contratual, remetendo do mesmo passo para o contencioso de impugnação, por via da acção administrativa especial, a maioria dos litígios sobre contratos administrativos.

A segunda disposição a justificar um comentário é o artigo 309.º: aqui se estabelece que os actos administrativos do contraente público relativos à execução do contrato constituem título executivo, não podendo o contraente público, em regra, impor coercivamente o cumprimento de obrigações decorrentes daqueles actos.

No que respeita ao co-contratante, salientamos um dever e um direito.

Em primeiro lugar, o dever de execução pessoal das prestações contratuais. Como corolário deste dever está a proibição de transmitir a terceiros as responsabilidades assumidas perante o contraente público, "adoçada" pelas normas que possibilitam a cessão da posição contratual e a subcontratação (cfr. artigo 288.º).

Em segundo lugar, o direito de obter do contraente público protecção adequada contra comportamentos de terceiros susceptíveis de perturbar a boa execução do contrato ou impedir a percepção das receitas a que o co-contratante tenha direito (cfr. artigo 291.º).

Sobre ambos os contraentes recaem ainda os deveres de informação e de sigilo (cfr. artigo 290.º).

98. Invalidade do contrato

O CCP dedica três artigos ao problema da invalidade dos contratos administrativos – 283.º, 284.º, 285.º. Trata-se de uma

questão complexa, pela intensidade da confluência entre direito público e direito privado, que havia conhecido dois tratamentos, dados pelo artigo 185.º do CPA, primeiro na versão original, depois na versão revista em 1996.

O regime do CCP assenta numa distinção básica entre a invalidade resultante de infracções procedimentais e a invalidade *própria do contrato.*

Sobre a primeira dispõe o artigo 283.º, distinguindo casos de nulidade e casos de anulabilidade. Em princípio, são nulos os contratos fundados em actos procedimentais já declarados judicialmente nulos ou que ainda o possam vir a ser; são anuláveis, se tiverem assentado em actos procedimentais já anulados ou anuláveis. O contrato é "contagiado" pela "patologia" do acto procedimental.

Este paralelismo, contudo, enfrenta limitações decorrentes das preocupações do legislador com três princípios especialmente relevantes nesta matéria; o princípio da protecção da confiança, o princípio da boa fé e o princípio da proporcionalidade. Em nome do primeiro, exceptuam-se das consequências da anulabilidade do acto procedimental os casos em que este *se consolide na ordem jurídica, se convalide ou seja renovado, sem reincidência nas mesmas causas de invalidade* (n.º 3). Em nome dos segundos, habilita-se o tribunal, administrativo ou arbitral, a afastar o efeito anulatório, com base numa ponderação dos interesses, públicos e privados, envolvidos (n.º 4).

No que respeita à *invalidade própria do contrato*, o artigo 284.º estabelece um regime semelhante ao que o CPA prevê para a invalidade dos actos administrativos:

a) O contrato que ofenda princípios ou normas injuntivas é, em princípio, anulável;

b) Se, porém, o vício que afecta o contrato for um dos previstos no artigo 133.º do CPA como causa de nulidade do acto administrativo ou outro que deva ter idêntica consequência *por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo*, o contrato será nulo.

O n.º 3 do mesmo artigo mantém a determinação da aplicabilidade aos contratos administrativos das disposições do Código Civil relativas à falta e vícios da vontade, que já constava do artigo 185.º do CPA.

As consequências da invalidade do contrato são objecto de tratamento no artigo 285.º. E também aqui se manteve, no essencial, o regime do CPA:

a) Aos contratos administrativo com objecto passível de acto administrativo e a outros contratos relativos ao exercício de poderes públicos (ou seja, como escrevemos em anterior edição, quando a alternativa à celebração de um contrato administrativo fosse a prática de um acto administrativo), aplica-se o regime da invalidade que seria hipoteticamente aplicável a um acto administrativo *com o mesmo objecto e idêntica regulamentação da situação concreta*;

b) Aos restantes contratos administrativos é aplicável o regime da invalidade consagrado no direito civil.

Destacamos, a terminar, o normativo do n.º 3 do artigo 285.º: aí se admite a redução e a conversão do contrato administrativo inválido, *independentemente do respectivo desvalor jurídico*, isto é, ainda que se trate de contrato nulo. O legislador entendeu afastar-se neste ponto do CPA, que apenas autoriza estas figuras relativamente aos actos administrativos anuláveis (cfr. artigo 137.º, n.º 1).

99. Incumprimento do contrato

O regime do incumprimento contratual é marcado pela vinculação existente entre o objecto do contrato administrativo e a prossecução do interesse público. Compreende-se, assim, a desigualdade entre as posições do contraente público e do co-contratante, no que toca ao decaimento no cumprimento dos deveres contratuais pela contraparte.

O incumprimento, o cumprimento defeituoso, ou o atraso no cumprimento, por parte do co-contratante, legitimam diversas reacções do contraente público:

a) A fixação ao co-contratante relapso de um prazo para que cumpra as prestações em falta (cfr. artigo 325.º, n.º 1);

b) A efectivação das prestações devidas pelo próprio contraente público ou por terceiro (cfr. artigo 325.º, n.º 2);

c) A resolução do contrato (cfr. artigo 325.º, n.º 2);

d) A aplicação ao co-contratante das sanções previstas no contrato, pecuniárias e outras (cfr. artigo 329.º).

O incumprimento do contraente público, consubstanciado, designadamente, no atraso no pagamento das contrapartidas pecuniárias, faz incorrer aquele em juros de mora, nos termos do artigo 326.º do CCP. Note-se que o n.º 4 deste artigo contém uma regra muito favorável ao contraente público: o atraso num ou mais pagamentos não determina o vencimento antecipado dos restantes.

Os reflexos do interesse público subjacente ao contrato são evidentes no regime estabelecido no artigo 337.º do CCP para a excepção ao incumprimento do contrato e no regime fixado no artigo 332.º para a resolução do contrato por iniciativa do co-contratante.

A admissibilidade da invocação da excepção ao não cumprimento do contrato por parte do co-contratante sus-

cita dificuldades sérias. Não se podendo olvidar que o objecto do contrato é a prossecução de interesses públicos, da invocação daquela excepção poderia resultar a não prossecução, pelo menos temporária, de tais interesses. Não admira, por isso, que o legislador tenha exibido sensata prudência no tratamento da matéria[191].

Assim e em regra, o co-contratante pode invocar a excepção ao não cumprimento do contrato *desde que a sua recusa em cumprir não implique grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual* (cfr. artigo 327.°, n,° 1).

Não ocorrendo essa situação, isto é, ainda que se produza tal prejuízo, a possibilidade de invocação da excepção ao não cumprimento do contrato subsiste, dependendo porém da verificação de uma de duas circunstâncias, ambas reguladas no n.° 2 do mesmo normativo:

a) Que *a realização das prestações contratuais coloque manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do co-contratante*;

b) Que a *realização das referidas prestações se revele excessivamente onerosa* para o co-contratante, devendo, neste caso, *ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença.*

Sublinhe-se que a determinação da existência de prejuízo grave para a realização do interesse público, resultante da recusa do co-contratante em cumprir o contrato, é feita exclusivamente pelo contraente público, embora tenha de ser fundamentada (cfr. artigo 327.°, n.° 4). Para possibilitar o exercício da prerrogativa do contraente público, o co-contratante

191 Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, cit, p. 136.

tem de lhe dar conhecimento antecipado da invocação da excepção e dos respectivos fundamentos, conforme estipula o n.° 3 do artigo 327.°.

Registe-se que este mesmo regime, com as necessárias adaptações, é aplicável à invocação, pelo co-contratante, do direito de retenção (cfr. artigo 328.°).

No que respeita à resolução do contrato por iniciativa do co-contratante, o artigo 332.° somente o permite nos seguintes casos:

a) Incumprimento definitivo do contrato ou mora muito significativa do contraente público [cfr. n.° 1, alíneas *b)* e *c)*];

b) Não acatamento pelo contraente público de decisões judiciais ou arbitrais relativas ao contrato (cfr. alínea *e)* do mesmo número);

c) Exercício ilícito dos poderes de conformação contratual do contraente público (v. supra), quando a exigência por parte deste da manutenção do contrato seja contrária à boa fé (cfr, alínea *d)* do mesmo número);

d) *Alteração anormal e imprevisível das circunstâncias* (cfr. alínea *a)*, ainda do mesmo número).

Note-se que esta última causa de resolução apenas pode ser invocada em condições idênticas àquelas em que a lei admite a invocação da excepção ao não cumprimento do contrato por parte do co-contratante (cfr. artigo 332.°, n.° 2).

100. Extinção do contrato

O artigo 330.° do CCP prevê três causas de extinção do contrato administrativo:

a) O cumprimento, a impossibilidade definitiva de cumprimento e as demais causas de extinção previstas no direito civil;

b) A revogação;
c) A resolução.

Deixando de parte as causas próprias do direito civil e a revogação – que resulta sempre de um acordo entre os contraentes (cfr. artigo 331.º) –, vale a pena concentrar-nos na resolução do contrato, mecanismo que bem reflecte as particularidades do contrato administrativo.

O Código enumera quatro situações em que se admite a resolução do contrato: três por iniciativa do contraente público e uma por iniciativa do co-contratante. Esta última encontra-se prevista no artigo 332.º e a ela já nos referimos. Resta, pois, ocuparmo-nos da resolução do contrato administrativo por iniciativa do contraente público.

A primeira situação que legitima a resolução do contrato pelo contraente público é a que origina a *resolução sancionatória*, isto é, a resolução que opera como castigo de comportamentos do co-contratante que colocaram o contrato em causa: incumprimento definitivo, oposição reiterada ao exercício dos poderes de fiscalização do contraente público, cessão ilícita da posição contratual, incumprimento de decisões judiciais e arbitrais, previstas no n.º 1 do artigo 333.º. Note-se que este castigo é cumulável com o dever de indemnizar o contraente público pelos prejuízos causados com o comportamento do co-contratante.

A segunda situação é, se assim se pode dizer, a mais "administrativa" de todas. Trata-se da *resolução por razões de interesse público*, que pode ocorrer quando o interesse público subjacente à relação contratual haja sofrido modificação que torne inútil ou inadequada a manutenção do contrato. Esta situação, prevista no artigo 334.º, obriga a fundamentar devidamente a decisão de resolver o contrato e confere ao co-contratante o direito a uma indemnização.

A última situação em que o contrato pode ser resolvido pelo contraente público respeita à verificação de *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias* e ocorre no quadro do artigo 335.º. Corresponde aos casos em que a alternativa seria a modificação objectiva do contrato, prevista na alínea *a)* do artigo 312.º

CAPÍTULO VI

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E OUTROS ENTES PÚBLICOS[192]

Leituras aconselhadas:

CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade e a(s) sua(s) circunstância(s),* anotação ao acórdão do STA de 4.12.2003, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 45, Maio/Junho 2004, pp. 36 a 49; IDEM, *Três Textos sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, 2008; CARLOS CADILHA, *Responsabilidade da Administração Pública,* «in» *Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado. Trabalhos preparatórios da reforma*, Ministério da Justiça, Coimbra, 2002, pp. 235 a 256; IDEM, *Regime geral da responsabilidade*

192 Optámos, com hesitações, por tratar também da responsabilidade civil emergente de actos praticados no âmbito das funções jurisdicional e legislativa. Talvez devêssemos ter excluído estas modalidades, que não têm a ver com o exercício da função administrativa; mas a verdade é que não seria possível excluir o plano contencioso, uma vez que os meios processuais adequados à efectivação de qualquer tipo de responsabilidade do Estado pertencem hoje à jurisdição administrativa.

civil da Administração Pública, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 40, Julho/Agosto 2003, pp. 18 a 31; IDEM, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Anotado, Coimbra, 2008; DIMAS DE LACERDA, *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*, «in» *Contencioso Administrativo,* Braga, 1986, pp. 239 a 260; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo,* Volume III, *cit.*, pp. 471 e ss.; IDEM, *A responsabilidade da Administração no direito português,* Lisboa, 1973; DIOGO FREITAS DO AMARAL e RUI MEDEIROS, *Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque,* «in» ***Revista de Direito e Estudos Sociais***, Agosto-Dezembro, 2000, Ano XLI (XIV da 2,ª série) n.ºs 3 e 4; FAUSTO DE QUADROS (coordenação), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2.ª edição, Coimbra, 2004; GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos,* Coimbra, 1974; GUILHERME DA FONSECA, *A responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional,* «in» ***Julgar. Revista da Associação Sindical dos Juízes Portugueses***, n.º 5, pp. 51 e ss.; JOÃO CAUPERS, *Os malefícios do tabaco*, anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional de 13.04.2004, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º46 Julho/Agosto 2004, pp. 20; JOÃO RAPOSO, *Novas fronteiras da responsabilidade civil extracontratual da Administração,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 58, Julho/Agosto 2006, pp. 67 a 73; JORGE MIRANDA, *A Constituição e a responsabilidade civil do Estado,* «in» *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares,* Coimbra, 2001, pp. 927 a 934; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Da sede do regime de responsabilidade objectiva por danos causados por normas*

emitidas no desempenho da função administrativa, «in» ***Revista da Ordem dos Advogados***, Ano 61, III, Dezembro 2001, pp. 1313 a 1348; LUÍS CATARINO, *Contributo para uma reforma do sistema geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado,* «in» ***Revista do Ministério Público***, n.º 88; IDEM, *Responsabilidade por facto jurisdicional – contributo para uma reforma do sistema geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado,* «in» *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado. Trabalhos preparatórios da reforma*, Ministério da Justiça, Coimbra, 2002; MARGARIDA CORTEZ, *A reforma de2002 e o âmbito da jurisdição administrativa,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa,*** n.º 35, Setembro/Outubro 2002, pp. 257 a 264; IDEM, *A responsabilidade civil da Administração por omissões*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 40, Julho/Agosto 2003, pp. 32 a 38; MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 1997; MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, 1998; IDEM, *Dever de legislar e dever de indemnizar: a propósito do caso "Aquaparque do Restelo*, «in» ***THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa***, Ano I, n.º 2, 2000; IDEM, *Responsabilidade do Estado-legislador: Reflexões emtorno de uma reforma,* «in» ***THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa***, Ano II, n.º 4, 2001; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *A responsabilidade do legislador no âmbito do artigo 15.º do novo regime introduzido pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, «in» ***Julgar. Revista da Associação Sindical dos Juízes Portugueses***, n.º 5; PEDRO MACHETE, *A responsabilidade da Administração por facto ilícito e as novas regras de repartição do ónus da*

prova «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 69, Maio / Junho 2008, pp. 30 a 40; RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra, 1992, pp. 85 e ss.; IDEM, *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Ensinar e investigar*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2005; VAZ SERRA, *Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos e agentes*, «in» ***Boletim do Ministério da Justiça***, n.º 85, pp. 446 a 520.

101. Noção, origens, evolução recente

101.1. O conceito jurídico de responsabilidade traduz sempre a ideia de *sujeição às consequências de um comportamento*. Trata-se de um conceito de base ética, que remete originariamente para uma relação causal entre a adopção consciente e voluntária de um comportamento lesivo de valores socialmente relevantes – e, por isso, merecedores de protecção – e as consequências reprováveis resultantes de tal comportamento. Naturalmente que, sendo o direito um sistema de ordenação de relações entre pessoas, tais consequências, para lá da censurabilidade, hão de se ter repercutido negativamente na esfera jurídica de alguém que não o seu próprio autor.

Consoante a natureza e a importância dos valores lesados pelo comportamento, podem conceber-se várias espécies de responsabilidade:

— a responsabilidade criminal ou penal, consequência da prática de um crime, uma conduta muito grave, por pôr em causa valores decisivos da vida em sociedade;

— a responsabilidade disciplinar, resultante de um ilícito desta natureza;

— a responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, decorrente de um prejuízo causado alguém.

A responsabilidade que aqui nos interessa integra-se no âmbito desta última: é a **responsabilidade civil extracontratual**, isto é, *a obrigação que recai sobre uma entidade envolvida em actividades de natureza pública que tiver causado prejuízos aos particulares* (fora do contexto de uma relação contratual, evidentemente).

101.2. A ideia de responsabilizar o Estado pelos seus actos — isto é, de o obrigar a suportar as consequências destes — era desconhecida antes de inícios do século XIX: a manifestação da vontade do soberano não podia gerar qualquer obrigação de indemnizar, *the king can do no wrong*. A indemnização a particulares lesados por acto do poder não estava excluída, mas dependia da boa vontade (de uma *graça* ou *mercê*) do soberano. Já ia avançado o século XIX quando LAFERRIERE, um dos fundadores do direito administrativo, escreveu que *le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous [...] sans compensation*, e DUGUIT acrescentou, já no nosso século, que *souveraineté et responsabilité sont deux notions qui s'excluent*.

Note-se que nesta época predominava o entendimento de que o vínculo jurídico entre o funcionário público e o Estado se enquadrava no mandato civil, pelo que somente os actos legais daquele seriam imputáveis a este. Quanto aos actos ilegais, praticados necessariamente contra mandato – porque este não poderia cobrir a ilegalidade —, apenas originavam responsabilidade pessoal para os seus autores (o que era causa de receios paralisantes dos funcionários no desempenho das suas

funções e de dificuldades para os cidadãos lesados por funcionários insolventes).

Foram três os principais factores que determinaram a evolução no sentido da responsabilização do Estado:

a) A consolidação e aprofundamento do princípio da legalidade;

b) Os reflexos das concepções organicistas no enquadramento jurídico da relação entre o Estado e o funcionário, que acarretaram a susceptibilidade de imputação aos entes públicos dos danos emergentes dos actos ilegais materialmente praticados pelos seus funcionários, solução mais adequada à necessidade de garantir efectivamente o regular exercício do poder público;

c) O alargamento da intervenção económica, social e cultural do Estado[193].

A primeira tentativa de fundar a obrigação de indemnizar prejuízos causados a particulares por parte do Estado em princípios autónomos, não reconduzíveis ao direito civil, foi o célebre acórdão *Blanco,* proferido em 8 de Fevereiro de 1873 pelo Tribunal de Conflitos francês, já referido noutro ponto. Este acórdão afirmou também expressamente a competência dos tribunais administrativos em matéria de responsabilidade do Estado.

Note-se, ainda, que durante muito tempo se considerou que somente os actos praticados no exercício da função administrativa poderiam gerar responsabilidade do Estado; quanto aos actos legislativos e aos actos do poder judicial,

193 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, 1974, pp. 45 a 55.

estes seriam insusceptíveis de tal consequência[194]. Esta era a opinião jurídica dominante entre nós, até há poucos anos. De resto, não obstante o entendimento maioritário na doutrina de que a Constituição já funda suficientemente tal direito,[195] foi preciso esperar até ao novo regime legal para que o legislador ordinário reconhecesse expressamente, como princípio de âmbito geral, o direito à reparação pelo Estado dos prejuízos causados por actos legislativos e jurisdicionais.

101.3. Até há bem pouco tempo, a responsabilidade civil extracontratual do Estado era regulada pelo Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, publicado na sequência do Código Civil[196]. Complementando este código, que dispunha, no artigo 501º, sobre a chamada responsabilidade civil *por actos de gestão privada* – isto é, aqueles comportamentos em que a Administração Pública actua despojada dos seus poderes de autoridade e que são enquadrados por normas de direito privado –, aquele diploma legal veio

194 Significativamente, as obras de direito administrativo francês tratam do problema da responsabilidade sob a designação de *responsabilidade administrativa.* Cfr. também MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, 1998, pp. 450-451.

195 Cfr., neste sentido, RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra, 1992, pp. 85 e ss.; cfr. também LUIS CATARINO, *Responsabilidade por facto jurisdicional – contributo para uma reforma do sistema geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado,* «in» *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado. Trabalhos preparatórios da reforma*, Ministério da Justiça, Coimbra, 2002, p. 269.

196 Cfr., sobre este diploma legal, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A responsabilidade da Administração no direito português*, Lisboa, 1973, pp. 29 e ss.

regular a responsabilidade do Estado *por actos de gestão pública* – isto é, emergente de condutas autoritárias da Administração Pública, adoptadas sob a égide de regras e princípios de direito administrativo. A distinção de regime substantivo reflectia-se no plano adjectivo, isto é, na determinação da jurisdição competente para o julgamento das acções de responsabilidade – a comum, no primeiro caso, a administrativa, no segundo.

Já há muito que a doutrina debatia a necessidade de rever o velho regime legal. Tal revisão, ganhou, de resto, maior urgência com a entrada em vigor do novo ETAF e do CPTA, diplomas que concretizaram a Reforma de Justiça Administrativa de 2002. Na verdade, por força desta, a jurisdição administrativa passou a ser competente para toda e qualquer acção de responsabilidade a propor contra o Estado e outras entidades públicas, trate-se de actos de gestão pública ou de gestão privada, distinção que a lei processual já não reconhece [cfr. alíneas *h)* e *i)* do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF].

Nos finais da década de 90, uma comissão de juristas prestigiados, constituída no âmbito da Ordem dos Advogados, havia preparado um projecto de diploma destinado a substituir o velho Decreto-Lei n.º 48051. Posteriormente, o XIV Governo Constitucional aprovou, na reunião do Conselho de Ministros de 21 de Junho de 2001, a Proposta n.º 95/VIII, que foi divulgada e chegou a ser objecto de debate público[197].

Ao contrário da Reforma da Justiça Administrativa, que seguiria o seu curso e culminaria em 2002, a revisão do

197 Cfr. o volume *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado. Trabalhos preparatórios da reforma*, já citado.

regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e outras entidades públicas atolou-se num pântano de indecisões e receios. Duas vezes aprovada, na generalidade, na Assembleia da República, por duas vezes sucumbiria ingloriamente em resultado de dissoluções do parlamento. Dizia-se, até, que dava azar aos governos, que não sobreviviam à tentativa de a concretizar.

Foi o XVII e actual Governo Constitucional que a concluiu e fez aprovar na Assembleia da República. Estranhamente – ou talvez não, consideradas as resistências que a responsabilização dos poderes públicos ainda encontra nalguns espíritos mais "napoleónicos" – o diploma, que conseguiu a unanimidade dos partidos parlamentares, foi alvo das dúvidas do Presidente da República, que recusou a sua promulgação, devolvendo-o ao parlamento. Este viria, naturalmente, a confirmá-lo.

Trata-se da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprova em anexo o *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*. Este regime já conheceu uma alteração, constante da Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho.

102. Âmbito de aplicação

102.1. A primeira observação que a nova lei justifica tem, precisamente, a ver com o seu **âmbito material**: ao contrário do diploma anterior, o novo regime legal aplica-se à responsabilidade civil extracontratual decorrente de actos das funções administrativa, legislativa e judicial (cfr. artigo 1.º, n.º 1).

Trata-se, como antecipámos, de uma importantíssima inovação, tardia mas essencial ao aprofundamento da qua-

lidade do Estado de direito. Não está em causa que as responsabilidades do Estado-legislador e do Estado-juiz devam ser apuradas mediante a aplicação de princípios e regras que não são, nem podem ser, totalmente idênticos às do Estado-administrador. Muito menos se contesta que o apuramento daquelas responsabilidades se deva necessariamente revestir da mais cuidadosa ponderação, em domínios em que a imprudência pode ser fatal ao bem que se pretende preservar.

O que está em causa é a ideia fundamental de que nada do que acontece em nome do Estado e no suposto interesse da colectividade, mediante as acções ou omissões das suas instituições, pode ser imune ao dever de reparar os danos provocados aos particulares. Podem discutir-se as condutas relevantes, os danos ressarcíveis, as circunstâncias, a profundidade, as condições e os limites da reparação; mas o que não pode, em nosso entender, é discutir-se o princípio.

Bem andou o legislador em admiti-lo. Adiante se apreciarão as regras que decidiu estabelecer.

Cabe ainda uma derradeira observação a propósito do âmbito de aplicação material do novo regime legal. Muito embora tenha desaparecido a referência a actos de gestão pública, a verdade é que a situação da dualidade de regimes substantivos de responsabilidade se mantém, com todas as dificuldades inerentes[198]: é que a nova lei se aplica apenas a *acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios*

198 Cfr., sobre estas dificuldades, MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GRACIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 2007, pp. 30 a 32.

de direito administrativo. Dúvidas não existem quanto a este ponto: é precisamente por isso que o artigo 501.° do Código Civil não foi revogado pelo novo diploma legal.

Note-se que os actos de gestão privada, quando praticados por um ente público, criam uma relação jurídica regulada pelo direito público[199].

Acrescente-se ainda que a Lei n.° 67/2007, no seu artigo 2.°, salvaguarda os regimes especiais de responsabilidade civil por danos decorrentes da função administrativa, como é o caso do regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais.

102.2. No que respeita ao **âmbito subjectivo**, muito embora subsista a referência ao *Estado e demais pessoas colectivas de direito público*, o legislador alarga o âmbito de aplicação subjectiva do novo regime legal às pessoas colectivas de direito privado que actuem com prerrogativas de poder público ou sob a égide de princípios e regras de direito administrativo (cfr. artigo 1.°, n.° 5), aproximando-se assim de uma concepção material da administração pública (como actividade e não como organização)[200]. Naturalmente que defendendo uma tal concepção há bastante tempo, não poderíamos estar mais de acordo com esta ampliação do âmbito subjectivo do diploma relativamente ao regime legal anterior.

199 Cfr. Acórdão do Tribunal de Conflitos de 26 de Setembro de 2007, referenciado na *Súmula de Jurisprudência*, **Cadernos de Justiça Administrativa**, n.° 66, Setembro / Outubro 2007, p. 70-71.

200 Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Coimbra, 2008, p.49.

Observe-se ainda que a lei também se aplica à responsabilidade dos titulares do órgãos, funcionários e agentes públicos, trabalhadores, titulares dos órgãos sociais e representantes legais ou auxiliares.

103. Objectivo da responsabilização

Não há, como se sabe, responsabilidade civil sem prejuízo.

O objectivo primeiro da responsabilização do Estado e de outras entidades envolvidas no exercício de actividades de natureza pública é *a transferência do dano sofrido pelo cidadão para o seu causador*[201].

Os princípios que a lei consagra em matéria de responsabilização podem sintetizar-se assim:

a) Manifesta-se uma clara preferência pela reparação *in natura*, a reconstituição da situação hipotética, isto é, a situação que se verificaria no caso da não ocorrência do dano;

b) Nesta ordem de ideias, a indemnização em dinheiro é apenas uma segunda escolha, somente aceitável na hipótese de impossibilidade ou excessiva onerosidade da reparação em espécie;

201 Já não podemos dizer, como fizemos até à 9.ª edição da nossa *Introdução ao Direito Administrativo*, que o objectivo da responsabilidade se alcança por via do *pagamento de uma quantia em dinheiro, a indemnização*. Era, de facto, assim, no domínio da lei anterior, que parecia excluir a realização específica do direito, ou reparação natural, concentrando-se na reparação pecuniária do dano (cfr., neste sentido, MARIA DA GLÓRIA F.P. DIAS GARCIA, *op. cit.*, p. 37).

c) A reparação abrange toda a extensão dos prejuízos, os danos patrimoniais como os danos morais, e tanto os danos já ocorridos como os futuros (cfr. artigo 3.º, n.º 3);

d) Subsiste em matéria de direito à indemnização e de direito de regresso a remissão para o artigo 498.º do Código Civil, o mesmo valendo por dizer que o prazo prescricional se mantém nos três anos.

A lei recorta dois conceitos específicos em matéria de prejuízos: os danos especiais e os danos anormais. Os *danos especiais* são aqueles que atingem um grupo determinado de pessoas, colocando estas numa situação diversa e mais desfavorável do que a das outras pessoas; os *danos anormais* são aqueles que, excedendo os custos inerentes à vida em sociedade, sejam suficientemente graves para justificar a tutela do direito (cfr. artigo 2.º)[202].

104. Responsabilidade subjectiva por actos da função administrativa

104.1. A responsabilidade emergente de danos causados no exercício da função administrativa surgiu originariamente como *responsabilidade subjectiva*, assim designada por envolver um juízo de censura sobre o comportamento do causador do prejuízo que, podendo e devendo ter optado por outra conduta, escolheu aquela que era censurável e potencialmente danosa.

A responsabilização assenta nas ideias de **ilicitude** e de **culpa.**

202 Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, cit, p. 66.

A **ilicitude** consiste numa acção ou omissão violadora:

– de princípios e regras constitucionais, legais ou regulamentares;

– de regras técnicas;

– de deveres objectivos de cuidado;

– ou resultante do funcionamento anormal do serviço.

Dessa acção ou omissão há-de ter resultado a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos de alguém (cfr. artigo 9.º).

104.2. A **culpa** decorre de um comportamento adoptado com *diligência ou aptidão* inferiores àquelas que fosse *razoável* exigir, no caso, a um titular de órgão administrativo, funcionário ou agente *zeloso e cumpridor*, com base nos princípios e regras jurídicas relevantes (cfr. artigo 10.º, n.º 1).

A culpa pode revestir duas modalidades:

a) **Culpa grave**, mais séria, quando o autor da conduta ilícita haja actuado com *dolo ou diligência e zelo manifestamente inferiores àquele a que se encontrava obrigado em razão do cargo* (cfr. artigo 8.º, n.º 1);

b) A **culpa leve,** menos séria, não está definida na lei, ocorrendo quando o autor da conduta ilícita haja actuado com diligência e zelo inferiores, mas não manifestamente inferiores, àqueles a que se encontrava obrigado.

Note-se que a lei, a fim de facilitar a responsabilização, estabelece uma *presunção*, com base na qual a autoria de um acto jurídico ilícito ou o incumprimento de deveres de vigilância faz presumir a culpa leve (cfr. artigo 10.º, n.ºs 2 e 3).

104.3. A eventual contribuição do lesado para a produção do facto danoso ou para o agravamento dos danos – aquilo que se designa por *concorrência de culpa do lesado*

– pode conduzir à redução ou mesmo exclusão do direito à indemnização; considera-se existir culpa do lesado sempre que este não tenha utilizado os meios processuais ao seu alcance para eliminar o acto jurídico gerador dos prejuízos (cfr. artigo 4.º).

Esta distinção é fulcral para a repartição da responsabilidade. Assim, a responsabilidade do Estado ou outra entidade pública é **exclusiva**:

a) Quando o autor da conduta ilícita haja actuado no exercício da função administrativa e por causa desse exercício, com culpa leve (cfr. artigo 7.º, n.º 1);

b) Quando os danos causados sejam imputáveis ao funcionamento anormal do serviço[203], mas não tenham resultado de um comportamento concretamente determinado ou não seja possível apurar a respectiva autoria (cfr. artigo 7.º, n.º 3).

Já quando o autor da conduta ilícita haja actuado com dolo ou culpa grave, no exercício das suas funções e por causa desse exercício, o Estado ou outra entidade pública são **solidariamente responsáveis** com o titular do órgão, funcionário ou agente (cfr. artigo 8.º, n.º 2).

Mantendo-se a regra de que o Estado ou outra entidade pública poderá ser obrigado a pagar a totalidade da indemnização determinada pelo tribunal, mantém-se também o *direito de regresso*, relativo às quantias que deveriam ter sido pagas pelo titular do órgão, funcionário ou agente. Sublinhe-se ainda que o direito de regresso corresponde a um poder vinculado, que a Administração tem obrigatoriamente de exercer (cfr. artigos 8.º, n.º 3, e 6.º, n.º 1).

---

203 Sobre o anormal funcionamento do serviço, cfr. CARLA AMADO GOMES, *Três Textos sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, 2008, pp. 32-33.

105. Responsabilidade objectiva no exercício de actividade administrativa

Mais recente, historicamente, é a chamada *responsabilidade objectiva*.

Supomos poder dizer que esta espécie de responsabilidade substitui o fundo ético da responsabilidade subjectiva (fez-se o que não se devia ter feito, daí a censura e o castigo) por uma base económica. Na verdade, a responsabilização objectiva não radica em qualquer juízo de reprovação do comportamento do causador do dano, antes decorrendo de comportamentos que, não obstante perfeitamente aceitáveis no plano social, são especialmente vantajosos para aquele que, adoptando-os, causa o prejuízo, conduzindo a lei a determinar que este deve ser por ele suportado. A responsabilidade objectiva é, no essencial, um instrumento de repartição de encargos, que associa o prejuízo causado pela conduta aos benefícios decorrentes desta.

É esta circunstância que explica o carácter excepcional da responsabilidade objectiva pelo risco nas relações jurídico-privadas, resultante da formulação restritiva do n.º 2 do artigo 483.º do Código Civil. O mesmo não ocorre com a responsabilidade objectiva pelo risco no exercício da actividade administrativa, que encontra fundamento, como princípio geral, na norma do n.º 1 do artigo 11.º, não tendo, pois, carácter excepcional.

A lei determina que, fora do contexto da ilicitude, o Estado e outras entidades públicas sejam responsáveis pelos prejuízos causados por *actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos* (cfr. artigo 11.º, n.º 1)[204]. Na verdade, estas actividades, coisas ou serviços existem no interesse da colectividade e para satisfazer necessidades desta. Quando deles resultem prejuízos para os particulares, não será justo que estes suportem a totalidade do prejuízo. Por esta razão, o dano é, no essencial, transferido para a colectividade, por via do pagamento de uma indemnização, financiada com o dinheiro dos contribuintes.

Note-se que, também nesta espécie de responsabilidade, o montante da indemnização devida pode ser reduzido ou mesmo excluído quando concorrer culpa do lesado e, ainda, em caso de força maior (cfr. artigo 11.º, n.º 1).

106. Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional

106.1. Com absoluta novidade[205], a lei trata dos prejuízos causados por actos e omissões no exercício da função jurisdicional. No seguimento das previsões constitucionais relativas ao erro judiciário e à prisão preventiva ilegal ou injustificada, contemplam-se agora duas situações bem distintas entre si: os danos decorrentes do deficiente funcionamento do aparelho judiciário, com destaque para a pior das deficiências,

204 A lei anterior utilizava o advérbio *excepcionalmente*, que a actual substituiu por *especialmente*. Sobre o sentido desta alteração, cfr. CARLA AMADO GOMES, *Três Textos* ..., cit., p. 70.

205 Novidade, numa lei com este âmbito, uma vez que, como bem refere MARIA DA GLÓRIA F.P. DIAS GARCIA, a responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional foi a primeira a ser regulada em Portugal, no velho Código de Seabra (*op. cit.*, p. 54).

que é o insuportável arrastamento de muitos processos – a *violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável* – e o *erro judiciário* (cfr. artigos 12.º e 13.º).

A primeira das situações nada tem de extraordinário: trata-se, simplesmente, de aceitar que aqueles que pagam, e caro, a justiça, têm o direito de exigir do Estado que esta funcione razoavelmente; na medida em que tal não aconteça, devem os particulares poder ressarcir-se dos prejuízos que lhes forem causados pelo funcionamento deficiente[206].

O legislador, compreensivelmente, resolve o problema determinando a extensão a estes casos do regime da responsabilidade civil decorrente de factos ilícitos praticados no exercício da função administrativa (cfr. artigo 12.º). Nem se compreenderia que os cidadãos pudessem exigir o regular funcionamento dos serviços públicos, em geral, e não tivessem idêntico direito relativamente aos tribunais, que são os serviços públicos da justiça.

106.2. Já quanto ao erro judiciário, a questão é mais complexa e delicada[207].

206 *O deficiente funcionamento da justiça há-de, por conseguinte, caracterizar-se por um facto ou uma série de factos que revelem a inaptidão do serviço para o cumprimento da sua missão, e, quando seja imputável ao serviço globalmente considerado, poderá traduzir-se numa acumulação de falhas que, não sendo relevantes quando consideradas isoladamente, acabam por pôr em causa a eficiência do sistema, ocasionando danos indemnizáveis* – CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, cit, p. 198.

207 Cfr. LUÍS CATARINO, *Contributo para uma reforma do sistema geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado*, «in» ***Revista do Ministério Público***, n.º 88, p. 57.

Na verdade, encontra-se constitucionalmente consagrado o princípio da irresponsabilidade dos juízes pelas decisões tomadas no exercício da função jurisdicional. Tal significa que, em princípio, somente o Estado poderá ser responsabilizado por uma má decisão judicial geradora de prejuízos para os envolvidos no processo.

Por outro lado, existe um mecanismo específico para procurar evitar a consumação de decisões judiciais erradas: o sistema de recursos. A ideia, razoável, é a de que a possibilidade de erro se vai reduzindo à medida que mais magistrados são chamados a pronunciar-se sobre uma questão.

Não admira, pois, a formulação restritiva da lei: somente são susceptíveis de engendrar responsabilidade para o Estado as decisões judiciais *manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto* (cfr. artigo 13.º, n.º 1)[208]. Não admira também que, enquanto o regime substantivo da responsabilidade pelo deficiente funcionamento da justiça seja, como assinalámos, idêntico ao da responsabilidade por factos ilícitos praticados no exercício da função administrativa, já o regime da responsabilidade por erro judiciário seja específico, assente nos artigos 13.º e 14.º.

Articulando, compreensivelmente, o mecanismo de responsabilização com o dito sistema de recursos, a lei vem exigir, como pressuposto da admissibilidade do pedido indemnizatório, que a decisão em causa haja sido revogada pelo tribunal competente. Por outras palavras: o reconheci-

208 Veja-se uma enumeração de exemplos em GUILHERME DA FONSECA, *A responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional*, «in» ***Julgar. Revista da Associação Sindical dos Juízes Portugueses***, n.º 5, p. 55.

mento judicial do erro judiciário constitui um pré-requisito da responsabilidade civil nele fundada (cfr. artigo 13.º, n.º 2)[209].

Em homenagem ao princípio da irresponsabilidade dos juízes pelas decisões judiciais que tomem – que a lei, de resto, expressamente reafirma – os magistrados judiciais e do Ministério Público[210], apenas estão sujeitos ao exercício do direito de regresso por parte do Estado relativamente aos montantes indemnizatórios que hajam sido pagos em reparação dos prejuízos causados pelos respectivos actos quando tenham agido com dolo ou culpa grave. Note-se que, ao contrário dos restantes funcionários públicos – relativamente aos quais o exercício do direito de regresso é, como se disse, obrigatório –, o direito de regresso contra os magistrados tem o seu exercício dependente da vontade dos órgãos de governo próprio das magistraturas (cfr. artigo 14.º). Não parece fácil justificar este privilégio.

107. Responsabilidade por danos decorrentes de actos praticados no exercício da função legislativa

107.1. A responsabilidade do Estado por danos decorrentes de actos praticados no exercício da função legislativa tem suscitado um animado debate, constitucional e administrativo. Muito embora exista uma posição doutrinária claramente maioritária, não existe unanimidade na doutrina quanto à susceptibilidade do artigo 22.º da Constituição de abranger também esta espécie de responsabilidade.

209 Cfr. – CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, cit., p. 220.

210 Estes, menos compreensivelmente.

MARIA DA GLÓRIA F.P. DIAS GARCIA escreveu que *a forma ampla como o artigo 22.º da Constituição define a matéria da responsabilidade não oferece dúvidas. As fórmulas usadas – «Estado e demais entidades públicas», «actos ou omissões praticados no exercício das suas funções pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes» são de molde a abranger a actuação do Estado no campo jurisdicional, legislativo, político e administrativo*[211].

No mesmo sentido se pronunciaram DIOGO FREITAS DO AMARAL e RUI MEDEIROS, este último retomando a argumentação que já utilizara em escrito anterior, chamando nomeadamente a atenção para que o artigo 22.º consagraria um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e que, por isso, a inércia do legislador ordinário não obstaria à sua directa invocação pelos particulares[212].

Em apoio desta posição tem sido chamado à colação o direito comunitário. No mencionado escrito de RUI MEDEIROS e DIOGO FREITAS DO AMARAL, os autores cotejam longamente a jurisprudência do TJCE, sublinhando a relevância para o problema em apreço do acórdão *Brasserie du pêcheur /Factortame*, que firmou no direito comunitário jurisprudência no sentido da responsabilidade dos Estados-membros por actos legislativos praticados no âmbito da transposição de directivas.

211 *Op. cit.*, p.62.

212 Cfr. *Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque*, «in» ***Revista de Direito e Estudos Sociais***, Agosto-Dezembro, 2000, Ano XLI (XIV da 2.ª série) n.ºs 3 e 4, pp. 380-381; RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado...*, cit., pp. 85 a 88.

107.2. A voz discordante nesta matéria tem sido a de MARIA LÚCIA AMARAL. Vejamos o essencial da sua argumentação[213].

Falar da existência de responsabilidade civil do Estado por actos legislativos lícitos é falar de um contrasenso. A autora funda esta asserção na circunstância de, em sua opinião, *uma lei que seja «lícita»* só poder causar prejuízos a privados *num único caso*: quando imponha a estes sacrifícios graves e especiais que mereçam ser compensados justamente pelo carácter de gravidade e de especialidade de que se revestem. Só que, se tal for o caso, *aquilo que, na aparência, surge como um problema de "responsabilidade" do Estado por prejuízos causados por leis, revela-se assim, à reflexão, como um problema de validade, ou de constitucionalidade dos actos legislativos que "prejudicam"*[214]

Restariam, pois, as leis "ilícitas".

Sucede, porém, que a autora considera que o conceito de "ilicitude" não é sinónimo de anti-juridicidade, antes remetendo para um tipo particular de comportamento anti-jurídico, *que se consubstancia na omissão do comportamento devido que vincula certo sujeito de direito a outro sujeito.*

213 Citaremos dois estudos da autora sobe a questão. Para uma análise mais aprofundada das suas posições é indispensável a leitura da obra *Responsabilidade do Estado. O dever de indemnizar do legislador*, especialmente as páginas 419 a 467, centradas na análise do artigo 22.º da Constituição.

214 *Responsabilidade do Estado-legislador: reflexões em torno de uma reforma*, «in» ***THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa***, Ano II, n.º 4, 2001, pp. 9 a 11.

Ora, *nenhum particular individualmente considerado pode ser considerado como "titular" de um direito "subjectivo" à emissão de leis conformes à Constituição*[215].

Nesta lógica, MARIA LÚCIA AMARAL rejeita a hipotética criação de *uma acção autónoma de responsabilidade do Estado por prejuízos causados pelos chamados "factos ilícitos" do legislador*, que consubstanciaria *uma forma nova, atípica, de controlo da constitucionalidade, forma essa que é estranha ao sistema de justiça constitucional que os artigos 221, 204 e 277 a 283 da CRP consagram*[216].

Restaria, conclui a autora, uma possibilidade: o apuramento da responsabilidade por actos legislativos "ilícitos" ser feito a título subsidiário, uma vez obtida uma decisão de inconstitucionalidade *e apenas nos casos em que a eficácia retroactiva desta última decisão se não tenha mostrado capaz de eliminar todos os prejuízos sofridos pelo privado* por causa da vigência da lei inconstitucional *e durante o período de tempo que mediou entre o momento da entrada em vigor da lei e o momento da certificação jurisdicional da sua invalidade*[217].

107.3. Esta controvérsia, por estimulante que seja, é anterior à nova lei, que regula a matéria no artigo 15.º.

O preceito começa por afirmar solenemente o princípio da responsabilidade civil *do Estado e das regiões autónomas pelos danos anormais causados aos direitos ou inte-*

215 *Dever de legislar e dever de indemnizar: a propósito do caso "Aquaparque do Restelo*, «in» ***THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa***, Ano I, n.º 2, 2000, pp. 90-91.

216 *Responsabilidade do Estado-legislador...*, cit., p. 17.

217 *Dever de legislar...*, cit., p. 88.

resses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função político-legislativa, pratiquem, em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário, ou acto legislativo de valor reforçado.

