

Aula nº 1

22/02/2010

Formas de exercício da actividade administrativa

Como é que a Administração exerce a sua actividade?

Existem duas grandes formas principais, dois grandes módulos de assunção da Administração Pública;

- Uma corresponde ao conjunto de **Formas jurídicas**, outra, corresponde às designadas **Formas não jurídicas, ou também, as operações materiais**.

Por outras palavras, a Administração Pública, nem tudo aquilo que ela faz se traduz na prática de actos jurídicos. Há actividade produzida pela Administração Pública, que não envolve a prática de actos jurídicos.

Dissemos isso aliás, quando a propósito das funções do Estado, quando vos disse que, nem todas as funções do estado eram funções jurídicas, pois algumas delas eram funções não jurídicas. E que também, a Administração Pública, ao lado da actividade jurídica que desenvolve, pode prosseguir, e prossegue muitas vezes, operações de facto, actuações não jurídicas, as designadas operações materiais.

Ex: O dar aulas na Faculdade de Direito de Lisboa. É uma actividade administrativa, mas é uma actividade que não se traduz na prática de um acto jurídico, é uma actividade material. É portanto uma actividade de natureza material.

Já por exemplo a aprovação ou a certificação de um resultado final, aprovado, excluído, é um acto jurídico. Ainda que tenha na sua base, uma actividade que não é uma actividade jurídica. Ainda que se traduza no final, num acto jurídico.

Outro ex. de uma operação material: O desobstruir as ruas, no caso da limpeza que está a ser efectuada no Funchal. É o conjunto de actividades de natureza administrativa prosseguidas pela administração, ou para quase a colaborarem com a Administração, exercendo materialmente uma função administrativa, mas que não se traduz na natureza da prática de actos jurídicos, mas sim na prática de actos materiais.

Outro ex. o socorro, o desencarceramento de vítimas no Haiti, o remover os escombros, são exemplos de operações materiais ainda integradas dentro da

função administrativa, mas que não se traduzem na prática de actos administrativos.

Uma última nota: a actividade administrativa não se esgota na prática de actos.

As formas Jurídicas de actuação da administração

Podemos dizer que a administração tem, dentro das formas jurídicas, dois modelos distintos de actuação, ou;

- 1º Hipótese, a administração actua unilateralmente, ou seja, sem ter medo de nada nem de ninguém, ou, pelo contrário, a administração requer a colaboração dos destinatários da sua actuação, num encontro de vontades, para resolver, para disciplinar, para regular, interesses opostos.

Por outras palavras, a administração pode ter uma actuação unilateral, ou a administração pode agir, devidamente, em termos bilaterais.

Se for em termos bilaterais, a administração poderá celebrar contratos. A administração irá celebrar acordos, isto é, vínculos de natureza bilateral.

Centremo-nos no 1º grupo, na 1ª hipótese, isto é, quando a administração actua unilateralmente. E aqui, a administração pode actuar unilateralmente em termos normativos, isto é, em termos de normas que são aplicadas a uma pluralidade indeterminada de destinatários, normas que já sabem são caracterizadas pela generalidade e pela abstracção, os regulamentos, ou a administração pode, entregar, decisões aplicáveis a situações concretas a pessoas individualizadas ou individualizáveis, isto é, a administração pratica aquilo a que se designa por actos administrativos.

Assim, as formas jurídicas de actuação da administração pública são três:

- O regulamento,
- O acto administrativo,
- Os actos da administração pública.

O regulamento, já nós o estudámos no 1º semestre – O regulamento é uma forma de auto vinculação normativa da administração. Nesse sentido, nós já o analisámos no 1º semestre. Voltaremos a ele na perspectiva do procedimento, na questão de saber como é que ele se faz, como se elabora, Porém, interessa agora, debruçarmo-nos no acto administrativo.

O que é o acto administrativo?

Há, no essencial, duas concepções na doutrina portuguesa do que seja um acto administrativo.