A primeira observação que o preceito justifica vai no sentido do reconhecimento de que, para o legislador, a responsabilidade civil por acto legislativo (ou omissão legislativa) consubstancia um comportamento antijurídico subjectivável – chame-se-lhe ou não *ilícito* (e o legislador chama-lhe, bem ou mal, assim, no n.º 4 do artigo 15.º). Parece que existe mesmo um direito a que não sejam praticados actos – ou não ocorram omissões – contrários à Constituição, pelo menos na medida em que produzam danos anormais a certas pessoas.

A segunda observação tem a ver com a articulação que o legislador estabeleceu entre a desconformidade constitucional da lei e a susceptibilidade de reparação dos danos causados por esta (cfr. artigo 15.º, n.ºs 2 e 5). Na verdade, nos termos destas disposições, o direito à reparação dos danos depende de duas condições: a *anormalidade* destes[218] e a prévia emissão de um juízo de inconstitucionalidade sobre a lei ou a omissão legislativa danosa[219].

218 Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Três Textos...*, cit., p.133.

219 Sobre as dificuldades que a lei coloca a uma efectiva responsabilização do legislador em casos de omissão inconstitucional, cfr. MARIO AROSO DE ALMEIDA, *A responsabilidade do legislador no âmbito do artigo 15.º do novo regime introduzido pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, «in» ***Julgar. Revista da Associação Sindical dos Juízes Portugueses***, n.º 5, p. 47. O autor chama atenção para que a prévia verificação da inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional "tropeça" na falta de legitimidade dos eventuais interessados para promover esta.

Esta articulação confirma que, na lógica do legislador, a produção de leis inconstitucionais ou contrárias a convenções internacionais vinculativas do Estado português não só consubstancia um comportamento antijurídico, como, se o dano produzido for anormal, gera na esfera jurídica do lesado um verdadeiro direito subjectivo público à sua reparação.

A terceira observação vai para a aferição da antijuridicidade: esta não se contenta com a ofensa do texto constitucional, antes ponderando também a desconformidade da lei interna ordinária com o direito internacional, com o direito da UE e com as leis de valor reforçado[220].

107.4. Claro que o legislador, tendo feito a sua opção – que terá por certo entendido decorrer da Constituição –, não ignorou as dificuldades do tema. Prudentemente, estabeleceu que *a existência e a extensão da responsabilidade* são determinadas em cada caso concreto, fornecendo três critérios para iluminar esta determinação:

– o *grau de clareza e precisão da norma violada* (sabendo-se que as normas constitucionais comportam níveis de densificação muito variáveis);

– o *tipo de inconstitucionalidade* – material, orgânica ou formal;

– a circunstância de *terem sido adoptadas ou omitidas diligências susceptíveis de evitar a situação de ilicitude* –

220 Nestes casos não se tratará de uma inconstitucionalidade em sentado próprio (embora haja quem fale em *inconstitucionalidade indirecta*)– cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI – *Inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, Coimbra, 2001, pp. 23 a 27.

a diligência bastante do legislador no intuito de obviar ao resultado danosos pode excluir a responsabilidade por estes (cfr. artigo 15.°, n.° 4).

108. A indemnização pelo sacrifício

O último preceito da nova lei, o artigo 16.°, estatui sobre um tema que é tradicionalmente incluído entre nós na temática da responsabilidade.

Estão em causa daquelas situações em que o Estado ou outras entidades públicas *imponham a particulares encargos ou causem danos especiais e anormais* em benefício da colectividade – *por razões de interesse público*, na letra da lei.

Esta situação era reconduzida no domínio da lei anterior a uma espécie de responsabilidade, a *responsabilidade objectiva pela prática de actos lícitos*, e aproximada da responsabilidade pelo risco. Tratava-se, bem vistas as coisas, de uma ficção: na verdade, esta suposta responsabilidade, não só não envolvia qualquer ilícito, como não punha, de nenhuma forma, em causa qualquer comportamento do "responsável".

Ora, se ainda se pode compreender a passagem da ideia de responsabilidade subjectiva para a de responsabilidade objectiva, com a inerente substituição da ideia de *castigo pela conduta adoptada* pela ideia de *compensação pelos benefícios decorrentes da adopção de uma conduta* – uma vez que, em qualquer caso, ainda está em causa um comportamento, agora já lícito, gerador da consequência responsabilizante – e se não se discute que qualquer delas pode abranger as omissões, já não faz sentido responsabilizar alguém... por coisa nenhuma, já que não adoptou, nem sequer omitiu, qualquer comportamento.

Cobrir estas situações com o manto da responsabilidade civil significa desligar por completo o nome da coisa: estas não são, não podem ser, situações geradoras de responsabilidade – ou então este termo deixa de ter qualquer significado.

Não se pondo em causa a bondade e a justiça da regra – devem ser compensadas as desvantagens económicas produzidas aos particulares nas situações descritas no preceito –, não estamos, porém, perante uma situação de responsabilidade. Bem andou o legislador em não utilizar o termo, optando pela designação, que também já era comum, de *indemnização pelo sacrifício*. Na verdade, estamos muito mais perto de uma situação como a expropriação por utilidade pública do que de um caso de responsabilidade civil.

Perguntar-se-á então por que razão regular aqui, a encerrar o regime da responsabilidade civil do Estado e outras entidades públicas, esta matéria? Bom, tinha de estar regulada nalgum lado, e o seu tratamento a propósito da responsabilidade civil corresponde à tradição portuguesa. Não será resposta satisfatória, mas também não justifica grandes especulações.

CAPÍTULO VII

O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Leituras aconselhadas:

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo,* Volume II, Coimbra, 2001, pp. 288 a 311; IDEM, *O novo Código do Procedimento Administrativo,* «in» *O Código do Procedimento Administrativo,* Seminário promovido pelo INA, 1992, pp. 21 a 37; IDEM, *Princípios gerais do Código do Procedimento Administrativo,* «in» *Seminário sobre o Código do Procedimento Administrativo,* CEFA, Coimbra, 1993, pp. 33 a 56; IDEM, *Os antecedentes e a elaboração do Código do Procedimento Administrativo,* «in» *Estudos sobre o Código do Procedimento Administrativo,* ***Legislação — Cadernos de Ciência de Legislação***, INA, n.º 9/10, Janeiro-Junho de 1994, pp. 9 a 27; DIOGO FREITAS DO AMARAL, JOÃO CAUPERS, JOÃO MARTINS CLARO, JOÃO RAPOSO, PEDRO SIZA VIEIRA e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado,* cit., pp. 115 a 152; FAUSTO DE QUADROS, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, PAULO OTERO E LUÍS SOUSA DA FÁBRICA,

Procedimento Administrativo, «in» *Dicionário Jurídico da Adminis-tração Pública,* Volume VI, pp. 470 a 479; GOMES CANOTILHO, *Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente,* «in» ***Revista de Legislação e Jurisprudência***, Ano 123.º, n.ºs 3794, pp. 135 a 137, 3795, pp. 168 a 171, e 3798, pp. 261 a 270; JOÃO CAUPERS, *Os princípios gerais do procedimento e o direito à informação,* «in» *O Código do Procedimento Administrativo,* INA, 1992, pp. 51 a 56; IDEM, *A revisão do Código do Procedimento Administrativo*, «in» ***Legislação — Cadernos de Ciência da Legislação,*** n.º 15, INA, Oeiras, Janeiro-Março 1996, pp. 5 a 15; JOÃO CARLOS LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares,* Coimbra, 1995, pp. 51 a 58; MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código do Procedimento Administrativo Comentado,* Volume I, Coimbra, 1993, pp. 85 a 131 e 347 a 381; PAULO FERREIRA DA CUNHA, *O procedimento administrativo,* Coimbra, 1987, pp. 57 a 127; PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo,* Lisboa, 1995, pp. 19 a 90; ROGÉRIO SOARES, *Codificação do procedimento administrativo hoje,* «in» ***Direito e Justiça***, Volume VI, 1992, pp. 17 a 24; IDEM, *A Administração pública e o Procedimento Administrativo,* «in» ***Scientia Iuridica,*** n.ºs 238/240, Julho-Dezembro 1992, pp. 195 a 205; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, cit., pp. 301 a 400.

109. Noção

109.1. Na óptica do procedimento administrativo, por que optámos, a actividade administrativa será tratada como

um fluxo de actos. Para designar este fluxo, são utilizáveis duas expressões: *procedimento administrativo* e *processo administrativo gracioso.*

É hoje aceite que se verifica uma tendência acentuada para a ritualização (há quem designe o fenómeno pelo neologismo *procedimentalização*) da actividade administrativa. Esta tendência encontra-se intimamente associada à crescente dificuldade na determinação clara dos interesses públicos prosseguidos por algumas decisões administrativas mais complexas, de que sobressaem as decisões tomadas no domínio do planeamento territorial.

A ritualização, impondo a ponderação de múltiplos interesses contraditórios relevantes no processo de formação da decisão, surge assim como uma alternativa à pré-definição rigorosa dos interesses públicos a prosseguir com aquela, assegurando-lhe uma relativa incontestabilidade (fala-se mesmo em *legitimação* da decisão).

109.2. Noção de procedimento: *sucessão ordenada de actos e formalidades que visam assegurar a correcta formação ou execução da decisão administrativa e a defesa dos direitos e interesses legítimos dos particulares.*

O artigo 1.º do CPA propõe uma distinção entre procedimento administrativo e processo administrativo assente num critério funcional: enquanto a noção de procedimento é aquela que enunciámos, o termo *processo* fica reservado àquilo que em língua inglesa é o *file* e em língua francesa o *dossier*, isto é, o suporte físico do procedimento, o acervo documental que lhe dá corpo.

Quer isto dizer que o legislador português do CPA não utilizou a distinção entre procedimento e processo tal como é habitualmente feita pela doutrina italiana: para esta, o

procedimento consubstancia uma sucessão ordenada de actos formalidades, sendo o processo uma espécie de procedimento caracterizada pelo litígio entre interesses antagónicos, corporizados em partes.

Com a publicação, em 1999, do Código de Processo e Procedimento Tributário, o termo *processo* ganhou um sentido próprio, mais próximo da lógica italiana, passando a designar o *processo contencioso tributário* (ou, mais correctamente, o *processo judicial tributário*). O Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) adoptou a nomenclatura. Temos, assim, um equívoco terminológico interessante: o *processo* tanto pode ser o suporte material do procedimento administrativo, como o processo judicial da competência da jurisdição administrativa e tributária.

110. Espécies de procedimentos administrativos

Os procedimentos administrativos podem classificar-se em obediência a diversos critérios:

a) Procedimentos de iniciativa pública (de início oficioso, como sucede com o procedimento de expropriação por utilidade pública) e procedimentos de iniciativa particular (dependentes de requerimento deste, como ocorre com a emissão de uma qualquer licença);

b) Procedimentos decisórios (visam a tomada de uma decisão administrativa) e procedimentos executivos (têm por finalidade assegurar a projecção dos efeitos de uma decisão administrativa);

c) Procedimentos de 1.º grau (incidem pela primeira vez sobre uma situação da vida) e procedimentos de 2.º grau (incidem sobre uma decisão administrativa anteriormente tomada);

d) Procedimento comum (é aquele que não é regulado por legislação especial mas pelo próprio CPA) e procedimentos especiais (regulados em leis especiais).

111. A codificação das regras do procedimento administrativo — o Código do Procedimento Administrativo

111.1. As origens e antecedentes do Código do Procedimento Administrativo mergulham na Parte II do Projecto de Código Administrativo do Ultramar (1968), da autoria de Rui Machete.

Sucedeu-se depois o Projecto do Código de Processo Administrativo Gracioso de 1969, da autoria de Osvaldo Gomes.

O passo seguinte consistiu nas duas versões do projecto de Código do Processo Administrativo Gracioso de Rui Machete (1980 e 1982).

O código que hoje vigora entre nós haveria de resultar do Projecto do Código do Procedimento Administrativo de 1989, elaborado por uma comissão presidida por Diogo Freitas do Amaral. O impulso legislativo governamental foi coberto por uma lei de autorização legislativa (Lei n.º 32/91, de 20 de Julho) e o CPA viria a ser aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro.

A entrada em vigor do CPA verificou-se em 16 de Maio de 1992.

O CPA foi revisto pelo Decreto-Lei n.º 6/96, publicado em 31 de Janeiro de 1996.

111.2. Seguindo uma tradição que remonta ao projecto de 1968, o CPA não trata apenas do procedimento adminis-

trativo propriamente dito, dando-se mesmo a circunstância, um tanto insólita, de a sua Parte III apresentar epígrafe idêntica ao nome do próprio código: *Do Procedimento Administrativo*.

Para além desta, o código tem uma primeira parte dedicada aos princípios gerais, uma segunda relativa aos sujeitos do procedimento e uma quarta, regulando as formas da actividade administrativa. Disciplina, pois, bem mais do que o procedimento administrativo.

O artigo 2.º do CPA contém as regras que determinam o âmbito de aplicação do código:

a) No que se refere ao *âmbito subjectivo,* o CPA aplica-se às pessoas colectivas públicas (enumeradas no n.º 2), aos órgãos do Estado estranhos à Administração Pública mas que desenvolvam actividade materialmente administrativa (n.º 1), e ainda às empresas concessionárias, quando actuem no exercício de poderes de autoridade (n.º 3);

b) Quanto ao *âmbito material* de aplicação, há a registar sobretudo que:

— *os princípios da actividade administrativa* e *as normas de concretização constitucional* são aplicáveis, em quaisquer circunstâncias, a todo e qualquer tipo de actividade, seja ela de gestão pública, de gestão privada ou de índole meramente técnica (n.º 5);

— *as disposições relativas à organização e à actividade administrativas* são aplicáveis às actividades de gestão pública (n.º 6);

— *as restantes disposições do CPA* são aplicáveis, igualmente apenas no domínio das actividades de gestão pública, ao procedimento comum e, supletivamente, também aos procedimentos especiais, desde que daí não resulte diminuição das garantias dos particulares (n.º 7).

111.3. O CPA inclui dois tipos de princípios: em primeiro lugar, os *princípios gerais do código*, constantes dos artigos 3.º a 12.º:

— o princípio da legalidade (cfr. artigo 3.º);

— o princípio da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos (cfr, artigo 4.º);

— o princípio da igualdade (cfr. artigo 5.º);

— o princípio da proporcionalidade (cfr. artigo 5.º);

— o princípio da justiça (cfr. artigo 6.º);

— o princípio da imparcialidade (cfr. artigo 6.º);

— o princípio da boa fé (cfr. artigo 6.º-A);

— o princípio da colaboração da Administração com os particulares (cfr. artigo 7.º);

— o princípio da participação (cfr. artigo 8.º);

— o princípio da decisão (cfr. artigo 9.º);

— o princípio da desburocratização e da eficiência (cfr. artigo 10.º);

— o princípio da gratuitidade (cfr. artigo 11.º);

— o princípio do acesso à justiça (cfr. artigo 12.º).

Destes princípios, já foram objecto de análise os sete primeiros (v. supra, *Introdução*). Dos restantes, dois justificam especial referência:

— o *princípio da participação,* que serve de enquadramento à mais importante inovação introduzida pelo CPA, a audiência dos interessados no procedimento, regulada nos artigos 100.º e seguintes;

— o *princípio da decisão,* que assegura aos cidadãos o direito a obterem uma decisão administrativa quando o requeiram ao órgão competente (*dever de pronúncia*).

111.4. Em segundo lugar, os *princípios gerais do procedimento,* incluídos nos artigos 55.º a 60.º:

— o *princípio do inquisitório,* inscrito no artigo 56.º do CPA, que, como corolário do princípio da prossecução do interesse público, assinala o papel preponderante dos órgãos administrativos na instrução do procedimento e na preparação da decisão administrativa;

— o *princípio da celeridade* que, acompanhado da fixação de um prazo geral para conclusão do procedimento, pretende prenunciar o fim desejado daquelas gavetas onde uma velha máxima dizia que os órgãos administrativos guardavam os assuntos que o tempo haveria de resolver (cfr. artigos 57.º e 58.º);

— o *princípio da publicidade do impulso processual,* consignado no artigo 55.º do CPA, que, por via da garantia de que os interessados estejam informados do início do procedimento, procura assegurar-lhes efectivas possibilidades de participação no mesmo;

— o *princípio da colaboração dos interessados,* com o qual se pretende garantir que estes facilitem a actividade da Administração Pública, auxiliando esta, com boa fé e seriedade, na preparação das decisões administrativas (cfr. artigo 60.º).

CAPÍTULO VIII

MARCHA DO PROCEDIMENTO COMUM DECISÓRIO DE 1.º GRAU PARA A TOMADA DE UMA DECISÃO ADMINISTRATIVA

Leituras aconselhadas:

ALEXANDRE ALBUQUERQUE, *Indeferimento tácito,* «in» *Dicionário jurídico da Administração Pública,* Volume V, pp. 212 a 231; BAPTISTA DIAS, *A fase da audiência dos interessados no Código do Procedimento Administrativo,* «in» ***Revista de Administração Local***, n.ºs 139-140, 1994, pp. 3 a 34; CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *O "silêncio" e a "última palavra" da Administração Pública,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 19, Janeiro/Fevereiro de 2000, pp. 20 a 24; DAVID DUARTE, *Procedimentalização ...,* cit., pp. 118 a 157; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo,* Volume II, *cit.,* pp. 312 a 341; IDEM, *Fases do procedimento decisório do 1.º grau,* «in» ***Direito e Justiça***, Volume VI, 1992, pp. 25 a 35; DIOGO FREITAS DO AMARAL, JOÃO CAUPERS, JOÃO MARTINS CLARO, JOÃO RAPOSO, PEDRO SIZA VIEIRA e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado, cit.,* pp. 153 a 210; FAUSTO DE QUADROS, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE

ALMEIDA, PAULO OTERO E LUÍS SOUSA DA FÁBRICA, cit., *Procedimento Administrativo,* pp. 479 a 490; JOÃO MARTINS CLARO, *A marcha do procedimento,* «in» *O Código do Procedimento Administrativo,* Seminário promovido pelo INA, 1992, pp. 61 a 76; JOÃO TIAGO SILVEIRA, *O deferimento tácito (Esboço do regime Jurídico do Acto Tácito Positivo na Sequência de Pedido do Particular)*, Coimbra, 2004; JOSÉ ALEXANDRINO, *O procedimento pré-contratual nos contratos de empreitada de obras públicas*, Lisboa, 1977, pp. 47 a 61; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento,* «in» *Estudos sobre o Código do Procedimento Administrativo,* ***Legislação — Cadernos de Ciência de Legislação***, INA, n.º 9/10, Janeiro-Junho de 1994, pp. 133 a 159; MARTA PORTOCARRERO, *A audiência dos interessados e o conteúdo da fundamentação,* anotação ao acórdão do STA de 13.04.2000, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 41, Setem-bro/Outubro 2003, pp. 14 a 28; PEDRO GONÇALVES, *Aponta-mento sobre a função e a natureza do parecer vinculante,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 0, Novembro/Dezembro 1977, pp. 3 e ss.; PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados...*, cit., pp. 391 a 529; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, cit., pp. 400 a 432; IDEM, *Breve Crónica de uma Reforma Anunciada,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 1, Janeiro/Fevereiro 1997, pp. 3 e ss.

112. 1.ª fase: o arranque do procedimento

112.1. Nos procedimentos de iniciativa pública, o arranque do procedimento pode dever-se a *impulso processual autónomo* — quando o órgão com competência para decidir é aquele que inicia o procedimento —, ou a *impulso processual heterónomo* — se o órgão que inicia o procedimento carece de competência para a decisão final.

Em qualquer dos casos há que cumprir o dever fixado no artigo 55.º do CPA: a comunicação aos interessados do início do procedimento.

112.2. Os procedimentos de iniciativa particular iniciam-se a *requerimento* dos interessados.

O requerimento inicial destes deve conter as menções exigidas no artigo 74.º do CPA e ser apresentado *por escrito* (salvo nos casos em que a lei permita a sua formulação oral).

Os artigos 17.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, regulam diversos aspectos relacionados com a apresentação de requerimentos à Administração Pública, dispondo, nomeadamente, quanto ao tipo, cor e formatos do papel a utilizar. Pelo seu lado, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2006, de 18 de Maio, veio determinar um conjunto de providências no sentido da desmaterialização dos actos procedimentais.

A apresentação do requerimento pode consistir no respectivo *envio postal,* com aviso de recepção, nos termos do artigo 79.º do CPA, ou na sua *entrega pessoal,* nalgum dos locais previstos nos artigos 77.º e 78.º

O requerimento, uma vez recebido, é obrigatoriamente objecto de *registo,* em suporte adequado, e, se tal for solicitado pelo requerente, será dele passado *recibo* (cfr. artigos 80.º e 81.º do CPA).

112.3. Sobre o requerimento pode recair um *despacho inicial* do serviço, consistindo no respectivo:

— *indeferimento liminar,* se o requerimento for anónimo ou ininteligível (cfr. artigo 76.°, n.° 3, do CPA);

— *aperfeiçoamento,* se o requerimento não satisfizer todas as exigências do artigo 74.° do CPA; este aperfeiçoamento far-se-á através do suprimento oficioso das deficiências, caso tal seja possível, ou mediante convite ao requerente, no caso contrário (cfr. artigos 76.°, n.° 1 e 2).

112.4. Esta fase do procedimento encerra-se com o *saneamento* do procedimento, previsto no artigo 83.° do CPA: consiste na verificação de que não existem quaisquer problemas que obstem ao andamento do procedimento ou à tomada da decisão final (incompetência do órgão administrativo, ilegitimidade do requerente, extemporaneidade do pedido, etc.). Se ocorrer alguma destas circunstâncias — ou ainda a prevista no n.° 2 do artigo 9.° do CPA — o requerimento poderá ser liminarmente arquivado, terminado assim, precocemente, o procedimento.

113. 2.ª fase: a instrução

113.1. A fase da instrução é aquela em que se procede à recolha e ao tratamento dos dados indispensáveis à decisão.

A direcção desta fase do procedimento é atribuída pelo CPA, em primeiro lugar, ao órgão competente para a decisão. Com muito frequência, este, todavia, opta por uma de duas possibilidades, ambas cobertas por adequada previsão do CPA:

a) Delegar esta competência em subordinado seu, que passará a dirigir a instrução;

b) Encarregar um subordinado da realização de diligências instrutórias avulsas (cfr. artigo 86.°).

113.2. Na fase da instrução assumem particular relevo três princípios:

— o *princípio da legalidade* (cfr. artigo 3.° do CPA), que condiciona as diligências a promover à respectiva conformidade legal;

— o *princípio do inquisitório* (cfr. artigo 56.° do CPA), que confere ampla liberdade ao órgão instrutor do procedimento, mesmo nos procedimentos de iniciativa particular;

— o *princípio da liberdade de recolha e apreciação dos meios probatórios* (cfr. artigos 87.°, n.° 1, *in fine* e 91.°, n.° 2, do CPA).

113.3. Para além destes princípios, importa ainda ter em consideração três regras em matéria de prova — na medida em que a instrução se confunde largamente com a obtenção desta:

— o dever geral de averiguação, consignado no n.° 1 do artigo 87.° do CPA;

— a desnecessidade de prova dos factos notórios e outros do conhecimento do instrutor (cfr. artigo 87.°, n.° 2, do CPA);

— a regra de que o ónus da prova recai sobre quem alegar os factos a provar (cfr. artigo 88.° do CPA).

113.4. As diligências instrutórias podem ser de quatro espécies:

a) *Exames, vistorias, avaliações, inspecções, peritagens*

Trata-se de diligências instrutórias cujo objectivo é a apreensão e compreensão da realidade, tendo em comum a

circunstância de exigirem conhecimentos especializados, e sendo, por isso, efectuadas por especialistas, os *peritos*.

A rega geral relativa a este tipo de diligências instrutórias é a que consta do artigo 96.º do CPA: os interessados no procedimento podem designar tantos peritos quantos aqueles que a Administração Pública designar.

b) *Pedidos de parecer*

Os pareceres são *opiniões técnicas solicitadas a especialistas em determinadas áreas do saber ou a órgãos colegiais consultivos.*

Dizem-se *obrigatórios* quando a lei exige que sejam pedidos; *facultativos*, quando a decisão de os pedir foi livremente tomada pelo órgão instrutor. Se as suas conclusões têm de ser acatadas pelo órgão decisor, trata-se de pareceres *vinculativos*[221] se tal não sucede, são pareceres *não vinculativos* (cfr. artigo 98.º do CPA).

Situação muito comum é a dos pareceres que são vinculativos quando desfavoráveis (impondo, neste caso, uma decisão negativa) mas que são não vinculativos quando favoráveis (permitem uma decisão positiva, mas não impedem uma decisão negativa — desde que devidamente fundamentada, entenda-se).

Esta circunstância é facilmente explicável: em regra, o parecer incide apenas sobre uma parte das condicionantes da decisão administrativa, correspondente a um interesse público específico; o órgão consultivo — ou o especialista — que o

221 Sobre pareceres vinculativos, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Apontamento sobre a função e a natureza dos pareceres vinculantes* e anotação ao acórdão do STA-1 de 19 de Dezembro de 1995, ambos publicados nos ***Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º** 0, Novembro/Dezembro 1996, pp. 3 a 12 e 30 a 39.

emite limita-se a afirmar se, na parte que lhe cumpre apreciar, existem ou não existem obstáculos à tomada da futura decisão, tal como o seu autor configura esta. No caso de considerar que tais obstáculos existem, compreende-se que a decisão não possa ser tomada contra o sentido do parecer — é aqui que opera a vinculatividade.

No caso contrário, ou seja, se o órgão consultivo considerar que não existem obstáculos a uma futura decisão administrativa favorável, isso apenas quer significar que esta não poderá ser desfavorável *desde que fundada nos factores que o órgão consultivo tinha o dever de ponderar.* Mas poderá, naturalmente, ser desfavorável, com outros fundamentos, fundamentos que o órgão consultivo não tinha competência para ponderar, mas que o órgão decisório pode e deve, legalmente, tomar em consideração.

No silêncio da lei, os pareceres nesta previstos consideram-se obrigatórios e não vinculativos.

Os pareceres são sempre fundamentados e devem formular conclusões (cfr. artigo 99.º do CPA), de modo a permitir que o órgão que os pediu os utilize como suporte da decisão.

c) *Recolha e apreciação de documentos*

É a actividade instrutória mais comum, conhecida que é a tendência da nossa administração pública para se processar com base em (muitos) papéis. A espécie de documento mais comum no âmbito da instrução do procedimento administrativo é constituída pelas *informações burocráticas,* que traduzem pontos de vista dos subordinados do órgão com competência para decidir sobre aquilo que consideram ser o sentido mais

adequado da futura decisão — pontos de vista que visam, naturalmente, a formação esclarecida da vontade administrativa.

d) *Audição de pessoas*

A audição de pessoas, nomeadamente de pessoas que possuem informação relevante sobre os factos e as circunstâncias que podem operar como condicionantes da decisão administrativa, não é muito frequente na maioria dos procedimentos administrativos. O que não quer dizer que não possa assumir particular relevo em muitos deles.

114. 3.ª fase: a audiência dos interessados

114.1. A inclusão desta fase no procedimento administrativo poderá considerar-se a mais importante modificação introduzida pelo CPA. Em obediência a imperativo constitucional havia muito por cumprir, o código estabeleceu o princípio da *participação dialógica* na formação da decisão administrativa[222]. Esta participação pode ocorrer em qualquer fase do procedimento (cfr. artigo 59.° do CPA), mas é **obrigatória** antes da tomada da decisão final, pois somente assim estará assegurada a possibilidade de esta ser influenciada pela manifestação de vontade dos interessados (cfr. artigo 100.° do CPA).

114.2. Regra geral, a audiência dos interessados realiza-se no termo da instrução, mas pode não suceder

222 Cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento*, «in» *Estudos sobre o Código do Procedimento Administrativo*, ***Legislação — Cadernos de Ciência de Legislação***, INA, n.° 9/10, Janeiro-Junho 1994, p. 147.

assim, no caso de o instrutor haver promovido diligências instrutórias complementares sugeridas pelos próprios interessados (cfr. artigo 104.° do CPA).

A audiência pode realizar-se por escrito ou oralmente, dependendo de escolha do instrutor (cfr. artigo 100.°, n.° 2, do CPA); o CPA estabelece regras para qualquer dos casos (cfr. artigos 101.° e 102.°).

114.3. Pondo termo a uma polémica que opôs, designadamente, DIOGO FREITAS DO AMARAL e JOSE MANUEL SERVULO CORREIA, de um lado, e MARCELO REBELO DE SOUSA e JOÃO MARTINS CLARO, do outro, o diploma de revisão do CPA alterou o n.° 1 do artigo 100.°, no sentido do reconhecimento expresso do direito dos interessados de serem ouvidos sobre o *sentido provável* da decisão administrativa.

Note-se, contudo, que o diploma de revisão não alterou o n.° 2 do artigo 101.°, que continua, nos casos de audiência escrita, a exigir somente que a notificação forneça aos interessados *os elementos necessários para que os interessados fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão*. Supomos que o sentido desta norma tem de ser ajustado, entendendo-se que, optando o instrutor pela audiência escrita, tem também de ser dado a conhecer aos interessados o sentido provável da decisão administrativa.

114.4. Existem dois tipos de situações em que a audiência dos interessados não se realiza ou pode não se realizar (cfr. artigo 103.° do CPA). No primeiro tipo incluem-se os casos em que a própria lei entende ser desnecessária a audiência:

— quando a decisão seja urgente;

— quando a realização da audiência possa prejudicar a execução ou a utilidade da decisão a tomar;

— quando o número de interessados seja tão elevado que torna impraticável a audiência.

Em relação a esta última possibilidade, introduzida pelo diploma de revisão, há que lamentar uma novidade da responsabilidade do legislador e que não constava do projecto: a expressão *quando possível*, intercalada na parte final da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 103.º. Não conseguimos imaginar em que situações a *consulta pública*, sucedânea de uma inviável audiência dos interessados, é, ela própria, impossível.

No segundo tipo estão abrangidas as situações em que a lei autoriza o instrutor a dispensar a audiência:

— ou porque os interessados já se pronunciaram sobre as questões relevantes para a decisão e sobre a prova produzida (e, acrescentaríamos agora nós, pelas razões já referidas relativamente ao n.º 2 do artigo 101.º, também sobre o sentido provável da decisão);

— ou porque se perspectiva uma decisão favorável àqueles.

Em qualquer caso, o instrutor deve sempre fundamentar clara e completamente as razões que levam à não realização da audiência dos interessados; caso assim não faça, a decisão final será inválida.

114.5. A falta de realização da audiência dos interessados, a descoberto de qualquer das normas do artigo 103.º, gera a invalidade da decisão final. A doutrina não é pacífica quanto à modalidade desta invalidade:

— para JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA e VASCO PEREIRA DA SILVA, a decisão será nula, uma vez que, considerado o direito subjectivo público de participação procedimental que a realização da audiência dos interessados concretiza um direito fundamental atípico, de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, a sua violação preencheria a previsão da alínea *d)* do n.º 2 do artigo 133.º do CPA (cfr. artigo 17.º da CRP)[223];

— para DIOGO FREITAS DO AMARAL e PEDRO MACHETE, que não qualificam da mesma forma o direito subjectivo público de participação procedimental, à falta de realização da audiência dos interessados aplicar-se-ia a regra geral da anulabilidade[224].

Aderimos a esta última posição, que nos parece mais equilibrada, considerados os interesses em jogo.

115. 4.ª fase: a decisão

115.1. Esta fase inicia-se usualmente com o relatório do instrutor, peça que só não existirá se a instrução tiver sido dirigida pelo próprio órgão competente para a decisão (cfr. artigo 105.º do CPA).

Neste relatório dá-se conta do pedido do interessado, resumem-se as fases do procedimento e propõe-se uma decisão.

223 JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *O direito à informação...*, cit., pp. 155 a 159; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto...*, cit., pp. 429 a 431.

224 DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Fases do procedimento decisório do 1.o grau*, «in» ***Direito e Justiça***, Volume VI, 1992, p. 32; PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, Lisboa, cit, pp. 526-527. Foi também este o sentido da decisão do STA no acórdão de 15 de Dezembro de 1994, publicado nos ***Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo***, n.º 403, pp. 783 e ss.

115.2. Para além da decisão expressa — o acto administrativo, já estudado — o procedimento pode extinguir-se por outras cinco causas:

1.° A *desistência* do pedido e a *renúncia* dos interessados aos direitos ou interesses que pretendiam fazer valer no procedimento (cfr. artigo 110.° do CPA);

2.° A *deserção* dos interessados, expressão da falta de interesse destes pelo andamento do procedimento (cfr. artigo 111.° do CPA);

3.° A *impossibilidade* ou *inutilidade superveniente do procedimento,* decorrentes da impossibilidade física ou jurídica do respectivo objecto ou da perda de utilidade do procedimento (cfr. artigo 112.° do CPA);

4.° A *falta de pagamento de taxas ou despesas*, que somente constitui causa de extinção do procedimento nos casos previstos no n.° 1 do artigo 11.° do CPA (cfr. artigo 113.°);

5.° Uma *omissão juridicamente relevante.*

116. A omissão juridicamente relevante

116.1. A necessidade de atribuir um valor jurídico às omissões dos órgãos da Administração Pública entronca no princípio da prossecução do interesse público: na medida em que a Administração Pública existe para a prossecução dos interesses públicos que a lei coloca a seu cargo, seria inadmissível que lhe fosse permitido não responder às solicitações dos cidadãos – no âmbito da prossecução de tais interesses, bem entendido -, sem que estes tivessem forma de defender os seus interesses[225].

225 Cfr. ALEXANDRE ALBUQUERQUE, *Indeferimento tácito,* «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume V, pp. 212 a 214.

O próprio CPA, ao consagrar expressamente o princípio da decisão (cfr. artigo 9.°), abriu caminho para a noção de **omissão juridicamente relevante**, isto é, de comportamento omissivo gerador de efeitos jurídicos.

116.2. Constituem pressupostos da omissão juridicamente relevante:

— a iniciativa de um particular;

— a competência do órgão administrativo interpelado para decidir o assunto[226];

— o dever legal de decidir por parte de tal órgão (cfr. artigo 9.°, n.° 2, do CPA);

— o decurso do prazo estabelecido na lei (90 dias, se outro não for especialmente fixado (cfr. artigos 108.°, n.° 2, e 109.°, n.° 2. do CPA)[227].

116.3. Verificados os pressupostos da omissão juridicamente relevante, o que é que sucede?

Tradicionalmente, encaram-se duas possibilidades:

a) A atribuição à omissão de um valor positivo, isto é, a consequência da omissão juridicamente relevante consistiria em fazê-la equivaler a um deferimento do pedido do particular (*sistema do deferimento tácito*);

b) A atribuição ao «acto tácito» de um valor negativo, ou seja, a omissão juridicamente relevante equivaleria a um indeferimento do pedido (*sistema do indeferimento tácito*).

226 Há que ter em conta, neste ponto, as regras estabelecidas no artigo 34.° do CPA.

227 Contados nos termos do artigo 72.° do CPA — neste sentido, relativamente ao indeferimento tácito, cfr. acórdão do STA-P de 4 de Julho de 1995, publicado nos ***Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo***, n.° 415, pp. 840 e ss.

O primeiro sistema apresenta grandes vantagens para o particular, que vê satisfeita a sua pretensão; para a Administração Pública apresenta o inconveniente de ser indiferente às razões que ditaram a omissão, e que podem ir desde a mera negligência até à falta de titular do órgão com competência para decidir.

O segundo sistema é mais favorável à Administração Pública, pois não extrai da omissão consequências que lhe sejam directamente desfavoráveis; coloca o particular na situação de ter de instaurar contra a Administração uma acção judicial

116.4. Anteriormente à entrada em vigor do CPA vigorava em Portugal o sistema do indeferimento tácito, pontuado por algumas — escassas — concessões ao sistema oposto — licenciamentos de construções e de loteamentos, autorizações de investimento estrangeiro e pouco mais.

O projecto de CPA elaborado pela equipa dirigida por DIOGO FREITAS DO AMARAL adoptou uma solução original, que não correspondia a nenhum dos sistemas, mas antes à opção por ambos, em domínios diversos:

a) Relativamente aos casos em que o acto administrativo cuja prática se solicitava correspondia ao exercício de um poder intensamente vinculado, nomeadamente por condicionar o exercício de um direito subjectivo público do particular, a omissão assumia o significado jurídico de um deferimento;

b) Já nos casos em que o acto administrativo solicitado correspondia ao exercício de um poder mais latamente discricionário, avultando uma significativa margem de apreciação por parte da Administração Pública, a omissão desta assumia o significado jurídico de um indeferimento.

A solução adoptada correspondeu a um compromisso entre as diferentes opiniões dos membros da equipa e ditou a repartição da matéria do «acto tácito» por dois artigos do código — o 108.º e o 109.º

Infelizmente, as alterações introduzidas pelo legislador modificaram substancialmente o sistema: o carácter taxativo da enumeração do n.º 3 do artigo 108.º limitou drasticamente o âmbito de aplicação do sistema do deferimento tácito. Em vez de dois sistemas, cada um com o seu âmbito de aplicação definido em função de uma opção, porventura discutível, mas dotada de uma lógica própria, **continuou a existir, de facto, uma só regra, a do indeferimento tácito, e um reduzido número de excepções, às quais se aplicava o deferimento tácito.**

Era uma situação criticável para quem, como nós, considerava desejável a generalização do sistema do deferimento tácito. Não somente nos parecia o único sistema susceptível de assegurar aos cidadãos uma efectiva protecção dos seus interesses — vista a natureza do nosso contencioso administrativo de então[228] —, como os inconvenientes que lhe eram apontados deviam ser considerados irrelevantes[229].

228 Que não conhecia o pedido de condenação à prática do acto administrativo devido, limitando-se a permitir a anulação judicial do indeferimento tácito, pouco mais que inútil.

229 Note-se, contudo, que o sistema do deferimento tácito pode gerar perversões, como a tendência dos órgãos administrativos para indeferirem tudo, mesmo com deficiente fundamentação, a fim de impedirem a formação de acto tácito positivo. Sabem que, mesmo podendo o interessado impugnar o indeferimento expresso ilegal, enquanto o processo se arrasta pelo tribunal ganham tempo para reapreciar, e eventualmente rever, a decisão de indeferir.

Não era aceitável que a solução deste problema fosse condicionada pelas dificuldades organizativas e funcionais da Administração Pública: quem paga os seus impostos tem o direito de exigir uma Administração que responda às suas solicitações, não tendo que sofrer as consequências decorrentes da falta de meios ou das incapacidades desta.

O sistema do deferimento tácito parecia-nos o único que não fazia recair sobre o cidadão contribuinte os problemas que só à Administração Pública cabe ultrapassar.

116.5. Note-se, ainda, que quando, por comodidade, se equacionava a alternativa deferimento tácito / indeferimento tácito, se estavam a ponderar duas realidades substancialmente diversas.

Na verdade, o indeferimento tácito não passava de uma condição para que o interessado pudesse suscitar a intervenção do tribunal administrativo, por via de uma sentença anulatória da omissão. Esta sentença não tinha, nem poderia ter, considerada a natureza do contencioso administrativo de então, o valor de uma condenação da Administração Pública. Na maior parte dos casos, a única obrigação que para àquela resultava da sentença do tribunal era a de "quebrar o silêncio", pronunciando-se de forma expressa sobre o requerimento do interessado. Ainda que, naturalmente, para o rejeitar.

Pode também suceder o oposto, isto é, o deferimento tácito pode criar para o órgão administrativo a tentação de, pretendendo favorecer um interessado em condições de legalidade pelo menos duvidosa, mas não desejando assumir explicitamente tal risco, deixar simplesmente passar o tempo, sabendo que se produzirá resultado idêntico.

Sem causar qualquer admiração, o sistema provou abundantemente a sua incapacidade para proteger de forma efectiva os direitos dos interessados lesados pelo indeferimento tácito.

Com a Reforma da Justiça Administrativa de 2002 ocorreu uma alteração muito importante e muito positiva: mantendo-se embora, como regra, o significado negativo da omissão – nem esta Reforma era o local adequado para o modificar -, a lei estabelece uma consequência diversa para a omissão: o interessado pode agora pedir ao tribunal administrativo que condene a entidade pública à prática do acto administrativo devido, conforme resulta do disposto na alínea *a)* do n.º 1 do artigo 67.º do CPTA.

A relevância jurídica da omissão, por parte da Administração, da adopção do comportamento reclamado pelo interessado e imposto pela lei consiste numa espécie de "reconhecimento" do carácter *devido* do mesmo, para os efeitos de permitir ao interessado pedir ao tribunal a condenação da Administração Pública.

Esta alteração tem implicações no plano do procedimento administrativo, nomeadamente no que respeita ao artigo 109.º do CPA. Enquanto o legislador não cumpre o seu dever, revendo este código, por forma a adaptar o seu texto à Reforma da Justiça Administrativa, resta-nos, enquanto destinatários – intérpretes das regras jurídicas, suprir a sua omissão. Neste sentido, o n.º 1 do artigo 109.º do CPA deverá, em nosso entender, passar a ser lido como se dissesse algo como isto:

Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a falta, no prazo fixado para a sua emissão, de decisão final sobre pretensão dirigida a órgão administrativo competente ***constitui incumprimento do dever de decidir.***

Tal incumprimento confere ao interessado ***o direito de fazer uso dos meios de tutela jurisdicional adequados, nomeadamente propondo no tribunal administrativo competente acção administrativa especial pedindo a condenação do órgão administrativo silente à prática do acto administrativo legalmente devido.***

116.6. O deferimento tácito, previsto e regulado no artigo 108.º do CPA e que escapou incólume aos efeitos da Reforma da Justiça Administrativa, continua a ser o que sempre foi. Muito mais do que uma condição do acesso ao tribunal administrativo, tem o valor de um verdadeiro acto administrativo, uma decisão tácita[230]. Levanta, assim, problemas diversos, nomeadamente no plano da validade.

116.7. A questão da *natureza jurídica do indeferimento tácito* é uma daquelas que tem despertado grande interesse entre a doutrina jusadministrativa. São as seguintes as principais posições doutrinárias:

a) O «acto tácito» seria um verdadeiro acto administrativo, nele se descobrindo uma manifestação implícita de vontade da Administração Pública (MARCELLO CAETANO);

b) O «acto tácito» seria um simples pressuposto processual do recurso contencioso (ANDRE GONÇALVES PEREIRA);

c) O «acto tácito» seria uma ficção legal de acto administrativo, menos do que um verdadeiro acto, mas mais do

230 JOÃO TIAGO SILVEIRA, *O deferimento tácito (Esboço do regime Jurídico do Acto Tácito Positivo na Sequência de Pedido do Particular)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 94, prefere considerá-lo uma ficção de acto administrativo. Não se nos afigura tratar-se de divergência de grande relevo.

que um mero pressuposto processual — daí a susceptibilidade de revogação e de execução (DIOGO FREITAS DO AMARAL);

d) O «acto tácito» seria uma expectativa jurídica (ALEXANDRE ALBUQUERQUE).

Julgamos que, considerados os termos da Reforma do Contencioso Administrativo já referidos, haverá que reconhecer que o indeferimento tácito tende a ser hoje não mais do que um pressuposto processual da acção administrativa especial quando nesta, perante uma omissão administrativa juridicamente relevante, se formule um pedido de condenação à prática do acto devido.

PARTE III
GARANTIAS DOS PARTICULARES

CAPÍTULO I

GARANTIAS ADMINISTRATIVAS

Leituras aconselhadas:

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo,* Volume IV, Lisboa, 1988, pp. 7 a 70; IDEM, *Conceito e natureza do recurso hierárquico,* Coimbra, 1981; IDEM, *Limites jurídicos, políticos e éticos da actuação do "Ombudsman",* «in» Democracia e Direitos Humanos no Século XXI, Lisboa, 2003, pp. 23 a 51; DIOGO FREITAS DO AMARAL, JOÃO CAUPERS, JOÃO MARTINS CLARO, JOÃO RAPOSO, MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, PEDRO SIZA VIEIRA e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado,* cit., pp. 277 a 302; JOÃO CAUPERS, *Reclamações e recursos,* «in» *O Código do Procedimento Administrativo,* colectivo, Oeiras, 1992, pp. 89 a 99; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Em defesa do recurso hierárquico,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 0, Novembro/Dezembro 1996, pp. 18 a 20; LUÍS SILVEIRA, *As garantias de defesa perante a Administração Pública,* 2.ª edição, Lisboa, 1991; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo*

Geral. Actividade administrativa, Tomo III, Lisboa, 2007, pp. 206 a 219; PAULO OTERO, *As garantias impugnatórias dos particulares no Código do Procedimento Administrativo*, «in» ***Scientia Iuridica***, Tomo XLI, n.ºs 238/240, Julho-Dezembro 1992, pp. 49 a 75; VASCO PEREIRA DA SILVA, *De necessário a útil: a metamorfose do recurso hierárquico no novo contencioso administrativo*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 47, Setembro/Outubro 2004, pp. 21 a 30.

117. Conceito e tipos

Já vimos como se organiza a Administração Pública e de que formas se exerce a actividade administrativa pública. Falta-nos apreciar os instrumentos que o direito administrativo faculta aos particulares para defender os seus direitos e interesses, quando entendam que aquela actividade os lesou ou ameaça lesá-los.

As **garantias** são *meios jurídicos de defesa dos particulares contra a administração pública*. Existem várias espécies de garantias: garantias políticas, garantias administrativas (ou graciosas) e garantias contenciosas.

As **garantias administrativas** *efectivam-se através dos órgãos da Administração Pública, aproveitando as próprias estruturas administrativas e os controlos de mérito e de legalidade nelas utilizados.*

As garantias administrativas podem ser de legalidade, de mérito e mistas. Numa outra perspectiva, existem garantias administrativas petitórias e impugnatórias.

118. As garantias petitórias

As garantias petitórias, *que não pressupõem a prévia prática de um acto administrativo,* incluem:

— o *direito de petição*, faculdade de solicitar aos órgãos da Administração Pública providências que se consideram necessárias;

— o *direito de representação*, faculdade de alertar um órgão da Administração Pública responsável por uma determinada decisão administrativa para as consequências prováveis desta;

— o *direito de denúncia*, faculdade de chamar a atenção de um órgão da Administração Pública para um facto ou situação que este tenha a obrigação de averiguar; quando o objecto da denúncia é o comportamento de um funcionário ou agente da Administração Pública, com o objectivo de que se proceda ao apuramento da responsabilidade disciplinar deste, encontramo-nos perante uma forma peculiar de denúncia, o *direito de queixa*;

— o *direito de oposição administrativa*, faculdade de contestar decisões que um órgão da Administração Pública projecta tomar, seja por sua iniciativa, seja dando satisfação a pedidos que lhe tenham sido dirigidos por particulares;

— o *direito de queixa para o Provedor de Justiça.*

119. A queixa para o Provedor de Justiça

119.1. Pela sua importância, a instituição do Provedor de Justiça justifica uma referência especial.

O Provedor de Justiça tem origem no *ombudsman* sueco, um magistrado escolhido pelo parlamento para ouvir as razões de queixa do povo contra o poder. A figura generalizou-se na Europa, graças ao empenho do Conselho da Europa, tendo surgido, entre outros, o *parliament commissionary* (Reino Unido), o *médiateur* (França), o *diffensore civico* (Itália) e o *defensor del pueblo* (Espanha).

Entre nós, a instituição começou a ser falada no Congresso Democrático de Aveiro (1970) e no Congresso dos Advogados (1972). O Provedor de Justiça, contudo, somente veio a ser criado após 25 de Abril de 1974, através do Decreto-Lei n.º 212/75. O artigo 23.º da Constituição de 1976 viria a consagrar a figura do Provedor de Justiça.

Também no Tratado da União Europeia (cfr. artigo 138.º-E) se prevê a figura do Provedor de Justiça europeu, a designar pelo Parlamento Europeu, com poderes para receber queixas apresentadas por qualquer cidadão da União ou qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede estatutária num Estado membro.

119.2. O estatuto do Provedor de Justiça consta da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto. Vejamos os seus aspectos principais.

O âmbito subjectivo de actuação do Provedor de Justiça encontra-se constitucionalmente delimitado pelo n.º 1 do artigo 23.º da CRP, através da referência aos *poderes públicos*, expressão que parece pouco adequada para designar entidades de natureza jurídico-privada, que não exerçam poderes especiais de autoridade susceptíveis de contender com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Todavia, apesar desta delimitação constitucional, o n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 9/91 procede a uma dupla extensão do âmbito subjectivo de actuação do Provedor de Justiça:

a) Por um lado, inclui neste as hoje designadas *empresas públicas sob forma societária* (cfr. artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro) — que, a não ser que sejam concessionárias de serviços públicos ou da exploração de bens do domínio público, não exercem quaisquer poderes especiais susceptíveis de contender com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;

b) Por outro lado, contém uma enumeração exemplificativa, permitindo um maior alargamento do âmbito subjectivo de actuação do Provedor de Justiça; pela nossa parte, sustentamos que tal alargamento deve tendencialmente fazer coincidir o campo de intervenção do Provedor de Justiça com a nossa delimitação da administração pública (sentido material).

Quanto ao âmbito material de actuação do Provedor de Justiça, a Constituição esclarece que ele inclui tanto acções — comportamentos positivos da Administração Pública — , como omissões—(cfr. artigo 23.º, n.º 1).

119.3. A característica mais relevante da intervenção do Provedor de Justiça é a falta de poder decisório: o Provedor de Justiça não dispõe de competência para revogar nem para modificar actos administrativos (cfr. artigos 23.º, n.º 1, da CRP e 22.º, n.º 1, da Lei n.º 9/91).

Decorre daqui que a grande «arma» do Provedor de Justiça é a persuasão: ele tem de procurar convencer a Administração Pública a proceder de acordo com aquilo

que ele entende ser imposto pela lei ou pelas regras de boa administração. Para atingir tal desiderato, dispõe de alguns instrumentos:

— as recomendações, através das quais convida os órgãos da Administração Pública a agir de determinada forma (cfr. artigos 20.°, n.° 1, e 38.° da Lei n.° 9/91);

— as inspecções, com as quais procura averiguar como funcionam os serviços públicos, normalmente alertado por queixas de cidadãos ou pelos órgãos de comunicação social (cfr. artigo 21.°, n.° 1, alínea *a)*, da Lei n.° 9/91);

— o relatório anual, que envia à Assembleia da República e que constitui uma importante fonte de informação sobre as condições em que se exerce a actividade administrativa pública (cfr. artigo 23.°, n.° 1, da Lei n.° 9/91);

— o recurso aos meios de comunicação social para fazer chegar à opinião pública o seu alerta e o seu descontentamento sobre aspectos do comportamento do órgãos da Administração Pública (cfr. artigo 35.°, n.° 2, da Lei n.° 9/91).

A actuação do Provedor de Justiça — e dos serviços da Provedoria de Justiça — rege-se por dois princípios fundamentais:

— o *informalismo*, que significa que o Provedor de Justiça deve procurar a verdade e o esclarecimento dos factos através de todos os meios ao seu alcance, sem submissão a rituais pré-determinados (cfr. artigo 28.°, n.° 1, da Lei n.° 9/91);

— o *contraditório*, que representa uma exigência básica de justiça, impedindo o Provedor de Justiça de criticar ou censurar qualquer órgão da Administração Pública sem que lhe tenha previamente assegurado o direito de esclarecer e sustentar a sua posição (cfr. artigo 34.° da Lei n.° 9/91).

120. As garantias impugnatórias: a reclamação

As garantias impugnatórias pressupõem sempre um comportamento administrativo; consubstanciam-se em *meios de ataque* a tal *comportamento.*

A **reclamação** consiste no *pedido de reapreciação do acto administrativo dirigido ao seu autor* (cfr. artigo 158.°, n.° 2, alínea *a)*, do CPA).

A reclamação pode fundar-se na ilegalidade ou no demérito do comportamento administrativo (cfr. artigo 159.° do CPA); e apresenta sempre carácter facultativo, isto é, a sua não utilização não preclude o uso de outros meios de impugnação (cfr. artigo 161.°, n.° 1, do CPA).O prazo de interposição da reclamação é de 15 dias (cfr. artigo 162.° do CPA); o prazo de decisão da reclamação é de 30 dias (cfr. artigo 165.° do CPA).

Nos termos do n.° 2 do artigo 163.° do CPA, a reclamação de acto contenciosamente impugnável não suspende os efeitos deste; todavia, por força do disposto no n.° 4 do artigo 59.° do CPTA, a reclamação – como, de resto, o recurso hierárquico ou qualquer outro meio de impugnação administrativa, – suspende o prazo de impugnação contenciosa do acto sobre que incide.

121. O recurso hierárquico

121.1. O **recurso hierárquico** consiste no *pedido de reapreciação do acto administrativo dirigido ao superior hierárquico do seu autor* (cfr. artigo 166.° do CPA). O recurso hierárquico pode fundar-se na ilegalidade ou no demérito do comportamento administrativo (cfr. artigos 159.° e 167.°, n.° 2, do CPA).

Distinguiam-se tradicionalmente duas espécies de recurso hierárquico: o chamado recurso *necessário* – assim designado quando o acto administrativo impugnado por via administrativa o não podia ser também por via jurisdicional (circunstância que obstava a esta impugnação, sempre que tivesse faltado a outra) – e o recurso dito *facultativo* – quando a impugnação judicial era possível, constituindo a impugnação administrativa, não uma diligência indispensável à posterior impugnação ante os tribunais administrativos, mas uma simples tentativa de levar a própria Administração a satisfazer a pretensão do interessado.

Note-se que parte da doutrina jusadministrativa, que sustentava a caducidade por inconstitucionalidade superveniente do n.º 1 do artigo 25.º da LEPTA e que, por isso, entendia não ser o carácter definitivo e executório condição da recorribilidade contenciosa do acto administrativo (v. infra), sustentava a inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário, melhor, das normas do CPA (e de outras leis) que o prevêem e regulam.

A reforma de 2002 da justiça administrativa, aparentemente, não quis interferir nesta polémica: nela não se encontra qualquer referência ao recurso hierárquico, prevendo-se tão somente, no já referido n.º 4 do artigo 59.º do CPTA que *a utilização de meios de impugnação administrativa* (quaisquer meios, sejam eles necessários ou facultativos) *suspende o prazo de impugnação contenciosa do acto administrativo...*

O recurso hierárquico é dirigido ao mais elevado superior hierárquico do autor do acto recorrido (cfr. artigo 169.º, n.º 2, do CPA); o seu prazo de interposição é de 30 dias — se se tratar de recurso hierárquico necessário (cfr. artigo 168.º, n.º 1, do CPA) ou um prazo idêntico ao da

impugnação contenciosa e correndo paralelamente a este — no caso do recurso hierárquico facultativo (cfr. artigo 168.º, n.º 2, do CPA).

121.2. Quanto à tramitação do recurso hierárquico, o aspecto mais relevante é a previsão da intervenção dos contra-interessados — isto é, daqueles que são titulares de um interesse oposto ao do recorrente (cfr. artigo 171.º do CPA) — e da intervenção do autor do acto recorrido, podendo mesmo o recurso ser decidido, em sentido favorável ao recorrente, por este (cfr. artigo 172.º do CPA).

A decisão do recurso hierárquico deve ser tomada no prazo de 30 dias (cfr. artigo 175.º do CPA). Um ponto merece especial atenção. A decisão do recurso hierárquico não tem sempre o mesmo âmbito material: o superior hierárquico pode sempre, com fundamento nos poderes hierárquicos, confirmar ou revogar o acto recorrido ou, ainda, declarar a respectiva nulidade; e pode também modificar ou substituir aquele acto, a menos que a competência do autor do acto seja exclusiva, como dispõe o artigo 174.º do CPA (caso em que o superior hierárquico carece de competência dispositiva sobre a matéria).

122. O recurso hierárquico impróprio

O **recurso hierárquico impróprio** é o *pedido de reapreciação de um acto administrativo dirigido a um órgão da mesma entidade pública a que pertence o autor do acto recorrido e que exerce sobre este um poder de supervisão* (cfr. artigo 176.º do CPA);

Também o recurso hierárquico impróprio se pode fundar na ilegalidade ou no demérito do acto administrativo (cfr. artigos 159.º e 167.º, n.º 2, do CPA).

Existem duas espécies deste recurso: o recurso hierárquico impróprio *por natureza* — isto é, o recurso hierárquico que decorre da existência de poder de supervisão de um órgão administrativo sobre outro (cfr. artigo 176.º, n.º 1, do CPA) — e o recurso hierárquico impróprio *por determinação da lei* — que resulta de uma outra previsão normativa que o institui (cfr. artigo 176.º, n.º 2, do CPA).

Considerada a parcimónia das regras relativas ao recurso hierárquico impróprio no CPA, compreende-se que o legislador tenha determinado a aplicação subsidiária a este das regras relativas ao recurso hierárquico (cfr. artigo 176.º, n.º 3).

123. O recurso tutelar

O **recurso tutelar** consiste no *pedido de reapreciação de um acto administrativo praticado por um órgão de uma entidade pública dirigido a um órgão de outra entidade pública, que exerce sobre aquela um poder de superintendência ou de tutela* (cfr. artigo 177.º, n.º 1, do CPA).

O recurso tutelar pode igualmente fundar-se na ilegalidade ou no demérito do acto administrativo (cfr. artigos 159.º e 167.º, n.º 2, do CPA).

O recurso tutelar tem carácter excepcional, o que se compreende, se se tiver presente que ele representa sempre uma debilidade da autonomia jurídica da pessoa colectiva tutelada (cfr. artigo 177.º, n.º 2, do CPA). Como o nome sugere, o recurso tutelar apresenta uma relação íntima com

uma situação de tutela administrativa, claramente comprovada pelos n.ºs 3 e 4 do artigo 177.º do CPA).

Pelas razões anteriormente indicadas para o recurso hierárquico impróprio, o CPA determina a aplicação subsidiária também ao recurso tutelar das regras relativas ao recurso hierárquico (cfr. artigo 177.º, n.º 5).

CAPÍTULO II

AS GARANTIAS JURISDICIONAIS – A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

Leituras aconselhadas:

A) No domínio da legislação anterior à Reforma de 2002

ANTÓNIO DUARTE DE ALMEIDA, CLÁUDIO MONTEIRO E JOSÉ LUÍS MOREIRA DA SILVA, *A caminho da plenitude da justiça administrativa,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 7, Janeiro/Fevereiro 1998, pp. 3 a 7; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo,* Volume IV, *cit.*, pp. 71 a 108; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 105 e 122-123; IDEM, *Acção Declarativa Comum*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 11 a 18; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Contencioso Administrativo,* Lisboa, 1990, AAFDL, pp. 3 a 146 (lições policopiadas incompletas); IDEM, *Linhas de aperfeiçoamento da jurisdição administrativa*, «in» ***Revista da Ordem dos Advogados.*** Abril de 1991, pp. 181 a 190; IDEM, *Direito Administrativo II,* Lisboa, 1993, pp. 5 a 43; IDEM, *Contencioso administrativo e Estado de direito*, «in» ***Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,***

Volume XXXVI, 1995, pp. 445 a 455; IDEM, *Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa, cit.*, pp. 1155 a 1187; MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA, *Do Conselho de Estado ao actual Supremo Tribunal Administrativo*, Lisboa, 1998; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contributo para a reforma do sistema do contencioso administrativo,* «in» ***Direito e Justiça***, Volume IX, Tomo 1, 1995, pp. 103 a 122; MÁRIO TORRES, *A reforma do contencioso administrativo: que metodologia?,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 9, Maio/Junho 1998, pp. 3 a 10; ROGÉRIO SOARES, *Administração Pública e Controlo Judicial,* «in» ***Revista de Legislação e de Jurisprudência***, n.º 3845, ano 127.º, pp. 226 a 233; RUI MACHETE, *Contencioso Administrativo,* «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública,* Volume II, pp. 683 a 788 (reeditado em *Estudos de Direito Público e Ciência Política,* Lisboa, 1991, pp. 183 a 331); RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos,* Coimbra, 1992, pp. 83 a 127; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Ensinar direito (a direito) contencioso administrativo*, Coimbra, Almedina, 1999; IDEM, *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2000 (republicação de diversos textos do autor, não só em matéria de contencioso administrativo, mas também no âmbito do direito do ambiente).

B) No âmbito da Reforma de 2002

ANDERSEN CONSULTING e SÉRVULO CORREIA & ASSOCIADOS, *Reforma do Contencioso Administrativo. Trabalhos Preparatórios,* Ministério da Justiça, Setembro de 2000; ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Organização Judiciária Administrativa (e Tributária)*, Coimbra, 2003, Coimbra Editora, pp. 179 a 241; IDEM, *A difícil justiça administrativa: o teste da organização judiciária,* «in» ***Scientia Iuridica***, Janeiro-Março 2005, Tomo LIV, n.º 301, pp. 59 a 88; CARLOS CADILHA, *A Reforma do Contencioso Administrativo: debate público,*«in» ***Cadernos de Justiça Administrativa,*** n.º 19, Janeiro/Fevereiro 2000, (pp. 3 a 6) e *A Reforma do Contencioso Administrativo (I), (II) e (III),* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.ºs 20, Março/Abril 2000, (pp. 3 a 11), 21, Maio/Junho 2000, (pp. 3 a 15) e 23, Setembro/Outubro 2000 (pp. 3 a 11), respectivamente; CLÁUDIA VIANA, *Recentíssimas alterações do contencioso relativo à formação dos contratos públicos,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 37, Janeiro/Fevereiro 2003, pp. 3 a 12; DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo,* Coimbra, 2002; JOÃO RAPOSO, *Os pressupostos processuais no nóvel Código de Processo nos Tribunais Administrativos,* «in» *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Coimbra, 2004, pp. 183 a 201; JORGE MIRANDA, *Os parâmetros constitucionais da reforma do contencioso administrativo*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 24, Novembro/Dezembro 2000, pp. 3 a 10; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 9.ª edição, Coimbra, 2007, pp. 25 a 157; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *A reforma do contencioso administrativo e as funções do Ministério Público,* «in» *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues,* Coimbra, 2001, pp. 295 a 329; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A reforma de 2002 e o âmbito da jurisdição administrativa,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 35, Setembro/Outubro 2002, pp. 3 a 8;

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Breve introdução à reforma do contencioso administrativo*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 32, Março/Abril 2002, pp. 3 a 10; IDEM, *O objecto do processo no novo contencioso administrativo*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 36, Novembro/Dezembro 2002, pp. 13 a 16; *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª edição, Coimbra, 2005, pp. 17 a 90; PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo...*, cit., pp. 147 a 171; IDEM, *A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 35, Setembro/Outubro 2002, pp. 9 a 23; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Vem aí a Reforma do Contencioso Administrativo (!?)*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 19, Janeiro/Fevereiro 2000, pp. 3 a 19; Vários, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 22, Julho/Agosto 2000, contendo intervenções nos debates públicos sobre a reforma do contencioso administrativo; Vários, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 34, Julho/Agosto 2002, contendo as intervenções proferidas no IV Seminário de Justiça Administrativa sobre a reforma do contencioso administrativo; Vários, *Reforma do Contencioso Administrativo. Trabalhos Preparatórios. O Debate Universitário*, Ministério da Justiça, Novembro de 2000, contendo a maioria das intervenções nos debates públicos sobre a reforma do contencioso administrativo; Vários, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 47, Setembro/Outubro 2004, contendo uma primeira análise do estado de execução da Reforma do Contencioso Administrativo de 2002; WLADIMIR BRITO, *Lições de Direito Processual Administrativo*, 2.ª edição, Coimbra, 2008.

124. Noção

Garantias jurisdicionais ou **contenciosas** são as *garantias que se efectivam através da intervenção dos tribunais administrativos*.

O conjunto destas garantias corresponde a um dos sentidos possíveis das expressões **justiça administrativa, jurisdição administrativa** ou **contencioso administrativo**. Como se depreende da epígrafe do capítulo, optámos pela expressão *justiça administrativa*, reservando a expressão *jurisdição administrativa* para designar o *conjunto dos órgãos aos quais se encontra confiada a justiça administrativa, os tribunais administrativos*.

Deixámos cair a terceira expressão, *contencioso administrativo*, demasiado comprometida com a ideia de que a finalidade do sistema não era, propriamente, fazer justiça – isso seria tarefa dos "verdadeiros" tribunais, os tribunais comuns — mas, antes, resolver contendas, conflitos, entre a Administração Pública e os particulares, mediante a apreciação da legalidade dos comportamentos administrativos que estavam na sua origem.

125. Origens e evolução (Portugal)

125.1. O fundamento teórico último do velho contencioso administrativo residia no princípio da separação de poderes. Isto não significa que seja inconcebível um sistema de garantias contra a administração pública fora da influência daquele princípio: quer antes dizer que o nosso sistema de justiça administrativa assentou historicamente na ideia de separação da administração e da justiça, tal como foi importada de França após a revolução de 1820.

O nosso sistema de justiça administrativa foi erigido sobre uma certa concepção do princípio da separação de poderes, de origem francesa, que rejeitava, como incompatível com aquele princípio, a possibilidade de os tribunais comuns julgarem os comportamentos da Administração Pública[231] (como acontecia, e acontece ainda, em países como o Reino Unido e os EUA). O resultado desta concepção foi a *dualidade de jurisdições*: a jurisdição administrativa, destinada à revisão da legalidade de decisões da Administração Pública, como instrumento — não claramente assumido — da composição de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas, e a jurisdição comum, encarregada da composição dos conflitos inter-privados de interesses[232].

A primeira concretização histórica do modelo francês foi o *sistema do administrador-juiz*: nascido da evolução do recurso hierárquico, depositava ainda nas mãos da Administração Pública, embora com a intervenção necessária de um órgão colegial especificamente vocacionado para a apreciação das contestações aos comportamentos administrativos, a decisão destas.

O *sistema dos tribunais administrativos*, adoptado em 1930, assentou na criação de órgãos especiais da Administração Pública, de tipo jurisdicional, que julgavam as impugnações das decisões administrativas.

231 Concepção esta muito marcada pelas condições que se viviam em França no início do século XIX, com Napoleão necessitado de fazer escapar as profundas reformas da administração pública em que os seus governos se encontravam empenhados ao controlo dos tribunais comuns, maioritariamente integrados por juizes conservadores.

232 Como nota PAULO OTERO, *a criação de uma jurisdição administrativa própria, subtraindo a resolução dos litígios jurídico-administrativos aos tribunais comuns, apesar de alicerçada na ideia de que "julgar a Administração ainda é administrar", não teve qualquer intuito garantístico, antes se baseou na desconfiança dos revolucionários franceses contra os tribunais judiciais ... – Legalidade e Administração .... cit.*, p. 275.

Este sistema sofreu uma transformação fundamental a partir de 1974 — o processo de jurisdicionalização dos tribunais administrativos:

a) O Decreto-Lei n.º 250/74, de 12 de Junho, procedeu à transferência dos tribunais administrativos do âmbito da Presidência do Conselho de Ministros para o Ministério da Justiça;

b) O n.º 3 do artigo 212.º da CRP (1976) previu a existência de tribunais administrativos integrados no poder judicial;

c) O Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, jurisdicionalizou o processo de execução das sentenças dos tribunais administrativos;

d) O artigo 16.º do antigo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (1984) determinou a eleição do presidente do Supremo Tribunal Administrativo pelos seus pares.

125.2. Poderia, pois, pensar-se que, desde meados da década de 80, se encontraria estabilizado o ordenamento jurídico do contencioso administrativo. Mas não foi assim.

Logo em 1988, por iniciativa do então Ministro da Justiça, Dr. Mário Raposo, foi constituída uma comissão, coordenada por Diogo Freitas do Amaral, com o mandato de proceder a uma reforma de fundo do contencioso administrativo. Havia, na verdade, a convicção generalizada de que as leis de 1984 e 1985 (ETAF e LEPTA) haviam procedido apenas a uma modesta actualização do ordenamento jurídico relativo àquele contencioso, procurando eliminar os anacronismos mais evidentes e introduzir meios de garantia dos direitos e interesses dos cidadãos mais eficientes, tudo sob a pressão das modificações introduzidas no artigo 268.º da CRP.

Foi em geral reconhecido, de resto, que as reformas de 1984 -1985 — como, por maioria de razão, as alterações de

1996 — tinham levado ao limite as possibilidades de introduzir alterações pontuais positivas num quadro normativo que era ainda, no essencial, o do contencioso administrativo assente na ideia de revisão de legalidade e de subsequente destruição jurídica das decisões unilaterais da administração consideradas ilegais. O ordenamento jurídico do contencioso administrativo havia-se transformado numa espécie de "colcha" que, à força de tão remendada, já não era de renda francesa, mas de um anónimo e quase incompreensível *patchwork*.

Entre 1988 e 2002, ano da publicação da reforma de fundo do contencioso administrativo, passaram catorze anos, de vicissitudes e peripécias várias, de que meia dúzia de anteprojectos constitui testemunho eloquente. Se houve caso em que o ano 2000 — para além de polémica relativa a saber se constituía o fim do segundo milénio ou o princípio do terceiro — teve um especial significado, foi o do contencioso administrativo.

O passo decisivo no sentido da aceleração do processo de reforma do contencioso administrativo foi consubstanciado pela submissão a discussão pública, em Janeiro de 2000, de três projectos de diplomas legais que haviam sido preparados, com base em trabalhos anteriores — que remontavam, como se disse, a 1988 — por um grupo de magistrados da jurisdição administrativa[233]. A aceleração do processo encontrava motivação acrescida, uma vez mais, na revisão constitucional de 1997 que, como sucedera com as anteriores, havia procedido a alteração significativa do artigo 268.º da lei fundamental.

233 Cfr. a publicação do Ministério da Justiça *Reforma do Contencioso Administrativo*, datada de Janeiro de 2000.

125.3. O ano de 2000 foi de uma extrema e invulgar efervescência: sob o impulso do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça[234], realizaram-se diversos e extensos debates sobre a reforma, nas cinco faculdades de direito públicas portuguesas (Coimbra, Lisboa, Lisboa – Nova, Porto e Braga) e nas faculdades de direito de Lisboa e do Porto da Universidade Católica Portuguesa). A doutrina jus-administrativa portuguesa, que já havia manifestado o propósito de influenciar a reforma do contencioso[235],

234 E, sobretudo, do seu principal responsável, o Mestre João Tiago Silveira.

235 Leia-se o *Manifesto de Guimarães sobre a Justiça Administrativa*, aprovado pelos participantes no II Seminário de Justiça Administrativa, realizado naquela cidade nos dias 16 e 17 de Abril de 1999 e publicado no n.º 14 dos ***Cadernos de Justiça Administrativa***, Março/Abril 1999, contracapa. Esta publicação, de resto, jamais abrandou a pressão sobre o poder legislativo no sentido de uma verdadeira reforma do contencioso administrativo, dedicando-lhe muitas e muitas páginas. Sem preocupação de exaustão:

— MÁRIO TORRES, *A reforma do contencioso administrativo: Que metodologia?*, n.º 9, Maio/Junho 1998, pp. 3 a 10;

— CARLOS CADILHA, *A Reforma do Contencioso Administrativo: debate público*, n.º 19, Janeiro/Fevereiro 2000, (pp. 3 a 6) e *A Reforma do Contencioso Administrativo (I), (II) e (III)*, n.ºs 20, Março/Abril 2000, (pp. 3 a 11), 21, Maio/Junho 2000, (pp. 3 a 15) e 23, Setembro/Outubro 2000, (pp. 3 a 11), respectivamente;

— VASCO PEREIRA DA SILVA, *Vem aí a Reforma do Contencioso Administrativo (!?)*, n.º 19, Janeiro/Fevereiro 2000, pp. 3 a 19;

— n.º 22, Julho/Agosto 2000, contendo intervenções nos debates públicos sobre a reforma do contencioso administrativo;

— JORGE MIRANDA, *Os parâmetros constitucionais da reforma do contencioso administrativo*, n.º 24, Novembro/Dezembro 2000, pp. 3 a 10;

— MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Breve introdução à reforma do contencioso administrativo*, n.º 32, Março/Abril 2002, pp. 3 a 10;

— n.º 34, Julho/Agosto 2002, contendo as intervenções proferidas no IV Seminário de Justiça Administrativa sobre a reforma do contencioso administrativo;

não deixou passar a oportunidade, participando massivamente no debate[236].

Paralelamente a este debate, decorreram outros trabalhos considerados imprescindíveis à reforma:

a) Um projecto de investigação realizado no âmbito do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, sob responsabilidade do Professor Vital Moreira, sobre a *Justiça Administrativa em Portugal*; a versão provisória do relatório preliminar, datada de Julho de 2000, foi discutida em debate público realizado na Faculdade de Direito daquela Universidade;

b) Um *Estudo de Organização e Funcionamento dos Tribunais Administrativos*, da autoria conjunta de Sérvulo Correia & Associados e de Andersen Consulting, SA (hoje, Accenture, SA), escolhidos para tal tarefa através de um concurso público internacional[237].

Simultaneamente, o Ministério da Justiça abria e mantinha uma página na *internet* para onde todos os interessados puderam enviar as suas críticas e sugestões.

Durante o ano de 2001, uma equipa constituída no âmbito do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, sob coordenação do Professor Mário Aroso de Almeida, ouviu, uma vez mais, dezenas de académicos e outros especialistas nas matérias incluídas na reforma, procedendo a sucessivos aperfeiçoamentos dos

— MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A reforma de 2002 e o âmbito da jurisdição administrativa, n.º* 35, Setembro/Outubro 2002, pp. 3 a 8.

236 As intervenções proferidas em tais debates encontram-se publicadas no volume *Reforma do Contencioso Administrativo. Trabalhos Preparatórios. O Debate Universitário*, Ministério da Justiça, Novembro de 2000.

237 *Reforma do Contencioso Administrativo. Trabalhos Preparatórios*, Ministério da Justiça, Setembro de 2000.

projectos dos dois diplomas legais que haveriam de consubstanciar aquela. O resultado foram as Propostas de Lei n.ºs 93/VIII e 92/VIII, apresentadas à Assembleia da República ainda nesse ano, e que viriam a dar origem às Leis n.ºs 13/2002 (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais) e 15/2002 (Código de Processo nos Tribunais Administrativos), publicadas no *Diário da República* dos dias 19 e 22 de Fevereiro, respectivamente.

125.4. Representando uma profunda alteração organizativa e funcional do contencioso administrativo português – doravante bem merecedor da designação de *justiça administrativa* –, o novo Estatuto exigia um prazo alongado de *vacatio legis*. Assim se fez, determinando-se a sua entrada em vigor em 19 de Fevereiro de 2002. Exceptuou-se, bem, a disposição do artigo 7.º do diploma preambular, cuja entrada em vigor imediata era indispensável ao rápido início do recrutamento e da formação dos magistrados necessários à plena aplicação da lei.

Menos bem – em nossa opinião –, adoptou-se idêntica *vacatio legis* de um ano para o Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). Talvez tivesse sido preferível determinar uma mais rápida entrada em vigor das disposições deste, não se descortinando inconvenientes de monta em tal opção, que teria a vantagem de começar a familiarizar os magistrados da jurisdição administrativa – que não iriam, evidentemente, deixar de o ser – com as novas regras processuais.

Em 19 de Fevereiro de 2003 foi publicada a Lei n.º 4-A/2003, cujos artigos 1.º e 2.º adiaram para o dia 1 de Janeiro de 2004 a entrada em vigor da Reforma de 2002 (tanto do ETAF, como do CPTA).

O ETAF seria novamente alterado, ainda antes de entrar em vigor, pela Lei n.º 107-D/2003, de 31 de Dezembro. No seguimento desta alteração, foi publicado o Decreto-Lei n.º 325/2003, de 29 de Dezembro, diploma que procedeu à reorganização da jurisdição administrativa. A Portaria n.º 1418/2003, de 30 de Dezembro, declararia instalados os dois tribunais centrais administrativos (Norte e Sul) e catorze dos dezasseis tribunais agregados administrativos e fiscais, que constituem agora a primeira instância.

A entrada em vigor da Reforma da Justiça Administrativa veio a ocorrer, efectivamente, em 1 de Janeiro de 2004.

126. Natureza da jurisdição administrativa

A jurisdição administrativa resulta de uma determinação constitucional: ao contrário do que ocorria com a redacção original da lei fundamental, o artigo 209.º, n.º 1, alínea *b)*, da CRP impõe hoje a existência de uma categoria diferenciada de tribunais administrativos e fiscais.

Note-se, porém, que, não obstante os tribunais administrativos constituírem a jurisdição *comum* com competência em matéria de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas, não constituem uma jurisdição *exclusiva* no que respeita aos conflitos emergentes de tais relações. Na verdade, as leis atribuem aos tribunais judiciais a resolução de diversos tipos de litígios decorrentes de relações jurídicas desta espécie, como sucede com o contencioso dos actos notariais e registais, com o contencioso das contra-ordenações e com os litígios relativos aos montantes das indemnizações devidas por expropriações por utilidade pública.

Isto mesmo foi reafirmado na *Exposição de Motivos* da Proposta de Lei n.º 93/VIII, onde se pode ler:

Neste quadro se inscreve a definição do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal que, como a Constituição determina, se faz assentar num critério substantivo, centrado no conceito de «relações jurídicas administrativas e fiscais». Mas sem erigir esse critério num dogma, uma vez que a Constituição, como tem entendido o Tribunal Constitucional, não estabelece uma reserva material absoluta, impeditiva da atribuição aos tribunais comuns de competências em matéria administrativa ou fiscal ou da atribuição à jurisdição administrativa e fiscal de competências em matérias de direito comum. A existência de um modelo típico e de um núcleo próprio da jurisdição administrativa e fiscal não é incompatível com uma certa liberdade de conformação do legislador, justificada por razões de ordem prática, pelo menos quando estejam em causa domínios de fronteira, tantas vezes de complexa resolução, entre o direito público e o direito privado.

127. Órgãos da jurisdição administrativa

A orgânica dos tribunais administrativos comporta três instâncias ou graus de jurisdição:

– a primeira instância é preenchida pelos tribunais administrativos de círculo (de facto, tribunais agregados administrativos e tributários), actualmente em número de dezasseis;

– a segunda instância é ocupada pelos tribunais centrais administrativos Norte e Sul (Secções de Contencioso Administrativo);

– a última instância é constituída pelo Supremo Tribunal Administrativo (Secção do Contencioso Administrativo).

A Reforma de 2002 consagrou o termo de uma situação que, apesar de patológica, era característica da jurisdição administrativa portuguesa: consistia ela em que todos os tribunais administrativos eram tribunais de primeira instância. Por força de uma concepção obsoleta, que ligava umbilicalmente a categoria do autor do acto administrativo objecto de impugnação contenciosa à categoria do tribunal administrativo competente para a apreciar e, sendo o caso, destruir os efeitos jurídicos de tal acto, o STA tinha competência para as impugnações dos actos cujos autores eram membros do Governo.

Estas competências de primeira instância do STA haviam sido reduzidas em 1996 quando, no quadro da criação do Tribunal Administrativo Central, fora transferida para este tribunal a competência para as impugnações dos actos da autoria de membros do Governo que incidissem sobre matéria do âmbito da função pública. Tratava-se, todavia, de uma excepção, não tendo desaparecido a competência do STA para apreciar, *como regra*, os actos dos membros do Governo.

Com a reforma de 2002, os tribunais administrativos de círculo adquiriram, finalmente, o estatuto de tribunais administrativos de primeira instância. Pela primeira vez em Portugal, a sua competência contenciosa deixa de ser enunciada por enumeração, passando a lei a dizer que lhes cabe *conhecer, em 1.ª instância, de todos os processos do âmbito da jurisdição administrativa* ... (artigo 44.°, n.° 1, do ETAF)[238].

238 É certo que tanto o STA, como os TCAs, continuam a deter competências de primeira instância: mas, como se verá noutro ponto, assumem já um significado diminuto (cfr. artigos 24.°, n.° 1, alíneas *a)* a *f)*, e 38.°, alíneas *c)* a *f)*.

Paralelamente, os TCAs e o STA passaram a constituir, respectivamente, verdadeiras segunda e última instâncias, não se pretendendo com isto dizer, por não ser verdadeiro, que a jurisdição administrativa optou, como princípio organizativo, pelo triplo grau de jurisdição. Mais adiante, a propósito dos recursos, se voltará a este ponto.

128. Âmbito da jurisdição administrativa

128.1. Contrariamente à lei anterior (artigos 3.° e 4.° do antigo ETAF), que delimitava a jurisdição administrativa através da conjugação de uma cláusula geral como uma enumeração de exclusões, a actual lei, no n.° 1 do artigo 4.° do ETAF, opta por uma formulação positiva, contendo uma enumeração exemplificativa dos litígios que considera incluídos no âmbito da jurisdição administrativa. Complementarmente, mantém a delimitação negativa desta, nos n.°s 2 e 3.

A análise do n.° 1 do 4.° do ETAF reflecte alguma heterogeneidade na forma de enunciar os litígios que o legislador entendeu submeter à jurisdição administrativa.

Na verdade, esses litígios são referidos, nalguns casos, a partir da natureza da intervenção judicial:

– *fiscalizar a legalidade ou verificar a invalidade*, nas alíneas *b), c)* e *d)*;

— *promover a prevenção*, a *cessação* ou a *perseguição judicial de infracções*, na alínea *l)*;

— *executar* as sentenças proferidas, na alínea *n)*.

Noutros casos, porém, o legislador atendeu à natureza das questões submetidas a apreciação judicial:

– *tutela de direitos fundamentais* – alínea *a)*;

– *questões relativas a...*, nas alíneas *e)* e *f)*;

– *responsabilidade civil*, nas alíneas *g), h)* e *i)*;
– *contencioso eleitoral*, na alínea *m)*.

Num caso isolado, o da alínea *j)*, a lei optou por uma terceira via: referir os sujeitos da relações jurídicas, ao invés da natureza da intervenção judicial ou do âmbito das questões.

Supomos que a heterogeneidade é mais aparente do que real: de uma ou outra forma, é, em regra, a natureza da questão que determina a competência da jurisdição. Mesmo nos casos em que o legislador optou por acentuar a natureza da intervenção do tribunal, é ainda o âmbito questão que lhe está subentendido:

— a tutela de direitos fundamentais reporta-se, naturalmente, a comportamentos jurídico-públicos que os ponham em causa;

— as normas e os actos que são objecto de fiscalização e os contratos que são objecto de verificação da invalidade são-no porque são produzidos no exercício de actividades reguladas por normas de direito administrativo, por entidades a quem se encontra atribuído o exercício de actividade administrativa pública;

— a intervenção da jurisdição administrativa nas relações jurídicas entre pessoas colectivas de direito público ou entre órgãos públicos é legitimada por se tratar de litígios no âmbito dos interesses que lhes cumpre prosseguir, isto é, de interesses públicos.

128.2. Se olharmos para a delimitação negativa da jurisdição administrativa, operada pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 4.º do ETAF, verificaremos que algumas coisas mudaram relativamente à situação anterior, outras não. Assim, continuam excluídos do âmbito da jurisdição administrativa:

a) Os actos praticados no exercício da função política e da função legislativa;

b) Os actos relativos ao inquérito e instrução criminais e ao exercício da acção penal.

Excluída da jurisdição administrativa continua também a fiscalização de um conjunto de comportamentos (e das respectivas consequências) da autoria de magistrados dos tribunais comuns e dos órgãos de governo próprio desta magistratura, provavelmente em homenagem ao princípio da dualidade de jurisdições. Na lei anterior já era assim, com base na formulação imprecisa e lacónica da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 4.º do antigo ETAF. A nova lei – alíneas *b)* do n.º 2 e *a), b)* e *c)* do n.º 3, todos do artigo 4.º do ETAF – precisou os casos de exclusão do âmbito da jurisdição administrativa:

— apreciação de decisões jurisdicionais proferidas por tribunais não integrados na jurisdição administrativa e fiscal;

— acções de responsabilidade por erro judiciário cometido por tribunais pertencentes a outras jurisdições, bem como as correspondentes acções de regresso;

— fiscalização dos actos materialmente administrativos praticados pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça;

— fiscalização dos actos materialmente administrativos praticados pelo Conselho Superior da Magistratura e pelo seu Presidente.

A alínea *d)* do n.º 3 do artigo 4.º do ETAF consolidou ainda um entendimento que a jurisprudência já sustentava: o de que não cabe à jurisdição administrativa a apreciação de litígios emergentes de contratos individuais de trabalho que não confiram a qualidade de agente administrativo, ainda que uma das partes seja uma pessoa colectiva de direito público.

Excluída da jurisdição continua, finalmente, a competência para fixar a indemnização devida em caso de expropriação por utilidade pública[239].

128.3. Maior interesse tem verificar aquilo que, estando anteriormente excluído do âmbito da jurisdição administrativa, passou agora a pertencer-lhe. Assim, o confronto do artigo 4.º do antigo ETAF com o artigo 4.º do novo ETAF evidencia que aquela passou a ter novas competências.

Destaque, antes de mais, para a evolução muito positiva ocorrida no plano da responsabilidade civil: a jurisdição administrativa recebe competência para apreciar as questões de responsabilidade civil emergente de actos das funções política, legislativa e jurisdicional, satisfazendo-se uma pretensão antiga da doutrina.

Por outro lado, a jurisdição administrativa passa a ser competente para a apreciação de todas as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas colectivas de direito público, independentemente da questão de saber se tais questões se regem por um regime de direito público ou por um regime de direito privado[240]. Como é sabido, a necessidade de esclarecer este ponto antes de escolher a jurisdição a que confiar uma acção de responsabilidade, a fim de evitar conflitos negativos de competência, constituía um verdadeiro quebra cabeças para aqueles que pretendiam ver-se ressarcidos de comportamentos lesivos de agentes públicos, sobretudo quando tais comportamentos consubstanciavam operações materiais e não actos jurídicos da administração.

239 Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, Almedina, 4.ª edição, 2005, p. 121.

240 Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., p.525.

128.4. Em matéria contratual a evolução foi menos clara: de acordo com o disposto nas alíneas *b), e)* e *f)* do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF, a jurisdição administrativa tem competência:

a) Relativamente a *quaisquer contratos* outorgados no exercício da função administrativa – para verificar a respectiva invalidade quando esta seja consequente da invalidade do acto administrativo em que se fundou a celebração do contrato;

b) Relativamente a *contratos a respeito dos quais haja lei específica que os submeta, ou que admita que eles sejam submetidos, a um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público* – para resolver as *questões relativas à validade de actos pré-contratuais e à interpretação, validade e execução* dos contratos;

c) Relativamente a *contratos de objecto passível de acto administrativo, de contratos especificamente a respeito dos quais existam normas de direito público que regulem aspectos do respectivo regime substantivo, ou de contratos que as partes tenham expressamente submetido a um regime substantivo de direito público* – para resolver as *questões relativas à interpretação, validade e execução* de tais contratos.

Se bem se analisarem as disposições em causa, o legislador assentou a competência da jurisdição administrativa para o contencioso contratual num de três factores:

1.º Na lei — existência de norma legal determinando a aplicação ao contrato de um procedimento pré-contratual ou de um regime substantivo regulados por normas de direito público;

2.º Na vontade das partes – que escolheram, com base na lei, a aplicação à celebração do contrato de um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público ou o submeteram a um regime substantivo enformado por normas desta mesma natureza;

3.º Nas ligações entre a actividade contratual e a actividade unilateral da administração pública – ou porque a celebração do contrato assentou em acto administrativo inválido, ou porque o contrato foi celebrado para desempenhar uma função que poderia ter sido desempenhada por um acto administrativo.

Tudo considerado, julgamos pertinentes duas conclusões.

A primeira sublinha que, nos casos em que um dos outorgantes seja uma entidade pública, o contencioso do contrato pertencerá necessariamente à jurisdição administrativa, visto encontrar-se *sujeito, ou do ponto de vista substantivo ou do ponto de vista procedimental, a regras jurídico-públicas.*

A segunda, concordando com VASCO PEREIRA DA SILVA, acentua que a fórmula usada para proceder à delimitação da jurisdição administrativa *permite a qualificação como administrativos, para efeito do Contencioso Administrativo, de todos os contratos correspondentes ao exercício da função administrativa*[241].

128.5. Por último, desapareceram as exclusões do âmbito da jurisdição administrativa constantes das alíneas *e)* e *f)* do n.º 1 do artigo 4.º do antigo ETAF:

— as questões de qualificação de bens como pertencentes ao domínio público e os actos de delimitação destes com bens de outra natureza;

241 Cfr. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., p. 501.

— as questões de direito privado, ainda que qualquer das partes seja pessoa de direito público.

No que se refere a esta última eliminação, claro que se não pode extrair dela que a jurisdição administrativa recebeu competência genérica para resolver questões de direito privado: o que sucede é que as questões de direito privado estão *naturalmente* excluídas da jurisdição administrativa, conforme resulta do disposto logo no n.º 1 do artigo 1.º do ETAF, ao referir que os tribunais administrativos administram a justiça ... *nos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais*[242].

129. Competência dos tribunais administrativos

129.1. Começaremos por dizer que, por razões que se prendem com o âmbito da disciplina de Direito Administrativo, não faremos qualquer referência ao contencioso tributário.

Mantém-se, antes de mais, o princípio de que o âmbito da jurisdição administrativa e a competência dos tribunais administrativos são de ordem pública e que o seu conhecimento precede o de qualquer outra matéria, reafirmado pelo artigo 13.º do CPTA. Mantém-se igualmente a regra de que a competência do tribunal se fixa no momento da propositura da acção, sendo irrelevantes posteriores modificações de facto ou de direito (cfr. artigo 5.º, n.º 1, do ETAF).

242 Neste sentido, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, que esclarece não estar aqui em causa *a atribuição aos tribunais administrativos da competência para dirimir litígios emergentes de contratos de direito privado celebrados entre entidades privadas, ainda que as partes remetam certos aspectos da respectiva disciplina para regimes substantivos de direito público – O novo regime...*, cit., p.105.

A primeira instância da jurisdição administrativa é, como se disse, preenchida pelos tribunais administrativos de círculo. A competência destes tribunais é hoje definida por exclusão de partes, consolidando assim a ideia de que eles constituem os tribunais comuns da jurisdição administrativa: nos termos do n.º 1 do artigo 44.º do ETAF, pertence-lhes conhecer, em primeira instância, *todos os processos do âmbito da jurisdição administrativa, com excepção daqueles cuja competência, em primeiro grau de jurisdição, esteja reservada aos tribunais superiores e da apreciação dos pedidos que nestes processos sejam cumulados.*

Às Secções de Contencioso Administrativo dos TCAs encontra-se, nos termos do artigo 37.º do ETAF, atribuído o conhecimento:

a) Em primeira instância, das acções de regresso propostas contra magistrados judiciais e do Ministério Público dos tribunais administrativos de círculo (e dos tribunais tributários) e, ainda, dos processos relativos a actos administrativos que apliquem sanções disciplinares previstas no Regulamento de Disciplina Militar de gravidade igual ou superior à de detenção (cfr. artigo 6.º da Lei n.º 34/2007, de 13 de Agosto);

b) Em segunda instância, dos recursos das decisões proferidas em matérias do contencioso administrativo por tribunais arbitrais e dos recursos das decisões dos tribunais administrativos de círculo para que não seja competente o STA.

Por último, à Secção do Contencioso Administrativo do STA, conforme estatui o artigo 24.º do ETAF, encontra-se reservado o conhecimento:

a) Em primeira instância, dos processos relativos a actos ou omissões de titulares de órgãos de Soberania e de outros órgãos superiores do Estado (Presidente da República; Assembleia da

República e respectivo Presidente; Conselho de Ministros e Primeiro-Ministro; Tribunal Constitucional, Supremo Tribunal Administrativo, Tribunal de Contas e respectivos Presidentes e Presidente do Supremo Tribunal Militar; Conselho Superior de Defesa Nacional; Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e seu Presidente; Procurador-Geral da República e Conselho Superior do Ministério Público); dos processos eleitorais previstos no ETAF; dos procedimentos cautelares relativos a processos da sua competência, da execução dos seus julgados e dos pedidos cumulados nos seus processos; das acções de regresso contra magistrados judiciais ou do Ministério Público do STA e do TCA;

b) Em segunda instância, dos recursos de acórdãos dos TCAs proferidos em primeiro grau de jurisdição; dos recursos de revista sobre matéria de direito interpostos de acórdãos da Secção de Contencioso Administrativo do TCA e de decisões dos tribunais administrativos de círculo (cfr. artigos 150.º e 151.º do CPTA);

c) Dos conflitos de competência entre tribunais administrativos.

129.2. Vista a competência material dos tribunais administrativos, passamos à competência territorial dos tribunais administrativos de círculo e dos TCAs (uma vez que o STA tem jurisdição sobre todo o território nacional).

No que respeita aos primeiros, as regras de competência territorial constam dos artigos 16.º a 22.º do CPTA. Eis as principais:

a) A regra geral é de que os processos se intentam, em primeira instância, no tribunal correspondente à residência habitual ou à sede do autor ou da maioria dos autores (cfr. artigo 16.º);

b) Tratando-se de apreciar actos administrativos, normas regulamentares ou as respectivas omissões, de órgãos das regiões autónomas, das autarquias locais e de outras entidades de âmbito local, o tribunal territorialmente competente é determinado em função da sede da entidade demandada (cfr. artigo 20.º, n.º 1);

c) Estando em causa um litígio relativo a um contrato, o tribunal competente é o escolhido pelas partes ou, se estas o não fizerem, o correspondente ao local do cumprimento do contrato (cfr. artigo 19.º);

d) Tratando-se de acção destinada a efectivar a responsabilidade civil extracontratual, o tribunal competente é o correspondente ao lugar em que ocorreu o facto gerador da responsabilidade; exceptuam-se os casos em que este facto consista na prática ou na omissão de um acto administrativo ou de uma norma, em que é competente o tribunal que dispuser de competência para apreciar a legalidade da acção ou da omissão (cfr. artigo 18.º);

e) Se o processo respeitar a um imóvel, é competente o tribunal correspondente à respectiva localização (cfr. artigo 17.º);

f) Ocorrendo cumulação de pedidos e estando em causa tribunais de diferentes graus de jurisdição, a competência para todos aqueles pertencerá ao de grau mais elevado (o que não é, em rigor, uma regra de competência territorial); se os tribunais forem todos do mesmo grau de jurisdição, de duas uma: ou um dos pedidos apresenta características de pedido principal – e é esse que determina o tribunal territorialmente competente; ou não existe entre eles qualquer relação de dependência ou de subsidiariedade, e o autor pode escolher um dos tribunais (cfr. artigo 21.º);

g) Se não for possível determinar o tribunal competente com base nas regras apontadas – e noutras que a lei consagra – será competente o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa (cfr. artigo 22.º).

Quanto ao tribunais administrativos centrais, a questão da competência territorial encontra-se regulada nos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 325/2003, de 29 de Dezembro. Tratando-se de tribunais de segunda instância, tal competência está, naturalmente, estabelecida em função dos tribunais de primeira instância.

129.3. Resta ver o que sucede em caso de erro quanto à determinação do tribunal competente por parte do autor.

Existem duas possibilidades:

a) O autor enganou-se no tribunal administrativo competente mas não se enganou na jurisdição – o processo será oficiosamente remetido ao tribunal administrativo competente (cfr. artigo 14.º, n.º 1, do CPTA);

b) O autor enganou-se na jurisdição – não há lugar à remessa oficiosa do processo, mas o interessado dispõe do prazo de trinta dias a contar do trânsito em julgado da decisão que declare a incompetência para requerer tal remessa ao tribunal competente (artigo 14.º, n.º 2, do CPTA).

129.4. Em anterior edição desta obra, escrevemos que a repartição de competências entre os diversos tribunais administrativos, no quadro da existência de um único tribunal administrativo central, que era a que se verificava então, se nos afigurava corresponder a uma fase transitória. Especulámos então com duas possíveis linhas de evolução:

a) O desaparecimento, por redundância, do STA ou do TCA;

b) Ou a instituição de três graus de jurisdição, em vez de dois, o que justificaria a criação de pelo menos, mais um tribunal central administrativo.

A opção do legislador ainda não estabilizou o sistema: passou a haver dois tribunais administrativos centrais mas subsistem os dois graus de jurisdição. O sistema ainda não atingiu o equilíbrio, salvando-se à custa de mecanismos imaginativos como os dos artigos 151.º (recurso *per saltum* para o STA) e 93.º (reenvio prejudicial para o STA).

130. Os elementos do processo administrativo contencioso

Os elementos do processo são os componentes deste, entenda-se, aquilo que constitui o processo, sem o que este não existe. Os elementos do processo administrativo contencioso são os sujeitos, o objecto, o pedido e a causa de pedir.

130.1. Os sujeitos

Os sujeitos são os elementos subjectivos do processo: as partes – o autor e o réu (ou o exequente e o executado, tratando-se de processo executivo); o tribunal, composto por um ou vários juízes; e o Ministério Público.

130.1.1. As partes

As partes no processo administrativo contencioso são o autor e o réu.

A qualificação como parte no processo administrativo contencioso – como em qualquer processo judicial — resulta da configuração da relação processual feita por quem se dirige ao tribunal – **o autor**. Quem se apresenta

em tribunal na qualidade de autor de uma acção funda a sua legitimidade para pedir aquilo que pede na suposta titularidade da relação material controvertida. É por isso que se escreve no n.º 1 do artigo 9.º do CPTA que *o autor é considerado parte legítima quando* ***alegue*** *ser parte na relação material controvertida.*

Pede, por exemplo, a condenação de um município – que assim indica como **réu** – a pagar uma indemnização por lhe ter causado um prejuízo. O tribunal não vai apurar se o prejuízo se verificou ou não, bem como se o autor foi efectivamente a pessoa lesada por ele – sendo por isso credor da indemnização –, e se o município foi de facto o seu causador – sendo, por isso, devedor dessa indemnização – para, depois, decidir se recebe ou não a acção: isso seria absurdo, pois significaria que o tribunal iria despender tempo e recursos a apreciar o conflito sem saber se aquele que se lhe dirigiu podia ou não fazê-lo.

O que o tribunal faz é, compreensivelmente, o contrário: condiciona a sua intervenção na composição do conflito à verificação prévia de que, admitindo que os aspectos invocados pelo autor quanto à relação material controvertida são tal como ele os apresenta (o que somente se saberá quando o mérito do litígio for apreciado), ele e o réu são os sujeitos adequados da relação processual. Só após esta verificação positiva o tribunal se considera em condições de dirimir o litígio.

130.1.1.1. O autor

A lógica da composição judicial dos conflitos é uma lógica essencialmente egoísta: cada pessoa vai a juízo defender os seus interesses ou os interesses daqueles que representa – os filhos menores, a sociedade de que é sócio gerente, etc. O sistema judicial opera sobre esta base, impedindo, como princípio, o acesso à justiça quando aquele

que se lhe dirige não consegue demonstrar que o litígio por si configurado afecta os seus interesses.

Na grande maioria dos casos, a legitimidade do autor – ou legitimidade **activa** — assenta na titularidade de um interesse egoísta, no sentido de que o autor procura obter uma vantagem pessoal: o pagamento de uma indemnização, a destruição de um acto administrativo que o prejudicou ilegalmente, a tomada de uma decisão a que considera ter direito, etc.

Nem sempre, porém, assim é: existem casos, em número crescente, em que a lei admite que certos interesses possam ser defendidos judicialmente por quem não é pessoalmente seu titular, pertencendo antes a um círculo mais ou menos vasto de pessoas ou entidades que se podem considerar genericamente afectadas por determinados comportamentos ou omissões[243]. Encontramo-nos então perante os chamados *interesses colectivos* ou *difusos*, para cuja defesa a lei atribui legitimidade activa não apenas aos cidadãos, mas também às autarquias locais, ao Ministério Público e a entidades privadas que se dediquem à *defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais* (cfr. artigo 9.°, n.° 2, do CPTA)[244].

243 Cfr. artigo 2.° da Lei n.° 83/95, de 31 de Agosto.

244 Sobre esta questão, com raízes na velha *acção popular*, cfr. a anotação de LUÍS FÁBRICA ao acórdão do TCA (1) de 13 de Maio de 1999, publicada com o título sugestivo *A acção popular já não é o que era* nos ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.° 38, Março/Abril 2003, pp. 35 a 54.

No quadro legal anterior à Reforma de 2002, a impugnação de actos administrativos estava, regra geral, reservada aos titulares de interesse directo, pessoal e legítimo na demanda. A Reforma de 2002 alterou a formulação, sem que daí decorra modificação substancial da situação: a regra geral, inscrita no n.° 1 do artigo 9.° do CPTA, é agora a de que tem legitimidade para demandar quem *alegue ser parte na relação material controvertida.* Note-se que esta formulação é distinta da do Código de Processo Civil, cujo artigo 26.° determina que possui legitimidade activa quem *tem interesse directo em demandar*, interesse este que se exprime pela *utilidade derivada da procedência da acção.*

Como se verá nos lugares próprios, existem regras especiais relativas à legitimidade activa, tanto no âmbito da acção administrativa comum (acções relativas a contratos), como no âmbito da acção administrativa especial.

Note-se, finalmente, que a lei permite a *coligação*, isto é, que vários interessados se juntem numa mesma demanda e que vários réus possam ser demandados conjuntamente, quando exista identidade da causa de pedir ou, ainda que tal não ocorra, *quando os pedidos estejam entre si numa relação de prejudicialidade ou de dependência* ou *a procedência dos pedidos principais dependa essencialmente da apreciação dos mesmos factos ou da interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou regras de direito* (cfr. artigo 12.°, n.° 1, do CPTA).

130.1.1.2. **O réu**

Como se disse já, é o autor quem "escolhe" o réu: é ele que aponta ao tribunal com quem quer litigar, isto é, quem é, na sua versão do caso, o outro sujeito da relação material controvertida. A legitimidade **passiva** pertence a este. A lei

– cfr. artigo 10.º, n.º 1, do CPTA – diz precisamente isto, acrescentando que a legitimidade passiva pertence também a quem for titular de *interesses contrapostos aos do autor.*

Por duas razões: por um lado, para legitimar processualmente os contra-interessados; por outro, pela pela intenção de cobrir aquelas situações em que, nomeadamente nos conflitos relativos a interesses difusos, não é fácil descortinar uma relação jurídica material entre o autor – suponhamos a pessoa que pretende impugnar o acto de aprovação de um projecto de construção de um edifício nas proximidades do Mosteiro dos Jerónimos — e o réu – o autor de tal acto.

O referido artigo 10.º do CPTA prevê ainda uma apreciável quantidade de situações objecto de tratamento especial em matéria de legitimidade passiva. Pode dizer-se que tais previsões resultam, regra geral, da necessidade de tratar devidamente problemas decorrentes das particularidades da personalidade jurídica colectiva pública, da complexidade da organização administrativa pública e da tendência crescente para confiar a entidades privadas o desenvolvimento de actividades de natureza administrativa pública. Assim se explica que aí se misturem, sob o amplo guarda-chuva da legitimidade passiva, pessoas colectivas públicas, ministérios, órgãos públicos e, mesmo, entidades privadas[245].

245 O n.º 3 do artigo 37.º do CPTA permite que um particular demande outro particular nos tribunais administrativos. Pelas razões que MÁRIO AROSO DE ALMEIDA bem sublinha, esta possibilidade nada tem de patológico – cfr., *O Novo Regime...*, cit., pp .57-58. E pode também suceder que o conflito submetido ao tribunal administrativo oponha órgãos de uma mesma entidade pública, como decorre do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA. Relativamente a esta possibilidade e às respectivas implicações, cfr. PEDRO GONÇALVES, *A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 35, Setembro/Outubro 2002, pp. 9 a 23;

Existem também regras especiais em matéria de legitimidade passiva, que serão referidas nos locais apropriados.

130.1.2. **O juiz**

Ao juiz – tratando-se de tribunal singular – ou aos juizes – no caso de tribunal colectivo — cabe a delicada missão de solucionar o litígio.

Os juizes dos tribunais administrativos têm um estatuto próprio, essencialmente integrado pelas normas dos artigos 57.º a 84.º do ETAF. Beneficiam das mesmas garantias de independência dos outros magistrados judiciais; são também abrangidos por idêntico regime de incompatibilidades, só podendo ser responsabilizados pelas suas decisões nos mesmos e muito limitados casos previstos na lei (cfr. artigo 3.º do ETAF).

A configuração dos poderes dos juizes dos tribunais administrativos decorre do disposto no artigo 3.º do CPTA.

Antes de mais, tem de se acentuar que o juiz da jurisdição administrativa não tem por missão controlar o mérito ou a oportunidade da actuação administrativa pública, apenas lhe cabendo julgar do cumprimento pela administração pública das normas e princípios jurídicos a que deve obediência (cfr. n.º 1). A reafirmação desta ideia é tanto mais importante quanto o novo CPTA veio possibilitar a condenação da Administração Pública pelos tribunais administrativos à prática de um acto administrativo legalmente devido: o legislador quis deixar claro que esta nova capacidade do juiz administrativo se destina a melhorar o controlo da jurisdicidade da actividade administrativa pública e não a transformar a jurisdição administrativa num "governo de juizes", montado sobre os escombros do princípio da separação de poderes, num quadro em

que as valorações subjacentes às decisões tomadas pelos órgãos envolvidos na administração pública seriam substituídas pelas valorações judiciais.

Dentro dos limites decorrentes deste princípio, a lei permite que o juiz administrativo atribua a sentenças proferidas contra a Administração Pública os efeitos de um acto administrativo que deveria ter sido praticado e, contra as normas e princípios jurídicos que impunham tal prática, não o foi (cfr. n.º 3).

A lei permite também ao juiz administrativo fixar aos órgãos da Administração Pública prazos para cumprir os deveres que o tribunal decida impor-lhes e aplicar-lhes sanções pecuniárias pelo desrespeito de tais prazos (cfr. n.º 2).

Por último, e esta é mais uma das novidades da Reforma de 2002, a lei autoriza o juiz administrativo, em determinadas circunstâncias, a juntar vários processos, a fim de simplificar e acelerar a respectiva decisão (cfr. artigo 48.ºdo CPTA). Para este mecanismo — que a lei designa por *processos em massa* — poder operar, é necessário verificarem-se certos requisitos, enunciados no n.º 1 do artigo 48.º:

a) Que tenham sido intentados mais de vinte processos relativos a comportamentos da mesma entidade pública;

b) Que esses processos *digam respeito à mesma relação jurídica material* ou que, muito embora respeitem a relações jurídicas diversas, possam ser decididos *com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto*.

Quando estes requisitos se verifiquem, o juiz pode determinar que seja dado andamento somente a um ou alguns dos processos, suspendendo-se a tramitação dos demais (caso o juiz determine o andamento de mais do que um

processo, proceder-se-á à respectiva apensação). O juiz pode ainda determinar a suspensão da tramitação de processos idênticos ao escolhido que venham a ser intentados na pendência deste (cfr. artigo 48.º, n.º 2).

130.1.3. **O Ministério Público**

O artigo 51.º do ETAF comete ao Ministério Público as funções de representação do Estado, de defesa da legalidade democrática e de promoção da realização do interesse público. Neste quadro, o Ministério Público continua a exercer a acção pública (cfr. artigos 9.º, n.º 2, 11.º, n.º 2, 40.º, n.º 2, alínea *c)*, 55.º, n.º 1, alínea *f)*, 68.º, n.º 1, alínea *c)*, 73.º, n.ºs 3 e 4, 77.º, n.º 1, e 104.º, n.º 2, todos do CPTA), assistindo-lhe igualmente legitimidade para interpor recursos (cfr. artigos 141.º e 155.º, n.º 1, do CPTA) e para suscitar ao STA que proceda à uniformização de jurisprudência (cfr. artigo 152.º, n.º 1, do CPTA).

O Ministério Público conserva também, nos termos do artigo 62.º do CPTA, a faculdade de se substituir ao autor da acção, nos casos em que este se tenha afastado do processo, nomeadamente por desistência – isto, naturalmente, quando entender que a defesa da legalidade impõe que o processo seja levado até ao seu termo.

Nos casos, que são a maioria, em que o Ministério Público não é autor, nem se substitui a este, os seus poderes processuais encontram-se regulados nos artigos 85.º e 146.º, n.º 1, do CPTA:

a) Tem vista do processo no momento da citação da entidade demandada e dos contra-interessados, ou logo após a distribuição, no caso dos recursos;

b) Pode solicitar a realização de diligências instrutórias e pronunciar-se sobre o mérito da causa.

O Ministério Público dispõe ainda de outras faculdades, reguladas no mesmo preceito, especificamente nos processos de natureza impugnatória (adiante se voltará a este ponto); dispõe igualmente de faculdades especiais no domínio da tutela cautelar (cfr. artigos 124.°, n.° 1, e 130.°, n.° 3, do CPTA) e no âmbito da solução de conflitos de competência jurisdicional e de atribuições (cfr. artigo 136.° do CPTA).

Duas modificações na posição processual do Ministério Público – e ambas no sentido da redução do papel da instituição – merecem referência especial.

A primeira, reside no desaparecimento da vista final do processo ao Ministério Público; a segunda, consiste no fim da presença do representante do Ministério Público nas sessões de julgamento.

Estas modificações ajustam-se à jurisprudência do Tribunal Constitucional português e à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, merecendo também o aplauso de boa parte da doutrina. Acolheram-se, assim, as críticas ao alegado peso excessivo do Ministério Público no processo contencioso, peso esse que sustentava acusações de violação do princípio da igualdade de armas entre as partes[246].

130.2. O objecto

Não é este o local – nem a disciplina – adequados para dissertar sobre a questão do objecto do processo. Na doutrina

246 As referências jurisprudenciais – juntamente com uma posição muito crítica relativamente à solução que viria ser adoptada pelo legislador – podem encontrar-se no escrito de JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, de leitura imprescindível, *A reforma do contencioso administrativo e as funções do Ministério Público*, «in» *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra, 2001, pp. 322 a 328.

processualista civil debatem-se, a este propósito, quatro grandes teses, que somente a título de informação se referem:

– o objecto do processo seria a pretensão do autor (concepção germânica);

– o objecto do processo seria a relação jurídica material controvertida;

– o objecto do processo seria o litígio (concepção italiana).

No CPTA, o objecto do processo é referido a propósito da acção administrativa especial – o que se compreende, dada a remissão que a lei faz, no que toca à acção administrativa comum, para o Código de Processo Civil (cfr. artigo 42.°, n.° 1).

A análise do n.° 1 do artigo 46.° do CPTA confirma que o legislador considerou que *o objecto do processo é a pretensão do autor*. Note-se, porém, que a lei não prima, nesta matéria, pelo rigor: logo no artigo 50.°, utiliza a palavra *objecto* em sentido totalmente diverso, como sinónimo de "objectivo" ou "fim" — *a impugnação do acto administrativo tem por **objecto** a anulação*[247]...

Na verdade, no quadro legal anterior à Reforma de 2002 entendia-se que o objecto da impugnação contenciosa era o acto administrativo (ou a norma regulamentar) cuja validade se pretendia ver apreciada pelo tribunal, concepção que ainda encontrava raízes na concepção de Laferrière *do processo feito ao acto*. A anulação ou a declaração da nulidade ou da inexistência jurídica do acto não era o objecto do processo, mas o pedido. Idêntica concepção se pode extrair

247 No mesmo sentido, cfr. o n.° 1 do artigo 63.° do CPTA, onde se prevê a ampliação do ***objecto*** do processo *à impugnação de novos actos*, e o n.° 1 do artigo 72.°, também do CPTA, onde se escreve que *a impugnação de normas no contencioso administrativo tem por **objecto** a declaração de ilegalidade de normas*...

da conjugação do n.º 1 do artigo 2.º do CPTA – que menciona a pretensão – com a alínea *d)* do n.º 2 do mesmo artigo – que se refere à anulação ou declaração de nulidade ou inexistência de actos administrativos.

A leitura do artigo 66.º permite confirmar a ideia que decorre do n.º 1 do artigo 46.º: a *pretensão*, tal como resulta do n.º 1, é, neste caso, de condenação da Administração Pública a praticar um acto que ilegalmente omitiu ou recusou; o *objecto* do processo, conforme disposto no n.º 2, é a própria *pretensão*[248].

130.3. O pedido

O pedido ou pretensão é *aquilo que o interessado quer do tribunal*. De forma propositadamente simplificada, podemos considerar, em geral, seis espécies diferentes de pretensões, que se distinguem entre si por aquilo que se pede:

1.ª Pede-se ao tribunal que, apreciando os argumentos do autor, declare que este se encontra numa determinada situação jurídica – é proprietário, não é devedor, etc. – *pedido de simples apreciação*;

2.ª Pede-se ao tribunal que, com uma decisão sua, produza uma alteração na situação jurídica do autor – anule uma cláusula de um contrato, dissolva o casamento civil, etc. – *pedido constitutivo*;

3.ª Pede-se ao tribunal que obrigue o réu a adoptar uma certa conduta – pagar uma dívida, devolver um objecto ao respectivo proprietário, etc. — *pedido condenatório*;

248 Cfr., neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O objecto do processo no novo contencioso administrativo* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 36, Novembro/Dezembro 2002, p. 9; *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Coimbra, 2002, p. 188.

4.ª Pede-se ao tribunal que, não tendo o réu adoptado a conduta a que o tribunal o obrigou, tome medidas que o constranjam a tal – *pedido de execução*;

5.ª Pede-se ao tribunal que, enquanto procede à análise de outra pretensão que lhe foi dirigida pelo interessado, adopte medidas de carácter provisório que evitem que o decurso do tempo possa inutilizar os efeitos pretendidos pelo autor – *pedido cautelar*;

6.ª Pede-se ao tribunal que aprecie uma decisão anteriormente tomada por outro tribunal, que se considera uma errada aplicação do direito – *pedido de recurso*.

No CPTA encontram-se exemplos de todos estes pedidos:

a) Pedidos de simples apreciação – artigo 2.º, n.º 2, alíneas *a), b), c), d)*, segunda parte, e *h)* ;

b) Pedidos constitutivos – artigo 2.º, n.º 2, alínea *d)*, primeira parte;

c) Pedidos condenatórios – artigo 2.º, n.º 2, alíneas *e), f), i), j)* e *l)*;

d) Pedidos de execução – artigos 157.º, n.º 3, e 176.º, n.º 1;

e) Pedidos cautelares — artigo 2.º, n.º 2, alínea *m)*;

f) Pedidos de recurso — artigo 141.º, n.º 1.

Note-se ainda que, no âmbito da justiça administrativa, é habitual a aproximação entre o pedido de declaração da nulidade ou da inexistência jurídica – que é um pedido com a natureza de simples apreciação, visando o reconhecimento judicial de um desvalor jurídico original – e o pedido de anulação – que apresenta natureza constitutiva, pretendendo que o tribunal torne inválido aquilo que, antes de tal intervenção judicial, era tido por válido. Tendo em consideração os objectivos comuns a estes pedidos e, ainda, que eles podem, em abstracto, ter por alvo actos administrativos,

normas regulamentares ou cláusulas contratuais, utiliza-se habitualmente a expressão *impugnação* (ou *pedido de impugnação*) para os designar a todos.

Finalmente, e muito embora tal exigência pareça supérflua, registamos que a lei impõe que a petição inicial apresentada pelo autor formule expressamente o pedido (cfr. artigo 78.°, n.° 2, alínea *h)*, do CPTA).

130.4. A causa de pedir

A causa de pedir consiste nos *factos constitutivos da situação jurídica que o autor pretende fazer valer em juízo*. São, em termos simples, as razões pelas quais se pede aquilo que se pede. Aqueles factos podem variar muito, dependendo das circunstâncias. Exemplificando:

— se o autor pede a anulação de um acto administrativo ou de uma cláusula contratual ou a declaração de nulidade de uma norma regulamentar, a causa de pedir são os factos em que, em seu entender, assenta a invalidade do acto, da cláusula ou da norma, por desrespeitarem as regras ou princípios jurídicos com que deveriam conformar-se;

— se o autor pede a condenação da Administração ao pagamento de uma prestação de segurança social ou à prática de um acto administrativo, a causa de pedir são os factos que, em seu entender, lhe conferem um direito a tal prestação ou à prática desse acto;

— se o autor pede ao juiz que determine uma providência cautelar destinada a evitar a consumação da lesão de um interesse para o qual pediu protecção judicial, lesão essa tornada provável, ou até mesmo certa, pelo decurso do tempo, a causa de pedir reside nas circunstâncias que estão na origem da probabilidade ou da certeza da produção de tal lesão.

O artigo 78.° CPTA não utiliza a expressão *causa de pedir*. Mas é indiscutivelmente a esta que se referem as alíneas *g)*, primeira parte, e *l)*, do n.° 2 do artigo 78.°: são os factos que o autor expõe — e que, na sua maioria, terá de provar — que fundam a pretensão que dirige ao tribunal. Isto mesmo é confirmado pela norma do n.° 1 do artigo 4.°, ao prever a cumulação de pedidos quando a *causa de pedir* seja a mesma [alínea *a)*], ou mesmo em certos casos em que a *causa de pedir* é diversa [alínea *b)*].

Pode, pois, concluir-se que a causa de pedir é tão essencial à apreciação e eventual satisfação do pedido do autor como o próprio pedido.

131. Os grandes princípios do processo administrativo contencioso

131.1. O princípio do acesso à justiça administrativa

Nas sociedades modernas os conflitos de interesses entre os cidadãos não se resolvem mediante o uso individual da força: são resolvidos por órgãos especialmente concebidos para tal função, dotados de características próprias – de entre as quais avultam a independência e a imparcialidade —, aos quais os cidadãos apresentam os seus pleitos, órgãos entre nós designados *tribunais*. Compreende-se, assim, que seja indispensável que o cidadão que entende, bem ou mal, que a ordem jurídica protege um seu interesse possa pedir a um desses órgãos que tome as providências adequadas a garantir a protecção desse interesse.

É precisamente este o sentido do princípio do acesso à justiça, consignado no artigo 20.° da CRP, e que surge aqui

configurado como um direito subjectivo público, o direito de acção. *A todo o direito corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo*, ensinava o saudoso Professor Castro Mendes aos seus alunos, corresponde a uma verdadeira exigência civilizacional (cfr. artigo 2.°, n.° 2, do Código de Processo Civil). Claro. Se a ordem jurídica reconhecesse a alguém a titularidade de um direito mas não lhe garantisse a faculdade de para ele pedir protecção judicial, restaria ao titular tentar fazê-lo valer pelos seus próprios meios. E teríamos a barbárie em vez da civilização.

Todos nós temos, pois, o direito de pedir a um tribunal – e se tivermos razão, de obter deste – que defenda os nossos interesses.

No domínio das relações jurídico-administrativas, porém, não é suficiente a afirmação de tal direito. Na realidade, uma tradição hiper-formalista, ciosamente defendida, fez com que a história do contencioso administrativo português seja também (sobretudo até à reforma de 1984/1985), nalguma medida, uma história da denegação do acesso à justiça. A manipulação de conceitos como o de contencioso de mera legalidade, de acto definitivo, de recurso hierárquico necessário, de indeferimento tácito, etc., etc., transformou o acesso à jurisdição administrativa numa "corrida de obstáculos", em que as barreiras se iam colocando progressivamente mais alto, à medida que o "atleta" ia revelando maior cansaço. Quase se pode dizer que os tribunais administrativos despendiam maiores energias e mais tempo a procurar demonstrar por que razão não podiam resolver litígios do que a resolvê-los!

Compreende-se, assim, que o legislador do CPTA tenha aprofundado o princípio, subsumindo nele a ideia de promoção do acesso à justiça, constante do artigo 7.° do

CPTA. O que agora se diz é que o princípio do acesso à justiça abrange também a interpretação das normas jurídicas que regulam tal acesso: este somente é efectivamente garantido se essas normas forem interpretadas pelo tribunal no sentido de *promover pronúncias sobre o mérito das pretensões formuladas*. Trata-se de recuperar a velha fórmula *in dubio pro actione*. Por outras palavras: as normas que integram o ordenamento jurídico da justiça administrativa devem ser interpretadas por forma a favorecer a composição efectiva dos litígios jurídico-administrativos. Fazer justiça implica, em geral, na nossa sociedade, dar razão a uma das partes – e não explicar por que motivos se não dá razão a nenhuma delas.

131. 2. O princípio da tutela jurisdicional efectiva

Mas o legislador não ficou satisfeito com este aprofundamento do princípio do acesso à justiça. Desconfortável com um passado de que, compreensivelmente, se não orgulha, manifestou a preocupação, claramente conexa com a do acesso à justiça, de explicitar o sentido daquilo que designou, na esteira da CRP (mais precisamente, do n.° 4 do artigo 268.°), por *tutela jurisdicional efectiva*.

Começando por adoptar esta mesma expressão como epígrafe, o artigo 2.° do CPTA desenvolveu e pormenorizou, com detalhe quase obsessivo, o conteúdo do princípio. Respigamos do n.° 1 deste preceito quatro ideias que se nos afiguram fundamentais:

1.ª A tutela jurisdicional efectiva impõe justiça "à medida", ou seja, uma intervenção judicial especificamente concebida para conferir protecção eficaz e adequada à pretensão deduzida em juízo;

2.ª A tutela jurisdicional efectiva exige justiça oportuna, isto é, justiça tão rápida quanto possível (é a ideia de *celeridade processual*);

3.ª A tutela jurisdicional efectiva recomenda aquilo que designaríamos por "flexibilidade" da instância, isto é, que o processo se possa adaptar às vicissitudes da vida; é esta ideia que explica as disposições relativas à modificação objectiva da instância (artigos 45.º e 63.º do CPTA), à alteração da instância (artigo 70.º do CPTA) ou à substituição do acto impugnado, quando este haja sido revogado com eficácia retroactiva e substituído por outro (artigo 64.º, n.º 1, do CPTA); com a desejável flexibilidade da instância se relaciona ainda a possibilidade de o tribunal administrativo decidir questão que se inclua no âmbito de jurisdição distinta da administrativa, muito embora a decisão da questão prejudicial produza efeitos restritos ao processo em que foi suscitada (cfr. artigo 15.º do CPTA);

4.ª A tutela jurisdicional efectiva reclama justiça estável, ou seja, decisões jurisdicionais definitivas sobre o direito aplicável ao litígio (com *força de caso julgado*).

E não se ficou por aqui: receoso que o tribunal de primeira instância não compreendesse totalmente o absoluto empenho do legislador no sentido do reforço do acesso à justiça administrativa e da efectiva tutela jurisdicional, garantiu que, independentemente de quaisquer razões, sempre que o processo fosse dado por concluído sem que o mérito da causa houvesse sido apreciado, a decisão que assim determinasse seria sempre passível de recurso (cfr. artigo 142.º, n.º 3, alínea *d)*.

131. 3. O princípio da igualdade das partes

O artigo 6.º do CPTA consagra o princípio da igualdade efectiva das partes no processo, o que *implica a paridade simétrica das posições das partes perante o tribunal*[249].

Este princípio geral do processo civil — e agora, também, do processo administrativo contencioso – desdobra-se em vários subprincípios, dos quais destacaríamos dois:

a) O princípio do contraditório, hoje com o sentido do reconhecimento às partes de idênticos poderes para influenciarem activamente o desenvolvimento e a decisão do processo;

b) O princípio da igualdade de armas, que garante às partes o equilíbrio dos meios de intervenção processual a que podem recorrer no sentido de tentar fazer prevalecer em tribunal as posições que sustentam.

Note-se que, se falamos em *equilíbrio* e não em igualdade – acompanhando, também aqui, a lição de LEBRE DE FREITAS[250] —, é porque, se há domínio em que a diversidade de posições entre as partes pode justificar um tratamento desigual, é exactamente na jurisdição administrativa[251]. Daí que se compreenda que a nova lei mantenha a obrigação de a administração enviar ao tribunal *o processo administrativo e demais documentos respeitantes à matéria em litígio* (artigo 8.º, n.º 3, do CPTA).

Ao contrário do particular, a Administração Pública não pode ocultar do tribunal factos e circunstâncias que lhe sejam

249 Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 105.

250 *Op. cit.*, p. 105.

251 MÁRIO AROSO DE ALMEIDA fala este propósito de *relações não paritárias* — cfr. *O Novo Regime...*, cit., p. 23.

inconvenientes, o que se compreende, dado que, por muito subjectiva que seja a concepção do acesso à justiça administrativa na Reforma de 2002, não é possível olvidar que a administração prossegue necessariamente um interesse público, não estando em juízo para defender meros interesses privados egoístas (talvez por esta razão, o legislador preferiu enquadrar aquela obrigação no princípio da cooperação e boa fé processual). Esta desigualdade, desfavorável à administração, assenta, pois, num traço específico desta.

O novo CPTA, no mencionado artigo 6.º, põe expressamente termo a uma das mais criticadas desigualdades, favoráveis à administração, decorrentes do quadro legal anterior: a impossibilidade de o tribunal condenar a Administração Pública como litigante de má fé.

131.4. O princípio da cumulação de pedidos

Este princípio assume uma importância muito particular na justiça administrativa. Fundamentalmente por duas razões: por um lado, porque as circunstâncias que justificam em geral as cumulações de pedidos assumem aqui grande relevo, pela frequência com que a tutela jurisdicional efectiva do interesse do autor exige que ele peça e obtenha do tribunal protecção para várias pretensões; por outro lado, porque a lei anterior, muito embora autorizando as cumulações, impunha a estas condições tais que as inviabilizava quase por completo.

Daí que o legislador afirme agora, enfaticamente, que *é permitida a cumulação de pedidos* ***sempre*** *que...* (artigo 4.º n.º 1, do CPTA). O que isto significa é que a lei reconhece hoje, como princípio, que todas as pretensões que alguém deseje formular contra uma entidade

pública e que tenham a ver com os mesmos factos ou, até, com as mesmas normas jurídicas, devem sê-lo em simultâneo. Pretende-se desta forma, e muito louvavelmente, pôr termo a uma longa tradição de tratamento judicial autónomo de cada pretensão, que forçava o infeliz interessado a uma interminável "romagem" através das instâncias da jurisdição administrativa, em busca, não do tempo – que, uma vez perdido, não volta mais —, mas da miragem de uma protecção jurisdicional eficaz. Note-se ainda que a enumeração constante do n.º 2 do mesmo artigo 4.º tem, naturalmente, carácter meramente exemplificativo.

131.5. O princípio da cooperação e da boa fé processual

Sob a designação de princípio da cooperação e da boa fé processual, o artigo 8.º do CPTA agrupou duas ideias base: a cooperação e a economia processual.

Da ideia de cooperação entre o tribunal e as partes extraiu, sobretudo, consequências para a Administração Pública litigante, fazendo recair sobre esta diversos deveres: o dever de remeter ao tribunal o processo administrativo e demais documentos relevantes, já referido, e o dever de comunicar ao tribunal as vicissitudes susceptíveis de influírem no tratamento jurisdicional da causa – a revogação do acto administrativo impugnado, por exemplo.

Da ideia de economia processual extraiu o corolário de que as partes não devem requerer a realização de diligências que não tenham utilidade para a composição do litígio, nem adoptar expedientes dilatórios, isto é, comportamentos que apenas sirvam para fazer perder tempo.

131.6. Um processo inquisitório ou um processo dispositivo?

O princípio dispositivo é um princípio característico do processo civil, *rectius*, dos litígios relativos a relações jurídicas em que, estando ausentes direitos indisponíveis – como sucede na maioria das relações jurídico-privadas – reine a autonomia da vontade.

O princípio dispositivo consubstancia-se na ideia de *disponibilidade da tutela jurisdicional*, manifestando-se na liberdade de decisão sobre a instauração do processo, sobre a conformação do seu objecto e das partes na causa e sobre o termo do processo[252].

Pelo seu lado, o princípio do inquisitório é característico dos processos judiciais relativos a relações jurídicas em que avultam interesses públicos, como sucede na acção penal (ou interesses privados indisponíveis, como ocorre nas acções no domínio do direito da família). Nestes não se pode falar em disponibilidade da tutela jurisdicional, uma vez que, regra geral e em termos propositadamente simplificados, o processo é instaurado por um órgão do Estado, o Ministério Público, as partes privadas não dispõem do objecto do processo e não se põe termo ao processo por desistência.

Antes da Reforma de 2002, o processo administrativo contencioso, tomando como paradigma a impugnação de actos administrativos, apresentava uma configuração atípica, reflectindo, ora o princípio dispositivo, ora o princípio inquisitório (no primeiro sentido, o juiz encontrava-se vinculado ao pedido do autor e à respectiva causa de pedir,

252 Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, cit., pp. 122-123.

muito embora existissem excepções[253]; no segundo, o impugnante não dispunha do objecto do processo, uma vez que, em caso de desistência, o Ministério Público podia substituir-se-lhe na posição de autor, prosseguindo o processo até ao seu termo, conforme dispunha a alínea *e)* do artigo 27.º da antiga LEPTA).

Sem prejuízo de análise mais aprofundada, a Reforma de 2002 não parece ter alterado este quadro atípico: de disposições como o n.º 4 do artigo 51.º do CPTA extrai-se a ideia de disponibilidade do objecto do processo por parte do autor, mesmo no caso das novas acções administrativas especiais, que são agora a forma das impugnações de actos administrativos. Aí se diz que, tendo o autor pedido a anulação de um acto administrativo de indeferimento, pode o tribunal, sabedor de que no caso é admissível o pedido de condenação à prática do acto administrativo devido, *convidá-lo a substituir a petição*, no sentido de *formular o adequado pedido de condenação à prática do acto devido*. Conclui-se facilmente que é a ideia de dispositivo que aqui prevalece: de outra forma, o próprio tribunal substituiria o pedido.

Em sentido oposto, a lei mantém, no artigo 62.º do CPTA (aspecto a que já fizemos referência noutro ponto) a faculdade de o Ministério Público se substituir ao autor da acção, nos casos em que este se tenha afastado do processo, nomeadamente por desistência. Neste ponto, continua presente a ideia de inquisitório, de indisponibilidade do objecto do processo, assente ainda na velha concepção do controlo objectivo da legalidade da actividade administrativa.

253 Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, pp. 251-253.

132. Os meios processuais

Cada pretensão dirigida aos tribunais administrativos deve adoptar um determinado meio processual, isto é, uma forma tipificada de a veicular, sem o que não pode ser recebida pelo tribunal.

Os meios processuais próprios da jurisdição administrativa distribuem-se por dois grupos: os **meios principais** e os **meios acessórios.** A diferença entre uns e outros assenta no critério da autonomia: a utilização de cada meio principal é independente do eventual uso de qualquer outro meio processual; já a utilização de um meio acessório se encontra na dependência de outro meio processual, este de carácter principal.

Os meios processuais principais, pelo seu lado, também se podem subdividir em dois grupos: os meios processuais **urgentes** – que beneficiam de regras que visam acelerar a sua tramitação – e os outros meios processuais – que são tramitados a uma velocidade, digamos, "normal".

Na nossa lei actual os meios processuais principais urgentes são:

a) As *impugnações em matéria eleitoral*;

b) As *impugnações de actos administrativos de natureza pré-contratual*;

c) *As intimações para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões*;

d) *A intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias.*

Os outros meios processuais principais são:

a) *A acção administrativa comum*;

b) *A acção administrativa especial.*

Quanto aos meios processuais acessórios, encontram-se englobados no grupo dos *processos cautelares.*

Qualquer destes meios processuais veicula um primeiro pedido de intervenção judicial, isto é, não tem como antecedente nenhuma outra intervenção de um tribunal administrativo.

Mas também existem meios processuais somente utilizáveis após uma primeira intervenção de um órgão da jurisdição administrativa:

a) Os *processos executivos*, com os quais se pretende assegurar que uma anterior sentença de um tribunal administrativo produza os efeitos pretendidos;

b) Os *recursos*, através dos quais se visa conseguir uma alteração de uma decisão jurisdicional anterior.

133. Valor da causa, formas do processo e alçadas

133.1. O **valor da causa** *representa a utilidade económica do pedido*, dispõe o n.º 1 do artigo 31.º do CPTA. E dispõe mais: a qualquer causa *deve ser atribuído um valor certo, expresso em moeda legal.*

Claro que o apuramento da utilidade económica do pedido pode ser mais ou menos fácil, tudo dependendo daquilo que se pede:

— se se pede a condenação de uma entidade pública a pagar uma indemnização ou a realizar uma prestação de segurança social, o valor da causa é, evidentemente, o da indemnização ou da prestação;

— se se pede a anulação de um contrato outorgado entre um particular e uma entidade pública, o valor da causa coincide com o do próprio contrato;

— mas se se pede a anulação de uma decisão administrativa ou a declaração de ilegalidade de uma norma regulamentar, qual o valor da causa?

O legislador, consciente da novidade – no quadro legal anterior à Reforma de 2002 as impugnações de actos administrativos não tinham valor – estabeleceu diversas regras, destinadas a contemplar distintas situações, regras que distribuiu pelos artigos 32.º e 33.º do CPTA. Na maioria delas torna-se evidente que o critério subjacente foi o da utilidade económica do pedido (cfr. n.ºs 1 a 6 do artigo 32.º e todas as alíneas do artigo 33.º).

Resignou-se, porém, a que existem casos em que não é possível estabelecer o valor da causa, dada a natureza imaterial do bem em jogo ou a indeterminabilidade das situações de aplicação (no caso de estarem em causa normas e não decisões). Para estes casos estabeleceu aquilo a que chamou *valor indeterminável* (cfr. artigo 34.º, n.º 1, do CPTA).

133.2. A principal – que não única – utilidade da fixação do valor da causa é a determinação da forma que o processo deve seguir.

A expressão **formas do processo** remete tradicionalmente para os níveis de complexidade da intervenção judicial ou para o valor económico da causa. Estes dependem, em regra, da importância dos interesses em jogo.

No processo civil é habitual distinguir o processo comum do processo especial[254]. O CPTA utiliza a mesma distinção:

a) A acção administrativa dita *comum*, à qual apenas são dedicados nove artigos (37.º a 45.º), corresponde às antigas *acções administrativas*, na terminologia anterior à Reforma de 2002;

254 Distinção complexa, como se pode confirmar através da leitura das pp. 11 a 17 da *Acção Declarativa Comum*, da autoria de JOSÉ LEBRE DE FREITAS (Coimbra, 2000).

b) A acção administrativa *especial*, à qual o código dedica cinquenta e um artigos (46.º a 96.º), é a herdeira directa do velho *recurso contencioso de anulação*, ou seja, apresenta, na maioria dos casos, características impugnatórias.

A escassez de regulamentação da acção administrativa comum encontra a sua justificação na circunstância de a respectiva tramitação ser regulada pelo Código de Processo Civil, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 42.º do CPTA (já assim acontecia, de resto, relativamente às antigas acções administrativas). A acção administrativa especial, que não tem paralelo no processo civil, dispõe da sua regulamentação própria no CPTA.

O mais interessante é que a importação da distinção para a justiça administrativa, lhe alterou o critério: se a Reforma de 2002 fosse aplicada aos processos hoje pendentes nos tribunais administrativos, a maioria deles seguiria a forma da acção administrativa especial, uma vez que se trata de impugnações de actos administrativos. Ou seja: ao contrário do processo civil, no processo administrativo contencioso o *especial* será o mais *comum* e o *comum*, o *especial*.

133.3. A acção administrativa comum pode seguir uma de três formas: a *ordinária*, a *sumária* e a *sumaríssima*, indicadas por ordem decrescente de complexidade de tramitação.

A escolha de uma destas formas depende da conjugação de dois factores: o valor da causa e a alçada do tribunal.

Alçada é um termo que designa *um valor legalmente estabelecido até ao qual um tribunal de primeira ou de segunda instância julga definitivamente as causas da sua*

competência[255], ou seja, as suas decisões não são susceptíveis de serem alteradas por via de recurso para um tribunal superior.

O artigo 43.º do CPTA dispõe que:

a) Os termos do processo sumaríssimo, os mais simples, são seguidos quando o valor da causa é inferior à alçada dos tribunais administrativos de círculo[256] e *a acção se destine ao cumprimento de obrigações pecuniárias, à indemnização por danos ou à entrega de coisas móveis*;

b) Os termos do processo sumário são seguidos quando o valor da causa não exceda o da alçada dos TCAs[257] (e não caiba na alínea anterior, bem entendido);

c) Os termos do processo ordinário, os mais complexos, são seguidos quando o valor da causa excede o da alçada dos TCAs.

134. Patrocínio judiciário

Na jurisdição administrativa vigora também a regra da obrigatoriedade da representação por advogado, ou *patrocínio judiciário* (cfr. artigo 11.º, n.º 1, do CPTA).

Envolvendo, porém, o conflito jurídico-administrativo, pelo menos, uma parte pública, há que tomar em consideração dois aspectos.

255 Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum*, cit., p. 18.

256 Idêntica à dos tribunais judiciais de primeira instância (cfr. artigo 6.º, n.º 3, do ETAF), ou seja, 3 740,98 euros.

257 Igual à dos tribunais de relação (cfr. artigo 6.º, n.º 4, do ETAF), ou seja, 14 963,94 euros.

Desde logo, as competências do Ministério Público: nas acções relativas a contratos ou que visem efectivar a responsabilidade civil do Estado, o Ministério Público representa este (cfr. artigo 11.º, n.º 2, do CPTA).

Depois, a circunstância de o CPTA, no mesmo n.º 2 do artigo 11.º, autorizar que a representação das pessoas colectivas públicas e dos ministérios seja assegurada por consultores e técnicos superiores habilitados com a licenciatura em direito.

CAPÍTULO III

ACÇÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL

Leituras aconselhadas:

A) No domínio da legislação anterior à Reforma de 2002

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo,* IV Volume, *cit.*, pp. 109 a 261; COLAÇO ANTUNES, *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental,* Coimbra, 1989, pp. 143 e ss.; JOÃO CAUPERS, *A marcha do processo de recurso contencioso,* «in» ***Revista Jurídica***, n.°s 9-10, Janeiro/Junho de 1987, pp. 187 a 194; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção declarativa comum.* cit., p.53; IDEM, *Código de Processo Civil Anotado,* Volume 1.°, Coimbra, 1998 pp.256 a 260; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Impugnação de actos administrativo,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.° 16, Julho/Agosto 1999, pp. 11 a 15; IDEM, *Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa,* cit., pp. 1155 a 1187; MARCELLO CAETANO, *O interesse como condição de legitimidade no recurso directo de anulação* e *Sobre o problema da legitimidade das partes no contencioso administrativo português*, «in» *Estudos de Direito Administrativo,*

Lisboa, 1974, pp. 219 a 250 e 11 a 38; MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA, *Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução,* Lisboa, 1994, pp. 300 a 366 e 646 a 673; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Sobre a autoridade do caso julgado das sentenças de anulação de actos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1994; IDEM, *Utilidade da anulação contenciosa de actos administrativos,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 8, Março/Abril 1998, pp. 49 a 56; IDEM, *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Coimbra, 2002, Almedina, pp. 165 a 197; MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa. Das Fontes às Garantias*, Coimbra, 1998, pp. 666 a 672; MÁRIO TORRES, *A garantia constitucional do recurso contencioso,* «in» ***Scientia Iuridica***, tomo XXXIX, n.ºs 223/228, Janeiro-Dezembro 1990, pp. 36 a 49; NUNO MARQUES ANTUNES, *O Direito de Acção Popular no Contencioso Administrativo Português*, Lisboa, 1997; PAULO OTERO, *As garantias impugnatórias dos particulares no Código do Procedimento Administrativo*, «in» ***Scientia Iuridica***, tomo XLI, n.ºs 235/237, Janeiro-Junho 1992, pp. 58 a 62; PEDRO GONÇALVES, *Relações entre as impugnações administrativas necessárias e o recurso contencioso de anulação de actos administrativos,* Coimbra, 1996; ROBIN DE ANDRADE, *A acção popular no direito administrativo português,* Coimbra, 1967; RUI MACHETE, *Caso julgado (nos recursos directos de anulação)*, «in» *Estudos de Direito Público e Ciência Política,* Lisboa, 1991, pp. 270 a 292; IDEM, *Algumas notas sobre os interesses difusos, o procedimento e o processo*, «in» *Estudos em honra do*

Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa, 1994, pp. 151 a 181; RUI MEDEIROS, Anotação ao acórdão do STA-1 de 16 de Abril de 1998, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 13, Novembro/Dezembro 1998, pp. 37a 41; VASCO PEREIRA DA SILVA, *A natureza jurídica do recurso directo de anulação,* Coimbra, 1985; IDEM, *O recurso directo de anulação. Uma acção chamada recurso,* Lisboa, 1987; IDEM, *Para um contencioso administrativo dos particulares. Esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação,* Coimbra, 1989; IDEM, *Em busca do acto administrativo perdido,* cit., pp. 629 a 690.

B) No âmbito da Reforma de 2002

CARLA AMADO GOMES, *Dúvidas não metódicas sobre o processo de impugnação de normas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa,*** n.º 60, Novembro/Dezembro 2006, pp. 3 a 17; COLAÇO ANTUNES, *A acção de condenação e o direito ao acto,* «in» *Colóquio Luso-Espanhol – O Acto no Contencioso Administrativo. Tradição e Reforma*, Coimbra, 2005, pp. 215 a 236; JOÃO PACHECO DE AMORIM, *A substituição judicial da administração na prática de actos administrativos devidos,* «in» *Reforma do Contencioso Administrativo. Trabalhos Preparatórios. O Debate Universitário*, Ministério da Justiça, Novembro de 2000, pp. 377 e ss.; JOÃO RAPOSO, *A tramitação da acção administrativa especial,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 39, Maio/Junho 2003, pp. 14 e ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O novo modelo de impugnação judicial dos*

actos administrativos – tradição e reforma, «in» *Colóquio Luso-Espanhol – O Acto no Contencioso Administrativo. Tradição e Reforma*, Coimbra, 2005, pp. 189 a 212; IDEM, *A Justiça Administrativa,* cit., pp. 201 a 244; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *O recurso contencioso,* «in» *Reforma do Contencioso Administrativo. Trabalhos Preparatórios. O Debate Universitário*, Ministério da Justiça, Novembro de 2000, pp. 125 e ss.; IDEM, *O incumprimento do dever de decidir,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 54, Novembro/Dezembro 2005, pp. 6 a 32; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O acto administrativo e as formas de processo no novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos.* «in» *Colóquio Luso-Espanhol – O Acto no Contencioso Administrativo. Tradição e Reforma*, Coimbra, 2005, pp. 143 a 168; IDEM, *Considerações em torno do conceito de acto administrativo impugnável,* «in» *Estudos em Homenagem do Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra, 2006, pp. 259 a 293; IDEM, *O novo regime...,* cit., pp. 133 a 241; MÁRIO JORGE LEMOS PINTO, *Impugnação de Normas e Ilegalidade por Omissão (no contencioso administrativo português)*, Coimbra, 2008; PAULO OTERO, *A impugnação de normas no anteprojecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 22, Julho/Agosto 2000, pp. 45 e ss.; IDEM, *A impugnação de normas*, «in» *Reforma do Contencioso Administrativo. Trabalhos Preparatórios. O Debate Universitário*, Ministério da Justiça, Novembro de 2000, pp. 135 e ss.; RUI MACHETE, *A condenação à prática do acto devido – algumas questões*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 50, Março/Abril 2005, pp. 3 a 8; VASCO PEREIRA DA SILVA, *"O nome e a coisa" – A acção chamada recurso de anulação e a reforma do*

contencioso administrativo, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 22, Julho/Agosto 2000, pp. 36 e ss.

135. Fundamento e natureza

A acção administrativa especial herda, como se disse, as tradições do antigo recurso contencioso de anulação, muito embora o legislador tenha tentado repudiar a parte dessa herança que incluía aquilo que de mais negativo aquele meio processual representava, isto é, uma certa ideia de que a destruição jurídica de um acto administrativo, eventualmente complementada por medidas de execução — as mais das vezes de eficácia bastante duvidosa — bastava à tutela judicial dos interesses daqueles que se consideravam lesados pela administração pública. Por esta razão, não acompanhámos a sistematização do CPTA, optando por estudar a acção administrativa especial antes da acção administrativa comum. Seguindo, aliás, a nossa ideia de que a acção administrativa especial será o mais comum da nova justiça administrativa.

A compreensão da acção administrativa especial torna-se mais fácil quando olhamos para os pedidos que ela pode veicular e os comparamos com aqueles que utilizam a acção administrativa comum como meio processual. A comparação do artigo 37.º com o artigo 46.º do CPTA aponta claramente o critério distintivo:

a) Aquilo que existe de comum aos pedidos que utilizam como meio processual a acção administrativa comum é a circunstância de eles serem de uma natureza tal que, considerados em abstracto, poderiam ser dirigidos contra qualquer particular – reconhecer uma qualidade ou uma

situação jurídica do autor, pagar uma quantia, entregar uma coisa, adoptar ou omitir uma conduta material, executar um contrato;

b) Ao contrário, a acção administrativa especial veicula pedidos que, por se reportarem a comportamentos jurídicos, ou às respectivas omissões, estão intimamente ligados ao estatuto competencial da Administração Pública, não sendo concebível que se pudessem dirigir contra particulares; um particular não pode praticar – nem, evidentemente, omitir — actos administrativos ou regulamentos, comportamentos jurídicos que pressupõem a titularidade de poderes públicos, que somente podem pertencer às entidades empenhadas na prossecução de actividade administrativa pública[258].

Por outro lado, os poderes que o tribunal administrativo utiliza quando decide contra a Administração Pública uma acção administrativa comum, precisamente porque são idênticos aos que o tribunal comum utiliza quando decide acções cíveis contra quaisquer cidadãos ou empresas, em nada perturbam a actividade administrativa pública: condenar o Estado a pagar uma indemnização não é diferente de condenar um cidadão a fazer o mesmo.

Inversamente, o tribunal administrativo, ao julgar procedente uma acção administrativa especial, vai interferir na actividade administrativa pública, podendo mesmo determinar a prática pela Administração de actos que esta gostaria de poder evitar. Percebe-se que, num modelo de justiça administrativa ainda muito marcado pela concepção francesa da mera revisão da legalidade dos actos administrativos através do

258 Preferimos a nossa formulação à de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, que acentua o exercício de poderes de autoridade pela Administração Pública – cfr. *O Novo Regime...*, cit., p.39.

recurso por excesso de poder, o "fantasma" da ofensa ao princípio da separação de poderes recomende certas precauções[259].

Compreende-se, também, por que razão o CPTA regula a acção administrativa especial, com todos os detalhes, ao passo que dedica uns escassos normativos à acção administrativa comum, remetendo o grosso da regulamentação desta, como se disse, para o Código de Processo Civil. Pode mesmo dizer-se que, existindo uma jurisdição administrativa, a acção administrativa especial não poderia deixar de lhe pertencer; todavia, a acção administrativa comum poderia, sem trair a lógica da dualidade de jurisdições, ser confiada aos tribunais comuns.

136. Pedidos

Através da acção administrativa especial podem dirigir-se ao tribunal administrativo dois tipos de pedidos:

a) *Impugnações*, com o objectivo de obter do tribunal a anulação ou a declaração da nulidade ou da inexistência jurídica de um acto administrativo ou a declaração da ilegalidade de uma norma regulamentar ou da sua omissão (cfr. artigo 46.º do CPTA, n.º 2, alíneas *a), c)* e *d)* do CPTA).

b) *Pedidos condenatórios*, com os quais se pretende obter do tribunal que obrigue um órgão da administração pública a praticar um acto administrativo legalmente devido [cfr. artigo 46.º do CPTA, n.º 2, alínea *b)*];

259 Como refere JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *a condenação da Administração em sede de acção para a prática de acto administrativo legalmente devido significa, ela também, como vimos, ainda uma forma de* jurisdição de controlo. *E é precisamente nessa medida que aquela condenação é compatível com o princípio constitucional da separação de órgãos e funções – Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa*, cit., p.1180.

Acompanhando a lei, iremos apreciar sucessivamente os pedidos relativos a actos administrativos – primeiro, a sua impugnação, depois, a condenação à sua prática – e, por último, os pedidos respeitantes a normas regulamentares.

137. Impugnação de actos administrativos

137.1. Noção

Uma impugnação tem sempre por finalidade a destruição daquilo que se impugna; tratando-se de impugnação judicial, o objectivo é conseguir uma decisão do tribunal que anule ou declare a nulidade ou a inexistência jurídica do acto administrativo impugnado, por se apresentar desconforme com as regras e princípios jurídicos que deveria respeitar ou resultar de uma vontade administrativa viciada (cfr. artigo 50.°, n.° 1, do CPTA).

137.2. Objecto da impugnação

137.2.1. O objecto da impugnação é sempre um acto administrativo. E, note-se, desapareceu a construção que fazia equivaler o indeferimento tácito a um acto administrativo (v. supra). A nova lei reconhece que o indeferimento tácito não é um acto administrativo: coerentemente, proíbe a respectiva impugnação contenciosa, estabelecendo como via processual adequada o pedido de condenação à prática de acto devido (cfr. artigos 51.°, n.° 4, e 67.°, n.° 1, alínea *a)*, do CPTA).

Mas o objecto da impugnação contenciosa não é um qualquer acto administrativo: somente aquele que possua determinadas características e que se encontre em certas condições.

O n.° 4 do artigo 268.° da CRP inclui no âmbito da tutela jurisdicional dos direitos e interesses legalmente protegidos *a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem.* Após o longo reinado da definitividade e da executoriedade, a lei fundamental, na revisão de 1989, veio introduzir o conceito de *lesividade* como fundamento da impugnabilidade judicial dos actos administrativos, abrindo caminho para aqueles que viram na alteração constitucional a morte ansiada do acto definitivo e executório.

Os defensores desta orientação nem sempre estavam de acordo quanto às respectivas consequências, que passavam pela caducidade por inconstitucionalidade superveniente do n.° 1 do artigo 25.° da LEPTA, pela necessidade de construção de um conceito de acto lesivo e, até, pelo fim do recurso hierárquico necessário[260]. No mínimo, e como se escreveu no Acórdão n.° 499/96 do Tribunal Constitucional, parece que *objectivamente considerada, a evolução normativa revela a troca de um entendimento formal e conceptualista do direito de acesso aos tribunais administrativos por uma visão material, assente numa ideia de justiça orientada teleologicamente (afectada à tutela de direitos ou interesses).*

Contra esta orientação continuou a pronunciar-se parte da jurisprudência do STA, podendo citar-se a propósito o Acórdão STA-P de 15 de Janeiro de 1997, sustentando o

260 Pode ter-se uma boa ideia da polémica doutrinária sobre este ponto — independentemente de se concordar ou não com o autor —, lendo as páginas que VASCO PEREIRA DA SILVA dedicou ao problema no seu *Em busca do acto administrativo perdido*, já citado, pp. 629 a 736. Vale também a pena ler os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.°s. 603/95, 115/96 e 499/96, publicados no ***Diário da República***, 2.ª Série, n.°s 63, de 14 de Março de 1996, pp. 3484 e ss., 105, de 6 de Maio de 1996, pp. 6002 e ss., e 152, de 3 de Julho de 1996, pp. 8092 e ss., respectivamente. Recomenda-se especialmente a leitura atenta do voto de vencida da Conselheira Professora Fernanda Palma no Acórdão n.° 115/96.

carácter necessário do recurso hierárquico interposto dos actos dos directores-gerais (o mesmo é dizer, o carácter não definitivo destes)[261]. Tratava-se, contudo, de jurisprudência instável, podendo citar-se, em sentido oposto, o Acórdão STA-1 de 12 de Dezembro de 1996, em cujo sumário se escreveu que *a partir da revisão constitucional de 1989 a recorribilidade contenciosa dos actos administrativos passou a aferir-se através da sua idoneidade para lesarem direitos ou interesses*[262].

137.2.2. A lei ordinária actual, mais precisamente os n.ºs 1 e 2 do artigo 51.º, o n.º 1 do artigo 52.º, o artigo 53.º e o n.º 1 do artigo 54.º do CPTA, procede à delimitação do círculo dos actos administrativos susceptíveis de impugnação judicial, em termos que possibilitam o desenho de um quadro que desenvolve e completa a previsão constitucional.

Em primeiro lugar, apenas são impugnáveis os *actos administrativos dotados de eficácia externa*, isto é, com capacidade para projectar os seus efeitos nas relações jurídicas que se estabelecem entre a Administração Pública e os particulares (ou entre pessoas colectivas públicas distintas ou, ainda, entre órgãos da mesma pessoa colectiva). Excluída fica – como sempre esteve — a impugnação judicial de comportamentos administrativos cujos efeitos se contenham no âmbito da entidade cujo órgão os adoptou.

Em segundo lugar, de entre esses actos são *especialmente* impugnáveis os *actos lesivos*, cujo conceito procurámos

261 Publicado com anotação de JOÃO PEDRO MIRANDA, nos ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 9, Maio/Junho 1998, pp. 39 a 47.

262 Cfr. ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 8, Março/Abril 1998, pp. 13 e ss.; cfr., no mesmo sentido, o Acórdão do STA-1 de 19 de Fevereiro de 1978, publicado nos ***Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo***, n.º 444, pp. 1531 e ss., bem como os acórdãos aí referenciados em anotação.

clarificar noutro lugar (v. supra). Não é claro o que seja um acto *especialmente* impugnável: é possível que o legislador, expressando-se de forma pouco correcta, tenha querido significar que a impugnabilidade é especialmente assegurada – por ser particularmente relevante — quando o acto a impugnar seja um acto lesivo.

Em terceiro lugar, a impugnabilidade do acto não depende da forma que este revista, como já dispunha a lei anterior e estabelece a própria CRP (cfr. artigo 268.º, n.º 4, e artigo 52.º, n.º 1, do CPTA). O facto de o acto administrativo integrar uma lei não impede a sua impugnação nos tribunais administrativos.

Em quarto lugar, a impugnabilidade do acto é também independente da respectiva eficácia, sendo suficiente para a admissibilidade da impugnação que a execução do acto se tenha iniciado ou que seja certo, ou muito provável, que a sua eficácia se virá a produzir (cfr. artigo 54.º do CPTA). Na verdade, se as consequências do acto já se fazem sentir, ou se é apenas questão do inevitável decurso do tempo para que tal suceda, compreende-se que a lei não force o lesado a aguardar passivamente a produção efectiva e plena dos efeitos jurídicos do acto para então, e somente então, possibilitar a sua impugnação, com o provável aumento dos danos que tal acarretaria[263].

Em quinto lugar, a circunstância de um acto administrativo não consubstanciar a decisão final de um procedimento administrativo (ou seja, o facto de se tratar de um acto interlocutório ou preparatório) não constitui obstáculo à sua impugnação – desde que, evidentemente, ele seja lesivo ou, pelo menos, tenha eficácia externa.

Em sexto lugar, também não obsta à impugnação de um acto praticado no exercício de uma actividade administrativa pública,

263 Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime...*, cit., pp. 168 a 170.

ou seja, de uma actividade regulada por normas de direito administrativo, a circunstância de o seu autor não ser um órgão de uma pessoa colectiva pública. A prevalência crescente de uma noção material de administração pública, que sublinhámos noutro lugar, em detrimento de uma noção orgânica, conduz a que a protecção jurisdicional administrativa não dependa da natureza pública das entidades sujeitas à justiça administrativa, mas da natureza pública da actividade desenvolvida, como claramente de corre do n.º 2 do artigo 51.º do CPTA.

Em sétimo lugar, o artigo 53.º do CPTA determina que a natureza meramente confirmativa do acto administrativo (ou seja, o facto deste se limitar a reiterar um acto administrativo anterior) somente obsta à sua impugnação quando o acto confirmado haja sido impugnado pelo mesmo interessado, ou lhe tenha sido notificado ou, ainda, quando haja sido objecto de publicação (neste último caso, apenas se a notificação ao interessado não fosse obrigatória).

Por último, a lei não estabelece qualquer exigência relativamente a uma hipotética impugnação administrativa prévia do acto que se pretende atacar judicialmente. Nem o artigo 51.º, nem o n.º 4 do artigo 59.º do CPTA, contém tal exigência (que, a existir, seria seguramente feita numa destas disposições). Em consequência, todos os actos administrativos com eficácia externa são susceptíveis de impugnação contenciosa[264]. Em todo o caso, não se veja nesta afirmação uma certidão de óbito de toda e qualquer impugnação administrativa necessária actualmente existente: tal óbito não resultará, cremos, do CPTA, mas poderá decorrer do juízo de constitucionalidade a que as normas estabelecendo tais impugnações deverão ser sujeitas.

264 Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime...*, cit., p. 142.

137.3. Causa de pedir

A causa de pedir são os factos em que assenta a alegada invalidade do acto administrativo, resultante da sua desconformidade com a lei ou da existência de vícios da vontade. Note-se a propósito que, como bem observa MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *é de entender que todas as possíveis causas de invalidade de que padeça um acto administrativo integram uma única causa de pedir, que se traduz na invalidade do acto*[265].

Por outras palavras: cada possível motivo para a invalidade do acto, cada "vício" do acto (v. supra) – na terminologia tradicional do contencioso administrativo português –, não é, em si, uma causa de pedir autónoma do processo de impugnação, antes integrando, conjuntamente com todos os outros possíveis motivos de invalidade, uma mesma e única causa de pedir.

137.4. Pressupostos processuais

Pressupostos processuais são *as condições que se têm de verificar para que o tribunal possa apreciar o pedido do autor*. Quando o tribunal procede à verificação dos pressupostos processuais – e deve fazê-lo logo no momento do recebimento da demanda – não é, ainda, para decidir se o autor tem ou não razão: é, apenas, para apurar se estão reunidas as condições que lhe permitem iniciar a apreciação do pedido daquele.

265 *O objecto do processo...*, cit., p. 7.

137.4.1. **Competência do tribunal**

O confronto dos artigos 24.º, 37.º e 44.º do ETAF possibilita uma conclusão muito simples: os pedidos de impugnação de actos administrativos são, em regra, da competência dos *tribunais administrativos de círculo.*

Exceptuam-se, integrando a competência do STA, os pedidos de impugnação de actos do Presidente da República, da Assembleia da República (e do seu Presidente), do Conselho de Ministros, do Primeiro-Ministro, do Tribunal Constitucional, do Tribunal de Contas (e dos respectivos Presidentes), do Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, do Presidente do Supremo Tribunal Militar, do Conselho Superior de Defesa Nacional, do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (e do seu Presidente), do Procurador-Geral da República, do Conselho Superior do Ministério Público e, ainda, os pedidos de impugnação de actos praticados no âmbito de processos eleitorais previstos no ETAF (Presidente e vice-presidentes do STA e Presidente e vice-presidentes dos TCA).

Quando, como sucede na grande maioria dos casos, a competência material pertença aos tribunais administrativos de círculo, a **competência territorial** é determinada através das seguintes regras:

1.ª Se o autor do acto impugnado integrar a administração regional autónoma, a administração autárquica ou a administração periférica comum do Estado (governadores civis e assembleias distritais), ou, ainda, outras entidades de âmbito local, pessoas colectivas de utilidade pública ou concessionários, o tribunal administrativo de círculo territorialmente competente é aquele que corresponder geograficamente à sede do autor do acto administrativo impugnado (cfr. artigo 20.º, n.ºs 1 e 2 do CPTA);

2.ª Relativamente aos restantes actos administrativos cuja impugnação se faça nos tribunais administrativos de círculo, nomeadamente os actos da autoria de órgãos da administração directa do Estado ou de entidades que integrem a administração indirecta deste, o tribunal territorialmente competente é o da residência habitual ou da sede do autor ou da maioria dos autores (cfr. artigo 16.º do CPTA).

137.4.2. **Legitimidade**

A **legitimidade activa**, isto é, a legitimidade para impugnar actos administrativos, encontra-se regulada no artigo 55.º do CPTA. Podemos repartir os casos de legitimidade activa por quatro grupos:

a) A legitimidade dos titulares de interesse directo e pessoal, isto é, a legitimidade de quem houver sido lesado nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos[266], e das pessoas colectivas públicas e privadas, relativamente à defesa dos interesses que a lei tenha colocado a seu cargo [cfr. alíneas *a)* e *c)* do n.º 19];

b) A legitimidade do Ministério Público (cfr. alínea *b)* do n.º 1) – é o exercício da *acção pública*;

c) A legitimidade dos titulares de interesses difusos e dos eleitores de órgãos das autarquias locais em que se encontrem recenseados (alínea *f)* do n.º 1, n.º 2 do artigo 55.º e n.º 2 do artigo 9.º) – é o exercício da *acção popular*;

d) A legitimidade que decorre da pertença a uma pessoa colectiva pública, reconhecida a cada órgão desta para

266 *Interessado* é aquele que pode e espera obter um benefício com a destruição dos efeitos do acto impugnado; esse interesse é *directo*, quando se repercute imediatamente e *pessoal*, quando tal repercussão ocorre na esfera jurídica do próprio impugnante.

impugnar os actos praticados por outros órgãos da mesma pessoa colectiva que contendam com os interesses cuja satisfação a esta caiba promover, e a que decorre da presidência de um órgão colegial, para impugnar os actos praticados por este órgão (cfr. alíneas *d)* e *e)* do n.° 1).

Justificam-se ainda duas observações a propósito da legitimidade activa.

A primeira serve para acentuar que a intervenção do interessado no procedimento administrativo em que o acto tenha sido praticado apenas constitui presunção de legitimidade para a respectiva impugnação (cfr. artigo 55.°, n.° 3, do CPTA). Vale isto por dizer que a intervenção de um particular num procedimento administrativo não serve, *ipso facto*, para legitimar a autoria de eventual impugnação judicial de um acto praticado no âmbito desse procedimento, uma vez que a presunção pode ser ilidida.

A segunda observação destina-se a sublinhar que se mantém a possibilidade de perda da legitimidade activa devido ao comportamento do interessado: é o que sucede quando este aceitou, expressa ou tacitamente, o acto praticado, conforme resulta do disposto no artigo 56.°, n.°s 1 e 2, do CPTA.

No que toca à **legitimidade passiva**, isto é, à determinação daquele contra quem é dirigido o pedido de impugnação, as regras gerais, constantes dos n.°s 2 e 3 do artigo 10.° do CPTA, admitem várias possibilidades[267]:

— o pedido de impugnação deve ser dirigido contra a pessoa colectiva em cujo âmbito o acto foi praticado, se não tiver sido o Estado (um município, um instituto público, uma associação pública);

267 Os n.°s. 5, 6 e 7 do artigo contemplam casos particulares de legitimidade passiva.

— no caso de se tratar da pessoa colectiva Estado, o pedido de impugnação deve ser dirigido contra o ministério no âmbito do qual o acto administrativo haja sido praticado;

— no caso de se tratar de entidade administrativa independente destituída de personalidade jurídica, o pedido deve ser dirigido contra o Estado ou contra a pessoa colectiva pública em que o autor se integrar.

Regista-se, com aplauso, o facto de o legislador ter optado por não "castigar" o autor do pedido, se este, porventura mal informado ou distraído, tiver indicado como réu na demanda o órgão que praticou o acto administrativo (e não a entidade pública ou o ministério): em tal caso, o pedido ter-se-á como dirigido contra a pessoa colectiva pública a que o órgão pertence — ou, se se tratar do Estado, contra o ministério no âmbito do qual se integrar o autor do acto (cfr. o n.° 4 do artigo 10.°). A pior tradição portuguesa teria mandado "punir" o equívoco com a sanção da ilegitimidade passiva, por via da qual se sacrificaria a realização da justiça ao comodismo judicial.

Note-se que a lei manteve a legitimidade passiva nos processos de impugnação de actos administrativos dos chamados *contra-interessados*, isto é, das pessoas a quem o procedimento do pedido de impugnação possa prejudicar ou que tenham legítimo interesse na manutenção do acto impugnado, obrigando o autor do pedido de impugnação a demandar também essas pessoas (cfr. artigo 57.° do CPTA). Compreende-se facilmente porquê: se aos titulares de interesses opostos aos do impugnante não fosse possibilitada a intervenção no processo, então a decisão judicial que viesse a considerar procedente o pedido não poderia produzir efeitos em relação àqueles, sob pena de grave ofensa

do princípio do contraditório. A única forma de assegurar a plena eficácia à sentença é garantir que os contra-interessados possam intervir no processo de impugnação[268].

137.4.3. **Oportunidade**

Este pressuposto processual, limitando no tempo a impugnabilidade judicial de actos administrativos, não opera quando o impugnante sustenta a inexistência jurídica ou a nulidade do acto impugnado: na verdade, estas podem ser suscitadas sem dependência de qualquer prazo, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 58.º do CPTA.

Somente quando o impugnante funda o seu pedido na anulabilidade do acto administrativo, pretendendo a respectiva anulação judicial, é que se pode suscitar a questão da inoportunidade do pedido.

Os prazos que devem ser respeitados nos pedidos de impugnação de actos administrativos anuláveis constam do n.º 2 do artigo 58.º do CPTA:

— o Ministério Público dispõe de um prazo de *um ano*;

— os demais impugnantes dispõem de um prazo de *três meses* (mais um do que na lei anterior).

Note-se, contudo, que o prazo de que dispõe o Ministério Público pode ser estendido a outros impugnantes, sempre que se verifique uma das circunstâncias previstas no n.º 4 do artigo 58.º:

a) Quando o erro do impugnante quanto ao prazo de que dispunha para a impugnação tenha sido induzido pela administração pública;

268 Cfr. JOÃO RAPOSO, *Os pressupostos processuais no nóvel Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, «in» *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Coimbra, 2004, p. 195.

b) Quando o atraso do impugnante seja considerado desculpável, devido à complexidade do quadro legal ou à identificação ou qualificação do objecto da impugnação;

c) Quando haja ocorrido uma situação de justo impedimento.

Quer-nos parecer que, neste ponto, o legislador foi longe demais. Da leitura da lei fica-nos uma dúvida e uma certeza.

A dúvida consiste em saber que aplicação farão os tribunais administrativos da disposição em causa: uma aplicação timorata, que, tendo presente que caberá ao impugnante invocar e provar as circunstâncias ali previstas, propenderá para nunca considerar satisfatória tal prova, ou uma aplicação generosa, que tenderá a converter o prazo de um ano no prazo normal de impugnação?

A certeza é a de que o legislador optou por uma solução que faz o que de pior se pode fazer a um prazo garantístico: torna-o incerto. A segurança jurídica recomenda, em nosso entender, que os prazos para a utilização das garantias judiciais dos particulares, mais longos ou menos longos, sejam certos e incontroversos[269].

Às nossas críticas escapa a invocação do justo impedimento, uma vez que este se encontra regulado no artigo 146.º do Código de Processo Civil, existindo sobre ele ampla e variada jurisprudência, o que, naturalmente, reduz a margem de incerteza na sua apreciação[270].

269 Cfr., em sentido oposto, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime...*, cit., p. 175.

270 Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*. Volume 1.º, Coimbra, 1999, pp. 256 a 260.

O CPTA contém também regras aplicáveis à contagem dos prazos: o artigo 58.°, n.° 3, remete para o regime constante do Código de Processo Civil e o artigo 59.° dispõe relativamente ao início da contagem dos prazos. O n.° 4 deste artigo merece uma referência especial, na justa medida em que derroga o n.° 2 do artigo 164.° e o n.° 3 do artigo 170.°, ambos do CPA: ao contrário do que aqui se preceitua, todos os meios de impugnação administrativa, ainda que hajam de ser qualificados como facultativos, suspendem o prazo de impugnação contenciosa.

138. Condenação à prática de acto administrativo devido

138.1. Pedido

O objecto do processo é a pretensão do interessado a ver praticado um acto administrativo que, nos termos da lei, deveria tê-lo sido, porque a sua omissão ou recusa afectou negativamente direitos subjectivos ou interesses legítimos. O pedido apresenta natureza condenatória: o interessado pede ao tribunal que condene a entidade administrativa a que pertence o órgão com competência para praticar um certo acto e sobre quem impende o dever legal de o fazer, mas que recusou ou omitiu tal prática, a praticá-lo (cfr. artigo 66.° do CPTA).

Faz sentido recordar aqui o que se afirmou noutro ponto: a delimitação do conceito de acto administrativo devido não pode ignorar que o juiz administrativo não tem por missão controlar o mérito ou a oportunidade da actuação administrativa pública, apenas lhe cabendo julgar do cumprimento pela Administração Pública das normas e princípios jurídicos a que deve obediência.

Significa isto que a determinação daquilo que se haverá de considerar legalmente *devido* pela Administração Pública há-de emergir da análise dos elementos discricionários e vinculados da decisão administrativa: *devida* será sempre uma resposta do órgão competente ao requerimento do particular, seja ela favorável ou desfavorável; mas *devida* será apenas a prática de um acto cujo conteúdo seja determinado pelas vinculações legais que parametrizem tal prática[271].

138.2. Causa de pedir

A causa de pedir consiste na recusa ilegal da Administração Pública em praticar o acto ou na omissão, também contrária à lei, de tal acto.

138.3. Pressupostos processuais

138.3.1. **Competência do tribunal**

Vale aqui, *mutatis mutandis*, o que dissemos relativamente aos pedidos de impugnação de actos administrativos.

138.3.2. **Legitimidade**

O artigo 68.° do CPTA regula a **legitimidade activa** para estes pedidos. Dispõem dela:

a) Aqueles que invoquem a titularidade de um direito ou interesse legalmente protegido dirigido à prática do acto (cfr. alínea *a)* do n.° 1);

b) As pessoas colectivas públicas e privadas, relativamente à defesa dos interesses que a lei tenha colocado a seu cargo (cfr. alínea *b)* do n.° 1);

271 Cfr. RUI MACHETE, *A condenação à prática do acto devido – algumas questões*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.° 50, Março/Abril 2005, pp. 5-6.

c) O Ministério Público (cfr. alínea *c)* do n.º 1), somente quando o dever de praticar o acto decorra directamente da lei e a recusa ou omissão agrida direitos, interesses ou valores muito relevantes, enunciados nessa disposição legal;

d) Os titulares de interesses difusos (cfr. alínea *d)* do n.º 1 e n.º 2 do artigo 9.º do CPTA).

Quanto à **legitimidade passiva**, nada há a acrescentar ou a alterar à referência, feita no contexto dos pedidos de impugnação, às regras dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 10.º do CPTA.

138.3.3. **Oportunidade**

A lei fixa dois prazos diversos, aplicáveis a distintas circunstâncias:

a) Tratando-se de um caso de indeferimento de um pedido do interessado, ou seja, de recusa do órgão administrativo em praticar um acto, o prazo para propor a acção é idêntico — como faz todo o sentido — ao prazo de impugnação judicial, isto é, de *três meses* (cfr. n.º 2 do artigo 69.º do CPTA);

b) Tratando-se de uma omissão – o órgão administrativo não recusou a prática do acto, mas também não o praticou – o prazo para propor a acção é de *um ano*, a contar do termo do prazo legal para a prática do acto ilegalmente omitido[272] (cfr. n.º 1 do artigo 69.º).

Note-se que este prazo coincide com o que a antiga LEPTA estabelecia para a impugnação contenciosa do indeferimento tácito [cfr. artigo 28.º, n.º 1, alínea *d)*].

272 Este prazo é, salvo o disposto em lei especial, de 90 dias (cfr. artigo 109.º, n.º 2, do CPA).

138.3.4. **Pressuposto processual específico**

O pedido de condenação à prática do acto administrativo devido somente pode ser formulado quando se verifique uma das circunstâncias previstas no n.º 1 do artigo 67.º do CPTA:

a) Quando o órgão competente para a prática do acto sobre quem impendesse o dever legal de o praticar não o tenha feito dentro do prazo legalmente estabelecido;

b) Quando a prática do acto devido tenha sido recusada pelo órgão competente;

c) Quando o órgão competente para a prática do acto tenha recusado a apreciação de requerimento dirigido à sua prática.

Note-se que a lei, ao prever estas três circunstâncias, teve presente que o órgão administrativo competente *tem sempre o dever de tomar uma decisão*, tendo, sempre, a obrigação de se pronunciar sobre os requerimentos dos interessados[273]. Mas isto não significa, evidentemente, *que tenha sempre o dever de decidir favoravelmente* o pedido do interessado.

Na realidade, o dever que recai sobre o órgão competente para decidir é o de tomar uma decisão que respeite todas as vinculações absolutas (v. supra) – forma, formalidades, fim, etc. — e que concretize suficientemente as vinculações tendenciais decorrentes dos princípios constitucionais condutores da actividade administrativa – igualdade, imparcialidade, proporcionalidade, boa fé, etc. É apenas isto que o tribunal administrativo pode sindicar, porque é somente isto que é *legalmente devido*. E é apenas a isto que o tribunal pode condenar a Administração Pública.

273 Com a excepção constante do n.º 2 do artigo 9.º do CPA.

Em nosso entender, é este o sentido da regra fundamental do n.º 2 do artigo 71.º do CPTA: para um acto administrativo com um conteúdo específico ser *devido* é indispensável que a lei permita afastar, como ilegal, todo e qualquer acto de conteúdo diverso. No caso, que é o mais comum, de tal não ser possível, subsistindo duas ou três ou dez ou cem possibilidades de conteúdo para o acto administrativo, todas conformes à lei, todas igualmente respeitadoras das vinculações legais, então o mais que o tribunal pode considerar *devido* é o cumprimento pela Administração de tais vinculações[274].

139. Impugnação de normas e declaração de ilegalidade por omissão

139.1. Objecto, pedido e causa de pedir

Na impugnação de normas, o objecto do processo é constituído por normas regulamentares – na terminologia da lei, *normas emanadas ao abrigo de disposições de direito administrativo* (artigo 72.º, n.º 1, do CPTA). Normas que o impugnante considera contrárias à lei (excluindo as normas que contrariem as leis referidas no n.º 1 do artigo 281.º da CRP pois, neste caso, a declaração de ilegalidade é da competência do Tribunal Constitucional).

274 Recomenda-se vivamente a leitura das páginas 9 a 13 do escrito de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O objecto do processo...*, já citado, em que o autor – que o é também, em larga medida, da própria lei – dilucida a ideia de *acto devido*, tendo como pano de fundo o balanço entre discricionaridade e vinculações.

O pedido da impugnação de normas é a declaração da ilegalidade destas; a causa de pedir é a alegada contradição material de tais normas com uma lei — nomeadamente com a lei regulamentada, no caso dos regulamentos de execução —, ou aofensa das normas legais aplicáveis ao procedimento de produção do regulamento (cfr. artigo 72.º, n.º 1, segunda parte, do CPTA).

No processo de declaração de ilegalidade por omissão o objecto é a pretensão do interessado a ver qualificada, pelo tribunal, uma situação como ilegal, devido à omissão das normas regulamentares necessárias para tornar exequíveis normas legais que, sem tal regulamentação, não podem ser aplicadas. O pedido é, evidentemente, que o tribunal declare a existência da omissão e fixe um prazo para ela ser suprida[275]; a causa de pedir consiste na suposta contradição entre tal omissão e a lei (cfr. artigo 77.º, n.º 1, do CPTA).

139.2. Pressupostos processuais

139.2.1. Competência do tribunal

No caso de a norma regulamentar impugnada (ou omissa) ser da autoria (ou da competência) de uma das autoridades mencionadas na alínea *a)* do n.º 1 do artigo 24.º do ETAF, o processo deve ser instaurado no STA. Estão nestas condições, nomeadamente, os regulamentos aprovados por decreto regulamentar, por resolução do Conselho de Ministros e por portaria.

Nos restantes casos, o processo deve ser instaurado num tribunal administrativo de círculo.

275 Sobre a natureza deste pedido, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime...*, cit, pp. 239 a 241.

139.2.2. **Legitimidade**

Dispõem de legitimidade para a impugnação de normas regulamentares, nos termos do artigo 73.º do CPTA:

a) Qualquer pessoa ou entidade que *seja prejudicada pela aplicação da norma, ou venha previsivelmente a sê-lo em momento próximo*;

b) O Ministério Público.

No que respeita ao pedido de declaração de ilegalidade por omissão (cfr. artigo 77.º do CPTA), a legitimidade activa pertence:

a) A qualquer pessoa ou entidade que alegue que a omissão a prejudica directamente;

b) Aos titulares de interesses difusos (cfr. o n.º 2 do artigo 9.º do CPTA);

c) Ao Ministério Público.

139.2.3. **Oportunidade**

A lei não estabelece qualquer prazo de caducidade para nenhum destes pedidos (cfr. artigo 74.º do CPTA).

139.2.3. **Pressuposto processual específico da impugnação de normas regulamentares**

Quando o autor não seja o Ministério Público e a norma regulamentar não seja directamente exequível (isto é, independente de um acto administrativo ou jurisdicional de aplicação) a lei exige, como condição de procedibilidade, que *a aplicação da norma tenha sido recusada por qualquer tribunal, em três casos concretos, com fundamento na sua ilegalidade* (cfr. artigo 73.º do CPTA).

139.3. Efeitos da decisão

Nos processos de impugnação de normas regulamentares, a decisão do tribunal que dê razão ao autor pode ter dois tipos de efeitos:

a) Quando o autor é um interessado, a norma for directamente exequível e a respectiva aplicação não tenha sido recusada, com fundamento na sua ilegalidade, por qualquer tribunal, em três casos concretos, os efeitos da sentença apenas se projectam no âmbito do respectivo processo (cfr. artigo 73.º, n.º 2, do CPTA);

b) Sempre que o impugnante é o Ministério Público ou quando, tratando-se de particular interessado, a aplicação da norma tiver sido recusada, com fundamento na sua ilegalidade, por qualquer tribunal, em três casos concretos, a sentença que declara a ilegalidade da norma tem *força obrigatória geral.*

O artigo 76.º esclarece os efeitos desta declaração, que tem o seu modelo, herdado da lei anterior, na CRP. O que de mais característico existe nesta força obrigatória geral é, por um lado, a retroactividade, sendo a norma eliminada da ordem jurídica desde o momento em que foi editada (não era assim na lei anterior, pois o n.º 1 do artigo 1.º do antigo ETAF dispunha que a declaração de ilegalidade somente produzia efeitos *a partir do trânsito em julgado*); por outro lado, o chamado *efeito repristinatório*, ou seja, a circunstância de tal eliminação ter como consequência o "renascimento" da norma regulamentar que havia sido revogada e substituída pela norma que o tribunal declarou ilegal (cfr. artigo 76.º, n.º 1, do CPTA)[276].

276 O que se compreende facilmente, se se recordar o que noutro local dissemos quanto à impossibilidade legal de revogar um regulamento sem o substituir por outro: existe uma espécie de "horror" ao vácuo regulamentar, que torna inviável qualquer acto ou efeito desregulamentador.

No que à declaração de ilegalidade por omissão respeita, a sentença favorável ao autor tem o efeito de obrigar a entidade com competência regulamentar, dentro do prazo fixado pelo tribunal, mas nunca inferior a seis meses, a editar as norma regulamentares em falta (artigo 77.°, n.° 2, do CPTA).

140. Tramitação

140.1. Noção. Fases do processo

A *marcha* ou *tramitação* do processo designa a análise cronológica do evoluir do mesmo. Essa análise faz-se decompondo o processo em *fases*, isto é, etapas, durante cada uma das quais se produzem certos acontecimentos orientados por um certo propósito.

140.2. Fase dos articulados

Na fase inicial do processo, ou *fase dos articulados* o propósito fundamental é o esclarecimento das posições das partes através da troca de documentos escritos[277].

O primeiro desses elementos, que inicia formalmente o processo (ou a *instância*, visto que insta o tribunal a dirimir o litígio[278]), tem a designação de *petição inicial*. Esta deve conter diversos elementos – especificados no n.° 2 do artigo 78.° do CPTA – e ser acompanhada de vários documentos – exigidos pelo artigo seguinte — de entre os quais se destaca a procuração forense, comprovativa do patrocínio judiciário.

277 A definição de articulado consta do n.° 1 do artigo 151.° do Código de Processo Civil.

278 *Instância* é nome que se dá à relação jurídica que se estabelece entre o autor e o tribunal.

A secretaria do tribunal promove[279] a citação do réu e dos contra-interessados, se os houver, para contestarem, para o que dispõem de um prazo de *trinta dias* (cfr. artigo 81.°, n.° 1, do CPTA). A citação é, nas palavras de JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *o acto fundamental de comunicação entre o tribunal e o réu, com a tripla função de transmissão de conhecimento, de convite para a defesa e de constituição do réu como* parte[280]. Note-se que a citação é um acto que deve ser feito nas pessoas dos citados, normalmente por via postal, salvo se os contra-interessados forem em número superior a vinte, caso em que a citação pode ser feita através da publicação de anúncio (cfr. artigo 82.° do CPTA). A não ser que o autor seja o próprio Ministério Público, a secretaria do tribunal deve também fornecer ao representante deste cópia da petição inicial e dos documentos que a instruem (cfr. artigo 85.°, n.° 1, do CPTA).

O articulado que responde à petição inicial recebe o nome de *contestação* (cfr. artigo 81.° do CPTA). Nesta deve o réu responder ao autor, juntando os documentos probatórios dos factos por si referidos (cfr. artigo 83.°, n.° 1, do CPTA).

Note-se que a eficiente defesa das posições do réu reclama que este não só apresente a sua contestação, mas também que nesta proceda à *impugnação* dos factos invocados pelo autor, ou seja, que contrarie, um por um, todos esses factos. Se o réu não contestar, ou, fazendo-o, não impugnar algum dos factos invocados pelo autor, quais são as consequências?

279 Tal como no processo civil, sem despacho liminar do juiz.

280 *A acção declarativa comum, cit.*, p. 53.

O n.º 4 do artigo 83.º nega a tais omissões aquilo que se costuma designar por *efeito cominatório pleno*, dispondo que elas não importam confissão dos factos articulados pelo autor (o que sucede em muitas acções cíveis, nomeadamente nas acções de dívida). Naturalmente que, muito embora essas omissões não impliquem a confissão do réu, este sairá prejudicado, uma vez que o tribunal *aprecia livremente essa conduta para efeitos probatórios*, como refere o mesmo preceito.

Como já antecipámos noutro local, o réu deve enviar ao tribunal, com a contestação ou dentro do respectivo prazo, *o original do processo administrativo, quando exista, e todos os demais documentos respeitantes à matéria do processo de que seja detentora* (cfr. artigo 84.º, n.º 1, do CPTA). A lei (n.º 4 do mesmo artigo) estabelece consequências sérias para o incumprimento deste dever.

Em circunstâncias normais, não existem mais articulados no processo. Todavia, ocorrendo circunstâncias especiais, como a superveniência de factos constitutivos, modificativos ou extintivos, podem ser apresentados novos articulados, nos termos do artigo 86.º do CPTA.

140.3. Fase da condensação

Com a entrada na fase da condensação, o centro de gravidade do processo passa das partes para o juiz. A *condensação* do processo consubstancia-se num conjunto de operações conduzidas pelo tribunal, cujo objectivo é introduzir no processo uma racionalidade acrescida, clarificando aquilo que tem de ser feito para resolver bem o litígio. Aqui se inclui o *saneamento* do processo, espécie de "operação de limpeza", de que deve resultar o apuramento daquilo que importa decidir. Trata-se, no essencial, *de decidir se o processo deve ser terminado nesse momento ou se deve prosseguir até final.*

A decisão de dar o processo por concluído pode resultar de dois circunstancialismos diversos e, de alguma forma, opostos:

a) Pode suceder que o juiz considere existir alguma questão daquelas que *obstem ao conhecimento do objecto do processo* (cfr. artigo 87.º, n.º 1, alínea *a)*, do CPTA), questões essas que se encontram exemplificativamente enumeradas no n.º 1 do artigo 89.º [281];

b) Ou pode acontecer que o juiz considere que se encontram já reunidas as condições necessárias para tomar uma decisão de mérito (ou de fundo), decidindo os pedidos formulados no processo, ou alguns deles (cfr. artigo 87.º, n.º1, alínea *b)* do CPTA).

Verificando-se a primeiro circunstancialismo, podem ocorrer duas possibilidades:

— ou a anomalia tem natureza essencialmente formal – o autor não indica o estado civil na petição inicial, por exemplo – e é possível o *aperfeiçoamento* do processo, isto é, a correcção da anomalia, seja oficiosamente, pelo próprio juiz (cfr. artigo 88.º, n.º 1, do CPTA), seja através de convite dirigido ao autor para que proceda à correcção necessária (cfr. artigo 88.º, n.º 2);

— ou a anomalia tem uma natureza tal que a sua correcção não é possível – o autor carece de legitimidade activa,

281 Note-se que, nos termos do n.º 2 do artigo 87.º do CPTA, a decisão do juiz que resolva uma destas questões tem efeito preclusivo, isto é, não pode ser reapreciada em momento posterior; identicamente, o facto de uma dessas questões não haver sido suscitada e decidida no âmbito do saneamento do processo obsta a que venha a sê-lo posteriormente.

por exemplo — e o tribunal dá o processo por terminado, absolvendo o réu da instância (cfr. artigo 89.°, n.°s 1 e 2, do CPTA)[282].

Note-se que o réu também é absolvido da instância quando o autor, tendo sido convidado a aperfeiçoar a petição, o não faça no prazo legalmente estabelecido (cfr. artigo 88.°, n.° 4, do CPTA).

Registe-se ainda que, numa atitude de favorecimento muito significativo da tomada de decisões de mérito, a lei concede ao autor, fora dos casos em que o juiz determina o aperfeiçoamento, a possibilidade de, após ter sido notificado da absolvição da instância, apresentar no tribunal uma nova petição inicial, desta feita respeitando integralmente as exigências legais. Esta nova petição considera-se apresentada na data da primeira, o que evita que possa vir a ser considerada extemporânea (cfr. artigo 89.°, n.° 2, do CPTA).

Esta possibilidade assume grande relevo nos pedidos de impugnação, quando a anomalia ocorrida tenha consistido na errada qualificação do objecto da impugnação – acto e não norma ou norma e não acto – ou quando o autor tenha identificado incorrectamente o acto administrativo impugnado (cfr. artigo 89.°, n.° 3, do CPTA). Na verdade, a história do contencioso administrativo acumulou um bom número de casos em que destes equívocos resultaram para os autores dos processos autênticas denegações de justiça,

282 A *absolvição da instância* é uma forma de pôr termo ao processo sem que o tribunal proceda à apreciação do pedido do autor, porque este não reúne as condições indispensáveis para ser apreciado; distingue-se da *absolvição do pedido*, que ocorre quando o tribunal, após ter apreciado o pedido do autor, conclui que ele não merece ser satisfeito.

responsáveis por algum défice de credibilidade da nossa jurisdição administrativa.

Na maior parte dos casos não ocorre nenhuma das circunstâncias referidas nas alíneas *a)* ou *b)* do n.° 1 do artigo 87.°: verifica-se, isso sim, a da alínea *c)*. O processo irá então prosseguir os seus termos para apuramento da matéria de facto.

140.4. A fase da instrução

O apuramento da matéria de facto faz-se através da *instrução* do processo; esta consiste na *recolha e tratamento da prova* (cfr. artigo 90.°, n.° 1, do CPTA)[283].

Sem preocupações de rigor, pode dizer-se que *prova* é tudo quanto pode servir para *demonstrar a verdade dos factos* alegados por qualquer das partes[284].

Em geral, as provas são oferecidas pelas partes, com o intuito de convencer o juiz da sua versão dos factos. No entanto, o juiz administrativo tem amplos poderes em matéria de produção de prova, podendo não só ordenar as diligências probatórias *que considere necessárias para o apuramento da verdade* (cfr. artigo 90.°, n.° 1, do CPTA), como rejeitar a utilização de meios de prova ou a realização de diligências probatórias que tenha por claramente desnecessárias (cfr. artigo 90.°, n.° 2).

283 Remetemos neste ponto para o que dissemos, noutro local, a propósito da instrução do procedimento administrativo.

284 Na legislação anterior à Reforma de 2002 subsistiam significativas e injustificadas limitações probatórias na instrução de muitos dos processos de recurso contencioso (meio processual que, como se disse, antecedeu a actual acção administrativa especial), que dificultavam, ou inviabilizavam mesmo, uma eficaz defesa do particular. A Reforma de 2002 pôs termo a essa situação, deixando a lei de incluir quaisquer restrições probatórias.

140.5. Fase de discussão e julgamento

140.5.1. Terminada a produção da prova, pode o juiz, por sua iniciativa ou a requerimento de qualquer das partes, considerar necessário proceder à realização de *uma audiência pública destinada à discussão oral da matéria de facto*, assim o determinando (cfr. artigo 91.°, n.°s 1 e 2, do CPTA). Esta audiência é, pois, de realização facultativa.

Não havendo lugar a audiência pública (ou, tendo-se realizado esta por iniciativa do juiz) e não tendo as partes renunciado à apresentação de alegações escritas, são então notificadas para alegar, se o desejarem, sucessivamente, em idêntico prazo de vinte dias, primeiro o autor, depois o réu — e os contra-interessados, se os houver (cfr. artigo 91.°, n.°s 3 e 4).

Juntas as alegações, se as partes as tiverem apresentado[285], o processo é enviado ao juiz (se houver de ser julgado por tribunal singular) ou ao relator (se o tribunal for colectivo). Neste último caso, se o relator a não dispensar, o enviado é também enviado para vista dos juízes-adjuntos (cfr. artigo 92.°, n.° 1, do CPTA).

O processo encontra-se então em condições de ser decidido. E sê-lo-á então, a menos que seja suscitado, nos termos do artigo 93.° do CPTA, o *reenvio prejudicial* para o STA.

285 Juntamo-nos a JOÃO RAPOSO no aplauso pelo fim da obrigatoriedade das alegações de parte: o § único do artigo 67.° do velho Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo estabelecia a consequência da deserção do recurso contencioso para a parte que não alegasse – ainda que o não tivesse feito por nada de novo ter a dizer. A mais elementar economia processual impunha a solução agora adoptada pelo legislador – cfr. *A tramitação da acção administrativa especial*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.° 39, Maio/Junho 2003, p. 21.

140.5.2. Note-se que o reenvio prejudicial – que é uma novidade absoluta da Reforma de 2002, claramente inspirada no direito da União Europeia – só pode ser desencadeado pelo juiz presidente de um tribunal administrativo de círculo quando estejam preenchidas as três condições referidas no n.° 1 do artigo 93.°:

a) Que se trate de *uma questão de direito nova*;

b) Que tal questão, pela sua complexidade, *suscite dificuldades sérias de decisão*;

c) Que essa questão seja de natureza tal que se admita poder *vir a ser suscitada noutros litígios*.

Mas não é suficiente. É ainda indispensável que o processo não seja urgente e que o STA não considere que *a escassa relevância da questão não justifica a emissão de uma pronúncia* (cfr. n.° 3 do artigo 93.°).

Considerando o STA verificadas todas as condições legais exigidas, a decisão do processo transita para este tribunal, devendo ser tomada no prazo de três meses, conforme dispõe o n.° 1 do artigo 93.°

A introdução do mecanismo do reenvio prejudicial na jurisdição administrativa tem uma leitura óbvia: destinou-se, de alguma forma, a compensar o STA da perda muito significativa de competências como tribunal de primeira instância em matéria de impugnação de actos administrativos. Não estamos certos que seja uma boa ideia, tudo dependendo da utilização que dela vier a ser feita.

140.5.3. Não sendo suscitado o reenvio prejudicial, o processo irá então ser decidido pelo juiz ou pelo juiz-relator e juízes adjuntos (ou, ainda, por todos os juízes do tribunal administrativo de círculo, no caso de o presidente, verificando-se os mesmos condicionalismos legais que

podem justificar o reenvio prejudicial, optar pelo exercício da faculdade que lhe confere a primeira parte do n.º 1 do artigo 93.º).

Na *sentença* – se o tribunal for singular – ou *acórdão* – se o tribunal for colectivo - deve o tribunal decidir *todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras, e não pode ocupar-se senão das questões suscitadas, salvo quando a lei lhe permita ou imponha o conhecimento oficioso de outras* (cfr. artigo 95.º, n.º 1, do CPTA).

Note-se que nos pedidos de impugnação o tribunal deve conhecer todas as causas de invalidade que tenham sido invocadas contra o acto impugnado e, ainda, identificar a existência de outras causas de invalidade diversas das invocadas (cfr. artigo 95.º, n.º 2, do CPTA).

O conteúdo da sentença ou acórdão deve respeitar o determinado pelo artigo 94.º do CPTA.

CAPÍTULO IV

ACÇÃO ADMINISTRATIVA COMUM

Leituras aconselhadas:

A) No domínio da legislação anterior à Reforma de 2002

BERNARDO AYALA, *A Tutela Contenciosa dos Particulares em Procedimentos de Formação dos Contratos da Administração Pública: Reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 14, Março/Abril 1999, pp. 23 e ss.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo,* Volume IV, *cit.*, pp. 279 a 300; ISABEL CELESTE FONSECA, *A Justiça Administrativa dos Contratos da Administração. Da (ainda) Ária de Inútil Precaução,* «in» ***Scientia Iuridica***, Maio-Agosto 2002, Tomo L, n.º 290, pp. 83 e ss.; JOÃO CAUPERS, *Imposições à Administração Pública,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 16, Julho/Agosto 1999, pp. 49 a 51; LUÍS FÁBRICA, *A acção para o reconhecimento de direitos e interesses legalmente protegidos,* separata do ***Boletim do Ministério da Justiça,*** Lisboa, 1987; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Algumas questões de contencioso dos contratos...,* cit.; IDEM, *A propósito do Decreto--Lei n.º 134/98, de 15 de Maio, e das alterações*

introduzidas ao regime do contencioso dos contratos da Administração Pública, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 11, Setembro/Outubro 1998, pp. 3 a 9; IDEM, *Contencioso dos contratos da Administração Pública,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 16, Julho/Agosto 1999, pp. 28 a 32; MARIA LÚCIA AMARAL, anotação ao acórdão do STA-1 de 26 de Outubro de 1997, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 12, Novembro/Dezembro 1998, pp. 31 e ss.; RUI MACHETE, *A garantia contenciosa para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido*, «in» *Estudos de Direito Público e Ciência Política,* pp. 423 a 441; RUI MEDEIROS, *Estrutura e âmbito da acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido*, «in» ***Revista de Direito e Estudos Sociais***, Ano XXXI,n.ºs 1/2, Janeiro-Junho 1989, pp. 1 a 102; IDEM, *Brevíssimos tópicos para uma reforma do contencioso da responsabilidade,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 16, Julho/Agosto 1999, pp. 33 a 40; VASCO PEREIRA DA SILVA, *A acção para o reconhecimento de direitos,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 16, Julho/Agosto 1999, pp. 41 a 48.

B) No âmbito da Reforma de 2002

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa,* cit., pp. 179 a 200; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 93 a 130; RUI MACHETE, *A acção para efectivação da responsabilidade civil extracontratual,* «in» *Reforma do Contencioso Administrativo. Trabalhos Preparatórios. O Debate Universitário*, Ministério da Justiça, Novembro de 2000, pp. 143 e ss.; VASCO PEREIRA DA SILVA, *"Era uma vez..." o contencioso da responsabilidade civil pública,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 40, Julho/Agosto 2003, pp. 60 a 69.

141. Pedido

A utilização da acção administrativa comum constitui a regra geral da jurisdição administrativa: tem lugar sempre que o CPTA ou outra legislação não determinem diversamente, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 37.º

O n.º 2 deste mesmo artigo enumera exemplificativamente os pedidos que podem ser processualmente veiculados através da acção administrativa comum:

a) Pedidos de simples apreciação, consubstanciados no reconhecimento de situações jurídicas subjectivas, de qualidades ou do preenchimento de condições – alíneas *a)* e *b)*;

b) Pedidos condenatórios – a pagar uma quantia, a entregar uma coisa ou a adoptar uma conduta material positiva ou omissiva – alíneas *c)* a *g)*, *h)*, terceira parte, e *i)*[286];

c) Pedidos constitutivos – alínea *h)*, primeira e segunda partes.

A acção administrativa comum é ainda utilizável para a composição judicial de litígios entre entidades públicas — alínea *j)*.

Registe-se que, não sendo a acção administrativa comum o meio processual indicado para a impugnação

286 Esta acção nunca pode ter por objecto a prática de um acto administrativo.

de actos administrativos (é a acção administrativa especial, como se viu), a lei permite, contudo, que naquela acção o tribunal possa, a título incidental (isto é, sem que tal constitua a finalidade primeira do processo), *conhecer da ilegalidade de um acto administrativo que já não possa ser impugnado* (cfr. artigo 38.º, n.º 1, do CPTA).

142. Pressupostos processuais

142.1. Competência

A competência para a acção administrativa comum pertence aos tribunais administrativos de círculo.

142.2 Legitimidade

Já analisámos, em geral, o problema da legitimidade na jurisdição administrativa. Para além daquilo que dissemos, acrescentamos aqui duas referências.

A primeira respeita à legitimidade activa nos casos em que o pedido do autor é de simples apreciação. Relativamente a estes pedidos, coloca-se o problema de determinar quando é que se considera justificado o recurso do interessado ao tribunal (se assim não fosse, todos se poderiam dirigir livremente aos tribunais para solicitar o reconhecimento das mais variadas realidades). Compreende-se, pois, que a lei exija que o autor, para poder ver apreciado pelo tribunal o seu pedido de reconhecimento de situações jurídicas subjectivas, de qualidades ou do preenchimento de condições, tenha que demonstrar ao tribunal que tem razões para se sentir, de alguma forma, ameaçado no seu interesse por aquele ou aqueles contra quem propõe a acção, pois somente assim se justificará a declaração judicial pretendida.

Por esta razão, o artigo 39.º manda aferir a legitimidade activa pela invocação da *utilidade ou vantagem imediata* própria na intervenção judicial, considerando que o autor só tem interesse em dirigir-se ao tribunal quando a intervenção deste se destina a pôr termo a uma situação de incerteza que o prejudica ou ao fundado receio de um dano causado por uma avaliação incorrecta, por parte da Administração Pública, da situação jurídica existente.

A segunda respeita às regras especiais de legitimidade activa nas acções relativas a contratos (a que se refere a alínea *h)* do n.º 2 do artigo 37.º do CPTA).

O artigo 40.º do CPTA inclui duas enumerações de circunstâncias que conferem legitimidade activa nas acções relativas a contratos[287]:

a) A enumeração do n.º 1 respeita às acções cujo pedido é o da invalidade, total ou parcial, do contrato;

b) A enumeração do n.º 2 refere-se às acções cujo pedido é da execução do contrato.

---

287 Note-se que, nos termos do artigo 825.º do Código Administrativo, somente os contraentes tinham legitimidade, activa e passiva, nas acções sobre contratos administrativos. Havia, é certo, quem entendesse que a velha disposição se encontrava derrogada (o que a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo nunca aceitou). Era o caso de BERNARDO AYALA, *A Tutela Contenciosa dos Particulares em Procedimentos de Formação de Contratos da Administração Pública: Reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 14, Março/Abril 1999, pp. 23. Sabemos hoje que PEDRO GONÇALVES partilha de tal entendimento, uma vez que escreveu que *o facto de o contrato administrativo ser um contrato de direito público é ou deve ser, por si só, título suficiente para que um terceiro, que considere o contrato lesivo da sua esfera jurídica, possa atacá-lo* directamente *num tribunal* ... – *O Contrato Administrativo*..., cit., p. 89.

A alargamento da legitimidade activa nas acções emergentes da contratação pública foi muito significativo e merece aplauso, pois reflecte uma ideia correcta: a de que a validade ou invalidade e o cumprimento ou incumprimento dos contratos que titulam relações jurídico-administrativas não pode ser vista como um questão exclusivamente entre as partes. Trata-se, na verdade, de instrumentos da prossecução de interesses públicos, pelo que as questões da sua validade e da sua execução podem afectar – e, por isso, dizem respeito — a muito mais gente.

No que respeita à legitimidade passiva, merece uma referência especial o n.º 3 do artigo 37.º do CPTA. Esta disposição torna possível a propositura de uma acção administrativa comum por um particular contra outro particular. Esta situação, que tem as suas origens no n.º 1 do artigo 86.º da antiga LEPTA, apresenta, contudo, um perfil diverso.

Por um lado, trata-se de um pedido principal, já não de um pedido acessório; por outro, a sua admissibilidade não resulta agora de um estratagema para iludir o "fantasma" do princípio da separação de poderes - que, em 1985, havia obstado a que um órgão da Administração Pública fosse intimado a adoptar ou a abster-se de um comportamento, surgindo a intimação do concessionário ou do particular como a alternativa possível. Na nova lei, desaparecido o "fantasma", com a possibilidade de obter a condenação da administração à prática de um acto administrativo, o disposto no n.º 3 do artigo 37.º do CPTA encontra justificação como forma de reacção daqueles que vêem os seus direitos ou interesses ameaçados: em face na inércia das entidades competentes para garantir o cumprimento de regras, actos administrativos ou contratos, por parte daqueles,

concessionários ou particulares, que ameacem violá-las, a lei devolve aos interessados a capacidade de reacção.

142.3. Oportunidade

A regra geral, constante do n.º 1 do artigo 41.º do CPTA, é a de que a acção administrativa comum pode ser proposta a todo o tempo, isto é, não está submetida a qualquer prazo de caducidade.

Exceptuam-se, porém, nos termos do n.º 2, os pedidos relativos à invalidade de contratos, cuja propositura está sujeita a um prazo de caducidade de *seis meses*, contado, para as partes, da data da assinatura do contrato, e para terceiros, da data do conhecimento do clausulado contratual. Trata-se de uma solução inovadora, compreensível em face do alargamento da legitimidade activa.

143. Tramitação

Conforme dispõe o n.º 1 do artigo 42.º do CPTA, a acção administrativa comum, segue, já o adiantámos, os termos do processo de declaração, tal como se encontram regulados no Código de Processo Civil. Também já dissemos como se determina o âmbito de aplicação das formas ordinária, sumária e sumaríssima.

CAPITULO V

PROCESSOS URGENTES

Leituras aconselhadas:

A) No domínio da legislação anterior à Reforma de 2002

CARLOS CADILHA, *Intimações,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 16, Julho /Agosto 1999, pp. 62 a 66; ISABEL CELESTE FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo* Administrativo, Coimbra, 2002, pp. 303 a 418; JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Relevo prático da "intimação para consulta de documentos" na garantia jurisdicional do direito à informação dos interessados,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 5, Setembro/Outubro 1997, pp. 50 a 57; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Prefácio a Ricardo Leite Pinto, cit.*, pp. XI a XXV; RICARDO LEITE PINTO, *Intimação para um comportamento. Contributo para o estudo dos Proce-dimentos Cautelares no Contencioso Administrativo*, Lisboa, 1995.

B) No âmbito da Reforma de 2002

CARLA AMADO GOMES, *Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias,* «in» *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão* Telles, Coimbra, Almedina, 2003, Volume V – Direito Público e Vária, pp. 541 a 577; IDEM, *Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias,* Anotação ao acórdão do STA de 18-11-2004, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n°.50, Março/Abril 2005, pp. 32 a 43; FERNANDO ALVES CORREIA, *Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efectiva,* «in» ***Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra***, Vol.LXXIX, 2003, pp. 75 a 83; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa,* cit,, pp. 245 a 273; PEDRO GONÇALVES, *Contencioso administrativo pré-contratual,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.° 44, Março/Abril 2004, pp. 3 a 11; IDEM, *Avaliação do regime jurídico do contencioso pré-contratual urgente,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.° 62, Março/Abril 2007, pp. 3 a 10; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...,* cit., pp. 269 a 288; SOFIA DAVID, *Das Intimações. Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos,* Coimbra, 2005, pp. 55 a 137 e 175 a 226.

144. Noção e fundamentos

A marcha da justiça não acompanha a rapidez da vida moderna. Nessa medida, o tempo judicial pode obstar à realização da justiça em tempo útil. Uma das formas de

tentar contrariar essa disfunção temporal é acelerar o tempo judicial quando as circunstâncias da vida reclamam uma justiça rápida. É o que acontece quando, num processo penal, o réu se encontra em prisão preventiva: a presunção de inocência exige que a privação da liberdade tenha a duração mais breve possível.

Na justiça administrativa também existem processos urgentes. E justificam-se por três ordens de razões diversas:

a) Porque estão em causa direitos dos mais relevantes das pessoas – são os casos da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias e da intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões;

b) Ou porque o litígio surge no decurso de um percurso que ainda não terminou e que não pode ser interrompido por muito tempo – são os casos das impugnações de actos administrativos em matéria eleitoral e de actos administrativos relativos à formação de certos contratos da Administração Pública;

c) Ou porque se corre o risco de a lenta marcha da justiça inutilizar a tutela judicial pretendida – é o que ocorre na chamada *tutela cautelar.*

Note-se que na legislação anterior se verificava uma identificação tendencial entre processos urgentes, meios processuais acessórios e tutela cautelar: os processos cautelares constituiam meios processuais acessórios e eram urgentes. Esta coincidência forçada era causa de algumas dificuldades, nomeadamente quando ao pedido de intimação para consulta de documentos, passagem de certidões e prestação de informações, em que se tornava difícil sustentar o carácter acessório.

A nova lei distingue claramente os processos urgentes – em que a causa da urgência não radica na intenção cautelar, mas na necessidade de, considerados outros factores, apressar a decisão judicial – e os processos cautelares - em que, aqui sim, está em causa a intenção de prevenir a ocorrência ou o agravamento dos danos, em resultado da previsível demora do processo judicial principal, razão da urgência[288].

Iremos começar pelas intimações, deixando para o capítulo subsequente a tutela cautelar.

145. Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias

145.1. Razão de ser

A intimação, designada por pedido de intimação antes da Reforma de 2002, consiste numa ordem dada pelo tribunal a alguém para que adopte, ou se abstenha de adoptar, um certo comportamento.

A intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias é uma novidade absoluta da Reforma de 2002, nada existindo de comparável no direito administrativo português anterior. Inspira-se, provavelmente, no recurso de amparo mexicano e no mandado de segurança brasileiro.

A ideia parece ser a de colocar à disposição dos interessados um meio rápido e flexível de obter tutela para um direito fundamental da espécie direitos, liberdades e garantias, ameaçado, no seu exercício em tempo útil, por um comportamento positivo ou omissivo da Administração Pública[289]. Pensemos, por exemplo, na proibição de uma manifestação para protestar contra a vinda a Lisboa de um chefe de Estado estrangeiro: a intimação da Administração poderá ser utilizada para assegurar que o direito de manifestação é exercido no dia pretendido pelos manifestantes, isto é, o próprio dia da chegada, e não em momento posterior, em que já não produzirá o mesmo efeito.

145.2. Pressupostos processuais

145.2.1. Competência do tribunal

A intimação é da competência do STA, quando a autoridade cuja intimação se requeira for uma das que se incluem na enumeração da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 24.º do ETAF; da competência dos tribunais administrativos de círculo, nos restantes casos.

145.2.2. Legitimidade

A **legitimidade activa** para o pedido de intimação pertence a quem quer que necessite de tutela judicial a fim de não ver precludido o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia de que seja titular.

A **legitimidade passiva** pertence, em primeira linha, ao órgão da Administração que esteja a pôr em causa aquele

288 Sobre este ponto é de grande utilidade a leitura das pp. 404 a 408 da obra de ISABEL CELESTE FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, Coimbra, 2002.

289 Nas palavras de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *trata-se, pois, de um instrumento que se define pelo conteúdo impositivo, condenatório, da tutela jurisdicional a que se dirige, cobrindo, de modo transversal, todo o universo das relações jurídico-administrativas – O Novo Regime...*, cit., pp. 285-286.

exercício; mas pode também o requerimento ser dirigido contra um particular, designadamente um concessionário, quando a administração esteja a omitir a tomada de providências adequadas a prevenir ou a reprimir condutas lesivas dos direitos, liberdades e garantias do autor (cfr. artigo 109.°, n.° 2, do CPTA).

145.2.3. **Pressuposto especial específico**

Para ser admissível o recurso a este meio processual, a lei (artigo 109.°, n.° 1, do CPTA) exige que não seja *possível ou suficiente* para assegurar o exercício, em tempo útil, do direito em causa, o *decretamento provisório de uma providência cautelar.* Isto significa que o legislador tratou esta intimação como um meio processual de carácter supletivo, sujeitando-a a um pressuposto processual específico negativo[290].

145.3. Tramitação

A tramitação da intimação encontra-se regulada nos n.°s 1, 2 e 3 do artigo 110.° e no artigo 111.° do CPTA.

Sublinhamos os seguintes aspectos:

— os prazos fixados são bastante reduzidos, reflectindo a urgência da decisão;

— a faculdade que assiste ao juiz, quando reconheça *a possibilidade de lesão eminente e irreversível do direito,*

290 CARLA AMADO GOMES chama-lhe, com razão, *ultima ratio – Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias,* «in» *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão* Telles, Coimbra, 2003, Volume V – Direito Público e Vária, pp. 541 a 577.

liberdade ou garantia, de encurtar ainda mais os prazos ou substituir a notificação do requerido para responder por escrito pela realização de uma audiência oral, no termo da qual tomará a sua decisão;

— a faculdade, de que o juiz também dispõe, de alterar a forma de tramitação do processo, determinando, em consideração da complexidade da matéria, a adopção daquela que o código estabelece para a acção administrativa especial.

145.4. A decisão e os seus efeitos

A decisão do processo de tramitação, quando favorável ao autor, determina sempre o comportamento que o intimado deve adoptar, podendo ainda incluir a fixação de um prazo para o mesmo e a identificação do responsável (cfr. artigo 110.°, n.° 4, do CPTA).

O tribunal pode conferir à decisão efeitos sub-rogatórios, isto é, atribuir-lhe os efeitos do acto administrativo que a administração devesse ter praticado; todavia, isto somente é possível quando tal acto fosse *estritamente vinculado*, ou seja, quando a Administração não pudesse legalmente ter optado pela prática de acto diverso. Os casos mais comuns em que esta situação pode ocorrer correspondem, como a própria lei refere, a actos de execução de um acto administrativo anteriormente praticado (cfr. artigo 109.°, n.° 3, do CPTA).

Note-se que o eventual incumprimento da intimação sujeita o intimado ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória, isto é, uma multa diária por cada dia de incumprimento da intimação, para além da responsabilidade civil, disciplinar e criminal a que houver lugar (cfr. artigos 110.°, n.° 5, e 169.° do CPTA).

146. Intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões

146.1. Origem

Esta intimação foi introduzida no contencioso administrativo português pela Reforma de 1984/1985, sendo o seu objecto então limitado à consulta de documentos e à passagem de certidões, com a óbvia intenção de concretizar legislativamente o direito consignado no artigo 268.º, n.º 2, da CRP. Nessa reforma, o pedido de intimação foi tratado como um meio processual acessório, muito embora esta qualificação viesse a ser crescentemente posta em causa por aqueles que acentuavam, com razão, que, contrariamente aos verdadeiros meios processuais acessórios, não existia qualquer relação de dependência entre o pedido de intimação e o meio processual principal a que o interessado deveria recorrer para fazer valer o seu direito ou interesse legítimo. Na verdade, se o interessado não utilizasse qualquer meio processual principal, isso em nada afectava a intimação já cumprida.

Dando razão a esta tese, a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, modificada pela Lei n.º 8/95, de 29 de Março) viria a designar o meio processual apto a tutelar judicialmente o direito de acesso aos documentos administrativos por *recurso* (cfr. epígrafe do artigo 17.º), termo que correspondia então ao mais importante meio processual principal. No entanto, o próprio artigo 17.º mandava aplicar ao processo judicial, *com as devidas aplicações, as regras do processo de intimação para consulta de documentos ou passagem de certidões*.

A Reforma de 2002 pôs termos às dúvidas e aos equívocos: a intimação é um meio processual autónomo, portanto principal, de carácter urgente.

146.2. Pressupostos processuais

146.2.1. **Competência do tribunal**

Todas intimações para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões são da competência dos tribunais administrativos de círculo.

146.2.2. **Legitimidade**

A **legitimidade activa** pertence a quem tenha solicitado, sem êxito total, a obtenção de uma informação, a consulta de um processo administrativo, a passagem de uma certidão (cfr. artigo 104.º, n.º 1, do CPTA) ou, ainda, a compleição de uma notificação deficiente (cfr. artigo 60.º, n.º 2, do CPTA).

A **legitimidade passiva** pertence à entidade a quem o pedido haja sido dirigido.

146.2.3. **Oportunidade**

Conforme dispõe o artigo 105.º do CPTA, a intimação deve ser requerida ao tribunal no prazo máximo de *vinte dias*, contado:

— do decurso do prazo legalmente estabelecido para prestar a informação solicitada, permitir a consulta do processo ou passar a certidão pretendida[291];

— do indeferimento do pedido;

— ou, ainda, da satisfação parcial deste.

146.3. Efeitos do requerimento de intimação

Quando ocorram as circunstâncias referidas no n.º 2 do artigo 60.º do CPTA, isto é, quando o interessado haja

291 Que pode ou não ser o prazo geral de *dez dias* estabelecido no n.º 1 do artigo 71.º do CPA.

requerido ao autor de um acto administrativo que o afecta e cuja notificação foi deficiente, a compleição dos elementos em falta na notificação do acto – requerimento que, a ser apresentado no prazo de 30 dias, interrompe o prazo de impugnação daquele (cfr. o n.º 3 do artigo 60.º) - e o autor do acto não haja satisfeito o pedido, o requerimento de intimação mantém tal interrupção, de acordo com o disposto tanto na parte final do proémio do artigo 106.º do CPTA, como na segunda parte do n.º 3 do artigo 60.º do mesmo código.

Note-se, contudo, que tal efeito interruptivo do prazo de impugnação se não verifica se o tribunal vier a considerar que a intimação era desnecessária para possibilitar a impugnação do acto (cfr. artigo 106.º, n.º 2).

Nos termos das alíneas do n.º 1 do artigo 106.º, o efeito interruptivo do prazo cessa com:

— o cumprimento da intimação;

— o trânsito em julgado da decisão que indefira o requerimento de impugnação ou que extinga a instância em virtude de a Administração ter satisfeito o pedido do interessado na pendência do processo de intimação.

146.4. Tramitação e decisão

A tramitação, muito simples e breve, está regulada no artigo 107.º do CPTA.

Se o tribunal der razão ao requerente, fixa um prazo, não superior a *dez dias*, para cumprimento da intimação; o eventual incumprimento desta sujeita o intimado ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória, para além da responsabilidade civil, disciplinar e criminal a que houver lugar (cfr. artigos 108.º e 169 do CPTA).

147. Impugnações de actos pré-contratuais

147.1. Antecedentes e razão de ser

O contencioso dos actos administrativos inseridos num procedimento administrativo visando a outorga de um contrato com a Administração Pública foi o derradeiro aspecto do contencioso administrativo objecto das preocupações do legislador antes da Reforma de 2002. Pressionado pelas instâncias comunitárias, pouco satisfeitas com um sistema de contencioso pré-contratual que, na prática, não tinha qualquer eficácia, pois as decisões judiciais relevantes apenas eram tomadas muito tempo depois de os contratos celebrados com base nos actos impugnados estarem executados (e, sobretudo, nos reflexos que a situação tinha na concorrência entre empresas da União Europeia), o Governo fez publicar, em 15 de Maio, o Decreto-Lei n.º 134/98, estabelecendo um contencioso dos actos pré-contratuais mais ágil.

Essa experiência foi aproveitada pela Reforma de 2002, sendo a matéria tratada nos artigos 100.º a 103.º do CPTA.

Os objectivos da lei continuam a ser os mesmos: procurar garantir que os particulares envolvidos em procedimentos de contratação pública alegadamente lesados nos seus direitos e interesses legítimos por comportamentos das entidades que conduzam tais procedimentos tenham à sua disposição instrumentos processuais eficazes.

147.2. Âmbito

O primeiro aspecto a sublinhar relativamente a este meio processual é que **ele não se aplica a todos os contratos da Administração Pública**: somente pode ser utilizado no âmbito de procedimentos administrativos tendentes à celebração de contratos de empreitada e de concessão de

obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens (cfr. artigo 100.°, n.° 1, do CPTA)[292].

O segundo aspecto a acentuar a respeito deste meio processual urgente é que ele se aplica não só aos *actos administrativos relativos à formação dos contratos* em sentido próprio – a exclusão de um concorrente, a adjudicação do contrato, etc. –, mas também ao *programa do concurso*, ao *caderno de encargos* e a *qualquer outro documento conformador do procedimento de formação* daqueles contratos (cfr. artigo 100.°, n.° 2).

147.3. Pressupostos processuais

147.3.1. **Competência do tribunal**

Quando o autor do acto impugnado seja um dos incluídos na enumeração da alínea *a)* do n.° 1 do artigo 24.° do ETAF, o tribunal competente é o STA; os tribunais administrativos de círculo são competentes nos restantes casos.

147.3.2. **Legitimidade**

A **legitimidade activa** pertence a quem se sentir lesado pelo acto administrativo pré-contratual; a **legitimidade passiva** pertence à entidade ou ao ministério no âmbito do qual tiver sido praticado o acto.

Note-se que nestes processos existem quase sempre contra-interessados, visto que se trata, em geral, de procedimentos administrativos de concorrência. Convém, pois,

292 Solução fortemente criticada, com razão, por PEDRO GONÇALVES – *Contencioso administrativo pré-contratual*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.° 44, Março/Abril 2004, p. 11

não esquecer que o pedido deve ser dirigido também contra os outros envolvidos no procedimento pré-contratual, ou seja, como dispõe o artigo 10.° do CPTA, *contra as pessoas ou entidades titulares de interesses contrapostos aos do autor.*

147.3.3. **Oportunidade**

O prazo para a utilização deste meio processual é de *um mês*, contado da notificação do acto aos interessados ou, se esta não existir, do seu conhecimento, nos termos do artigo 101.° do CPTA[293].

147.4. Tramitação

Estes pedidos de impugnação são tramitados segundo o modelo da acção administrativa especial, com algumas particularidades decorrentes da natureza urgente do processo(cfr. artigo 102.°, n.° 1, do CPTA):

a) Restrição da faculdade de alegar aos casos em que haja sido produzida ou requerida prova juntamente com a contestação (cfr. artigo 102.°, n.° 2);

b) Encurtamento de vários prazos (cfr. artigo 102.°, n.° 3);

c) Faculdade de o juiz optar, por iniciativa própria ou a requerimento de qualquer das partes, pela realização de uma audiência pública sobre a matéria de facto e de direito, na qual, para mais rápida solução do caso, as alegações das partes serão orais, sendo a sentença ditada imediatamente após o termo da audiência (cfr. artigo 103.° do CPTA);

293 Satisfez-se uma pretensão da doutrina que considerava o prazo anterior, de quinze dias, demasiado curto.

d) Admissibilidade da modificação objectiva da instância.

Esta modificação pode ocorrer em dois casos distintos.

O primeiro corresponde à ampliação do objecto da impugnação ao próprio contrato, na medida em que esta pode ser a única forma de conceder tutela judicial adequada e suficiente ao autor (cfr. artigo 102.°, n.° 4, do CPTA).

O segundo caso ocorre quando, no decurso do processo judicial, o tribunal verificar que existe uma impossibilidade absoluta de satisfazer os interesses do autor. Imagine-se, por exemplo, que o autor havia sido preterido ilegalmente na adjudicação do contrato, mas que a prestação do contraente privado consistia no fornecimento de uma certa quantidade de um bem consumível, que já foi fornecido pelo adjudicatário e consumido.

Numa situação como a descrita, o tribunal, colocado perante a impossibilidade absoluta de satisfazer o pedido do autor, como o direito impunha, transforma o pedido de impugnação num pedido de indemnização pelos prejuízos causados ao autor em resultado do acto impugnado, tentando que as partes cheguem acordo sobre o montante da indemnização (cfr. artigo 102.°, n.° 5, do CPTA). Caso tal acordo não seja obtido, caberá ao tribunal fixar o montante da indemnização (cfr. artigo 45.°, n.°s 3 e 4, do CPTA).

148. Impugnação de actos administrativos em matéria eleitoral

148.1. Lei aplicável

A impugnação de actos administrativos em matéria eleitoral encontra-se regulada nos artigos 97.° a 99.° do CPTA,

aplicando-se subsidiariamente as normas relativas à impugnação de actos administrativos, constantes dos artigos 50.° a 65.° do mesmo código (cfr. artigo 97.°, n.° 1).

148.2. Pressupostos processuais

148.2.1. **Competência do tribunal**

O tribunal competente para processar os pedidos de impugnação de actos administrativos em matéria eleitoral é o STA, quando a eleição em causa esteja prevista no ETAF (cfr. artigo 24.°, n.° 1, alínea *b)*, deste estatuto). É o que sucede relativamente às eleições dos Presidentes do STA e dos TCAs, nos termos do artigos 19.° e 33.°

Relativamente à impugnação de actos administrativos em matéria eleitoral praticados no decurso de outros processos eleitorais do âmbito da jurisdição administrativa, a competência pertence aos tribunais administrativos de círculo.

148.2.2. **Legitimidade**

A **legitimidade activa** para estes pedidos de impugnação pertence a quem, na eleição em causa, seja eleitor ou elegível e, ainda, àqueles cujos nomes tenham sido omitidos nos cadernos eleitorais (cfr. artigo 98.° do CPTA).

A **legitimidade passiva** pertence à entidade no âmbito da qual tenham sido praticados os actos ou omissões impugnadas.

148.2.3. **Oportunidade**

Caso não exista disposição especial aplicável ao processo eleitoral em causa, o prazo de impugnação é de *sete dias*, contados da data em que seja possível o conhecimento do acto ou da omissão (cfr. artigo 98.°, n.° 2).

148.3. Tramitação

Os pedidos de impugnação de actos administrativos em matéria eleitoral são tramitados segundo as regras aplicáveis à acção administrativa especial (cfr. artigo 99.°, n.° 1, do CPTA), com algumas particularidades decorrentes da natureza urgente do processo, nomeadamente:

a) A restrição da faculdade de alegar aos casos em que haja sido produzida ou requerida prova juntamente com a contestação (cfr. artigo 99.°, n.° 2);

b) O encurtamento de vários prazos (cfr. artigo 99.°, n.° 3).

CAPÍTULO VI

PROCESSOS CAUTELARES

Leituras aconselhadas:

A) No domínio da legislação anterior à Reforma de 2002

CLÁUDIO MONTEIRO, *Suspensão da eficácia de actos de conteúdo negativo,* Lisboa, 1990; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo,* Volume IV, *cit.,* pp. 301 a 326; GONÇALO CAPITÃO e PEDRO MACHADO, *Direito à Tutela Jurisdicional Efectiva — Implicações na Suspensão Jurisdicional da Eficácia dos Actos Administrativos*, «in» ***Polis,*** ano 1, n.° 3, Abril-Junho 1995, pp. 33 a 76; ISABEL CELESTE FONSECA, *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar...*, cit., pp. 303 a 418; JOÃO TIAGO SILVEIRA, *O princípio da tutela jurisdicional efectiva e as providências cautelares não especificadas no contencioso administrativo,* «in» *Perspectivas Constitucionais,* Volume III, Coimbra, 1998, pp. 401 a 422; JOSÉ LEBRE DE FEITAS, *Código de Processo Civil Anotado,* cit., p.8; MARIA FERNANDA MAÇÃS, *A relevância constitucional da suspensão jurisdicional da eficácia dos actos administrativos*, «in»

Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1993, pp. 325 a 369; IDEM, *Tutela judicial efectiva e suspensão da eficácia: balanço e perspectivas*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, Julho/Agosto 1999, pp. 52 a 61; MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA, *Os meios cautelares em direito processual administrativo*, «in» ***Direito e Justiça***, Volume IX, Tomo I, pp. 33 a 46; IDEM, *Da exclusividade de uma medida cautelar típica à atipicidade das medidas cautelares ou a necessidade de uma nova compreensão do direito e do Estado*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 16, Julho/Agosto 1999, pp. 74 a 81; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Medidas cautelares no ordenamento contencioso*, «in», ***Direito e Justiça***, Volume XI, Tomo 2, pp. 141 a 159; MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, cit., pp. 672 a 677; PEDRO MACHETE, *A suspensão jurisdicional da eficácia dos actos administrativos*, «in» ***O Direito***, Ano 123.º, Volume II-III, Abril-Setembro 1991, pp. 231 a 318; PEDRO ROMANO MARTINEZ, anotação ao acórdão do STA-1 de 5 de Novembro de 1996, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 2, Março/Abril 1997, pp. 53 a 61.

B) No âmbito da Reforma de 2002

ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar no Contencioso Administrativo (Em especial nos procedimentos de formação dos contratos)*, Coimbra, 2005; CARLA AMADO GOMES, *O regresso de Ulisses: um olhar sobre a reforma da justiça cautelar administrativa*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 39, Maio/Junho 2003, pp. 3 e ss.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *As providências cautelares no novo contencioso administrativo*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 43, Janeiro/Fevereiro, pp. 4 a 15;

FAUSTO DE QUADROS, *Algumas considerações gerais sobre a reforma do contencioso administrativo. Em especial, as providências cautelares*, «in» *Reforma do Contencioso Administrativo. Trabalhos Preparatórios. O Debate Universitário*, Ministério da Justiça, Novembro de 2000, pp. 151 e ss.; ISABEL CELESTE FONSECA, *O Processo Cautelar Comum no Novo Contencioso Administrativo*, «in» ***Scientia Iuridica***, Maio-Agosto 2004, Tomo LIII, n.º 299, pp. 237 a 286; JOSE CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Tutela cautelar*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 34, Julho/Agosto 2002, pp. 45 e ss.; IDEM, *A protecção dos direitos dos particulares na justiça administrativa reformada*, «in» ***Revista de Legislação e Jurisprudência***, Ano 134.º, n.º 3929, pp. 226 a 235; IDEM, *A Justiça Administrativa*, cit., pp. 333 a 367; MARIA FERNANDA MAÇÃS, *As medidas cautelares, «in» Reforma do Contencioso Administrativo. Trabalhos Preparatórios. O Debate Universitário*, Ministério da Justiça, Novembro de 2000, pp. 355 e ss.; MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA, *As medidas cautelares entre a correcta prossecução do interesse público e a efectividade dos direitos dos particulares*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 22, Julho/Agosto 2000, pp. 49 e ss.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 291 a 340; PAULO PEREIRA GOUVEIA, *As realidades da nova tutela cautelar administrativa*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 55, Janeiro/Fevereiro 2006, pp. 3 a 16; SOFIA HENRIQUES, *A tutela cautelar não especificada no novo contencioso administrativo português*, Coimbra, 2006; TIAGO DUARTE, *Providência cautelar e resolução fundamentada:* The winner takes it all?, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa,*** n.º 55, Janeiro/Fevereiro 2006, pp. 36 a 47.

149. Antecedentes e razão de ser

Dissemos noutro ponto que o andamento dos processos judiciais não acompanha a rapidez da vida moderna e que, por isso, o tempo judicial pode obstar à realização da justiça em tempo útil. Acrescentámos que uma das formas de tentar contrariar essa disfunção temporal é acelerar o tempo judicial quando as circunstâncias da vida reclamam uma justiça rápida. Mas não é a única.

Constitui, como se sabe, regra fundamental num Estado de direito que a composição de litígios esteja confiada a órgãos independentes, especialmente concebidos e vocacionados para tal, os tribunais. O princípio da plenitude da tutela jurisdicional efectiva impõe que para todo e qualquer conflito que mereça composição judicial seja possível encontrar um tribunal competente e um meio processual que confira protecção adequada e suficiente aos interesses envolvidos dignos de tutela jurídica.

Este princípio projecta-se, naturalmente, na jurisdição administrativa: qualquer direito subjectivo ou interesse legítimo relevante no quadro do relacionamento jurídico-administrativo tem de receber dos tribunais, regra geral administrativos, a protecção indispensável à sua defesa. Nunca foi objecto de contestação significativa que é este o sentido da frase inicial do actual n.º 4 do artigo 268.º da Constituição.

A composição judicial de conflitos tende a ser, já o dissemos, demasiado lenta: circunstâncias ligadas aos princípios do direito processual — contraditório, segurança da prova, etc. —, somadas a problemas de logística judiciária — inadequada distribuição de juízes e de funcionários judiciais, designadamente —, contribuem poderosamente para

o desespero dos cidadãos envolvidos em causas que se arrastam nos tribunais sem fim à vista. Este problema ocorre também, e em dimensão muitas vezes extrema, na jurisdição administrativa.

Não é possível resolver tal problema, em todos os casos, através da atribuição de natureza urgente ao processo. Qualquer pessoa compreende que o alargamento do número de processos urgentes teria duas consequências: por um lado, a urgência seria cada vez menor; por outro, os processos não urgentes seriam cada vez mais lentos. É óbvio que a generalização da urgência significa o seu fim.

Daí uma outra ideia: a ideia da *protecção cautelar* ou *provisória*.

Em face de uma situação que parece justificar protecção, o tribunal como que antecipa tal protecção, colocando os direitos ou interesses de quem os invoca com uma aparente razão ao abrigo dos actos de quem se encontra em condições de os lesar, obstando assim a tal lesão e ganhando tempo até à decisão final do litígio. É como se, perante a impossibilidade de resolver o litígio, de forma definitiva, em tempo útil, com base na convicção, devidamente fundada, do juiz, se admita que este o resolva provisoriamente, com base na percepção que a experiência por si acumulada permite ter daquele tipo de situações.

Surgiram desta forma os *procedimentos cautelares*, processualmente configurados como *meios processuais acessórios*, isto é, meios processuais cuja utilização somente faz sentido quando acoplados a um meio processual principal, de que visam assegurar a efectividade.

Na jurisdição comum, a lógica da protecção cautelar é a seguinte: partindo da ideia de que o princípio da tutela jurisdicional efectiva se aplica tanto à protecção definitiva como à

protecção cautelar, a lei fornece um conjunto de meios processuais adequados às especificidades exigidas pela protecção provisória dos diferentes tipos de direitos e interesses ameaçados (o arresto, a restituição provisória de posse, o embargo de obra nova, etc.). No caso de nenhum deste meios assegurar protecção cautelar apropriada e bastante, recorre-se então às *providências cautelares não especificadas,* definidas no n.º 1 do artigo 381.º do Código de Processo Civil. De uma ou outra forma, pode obter-se a protecção necessária. É a ideia de atipicidade da protecção cautelar[294].

Lastimavelmente, esta lógica não prevaleceu na jurisdição administrativa até à Reforma de 2002 — que, só por isso, mereceria apreço: uma visão incompreensivelmente restritiva do princípio da tutela jurisdicional efectiva, limitando a sua aplicação à protecção definitiva — predominante tanto na jurisprudência administrativa, como na constitucional —, deu como resultado a tese da tipicidade dos procedimentos cautelares utilizáveis na jurisdição administrativa. Consequentemente, seria impossível utilizar as providências cautelares não especificadas, importando esta impossibilidade um de dois resultados: ou os procedimentos cautelares regulados no contencioso administrativo tinham cabimento ou, se tal não ocorria, não existia, pura e simplesmente, protecção cautelar (note-se que esta orientação não parecia ter na devida conta a aplicação subsidiária na jurisdição administrativa da legislação processual civil, determinada pelo artigo 1.º da antiga LEPTA).

294 Ou, na expressão de CARLA AMADO GOMES, a criação de um *espaço aberto* – cfr. *O regresso de Ulisses: um olhar sobre a reforma da justiça cautelar administrativa*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 39, Maio/Junho 2003, p. 4.

Contra esta maneira de ver, sustentámos que a situação fora esclarecida, no sentido por nós defendido, pela revisão constitucional de 1997: a inclusão, no n.º 4 do artigo 268.º, da frase final *...e a adopção de medidas cautelares adequadas* teve exactamente o efeito de tornar clara a aplicabilidade do princípio da tutela jurisdicional efectiva também à protecção provisória pedida aos tribunais administrativos.

150. Objecto e natureza

O presente não poderia ter-nos dado mais razão: numa formulação inequívoca, o n.º 1 do artigo 112.º do CPTA dispõe que *quem possua legitimidade para intentar um processo junto dos tribunais administrativos pode solicitar a adopção da providência ou das providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir nesse processo.*

Esta disposição suscita duas observações.

Em primeiro lugar, fica agora assente, espera-se que definitivamente, que a protecção cautelar na jurisdição administrativa respeita o princípio da tutela jurisdicional efectiva, querendo com tal significar que **nela se incluem quaisquer providências julgadas adequadas pelo juiz para conferir tutela provisória apropriada e suficiente ao interesse do autor.**

Isto mesmo ressalta do modo como o legislador concretizou as medidas cautelares: estas podem consistir não só nalguma das providências enumeradas nas diversas alíneas do n.º 2 do artigo 112.º do CPTA, mas também

numa das providências especificadas no Código de Processo Civil, e ainda, porque a enumeração do n.º 2 tem carácter meramente exemplificativo, em qualquer providência nascida da imaginação do juiz e por este considerada a mais adequada a conferir tutela cautelar suficiente ao interesse do autor. Por outras palavras: as providências cautelares na jurisdição administrativa não estão hoje sujeitas a qualquer princípio de tipicidade.

Em segundo lugar, esclarece-se que as providências cautelares, tendo em conta o seu propósito, podem repartir-se por duas modalidades, as *providências conservatórias* e as *providências antecipatórias*:

a) As primeiras visam *manter inalterável uma situação de facto ou de direito, existente, evitando alterações prejudiciais*[295];

b) As segundas apontam para a antecipação da decisão definitiva do tribunal, se este vier a dar razão ao requerente no processo principal.

Estas duas finalidades correspondem à concepção tradicional da protecção cautelar, que encontra a sua razão de ser no *periculum in mora* – o risco que apresenta para o direito ou interesse do requerente a demora na decisão judicial do processo principal – e no *fumus boni juris* – a aparência do bom direito que, por isso mesmo, por parecer bom, digno de protecção, justifica a antecipação da tutela judicial.

295 Cfr. LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume II, Coimbra, 2001, p. 8.

O artigo 113.º, n.º 1, do CPTA esclarece dois outros aspectos, essenciais à compreensão das providências cautelares[296].

O primeiro desses aspectos consiste na *natureza acessória* deste meio processual: o adjectivo *cautelar* significa que se pretende acautelar um interesse. Ora, esta cautela decorre do carácter provisório ou interlocutório da providência que se pede ao tribunal. Ou seja: pede-se protecção cautelar enquanto não se obtém protecção definitiva.

Compreende-se, por tudo isto, que exista uma espécie de "cordão umbilical" entre o meio processual cautelar e o meio processual principal: é a utilização deste que justifica o recurso àquele. É esta natureza do processo cautelar que conduz o legislador a dizer que este *depende da causa que tem por objecto a decisão sobre o mérito*. Adiante se apreciarão as consequências desta dependência.

O segundo aspecto para que releva o n.º 1 do artigo 113.º do CPTA tem a ver com o momento do desencadear do pedido de protecção cautelar.

Na verdade, com muita frequência o interessado requer protecção cautelar para o seu direito ou interesse ainda antes de instaurar o processo principal, antevendo desde logo a necessidade de tal protecção. Mas pode suceder, e sucede, que somente na pendência do processo principal e por força das vicissitudes deste o autor se aperceba de que necessita de protecção cautelar.

296 A fonte desta norma é o n.º 1 do artigo 383.º do Código de Processo Civil.

Para cobrir estas duas possibilidades, a lei permite que o processo cautelar seja intentado *como preliminar* ou *como incidente* do processo principal, ou seja, antes da instauração deste ou durante a respectiva pendência.

Em suma, a regra temporal quanto à protecção cautelar é simples: pode ser pedida quando se precisa dela.

151. Pedido e causa de pedir

O **pedido** num processo cautelar pode ser muito variado, variedade que decorre da natureza atípica da protecção. A título exemplificativo, pode pedir-se ao tribunal, de acordo com os artigos 112.°, n.° 2, do CPTA, e 412.° e 406.° do Código de Processo Civil:

— que suspenda os efeitos de um acto administrativo ou de uma norma regulamentar;

— que pratique um acto de carácter provisório, determinando a regulação provisória de uma situação jurídica, a admissão provisória a um concurso ou a um exame, a atribuição provisória da disponibilidade de um bem ou a autorização provisória para começar ou continuar a fazer algo;

— que intime a Administração ou um particular para fazer ou deixar de fazer algo;

— que impeça a continuação de uma obra;

— que determine a apreensão judicial de bens do réu; etc., etc.

A **causa de pedir** num processo cautelar é bastante menos variada do que o pedido: relaciona-se sempre com a probabilidade de o tempo necessário à decisão do processo principal possibilitar ou consolidar a lesão do interesse do autor ou com a aparência da situação jurídica do autor

como sendo de uma situação que irá merecer protecção do tribunal no processo definitivo (ou ambas as coisas).

152. Pressupostos processuais

152.1. Competência do tribunal

A grande regra nesta matéria consta do n.° 2 do artigo 114.° do CPTA: a protecção cautelar é requerida ao tribunal competente para decidir definitivamente o litígio. Assim se compreende o disposto na alínea *c)* do n.° 1 do artigo 24.° do ETAF.

Percebe-se a razão de ser da regra: existe toda a conveniência em que o tribunal em que pende o processo principal, ou que dispõe de competência para este, decida também da protecção cautelar. Não só devido a aspectos logísticos, que recomendam a concentração dos documentos e elementos probatórios num mesmo local, mas também porque assim se possibilita a apensação dos dois processos, facilitando uma visão global do litígio por parte do juiz.

152.2. Legitimidade

No que à **legitimidade activa** respeita, não se colocam dificuldades: tem legitimidade para requerer protecção cautelar quem a tiver para o pedido principal.

No caso de ser requerida a protecção cautelar contra norma regulamentar, a legitimidade pertence também ao Ministério Público (cfr. artigo 130.°, n.° 3, do CPTA).

Quanto à **legitimidade passiva**, a regra é idêntica: o requerimento de protecção cautelar deve ser dirigido contra quem for, ou vier a ser, réu no processo principal.

Note-se ainda que, existindo contra-interessados, o facto de o requerente desconhecer a sua identidade e residência não prejudica o seu pedido: poderá requerer certidão de que constem tais elementos, instruindo o seu pedido com ela, ou com prova de que a requereu, se não for passada (cfr. artigo 115.º, n.ºs 1 a 3, do CPTA).

152.3. Oportunidade

Vigora, nesta matéria, a mais ampla liberdade, podendo o requerimento de protecção cautelar ser apresentado antes da instauração do processo principal, juntamente com a petição inicial deste ou na respectiva pendência.

153. Tramitação

A tramitação dos processos cautelares encontra-se regulada nos artigos 114.º a 118.º do CPTA. Sublinhamos os aspectos que nos parecem mais importantes.

O juiz admite ou rejeita o requerimento do interessado, fundamentando a sua decisão em caso de rejeição (cfr. artigo 116.º, n.º 1); as causas de rejeição consistem na ilegitimidade activa ou passiva, na ilegalidade do pedido ou na irregularidade, não corrigida, do requerimento (cfr. artigos 116.º, n.º 2, e 114.º, n.º 3).

No caso de o tribunal admitir o requerimento, segue-se a citação da entidade requerida e dos contra-interessados, se existirem, para deduzir oposição no prazo de *dez* dias (cfr. artigo 117.º, n.º 1, do CPTA).

A falta de oposição leva a presumir que os factos invocados pelo requerente são verdadeiros; os requeridos podem oferecer prova juntamente com as suas contestações e, mesmo que o

não façam, o juiz pode determinar a realização de diligências probatórias (cfr. artigo 118.º, n.ºs 1 a 3, do CPTA).

154. Decisão

154.1. Apresentada a última contestação ou concluída a produção de prova, o juiz dispõe do um prazo de *cinco dias* para tomar a sua decisão (cfr. artigo 119.º, n.º 1, do CPTA).

A decisão de um processo cautelar é muito delicada. É tomada, em regra, com base em informação insuficiente para uma decisão de fundo do processo principal, as mais das vezes sob grande pressão do factor tempo e do risco do avolumar de prejuízos. Delicadeza que ainda aumenta mais nos processos judiciais administrativos, em que habitualmente conflituam interesses privados e interesses públicos relevantes. Não admira, pois, que o legislador tenha regulado minuciosamente os critérios de tomada da decisão judicial.

De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 120.º do CPTA, o tribunal decretará uma providência cautelar quando considerar verificada uma de três circunstâncias:

1.ª Quando *seja evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal*, isto é, quando os indícios da aparência do bom direito forem manifestos;

2.ª Quando, através de uma providência conservatória, o requerente pretenda:

a) Evitar a consumação de um dano decorrente da constituição de uma situação de facto consumado ou geradora de prejuízos dificilmente reparáveis para os interesses que pretenda fazer valer em juízo no processo principal;

b) Não sendo manifesta a falta de fundamento da sua pretensão;

c) Nem existindo circunstâncias que obstem ao conhecimento do seu mérito;

3.ª Quando, estando em causa uma providência antecipatória, o requerente:

a) Tenha fundado receio de que se constitua uma situação de facto consumado ou de que os interesses que pretende ver tutelados no processo principal sejam atingidos por prejuízos dificilmente reparáveis;

b) E seja provável que tais interesses venham a obter protecção nesse processo.

Note-se que existe uma diferença essencial entre a circunstância 1.ª e as outras: ao contrário daquela — que, a ocorrer, determina fatalmente uma decisão favorável do juiz —, as outras obrigam o magistrado a um exercício de ponderação de interesses.

Na verdade, o n.º 2 do artigo 120.º determina que a concessão da protecção cautelar requerida depende de uma apreciação judicial do equilíbrio entre interesses públicos e privados: ponderados devidamente uns e outros, a providência cautelar será recusada quando os danos que resultariam da sua adopção se mostrarem superiores aos que decorreriam da sua rejeição; será decretada, no caso oposto[297].

Um exemplo plausível: a autoridade sanitária aplica a um estabelecimento de restauração a medida administrativa de encerramento provisório, por ali ter encontrado alimentos deteriorados, constituindo ameaça para a saúde pública. O proprietário requer ao tribunal administrativo a

297 Cfr. também o n.º 6 do artigo 132.º do CPTA.

providência cautelar de suspensão dos efeitos de tal medida, alegando que a sua manutenção pode destruir o seu ganha-pão.

O juiz terá de decidir qual é o prejuízo maior: o da perda, provavelmente irremediável, de clientela, resultante do encerramento do estabelecimento durante o período em que se aguarda a decisão do processo principal (a impugnação da decisão administrativa) — que se produzirá se o tribunal recusar a providência cautelar —, ou o da ocorrência de um crime contra a saúde pública, eventualmente consubstanciado em graves intoxicações alimentares, se o tribunal optar por conceder a protecção cautelar requerida, mantendo-se o estabelecimento aberto ao público até à decisão do processo principal?

154.2. Juntamos ainda quatro observações relativas à decisão do processo cautelar.

Em primeiro lugar, a decisão está expressamente condicionada pelo princípio da proporcionalidade, não podendo o tribunal decretar mais do que aquilo que seja indispensável para evitar a lesão dos interesses do requerente (cfr. artigo 120.º, n.º 3, primeira parte).

Em segundo lugar, reflectindo a ideia de inquisitório a que fizemos referência noutro ponto, a ponderação de interesses pode conduzir o juiz a conceder protecção cautelar diversa da requerida, quer substituindo a providência pretendida por outra, quer juntando-lhe outras, tudo com o propósito de reduzir ao mínimo a lesão dos interesses que sejam afectados pela decisão judicial (cfr. artigo 120.º, n.º 3, segunda parte).

Em terceiro lugar, o n.º 5 do artigo 120.º dispõe que, no caso de a entidade requerida não contestar o requerimento

da providência cautelar ou, fazendo-o, não alegar que a adopção da providência requerida prejudica o interesse público, o tribunal considera que esta lesão não existe, *salvo quando ela seja manifesta ou ostensiva.* Encontramo-nos aqui muito perto do efeito cominatório pleno.

154.3. Por último, justifica-se uma reflexão sobre o artigo 121.º do CPTA, que contém (mais) uma disposição, de inspiração italiana, absolutamente inovadora entre nós.

Como já dissemos, a atribuição a um processo principal da qualificação de urgente e a protecção cautelar são duas formas diferentes de procurar aproximar o tempo da justiça do tempo da vida das pessoas. Em princípio, são duas formas alternativas, isto é, nuns casos a lei opta pela provisoriedade da tutela cautelar, noutros pela aceleração da tutela definitiva.

O artigo 121.º consubstancia um mecanismo muito interessante: o cruzamento, antes impossível, dessas duas vias. Pode suceder que, confrontado com um requerimento de providência cautelar, o juiz conclua que nenhum mecanismo cautelar previsto na lei, nem que ele seja capaz de conceber, é adequado a conferir àqueles interesses a protecção que ele considera necessária e apropriada. Numa tal situação, convicto que só a decisão do processo principal lhe permite fazer justiça, a lei concede-lhe uma faculdade invulgar: antecipar essa decisão.

Para autorizar este comportamento anómalo, porém, a lei faz duas exigências:

— a primeira é que haja *manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos*;

— a segunda é que do processo cautelar constem todos os elementos indispensáveis à tomada da decisão no processo principal.

155. Carácter provisório da protecção cautelar

A protecção cautelar tem, pela sua própria razão de ser, carácter provisório: trata-se de proteger interesses, enquanto o tribunal lhes não confere protecção definitiva.

Esta característica comporta dois corolários: por um lado, a flexibilidade da protecção cautelar; por outro, o seu regime de caducidade.

No que respeita à flexibilidade da protecção, o artigo 124.º, n.º 1, do CPTA faz oscilar esta em função da modificação das circunstâncias que a ditaram. Aí se prevê que a alteração destas circunstâncias possa conduzir à revogação, modificação ou substituição da decisão que tiver decretado uma providência cautelar – ou que a haja recusado —, por iniciativa do próprio tribunal ou a requerimento de qualquer dos interessados (ou do Ministério Público, quando tenha sido este o requerente).

Esta instabilidade da decisão cautelar é perfeitamente compreensível: trata-se, não é demais repeti-lo, de uma decisão ditada muito mais pelas circunstâncias do que por uma avaliação sólida e fundada de direitos subjectivos e interesses legítimos. É, por isso mesmo, muito mais permeável à alteração daquelas.

O regime de caducidade da decisão cautelar, constante do artigo 123.º do CPTA, pelo seu lado, resulta da ligação estreita que existe entre a decisão cautelar e o processo principal. Esta ligação determina a caducidade

da decisão cautelar em resultado de certas vicissitudes do processo principal, geralmente resultantes de omissões do requerente ou do desfecho daquele processo:

a) A inércia do requerente – alíneas *a), b), c)* – parcialmente — e *d)* do n.º 1 do artigo 123.º do CPTA;

b) A tomada, no processo principal, de decisão desfavorável ao requerente ou a execução da decisão desse processo favorável a ele – alíneas *c)* – parcialmente —, *f)* e *g)*;

c) A extinção do direito ou interesse protegido pela decisão cautelar – alínea *e)*.

156. Seriedade da protecção cautelar

Pode parecer estranho falar em *seriedade* da protecção cautelar: afinal não é, ou deveria ser, sério tudo quanto releva do exercício da função jurisdicional?

A escolha do termo resulta de queremos acentuar que o facto de falarmos em instabilidade da protecção cautelar, em variabilidade das circunstâncias que a ditam, ou em caducidade não deve deixar no espírito de cada um a ideia de que o requerimento de providência cautelar, ou a própria decisão judicial que a decreta, sofreriam de alguma leviandade intrínseca. Nada de mais errado.

No que respeita ao requerente, é conveniente ter bem presente que, no caso de ter usado de dolo ou negligência grosseira, pode ser obrigado a indemnizar os prejuízos que tenha causado ao requerido ou aos contra-interessados (cfr. artigo 126.º, n.º 1, do CPTA).

No que se refere à Administração Pública, o CPTA, no artigo 127.º, determina, por um lado, que a decisão que decrete uma providência cautelar pode ser objecto

de execução forçada; por outro lado, que, resultando para a Administração, da decisão judicial, a obrigação de adoptar ou omitir comportamentos infungíveis (isto é, que não podem ser adoptados por outrem, em substituição da Administração), o tribunal pode desencadear imediatamente o mecanismo da sanção pecuniária compulsória, já referido noutro ponto, contra quem deva agir ou abster-se de tal.

CAPITULO VII

PROCESSO EXECUTIVO

Leituras aconselhadas:

A) No domínio da legislação anterior à Reforma de 2002

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A execução das sentenças dos tribunais administrativos,* 2.ª edição, Coimbra, 1997.

B) No âmbito da Reforma de 2002

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa,* cit, pp. 393 a 432; LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *O artigo 161.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: uma complexa simplificação*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 43, Janeiro/Fevereiro 2004, pp. 16 a 24; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Pronúncias judiciais e sua execução na reforma do contencioso administrativo,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 22, Julho/Agosto 2000, pp. 71 e ss.; IDEM, *O novo regime...*, cit, pp. 363 a 397; RUI MACHETE, *A execução de sentenças administrativas,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 34, Julho/Agosto 2002, pp. 54 e ss.

157. Noção e importância

Os pedidos declarativos dão origem a processos judiciais cuja finalidade é a resolução de um litígio mediante a definição do direito que lhe é aplicável. É assim quando se pede ao juiz que declare que o autor se encontra numa determinada situação jurídica, ou que produza uma alteração numa situação jurídica que afecta aquele, ou que obrigue alguém a adoptar uma certa conduta.

Da satisfação deste último tipo de pedidos pode emergir um novo litígio – ou, se se preferir, um prolongamento do litígio que havia sido submetido ao tribunal: pode suceder que aquela pessoa que o juiz, ao ditar a composição do litígio, obrigue a adoptar um certo comportamento, ou a abster-se dele, não acate a determinação judicial. Torna-se então indispensável, para que a decisão favorável ao autor não se transforme numa mera vitória de Pirro, dirigir ao tribunal um segundo pedido: o de que, fazendo uso dos mecanismos de coerção de que o Estado detém o monopólio, constranja o réu a adoptar o comportamento determinado pela decisão judicial definidora do direito.

É esta a razão de ser do *processo executivo.*

Naturalmente que o processo executivo, na medida em que visa forçar alguém a fazer algo que não quer fazer, envolve aspectos muito delicados, obviamente inerentes ao facto de estar em causa a liberdade.

Essa delicadeza aumenta sempre que o réu é o Estado: imagine-se a execução de uma sentença de um tribunal administrativo, um órgão do Estado, que condena o Ministério da Administração Interna, outro órgão do Estado, a pagar uma certa quantia a um agente da PSP, entidade que depende precisamente do titular daquele ministério.

Mas a delicadeza da execução de uma sentença de um tribunal administrativo que condena um ministério atinge o seu maior dramatismo quando – como a Reforma de 2002 tornou possível – o comportamento imposto não é o pagamento de uma quantia em dinheiro, mas a prática de um acto administrativo, isto é, a adopção de um comportamento jurídico-público, cujo fundamento é o poder administrativo: a emissão de uma autorização administrativa, por exemplo.

Compreende-se facilmente porquê: afinal, ser condenado a pagar uma importância pecuniária é algo que pode acontecer a qualquer, cidadão ou entidade colectiva, de natureza privada ou pública. Não se trata de uma condenação infamante para um cidadão, tal como não constitui ameaça para uma entidade pública, que também pode ser condenada na jurisdição comum, em processo da competência desta.

Se se trata, porém, de forçar um ente público, ou um ministério, a acatar uma decisão judicial que determinou que um certo acto administrativo, com um conteúdo pré-determinado, ainda que apenas parcialmente, deveria ser praticado – o mesmo é dizer que uma competência deveria ter sido exercida num certo sentido —, o réu (que, no processo executivo ganha a designação, algo desagradável quando aplicada a uma autoridade, de *executado*) sentirá que o seu poder administrativo é menos poder, que a sua autonomia na conformação da actividade administrativa pública - como forma de prossecução dos interesses públicos que a lei coloca a seu cargo - é limitada, que a sua autoridade é posta em causa.

Apesar destas compreensíveis dificuldades, é absolutamente indispensável garantir a plena execução de qualquer

decisão judicial – e acima de todas, das decisões dos tribunais administrativos, nos países que, como o nosso, dispõem de uma jurisdição administrativa distinta da jurisdição comum — contra o Estado: se tal não acontecer, é a própria ideia de Estado de direito que fica comprometida.

158. Aspectos gerais

158.1. Nem todos os processos executivos relativos a decisões dos tribunais administrativos são regulados pelo CPTA: somente aqueles em que o executado exerce actividade administrativa pública. Os restantes, em que os executados são particulares, muito embora pertençam hoje ao âmbito da jurisdição administrativa, regem-se pelo disposto no Código de Processo Civil (cfr. artigo 157.°, n.°s 1 e 2, do CPTA).

As decisões dos tribunais administrativos apresentam duas características essenciais: a *obrigatoriedade* e a *prevalência*. Por um lado, não podem ser contrariadas, nem ignoradas, por nenhuma entidade pública – têm de ser completamente acatadas; por outro lado, elas sobrepõem-se a qualquer decisão administrativa (cfr. artigo 158.°, n.° 1, do CPTA). Em resultado desta sobreposição, qualquer decisão administrativa que contrarie uma sentença de um tribunaladministrativo é nula (cfr. artigo 158.° n.° 2).

Mas não é esta a única consequência do desrespeito pela decisão judicial: os prevaricadores incorrem também em responsabilidade civil, pelos prejuízos que causem, em responsabilidade penal, decorrente do crime de desobediência, e em responsabilidade disciplinar (cfr. artigo 159.° do CPTA).

158.2. O CPTA introduziu, no artigo 161.°, um mecanismo novo, destinado a enfrentar um problema comum. Sucede com muita frequência um comportamento administrativo lesar, por forma idêntica, um número mais ou menos elevado de pessoas. Suponhamos que, num concurso destinado ao preenchimento de determinados lugares dos quadros de uma entidade pública, são excluídos dez candidatos, todos pelo mesmo motivo: a inadequação da respectiva qualificação académica (todos detinham a mesma).

Admitamos que seis desses excluídos, mais ciosos da defesa dos seus interesses, decidem, cada um por si, impugnar judicialmente os actos administrativos que os excluíram, pedindo cumulativamente ao tribunal administrativo que condene a entidade pública responsável pelo concurso a admiti-los neste (cfr. artigo 47.°, n.° 2, alínea *a)*, do CPTA). O tribunal vem a dar-lhes razão, anula os actos de exclusão e condena a entidade pública a admiti-los. O que esta prontamente faz.

Neste ponto, pode colocar-se uma pergunta: e então como fica a situação dos outros quatro, que não impugnaram as decisões administrativas que os excluíram?

A resposta tradicional a esta pergunta é simples: ficam na situação em que estão, uma vez que nada fizeram para defender os seus interesses. Cabe a cada interessado suscitar a apreciação judicial de um comportamento administrativo que afecta os seus interesses; caso o não faça, renuncia implicitamente à defesa de tais interesses. É, de resto, esta a razão pela qual, como se viu noutro ponto, a legitimidade processual se encontra intimamente ligada à tutela de direitos e interesses.

O legislador da Reforma de 2002, provavelmente em homenagem a uma certa ideia de igualdade[298], entendeu resolver o problema de forma diversa, admitindo expressamente que uma das sentenças possa estender os seus efeitos *a pessoas que se encontrem na mesma situação jurídica* (cfr. artigo 161.°, n.° 1, do CPTA). A lei teve o cuidado de estabelecer, no n.° 2 do artigo 161.°, duas condições que condicionam esta extensão de efeitos:

— os casos têm de ser *perfeitamente idênticos*;

— têm de existir *cinco* sentenças transitadas em julgado[299] no mesmo sentido (bastando *três*, desde que tenham sido proferidas no âmbito dos processos seleccionados na situação de *processos em massa* regulada no artigo 48.° do CPTA).

158.3. O CPTA regula três formas de execução distintas, tendo a distinção que ver com o objectivo do exequente, por sua vez dependente do tipo de pedido declarativo que ele fez valer em tribunal:

a) Na execução para pagamento de quantia certa, a mais simples das três, o exequente pretende que o tribunal constranja o réu na acção declarativa a pagar o montante pecuniário em que foi condenado e que não se dispôs a pagar voluntariamente;

298 Cfr. LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *O artigo 161° do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: uma complexa simplificação*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.° 43, Janeiro/Fevereiro 2004, p. 21.

299 A expressão *transitada em julgado* significa que a sentença produz efeitos de caso julgado, isto é, que já não pode ser modificada por outra decisão judicial. A decisão judicial transitada adquire a força de uma verdade tendencialmente imutável.

b) Na execução para prestação de factos ou de coisas, o exequente pretende que o tribunal force a Administração a adoptar uma determinada conduta, que pode consistir na entrega de uma coisa ou na adopção de outro comportamento, factual ou jurídico, incluindo a prática de um acto administrativo;

c) Na execução de sentença de anulação de um acto administrativo, o exequente pretende que o tribunal obrigue a Administração a extrair de uma sentença de anulação ou de declaração de nulidade de um acto administrativo todas as suas consequências, procedendo à reconstituição da situação que existiria se o acto em causa não tivesse sido praticado.

Optámos pelo estudo do processo executivo de uma forma diversa da utilizada noutros meios processuais, que nos pareceu mais adequada a sublinhar os aspectos mais importantes da execução das sentenças proferidas pelos tribunais administrativos contra a Administração Pública.

159. Princípios do processo executivo

159.1. Observando as disposições que no CPTA regulam o processo executivo – e que ocupam os artigos 157.° a 179.° — poderemos extrair alguns princípios gerais.

Antes de todos, o **princípio da jurisdicionalidade da execução**, já constante do nosso ordenamento jurídico-administrativo desde 1977, mas que a Reforma de 2002 reafirmou e aprofundou: executar a sentença é um processo controlável e controlado pelo tribunal administrativo. Já estamos muito distantes, no plano jurídico, da época — recente em termos históricos — em que o Governo decidia,

com base em considerações de ordem política, se devia ou não executar uma sentença contra si proferida por um tribunal administrativo.

Este princípio transparece de inúmeras disposições do CPTA, começando pelo tratamento dado à invocação pela administração de uma *causa legítima de inexecução*. Quando a parte pública vencida no processo declarativo alega uma razão supostamente válida para não acatar a sentença – supostamente válida, porque assente na invocação de um grave prejuízo para o interesse público ou na impossibilidade absoluta de executar a sentença (cfr. artigo 163.°, n.° 1, do CPTA)[300] — essa razão é sujeita à apreciação do tribunal, somente operando se e na medida em que este considerar que ela realmente existe (cfr. artigos 163.°, 164.°, n.°s 5 e 6, 165.° e 166.°, n.° 1).

Mas ao tribunal assistem diversas outras faculdades, para além do controlo da existência de causas legítimas de inexecução, igualmente inscritas no CPTA:

a) Ordenar *as diligências instrutórias que tenha por necessárias*, quando considere verificada a causa legítima de inexecução invocada pela Administração e o exequente e o executado não cheguem a acordo quanto ao montante da indemnização devida pela inexecução (cfr. artigo 166.°, n.° 2);

b) Reagir à inércia da Administração por via da adopção das *providências necessárias para efectivar a execução da sentença* (cfr. artigo 167.°, n.° 1);

300 Ou, tratando-se de execução para pagamento de quantia certa, invocando um *facto superveniente, modificativo ou extintivo da obrigação* – cfr. artigo 171.°, n.° 1, do CPTA.

c) *Declarar a nulidade dos actos desconformes com a sentença e anular os actos que mantenham, sem fundamento válido, a situação ilegal* (cfr. artigo 179.°, n.° 2);

d) *Proceder à entrega judicial da coisa devida ou determinar a prestação de facto devido por outrem, se o facto for fungível* (cfr. artigo 167.°, n.° 5);

e) Fixar um prazo limite para a prestação de facto infungível (cfr. artigo 168.°, n.° 1);

f) Proferir sentença *que produza os efeitos do acto ilegalmente omitido* (cfr. artigo 167.°, n.° 6);

g) Especificar os actos e as operações em que a execução deve consistir (cfr. artigos 168.°, n.° 2, e 179.°, n.° 1);

h) Mandar pagar a quantia em dívida ao exequente pela dotação orçamental inscrita à ordem do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (cfr. artigos 170.°, n.° 2, alínea *b)*, e 172.°, n.°s 3 a 8);

i) Decretar a compensação do crédito do exequente com dívidas deste para com a mesma entidade pública ou o mesmo ministério (cfr. artigos 170.°, n.° 2, alínea *a)* e 172.°, n.° 2);

j) Aplicar à Administração incumpridora uma sanção pecuniária compulsória, aspecto a que já nos referimos (cfr. artigo 168.°, n.° 1, 169.° e 179.°, n.° 3).

159.2. O segundo princípio que destacaremos é o **princípio da espontaneidade da execução**: executar é um dever oficioso da entidade contra a qual é proferida a sentença, isto é, a execução não depende de qualquer pedido que a parte vencedora no processo declarativo deva dirigir à parte vencida neste (cfr. artigos 162.°, n.° 1, 170.°, n.° 1, e 175.°, n.° 1, do CPTA). Os prazos para a execução espontânea da sentença variam entre os *trinta dias* – na

execução para pagamento de quantia certa – e os *três meses* – nas restantes formas de execução.

Naturalmente que a lei atribui à parte vencedora no processo executivo o poder de requerer a execução: vejam-se, neste sentido, as disposições dos artigos 164.°, n.° 1, 170.°, n.° 2, e 176.°, n.° 1, do CPTA. Mas convém não esquecer que o exercício deste poder apenas ocorre quando a Administração se encontra já em situação de incumprimento do dever de executar.

159.3. Não sendo um princípio específico do processo executivo, o **princípio do contraditório** assume papel de relevo no processo de execução, sobretudo quando a parte vencida no processo declarativo se opõe à execução, invocando uma causa legítima de inexecução (cfr. artigos 165.°, n.° 1, e 175.°, n.° 1, do CPTA).

Diversas disposições do CPTA procuram assegurar que o exequente tenha sempre uma palavra a dizer num processo de que pode resultar uma situação que, não obstante os motivos de interesse público subjacentes, não pode deixar de ser considerada uma patologia: a cobertura judicial para o incumprimento de deveres impostos à Administração Pública precisamente por uma decisão judicial. Esta preocupação transparece de disposições como os n.°s 5 e 6 do artigo 164.°, o n.° 3 do artigo 171.°, o n.° 6 do artigo 176.° e o n.° 2 do artigo 177.°, todos do CPTA.

159.4. Um dos problemas mais complexos da execução ocorre quando ela só pode ser assegurada através do sacrifício de um acto administrativo de cuja prática resultou um benefício para alguém. Revela-se, no tratamento legal de situações deste tipo, aquele a que se pode chamar o **princípio da ponderação de interesses de terceiros inocentes.**

Imagine-se a situação de um dirigente da Administração Pública afastado das suas funções por uma sanção disciplinar de demissão que, não se conformando com tal decisão, a impugna na jurisdição administrativa, pedindo também que a Administração seja condenada a reinvesti-lo nas suas funções. Suponhamos que o tribunal lhe reconhece razão e, consequentemente, anula o acto de demissão, condenando a Administração à prática do acto de readmissão.

Entretanto passaram, na melhor das hipóteses, vários meses. A probabilidade é a de a Administração, não podendo deixar de assegurar as funções que eram desempenhadas pelo dirigente demitido, ter nomeado outro para o substituir. Uma pessoa "inocente", isto é, que nada teve a ver com as razões que determinaram o afastamento do seu antecessor.

Ao recair sobre a Administração o dever de executar a sentença, coloca-se, naturalmente, uma questão delicada: que fazer ao actual titular do cargo, que não o seria não fora o acto anulado pelo tribunal, mas que nenhuma responsabilidade teve na demissão? Não há uma resposta simples para esta situação de conflito de interesses, sendo apenas certo e seguro que não podemos ter duas pessoas a exercer o mesmo cargo.

O CPTA procurou resolver este problema nos n.°s 3 e 4 do artigo 173.°, fazendo assentar a solução numa ponderação de interesses[301]:

a) Como regra, o interesse do exequente na reintegração prevalece sobre o interesse do actual titular do cargo em mantê-lo, tendo este, se desconhecesse, sem culpa, a precariedade da sua situação, direito a uma indemnização;

301 Para a qual, de resto, já apontava a alínea *i)* do n.° 2 do artigo 133.° do CPA.

b) O interesse do actual titular do cargo, contudo, prevalecerá sobre o interesse do exequente no caso de os prejuízos que este sofra com o afastamento das funções que vinha exercendo serem *de difícil ou impossível reparação e for manifesta a desproporção existente entre o seu interesse na manutenção da situação e o interesse na execução da sentença anulatória*;

c) Neste último caso, o exequente que vir precludido o seu direito à reintegração em benefício de quem tenha a seu favor situação constituída por acto administrativo praticado há mais de um ano *tem direito a ser provido em lugar de categoria igual ou equivalente àquela em que deveria ser colocado, ou, não sendo isso possível, à primeira vaga que venha a surgir na categoria correspondente, exercendo transitoriamente funções fora do quadro até à integração neste.*

160. O dever de executar: sobre quem recai?

Nesta matéria, a regra geral é, naturalmente, a de que quem deve executar é a parte vencida na acção declarativa, isto é, a entidade ou o ministério que foram réus nesta.

O CPTA contém alguns preceitos relativos à determinação daquele que se encontra sujeito ao cumprimento do dever de executar; sublinhamos três situações:

a) Se se tratou de uma impugnação de acto administrativo, o dever de executar recai sobre o órgão autor do acto (cfr. artigo 174.°, n.° 1, do CPTA);

b) No caso de tal órgão ter sido extinto, o dever de executar transfere-se para o órgão administrativo que lhe tenha

sucedido ou ao qual tenha sido conferida a competência (cfr. artigos 162.°, n.° 2, e 174.°, n.° 3, do CPTA);

c) Na execução para prestação de factos ou de coisas, pode ocorrer a substituição do obrigado a executar, que o não fez espontaneamente, pelo respectivo superior hierárquico ou pelo órgão que exerce poderes de superintendência sobre o obrigado (cfr. artigo 167.°, n.° 2, do CPTA).

161. Pressupostos processuais

O **tribunal administrativo** competente para a execução é aquele que tiver proferido a sentença em primeiro grau de jurisdição (cfr. artigo 164.°, n.° 1, do CPTA).

Tem **legitimidade activa** para requerer a execução a parte que tiver sido vencedora no processo declarativo; a **legitimidade passiva** pertence à parte vencida, sobre quem recai o dever de executar.

No que respeita à oportunidade do requerimento de execução, o CPTA estabelece as seguintes regras:

a) Tratando-se de execução para prestação de factos ou de coisas ou de execução de sentença de anulação de actos administrativos, o requerimento deve ser apresentado no prazo de *seis meses* a contar do termo do prazo para a execução espontânea ou da notificação da invocação de causa legítima de inexecução (cfr. artigos 164.°, n.° 2, 162.°, n.° 1, 176.°, n.° 2, e 175.°, n.° 1, do CPTA);

b) De idêntico prazo de *seis meses* dispõe o interessado para requerer a execução para pagamento de quantia certa, quando a Administração o não faça espontaneamente até ao termo do prazo a que se refere o n.° 1 do artigo 170.° do CPTA (cfr. artigo 170.°, n.° 2).

CAPÍTULO VIII

RECURSOS

Leituras aconselhadas:

A) No domínio da legislação anterior à Reforma de 2002

MÁRIO TORRES, *Três «falsas ideias simples» em matéria de recursos jurisdicionais no contencioso administrativo,* «in» *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*, Braga, 2002, pp. 753 e ss.

B) No âmbito da Reforma de 2002

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa,* cit., 433 a 459; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 343 a 359; RUI MACHETE, *Efeitos das sentenças e recursos,* «in» *Reforma do Contencioso Administrativo. Trabalhos Preparatórios. O Debate Universitário*, Ministério da Justiça, Novembro de 2000, pp. 369 e ss.

162. Noções gerais

O juiz não tem o dom da infalibilidade: procura decidir o litígio que lhe é submetido de acordo com o direito, aquilo que ele entende ser o direito. As mais das vezes, provavelmente, a sua decisão é acertada e justa, fazendo justiça, a justiça humana possível.

Mas não é, evidentemente, de excluir que o juiz se engane, que não tenha visto a bem a questão, que não tenha procedido a uma correcta identificação das normas aplicáveis ou a uma adequada determinação do seu sentido e alcance. Perante esta possibilidade, existem duas respostas possíveis:

a) Encolher os ombros e conformarmo-nos com a fraqueza própria da natureza humana, na convicção de que, mesmo as melhores leis que se possam conceber, incluindo as processuais, não podem resolver bem cem por cento dos litígios – já será satisfatório se resolverem aceitavelmente oitenta ou noventa por cento;

b) Criar um mecanismo que possibilite a verificação do acerto da decisão judicial por parte de outros juizes, com base no pressuposto de que quanto mais elevado for o número de magistrados encarregados de equacionar a melhor composição do litígio (e mais rica a respectiva experiência profissional), maior será a probabilidade de este ser bem decidido.

A segunda opção é, evidentemente, a mais satisfatória, na medida em que aumenta as probabilidades de uma justiça "justa", tendendo a aproximar a justiça humana da perfeição inatingível de uma justiça divina. Todavia, não é possível esquecer que a justiça tem um preço: o aparelho judiciário é dispendioso e comporta uma oferta de justiça limitada pelos

recursos humanos e materiais disponíveis. Por esta razão, o sistema judicial combina as duas opções, fazendo depender a possibilidade de obter uma segunda – e, até, uma terceira — apreciação do litígio da importância deste.

Quando se trata de um litígio menor, medido pelo reduzido valor económico dos interesse envolvidos, a lei considera que a decisão do juiz é insusceptível de reapreciação: bem ou mal, o conflito está resolvido.

Quando o litígio apresenta maior valor económico ou incide sobre situações que, pela natureza muito relevante dos interesses em jogo, justificam especial ponderação, o legislador possibilita uma, ou mais, reapreciações judiciais.

Recurso é precisamente o termo que designa o pedido de reapreciação de uma decisão judicial dirigido a tribunal distinto daquele que a proferiu.

163. Espécies

A primeira grande distinção em matéria de recursos faz-se entre os **recursos ordinários** e os **recursos extraordinários:**

— os primeiros visam obter a reapreciação do litígio, isto é, uma diferente ponderação dos factos ou uma nova e melhor aplicação do direito, podendo ainda apresentar razões de índole processual – podem ter uma justificação substantiva ou processual;

— os segundos, que têm carácter excepcional, não visam obter a reapreciação do litígio, mas destruir a decisão judicial por razões que radicam em defeitos intrínsecos ou na forma como foi produzida – têm sempre uma justificação processual.

Iremos ocupar-nos apenas dos recursos ordinários, começando por sublinhar que o CPTA manda aplicar-lhes o Código de Processo Civil, *com as necessárias adaptações*, e processá-los como recursos de agravo[302].

164. Pressupostos processuais

164.1. Competência

Regra geral, os recursos interpõem-se para o tribunal que, na organização judiciária administrativa represente o grau de jurisdição imediatamente superior àquele que proferiu a decisão em primeiro grau de jurisdição (isto é, para um dos TCAs, de decisões dos tribunais administrativos de círculo; para o STA, de decisões dos TCAs).

Existe, todavia, uma excepção, que consubstancia mais uma novidade no nosso sistema de justiça administrativa: o recurso de **revista *per saltum*** de decisões de um tribunal administrativo de círculo para o STA, possível nas circunstâncias enunciadas no n.º 1 do artigo 151.º do STA, ou seja, relativamente a causas de valor superior a três milhões de euros e em que as partes apenas suscitem questões direito.

302 O Código de Processo Civil conhece três espécies de recursos ordinários: a apelação, o agravo e a revista. Simplificando o mais possível, a **apelação** é o recurso que se interpõe da decisão final do processo que conhece o mérito da causa, isto é, da sentença ou, quando for o caso, do despacho saneador; a **revista** é o recurso que se interpõe de uma decisão de 2.ª instância que conhece do mérito da causa, com fundamento de natureza processual; o **agravo** é o recurso que se interpõe das decisões recorríveis de que não caiba apelação ou revista.

164.2. Recorribilidade

Pode recorrer-se, conforme dispõe o artigo 142.º do CPTA, quando a decisão judicial esteja numa das seguintes circunstâncias:

a) Tenha, em primeiro grau de jurisdição, conhecido do mérito da causa e esta seja de valor superior à alçada do tribunal que a produziu;

b) Tenha considerado improcedente um pedido de intimação para protecção de direitos, liberdade e garantias;

c) Diga respeito a matéria sancionatória;

d) Contrarie jurisprudência uniformizada do STA;

e) Ponha termo ao processo sem conhecer do mérito da causa;

f) Qualquer outra situação prevista no Código de Processo Civil.

O recurso de revista, ou seja, o recurso para o STA de decisões proferidas pelos TCAs em segundo grau de jurisdição, só excepcionalmente é admitido, razão pela qual o triplo grau de jurisdição continua a não se aplicar na jurisdição administrativa (cfr. artigo 142.º, n.º 4). As razões excepcionais que tornam admissível o recurso de revista encontram-se enunciadas no n.º 1 do artigo 150.º do CPTA e preenchem duas situações:

— quando o processo envolva a apreciação de uma questão que, *pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental*;

— quando a *admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito*.

164.3. Legitimidade

A regra geral é muito simples: recorre quem perde. A lei, no n.º 1 do artigo 141.º do CPTA, atribui **legitimidade**

para recorrer de uma decisão jurisdicional à parte vencida. Tem ainda legitimidade para recorrer o Ministério Público, quando *a decisão tiver sido proferida com violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais.*

A **legitimidade passiva** pertence, evidentemente, à parte vencedora.

164.4. Oportunidade

Os recursos devem ser interpostos no prazo de *trinta dias*, contados da data da notificação da decisão recorrida (cfr. artigo 144.°, n.° 1, do CPTA); nos processos urgentes, o prazo é reduzido a *quinze dias* (cfr. artigo 147.°, n.° 1, do CPTA).

165. Efeitos dos recursos

Em regra, os recursos têm efeito suspensivo da decisão recorrida, isto é, paralisam a eficácia desta.

Exceptuam-se, todavia, dois tipos de situações, em que a interposição do recurso não tem, ou pode não ter, efeito suspensivo, limitando-se ao efeito devolutivo[303].

No primeiro tipo de situações, a inexistência de efeito suspensivo decorre de uma imposição legal, contida no n.° 2 do artigo 143.°: os recursos interpostos de intimações para protecção de direitos, liberdades e garantias e de decisões respeitantes à adopção de providências cautelares não têm efeito suspensivo.

303 *Efeito devolutivo* é o efeito que consiste em atribuir ao tribunal para que se recorre o poder de tomar uma nova decisão sobre o litígio.

Compreende-se facilmente porquê: se o recurso interposto da decisão judicial que decreta uma providência cautelar tivesse efeito suspensivo, ficaria inutilizada a razão de ser da tutela cautelar, que é, como se viu noutro ponto, a de proteger rapidamente a aparência do bom direito e evitar ou minimizar a consumação de prejuízos. Seria como que retirar com uma mão aquilo que se havia dado com a outra.

No segundo tipo de situações, a exclusão do efeito suspensivo não resulta de uma imposição legal, mas de uma decisão do juiz, habilitado pela lei, a proceder a uma ponderação de interesses entre as consequências de atribuir efeito suspensivo ao recurso e as de não lhe atribuir tal efeito (cfr. artigo 143.°, n.°s 3, 4 e 5, do CPTA).

166. Tramitação e decisão do recurso

166.1. Tramitação

Continuando nos limites da simplificação, sublinharemos apenas:

a) O requerimento de recurso é apresentado no tribunal de cuja decisão se recorre (também chamado tribunal *a quo*) e inclui a respectiva alegação, isto é, as razões pelas quais se recorre, enunciadas como vícios ou defeitos da decisão recorrida (cfr. artigo 144.°, n.° 2, do CPTA);

b) O recorrido ou recorridos são notificados para alegarem no prazo de *trinta dias*, prazo este que é reduzido a *quinze* nos processos urgentes (cfr. artigos 145.°, n.° 1, e 147.°, n.° 2, do CPTA);

c) O processo de recurso *sobe* então — é enviado para o tribunal com competência para apreciar o recurso (também chamado tribunal *ad quem*) —, sendo acompanhado de

cópia da decisão recorrida (cfr. artigo 145.º, n.º 2, do CPTA);

d) Neste tribunal, começa por proporcionar-se ao Ministério Público (quando este não seja recorrente ou recorrido) vista do processo pelo prazo de *dez dias* — reduzido a *cinco* nos processos urgentes — para que este se pronuncie sobre o mérito do recurso, *em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes, ou de alguns dos valores ou bens referidos no n.º 2 do artigo 9.º* (cfr. artigos 146.º, n.º 1, e 147.º, n.º 2, do CPTA);

e) No caso de o Ministério Público se pronunciar, as partes são notificadas para responder no prazo de *dez dias*, igualmente reduzido a *cinco* nos processos urgentes (cfr. artigos 146.º, n.º 2, e 147.º, n.º 2, do CPTA);

f) Prossegue-se de acordo com a tramitação regulada nos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 146.º do CPTA, reduzindo-se sempre os prazos aí fixados a metade nos processos urgentes (cfr. artigo 147.º, n.º 2).

166.2. Decisão

A decisão do recurso é, em regra, tomada por um colectivo de três juízes; todavia, o presidente do tribunal com competência para apreciar o recurso pode determinar que o julgamento deste caiba a todos os juízes que compõem a secção, com o objectivo de assegurar a uniformidade da jurisprudência (cfr. artigo 148.º, n.º 1, do CPTA). Pode fazê-lo por iniciativa própria, a requerimento das partes, ou sob proposta do relator (cfr. artigo 148.º, n.º 2).

CAPÍTULO IX
ARBITRAGEM

Leituras aconselhadas:

A) No domínio da legislação anterior à Reforma de 2002

JOÃO CAUPERS, *A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 18, Novembro/Dezembro 1999, pp. 2 e ss.; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *A arbitragem voluntária no domínio do contratos administrativos,* «in» *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1994, pp. 229 e ss.

b) No âmbito da Reforma de 2002

JOAO CAUPERS, *A arbitragem na nova justiça administrativa,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 34, Julho/Agosto 2002, pp. 65 e ss.; JOÃO MARTINS CLARO, *A arbitragem no Projecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos,* «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 22, Julho/Agosto 2000, pp. 83 e ss.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime...*, cit., pp. 401 a 418.

167. Noção

Por arbitragem entende-se uma técnica de solução de conflitos *hetero-compositiva*, no sentido de que exige a intervenção de, pelo menos, um terceiro; *convencional*, porque exige um acordo entre as partes[304]; *formalizada*, porque pressupõe a escolha de procedimentos pré-determinados que hão-de ser seguidos pelos árbitros e pelas partes; e uma técnica *quási-judicial*, que garante uma solução para o litígio obrigatória para as partes, uma vez que os árbitros são verdadeiros juízes, embora não façam parte da justiça do Estado e sejam escolhidos pelas partes.

O Estado pode admitir a arbitragem; mas, mesmo quando a admite, nunca aceita o seu afastamento absoluto e definitivo da solução do litígio. Na verdade, o Estado tolera a privação do poder de julgar dos seus juízes (*jurisdictio*) em favor dos árbitros, mas jamais aceita despojar-se do poder de execução da decisão (*imperium*). Se a decisão arbitral não for voluntariamente executada pelas partes, haverá que requerer a sua execução a um tribunal do Estado.

Esta recusa em afastar-se do litígio justifica também o poder de controle que a jurisdição do Estado conserva

304 Note-se que, no que respeita à arbitragem em matéria administrativa, o artigo 182.º do CPTA "força" o acordo da parte pública, ao constrangê-la a aceitar a arbitragem sempre que a parte privada a ela pretenda recorrer. Parece óbvio que o objectivo principal do legislador é "empurrar" para a via arbitral a composição dos litígios emergentes de determinadas relações jurídico-administrativas.

sobre a decisão arbitral: o juiz do Estado pode ser chamado a rever o conteúdo da decisão, pelo menos para controlar a sua conformidade legal[305].

168. Admissibilidade do recurso à arbitragem.

É absolutamente essencial tomar em consideração as origens do direito administrativo para compreender os sérios obstáculos na procura de um "território" jurídico favorável à arbitragem, no âmbito de um litígio entre uma pessoa colectiva pública e um particular, cujo objecto constitua matéria regulada pelo direito administrativo.

Muito embora já então prevalecesse a ideia da admissibilidade do recurso à arbitragem, designadamente em litígios relativos à interpretação, validade ou execução dos contratos administrativos, só na reforma do contencioso administrativo de 1984/1985 essa possibilidade veio a obter reconhecimento expresso do legislador, através do preceito do n.º 2 do artigo 2.º do ETAF (de 1984), onde se podia ler *são admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo o contencioso das acções de regresso.*

Em 1986, a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (Lei da Arbitragem Voluntária), no seu n.º 4 do artigo 1.º, viria a habilitar expressamente o *Estado e outras pessoas colecti-*

305 Nas arbitragens em matéria jurídico-administrativa este juiz do Estado encontra-se num Tribunal Central Administrativo (cfr. artigo 186.º do CPTA).

vas de direito público a celebrarem convenções de arbitragem, desde que para tanto fossem autorizados por lei especial ou se elas tivessem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado. Partilhámos sempre do entendimento, comum na doutrina, de que *o n.º 2 do artigo 2.º do ETAF* constituía *um exemplo óbvio das "leis especiais" a que alude o n.º 4 do artigo 1.º da LAV*[306].

O principal obstáculo à arbitragem decorre da indisponibilidade da competência. As competências são incontestavelmente poderes jurídicos mas não constituem direitos subjectivos. Se admitirmos que os direitos subjectivos são faculdades jurídicas orientadas para a realização de um interesse próprio do seu titular, teremos que aceitar que as competências, apesar de serem poderes jurídicos, não são verdadeiros direitos subjectivos. Na verdade, elas visam a realização de um interesse que não é próprio do órgão administrativo, ou seja, um interesse público da colectividade – estadual ou outra — que instituiu a pessoa colectiva pública a que tal órgão pertence.

Uma vez que as competências são verdadeiros poderes funcionais, o seu exercício não está confiado ao livre arbítrio do órgão administrativo: a autonomia da vontade – que permite a qualquer pessoa, em princípio, dispor dos seus direitos – dá lugar ao respeito pela legalidade, acarretando a indisponibilidade dos poderes funcionais. Na medida em que a arbitragem pode exigir uma certa "gestão" dos poderes jurídicos dos órgãos da Administração Pública, ela pode ser dificultada pela indisponibilidade destes poderes.

306 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *A arbitragem voluntária nos contratos administrativos*, «in» *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1994, p. 240.

Olhando para os artigos que no CPTA regulam a arbitragem, salta a vista a distinção entre duas modalidades de arbitragem: a arbitragem *ad hoc* — para a qual se escolhem, pontualmente, os árbitros — e a arbitragem permanente ou *institucional* — confiada a entidades estáveis, especificamente habilitadas a arbitrar determinadas espécies de conflitos. Não por se tratar de uma distinção inovadora, mas porque o legislador a tomou como ponto de partida para aquilo que se poderia designar por "geometria variável" da arbitragem.

169. Âmbito material dos litígios susceptíveis de resolução por via arbitral

169.1. O legislador começou, no artigo 180.º por estabelecer um âmbito para a arbitragem, que é apenas um pouco mais amplo que o actual, ao alargar modestamente as possibilidades de recurso à via arbitral a alguns — poucos — litígios relativos a actos administrativos (apenas quando tais litígios respeitem a actos administrativos *que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva*).

Porém, mais adiante verifica-se que esse modesto alargamento de âmbito só o é relativamente à arbitragem *ad hoc*, pois que a arbitragem institucional, organizada em centros de arbitragem, pode abranger, para além dos contratos e da responsabilidade civil da Administração, três outras matérias (artigo 187.º, n.º 1, alíneas *c), d)* e *e)*[307].

307 Curiosamente, relativamente àqueles poucos litígios relativos a actos administrativos em que o recurso à via arbitral é possível, pode haver arbitragem *ad hoc*, mas não arbitragem institucional.

No que respeita à admissibilidade, prudente, da arbitragem em litígios relativos a actos administrativos, a possibilidade não nos incomoda. Já o havíamos admitido em 1999, no nosso relatório *L'arbitrage dans les litiges entre les autorités administratives et les personnes privées*, elaborado por encargo do Conselho da Europa[308]. E, antes de nós, SÉRVULO CORREIA[309], que também não via na solução obstáculos intransponíveis, observando que o problema não estava na distinção entre acto administrativo e contrato administrativo mas na natureza dos poderes – vinculados ou discricionários – exercidos pela Administração.

No mesmo sentido e louvando-se na habilitação genérica da Administração para contratar, constante do n.º 1 do artigo 179.º do CPA, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA escreveu, mais recentemente, que *a tradicional barreira, aparentemente intransponível, entre o reino dos actos administrativos e o dos contratos, tradicionalmente concebidos como figuras radicalmente distintas, entre si, pertencentes a universos absolutamente separados, se vai diluindo*[310].

169.2. ***A arbitragem institucional*** é possível, como se disse, para além dos litígios sobre contratos administrativos e responsabilidade civil da Administração Pública, em três outras matérias:

— funcionalismo público;

— sistemas públicos de protecção social;

— urbanismo.

Se a abertura à via arbitral em matéria de contratos e de responsabilidade da Administração corresponde a uma tradição portuguesa, não merecendo, por isso, especial referência, já as restantes matérias constituem novidade.

No que respeita à possibilidade do recurso à arbitragem para resolver questões relativas a actos administrativos, a lei adoptou uma formulação claramente restritiva: somente podem ser submetidos a arbitragem litígios relativos a actos legais não constitutivos de direitos, visto que apenas estes podem ser revogados com fundamento em inconveniência. Poderemos pensar, quer em actos que concedem vantagens aos interessados, como os relativos à utilização privativa de bens do domínio público, pacificamente considerados como precários, quer em actos constitutivos de encargos ou sujeições, como as sanções disciplinares.

Na referência legislativa a *sistemas públicos de protecção social*, admitimos estarem incluídos litígios emergentes, designadamente, das relações jurídicas de segurança social; por exemplo, o conflito relativo ao alegado direito ao subsídio de desemprego, que a Administração entende não existir, ou ao montante do mesmo, quando seja controvertido. Não estamos, porém, seguros de que a arbitragem possa funcionar nestes casos, uma vez que as prestações de segurança social são objecto de direitos subjectivos públicos, cujas atribuição e liquidação estão apenas dependentes da verificação de certos pressupostos precisamente enumerados e descritos na lei.

308 Cfr. *Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées: conciliation, mediation et arbitrage*, Conselho da Europa, 2000, pp. 105-107.

309 Cfr. *A arbitragem voluntária nos contratos administrativos*, cit., pp. 234-235, nota (10).

310 Cfr. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª edição, Coimbra, 2007, p. 1008.

Já quanto às questões urbanísticas, nos parece adequada a previsão da via arbitral: dada a natureza das relações jurídicas multipolares que caracterizam o direito do urbanismo e a complexidade técnica e económica de muitos litígios – imagine-se a aplicação de mecanismos de compensação urbanística – a arbitragem apresenta inúmeras possibilidades.

A previsão relativa ao funcionalismo público é que, à primeira vista, não parece tão acertada: na verdade, considerado o carácter quase totalmente estatutário do regime jurídico da função pública, não se descortina facilmente qual poderá ser o âmbito da arbitragem[311].

Na verdade, é habitual estabelecer um paralelo entre os direitos subjectivos indisponíveis do direito privado e as situações resultantes para a Administração Pública de normas imperativas.

Encaremos do direito a férias dos funcionários públicos. Não será possível, em caso algum, submeter a um processo arbitral a pretensão de um funcionário que entenda que deverá ter um período de férias superior ao legal: fazê-lo, significaria admitir que a decisão arbitral poderia ser *contra legem*.

Suponhamos, porém, que o litígio incide sobre a localização temporal do período de férias: o funcionário pretende gozar as férias em Julho e o dirigente do serviço considera que ele só poderá ter as suas férias em Setembro. Haverá algum obstáculo legal ou algum inconveniente prático em submeter este conflito a arbitragem? Parece-nos

311 A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, não alterou esta situação.

claro que não existe. Não será até a via arbitral muito mais adequada a resolver este tipo de litígios do que o recurso a um tribunal administrativo?

O exemplo mostra que, ao contrário da aparência, existe espaço bastante para a arbitragem de conflitos laborais na função pública: a natureza estatutária da maioria da regulamentação laboral desta não suprime o espaço de controvérsia legalmente possível, que pode abranger, como se viu, áreas tão importantes como o tempo de trabalho.

169.3. O artigo 185.º do CPTA exclui expressamente da possibilidade de recurso à via arbitral os litígios que incidam sobre a efectivação da responsabilidade civil emergente de danos resultantes de actos praticados no exercício das funções política, legislativa e jurisdicional.

Supomos que estas exclusões têm explicações distintas.

No caso dos prejuízos causados por actos praticados no exercício da função jurisdicional, trata-se, julgamos, de não permitir que as consequências de actos próprios dos juízes dos tribunais do Estado pudessem ser apreciadas e determinadas por juízes árbitros. É razoável considerar que uma tal possibilidade poderia pôr em causa o prestígio da justiça do Estado.

No caso dos prejuízos causados por actos praticados no exercício das funções legislativa e política, a questão está em impedir a intervenção de tribunais arbitrais em questões que poriam em causa o exercício das funções primárias do Estado. Se mesmo a intervenção de tribunais do Estado nestes casos só recentemente foi admitida — e com significativas limitações —, compreende-se a respectiva interdição a intervenções de natureza arbitral.

170. O compromisso arbitral.

170.1. Compete ao ministro de tutela do sector em causa, no caso da pessoa colectiva Estado, a outorga do compromisso arbitral. No caso das regiões autónomas e das autarquias locais, essa competência pertence ao governo regional e *ao órgão autárquico que desempenha funções executivas*. Nas restantes pessoas colectivas públicas, tal competência encontra-se atribuída *ao presidente do respectivo órgão dirigente* (cfr. artigo 184.º).

170.2. Dispõe o artigo 182.º do CPTA que *o interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no artigo 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos termos da lei.* O artigo subsequente determina a suspensão dos prazos *de que dependa a utilização dos meios processuais próprios da jurisdição administrativa* até ao despacho do requerimento veiculando a exigência a que se refere o artigo 182.º – despacho esse que, nos termos do artigo 184.º, deve ser proferido no prazo de trinta dias.

A lei fala em *direito à outorga de compromisso arbitral* e esclarece que o interessado pode *exigir* à Administração a outorga do compromisso arbitral. A questão que se pode colocar é a de saber qual a natureza deste direito. Será mesmo um direito potestativo? O que é que sucede se a Administração recusar a exigência do interessado ou nem mesmo lhe responder?

O problema radica na circunstância de a norma legal remeter a formatação jurídica da exigência do particular

para uma lei que não existe. E, inexistindo tal lei, também não estão determinados os pressupostos e as circunstâncias do exercício de tal direito.

Sustentámos, quando o CPTA era ainda apenas um projecto, que *o poder de exigir a celebração de compromisso arbitral não parece produzir nenhum efeito jurídico automático na esfera jurídica da entidade pública a quem seja dirigida tal exigência: muito embora esta tenha a obrigação de celebrar o compromisso arbitral, a lei não faz recair sobre ela quaisquer consequências da recusa.* Recusámos, por isso, qualificar tal poder como um direito potestativo[312]. Idêntica é a opinião de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA[313].

Parece, pois, que, de momento, o poder de exigir a celebração de compromisso arbitral que a lei consagra, não tem acoplado a si qualquer mecanismo de constrangimento susceptível de o tornar eficaz. É uma solução claramente insatisfatória.

A derradeira questão que se pode colocar a este propósito é a de saber se, em face da recusa, expressa ou tácita, em celebrar o compromisso arbitral solicitado pelo interessado, este poderá recorrer à jurisdição administrativa, eventualmente através de uma acção administrativa especial, pedindo a condenação da Administração à prática do acto devido (a outorga do compromisso).

Independentemente de se poder discutir a admissibilidade teórica de uma tal possibilidade, a verdade é que ela

312 Cfr. *A arbitragem na nova justiça administrativa*, «in» ***Cadernos de Justiça Administrativa***, n.º 34, Julho / Agosto 2002, p. 66.

313 Cfr. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, cit., p. 1016.

consubstanciaria um absurdo no plano prático: como nos perguntámos, no local já citado, *sendo então necessário recorrer à jurisdição administrativa, o recurso à via arbitral não terá perdido a sua razão de ser, sendo então preferível confiar a solução do litígio àquela*[314]?

171. Constituição e funcionamento do tribunal arbitral.

Em matéria de constituição e funcionamento do tribunal arbitral, o CPTA pouco mais faz do que remeter para a Lei de Arbitragem Voluntária (LAV). A única providência que o legislador adoptou, no n.º 2 do artigo 181.º, foi estabelecer a correspondência das nomenclaturas judiciais: onde ali se lê «tribunal de relação», «presidente do tribunal de relação» e «tribunal de comarca» deverá ler-se, nas arbitragens administrativas, *tribunal central administrativo, presidente do tribunal central administrativo e tribunal administrativo de círculo,* respectivamente.

172. A decisão arbitral

É sabido que, em geral, as decisões arbitrais podem ser tomadas segundo a lei ou segundo a equidade, sendo que, na falta de autorização específica das partes para recorrer a esta, a decisão apenas se pode fundar no *direito constituído* (cfr. artigo 22.º da LAV).

314 *A arbitragem na nova justiça administrativa*, cit., p.66. No mesmo sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, cit., p. 1016.

O CPTA não dispõe de preceito similar ao artigo 22.º da LAV. Todavia, que o recurso à equidade não está interdito, demonstra-o o n.º 2, *in fine*, do artigo 186.º, ao prever que *o tribunal arbitral não tenha decidido segundo a equidade* – o que implica admitir, em abstracto, tal possibilidade.

O recurso à equidade, porém, não pode servir de fundamento para afastar imposições legais, sob pena de violação do princípio da legalidade. Como bem aponta MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, a Administração só poderá autorizar os árbitros a julgar segundo a equidade quando não existir *o risco de a decisão arbitral poder pôr em causa o cumprimento, por parte da Administração, de vinculações impostas por disposições legais estritas*[316].

O que sucede é que, não estando o cumprimento da lei ao dispor da Administração, a impossibilidade de recurso à equidade é paralela à interdição, estabelecida no n.º 1 do artigo 1.º da LAV, de recorrer à via arbitral quando em causa estejam *direitos indisponíveis*. O conceito jus-privatista de direitos indisponíveis corresponde, de alguma forma, no mundo jus-público, ao de vinculações legais da administração pública. O mesmo vale por dizer que a equidade como razão de decidir em processos arbitrais envolvendo a Administração Pública só pode operar no âmbito da discricionaridade administrativa.

315 MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, cit., p. 1022.

173. Contencioso da decisão arbitral.

O contencioso impugnatório das decisões arbitrais proferidas em conflitos jurídico-administrativos é da competência do tribunal central administrativo territorialmente competente, dispõe o artigo 186.º, n.º 1, do CPTA. Os fundamentos com que tal impugnação é admissível são os mesmo que podem fundar, nos termos da lei de arbitragem voluntária, a anulação da decisão arbitral, ou seja, os identificados no n.º 1 do artigo 27.º da LAV.

É ainda possível, em termos idênticos àqueles em que a lei de arbitragem voluntária permite o recuso para o tribunal de relação, recorrer da decisão arbitral para o tribunal central administrativo (cfr. artigo 29.º, n.º 1, da LAV). Todavia, este recurso está restringido às decisões arbitrais tomadas com base na lei, excluindo-se as que o forem com base na equidade (cfr. artigo 186.º, n.º 2, do CPTA e 29.º, n.º 2, da LAV).

INDICE

NOTA INTRODUTÓRIA 7
PRINCIPAIS ABREVIATURAS 11
PLANO 13
ELEMENTOS DE ESTUDO 15

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I – A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 25
1. Conceito de administração 26
2. Administração pública e administração privada 28
3. Polissemia do conceito de administração pública 30
4. A função administrativa no quadro das funções do Estado 35
5. Formas e instrumentos jurídicos da actividade administrativa pública 37
6. Sistemas administrativos 39
7. A administração pública e o direito. Ilegalidade e ilicitude 42
8. O princípio da legalidade e a presunção de legalidade 44
9. O controlo da administração pública. Auto-controlo e hetero-controlo 48

CAPÍTULO II –O DIREITO ADMINISTRATIVO 51
10. O direito administrativo: características e tipos de normas 53
11. Fontes do direito administrativo – a Constituição administrativa 54
12. Fontes do direito administrativo – o direito da União Europeia 57
13. Fontes do direito administrativo – a lei 61
14. Fontes do direito administrativo – o regulamento administrativo: origem, natureza e fundamentos do poder regulamentar 63
15. Espécies de regulamentos 65
16. Limites do poder regulamentar 67
17. Competência regulamentar e formas jurídicas dos regulamentos 68

18 . Modo de produção dos regulamentos 69
19. Publicação e vigência dos regulamentos 70
20. A codificação do direito administrativo 71
21. A ciência do direito administrativo e a ciência da administração 72
22. O direito administrativo e os outros ramos do direito 78
23. Direito administrativo geral e direitos administrativos especiais 81

CAPÍTULO III – OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS 83
24. O interesse público: definição e prossecução dever de boa administração 86
26. Vinculação e discricionaridade 98
27. Fundamentação e formalismo 97
28. A relação jurídico-administrativa 99
29. Poder de decisão unilateral e participação dos interessados na tomada da decisão 101
30. Autotutela executiva: significado e implicações 103
31. O interesse público e os interesses dos particulares 103
32. O princípio da proporcionalidade 107
33. Os princípios da igualdade, da imparcialidade, da boa fé e da justiça 108
34. O princípio da responsabilidade 111

PARTE I
ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PÚBLICA

CAPÍTULO I– ESTRUTURAS ORGANIZATIVAS 115
35. Conceito de organização 117
36.Elementos da Administração Pública: as pessoas colectivas 119
37. A administração estadual 120
38. A administração autónoma 134
39. As autarquias locais 136
40. A administração autónoma não territorial 140
41 . Os órgãos 143
42. Os serviços públicos 151
43. Atribuições, competências e missões 156
44. A competência em especial 157
45.Relações interorgânicas e relações intersubjectivas 158
46. Relações interorgânicas: a hierarquia administrativa 159
47. A supervisão 161
48. A delegação de poderes 163

49. Relações intersubjectivas 169
50. A tutela administrativa 169
51. A superintendência 170
52. Os princípios constitucionais sobre a organização administrativa 172

CAPÍTULO II– OS RECURSOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 175
53. Os recursos humanos 176
54. Estatuto constitucional da função pública 179
55. Quadro legal actual 181
56. A disciplina na Administração Pública 185
57. Os bens (domínio público) – origens e natureza 189
58. Composição do domínio público 190
59. O quadro constitucional 191
60. O futuro (?) regime legal – traços gerais 192
61. Utilização do domínio público por particulares 196

PARTE II
ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA PÚBLICA

CAPÍTULO I– FORMAS TÍPICAS DA ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA 207
62. Polícia administrativa – conceito e natureza 208
63. Polícia administrativa geral (polícia de segurança) e polícias administrativas especiais 213
64. Poderes de polícia 214
65. Medidas de polícia 215
66. A regulação 217
67. A regulação independente 220

CAPÍTULO II – INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA ACÇÃO ADMINISTRATIVA – O ACTO ADMINISTRATIVO 225
68. Conceito de acto administrativo 226
69. Principais características do acto administrativo 234
70. Natureza jurídica do acto administrativo 235
71. Estrutura do acto administrativo 236
72. Das formalidades em especial 238
73. Tipologia dos actos administrativos primários 240
74. Principais classificações dos actos administrativos 243
75. O acto administrativo lesivo 244
76. A execução do acto administrativo 247

CAPÍTULO III – VALIDADE E EFICÁCIA DO ACTO ADMINISTRATIVO 251
77. Noções gerais 252
78. Requisitos de validade 252
79. Requisitos de eficácia 253
80. A invalidade do acto administrativo — suas causas 253
81. Regimes da invalidade 256
82. Âmbito de aplicação dos regimes da nulidade e da anulabilidade 257
83. Correspondência entre as causas da invalidade e os respectivos regimes 258
84. Sanação dos actos anuláveis 259

CAPÍTULO IV – OS ACTOS SECUNDÁRIOS – EXTINÇÃO DO ACTO ADMINISTRATIVO 261
85. Tipologia dos actos administrativos secundários 262
86. A revogação em especial 265
87. A revogação de actos administrativos que concedem auxílios de Estado e subsídios comunitários 267
88. Competência, forma e formalidades do acto de revogação 273

CAPÍTULO V – CONTRATOS PÚBLICOS 278
89.Contratos da Administração Pública e contratos administrativos 278
90. O regime procedimental relativo à celebração de contratos públicos – âmbito de aplicação subjectivo 287
91. O regime procedimental relativo à celebração de contratos públicos – âmbito de aplicação objectivo 291
92. Princípios da contratação pública 294
93. Formas e critérios de escolha do co-contratante 297
94. Procedimento pré-contratual e outorga do contrato 299
95. O contrato administrativo – âmbito de aplicação do regime substantivo 301
96. Espécies de contratos administrativos 303
97. Conformação da relação contratual e execução do contrato 306
98. Invalidade do contrato 308
99. Incumprimento do contrato 311
100. Extinção do contrato 313

CAPÍTULO VI – A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E OUTROS ENTES PÚBLICOS 317
101. Noção, origens e evolução recente 320
102. Âmbito de aplicação 325
103. Objectivo da responsabilização 328
104. Responsabilidade subjectiva por actos da função administrativa 329

105. Responsabilidade objectiva no exercício da actividade administrativa 332
106. Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional 333
107. Responsabilidade por danos decorrentes de actos praticados no exercício da função legislativa 336
108. Indemnização pelo sacrifício 342

CAPÍTULO VII – O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO 345
109. Noção 346
110. Espécies de procedimentos administrativo 348
111. A codificação das regras do procedimento administrativo — o Código do Procedimento Administrativo 349

CAPÍTULO VIII – A MARCHA DO PROCEDIMENTO COMUM DECISÓRIO DE 1.º GRAU – PARA A TOMADA DE UMA DECISÃO ADMINISTRATIVA 353
112.1.a fase: o arranque do procedimento 355
113. 2.a fase: a instrução 356
114. 3.a fase: a audiência dos interessados 360
115. 4.a fase: a decisão 363
116. A omissão juridicamente relevante 364

PARTE III
GARANTIAS DOS PARTICULARES

CAPÍTULO I – GARANTIAS ADMINISTRATIVAS 375
117. Conceitos e tipos 376
118. As garantias petitórias 377
119. A queixa para o Provedor de Justiça 377
120. As garantias impugnatórias: a reclamação 381
121. O recurso hierárquico 381
122. O recurso hierárquico impróprio 383
123. O recurso tutelar 384

CAPÍTULO II – GARANTIAS JURISDICIONAIS – A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA 387
124. Noção 391
125. Origens e evolução (Portugal) 391
126. Natureza da jurisdição administrativa 398
127. Órgãos da jurisdição administrativa 399
128. Âmbito da jurisdição administrativa 401

129. Competência dos tribunais administrativos 407
130. Elementos do processo administrativo contencioso 412
131. Os grandes princípios do processo administrativo contencioso 425
132. Os meios processuais 434
133. Valor da causa, formas do processo e alçadas 435
134. Patrocínio judiciário 438

CAPÍTULO III – ACÇÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL 441
135. Fundamento e natureza 445
136. Pedidos 447
137. Impugnação de actos administrativos 448
138. Condenação à prática de acto administrativo devido 460
139. Impugnação de normas e declaração de ilegalidade por omissão ... 464
140. Tramitação 468

CAPÍTULO IV – ACÇÃO ADMINISTRATIVA COMUM 477
141. Pedido 479
142. Pressupostos processuais 480
143. Tramitação 483

CAPÍTULO V – PROCESSOS URGENTES 485
144. Noção e fundamento 486
145. Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias 488
146. Intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões 492
147. Impugnações de actos pré-contratuais 495
148. Impugnações de actos administrativos em matéria eleitoral 498

CAPÍTULO VI – PROCESSOS CAUTELARES 501
149. Antecedentes e razão de ser 504
150. Objecto e natureza 507
151. Pedido e causa de pedir 510
152. Pressupostos processuais 511
153. Tramitação 512
154. Decisão 513
155. Carácter provisório da protecção cautelar 517
156. Seriedade da protecção cautelar 518

CAPÍTULO VII – PROCESSO EXECUTIVO 521
157. Noção e importância 522
158. Aspectos gerais 524
159. Princípios do processo executivo 527
160. O dever de executar: sobre quem recai? 532
161. Pressupostos processuais 533

CAPÍTULO VIII – RECURSOS 535
162. Noções gerais 536
163. Espécies 537
164. Pressupostos processuais 538
165. Efeitos dos recursos 540
166. Tramitação e decisão do recurso 541

CAPÍTULO IX – ARBITRAGEM 543
167. Noção 544
168. Admissibilidade do recurso à arbitragem 545
169. Âmbito material dos litígios susceptíveis de resolução por via arbitral 547
170. O compromisso arbitral 552
171. Constituição e funcionamento do tribunal arbitral 554
172. A decisão arbitral 554