Para o Prof. Rogério Soares, prof. Catedrático Jubilado da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra:

O acto administrativo como a "estatuição autoritária, relativa a um caso individual, manifestada por um agente da Administração no uso de poderes de Direito Administrativo, pela qual se produzem efeitos jurídicos externos (*fora da administração*), positivos ou negativos";

Os três elementos essenciais na concepção do Prof. Rogério Soares são:

- **Uma estatuição autoritária, relativa a um caso individual;**
- **É proveniente de uma estrutura da administração;**
- **Produz efeitos jurídicos externos.**

Esta concepção, tem duas críticas que podem ser feitas;

- A primeira parte desta ideia; Que, há, actos que não produzem efeitos externos.
Ex: A ordem do superior hierárquico para o subalterno; O parecer que, o gabinete jurídico emana; Ou o parecer que a região autónoma emite e que é um elemento que se integra no procedimento, mas que não produz efeitos externos.

Pois bem, na aceção do Prof. Rogério Soares, estes actos não seriam actos administrativos, seriam actos instrumentais. Instrumental, porque actos ao serviço, em função de o acto final carecido seria um acto suspenso.

Primeiro elemento - Esta noção, é excessivamente restritiva para o inverso de condutas unilaterais individuais da administração, deixa de fora, as situações dos actos administrativos que não produzem efeitos externos. Na aceção do Prof. Rogério Soares, esses não seriam actos administrativos, seriam actos instrumentais.

A segunda crítica que se pode fazer, e justa é que nem todo o acto administrativo produz efeitos. Ou seja, um acto sujeito a condição suspensiva, um acto sujeito a termo inicial, até à verificação dessa condição, ou até à verificação desse termo, ele não produz efeitos, ele visa produzir efeitos.

Porém, na aceção do Prof. Rogério Soares, não seria um acto administrativo porque ele ainda não estava a produzir efeitos. Só passaria a ser acto administrativo a partir do momento em que se verificasse a condição, enquanto facto futuro e incerto ou termo, enquanto facto futuro e certo o qual estava premente a produção de efeitos.

Terceira objecção, é que este conceito restritivo de acto administrativo não encontra hoje acolhimento no artº 120 do CPA. Ou seja, nós estamos perante uma concepção de acto administrativo que é contrária hoje (é verdade que ela foi pensada antes da feitura do CPA)

mas a verdade é que hoje este conceito não tem acolhimento na letra da lei, no artº 120 do CPA.

Pelo contrário, o que tem acolhimento no artº 120 do CPA, é o **conceito do Prof. Freitas do Amaral:**

1. É um acto jurídico unilateral
2. É praticado por um órgão da Administração no exercício do poder administrativo, ou no exercício da função administrativa,
3. E que visa a produção de efeitos jurídicos (não diz que produz, diz que visa produzir),
4. Num âmbito ou sobre uma situação individual num caso concreto.

Artigo 120.º Conceito de acto administrativo

Para os efeitos da presente lei, consideram-se actos administrativos as decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta.

Parece assim mais acertada a concepção do Prof. Freitas do Amaral, pois é uma concepção mais ampliada de acto administrativo e cobrir, cobrindo no seu âmbito de abrangência, também os actos internos. Isto é, mesmo os actos que produzem efeitos no interior da administração pública, não deixam por isso de ser, actos administrativos. Podemos até dentro dos actos administrativos encontrar uma distinção entre os actos administrativos externos e os actos administrativos internos.

- Actos administrativos externos são aqueles que relacionam a administração pública com os particulares;
- Actos administrativos internos são aqueles que esgotam os seus efeitos no interior da administração, não passam a fronteira da administração, do seu relacionamento com os contribuintes.

Chamando ainda a atenção para o art. 120º para dois pontos.

O 1º é que existem actos designados actos em matéria administrativa praticados por quem não é o órgão da administração pública. Ou seja, existem actos que sejam materialmente administrativos, mas que não são organicamente administrativos. Significa que são actos que pelo seu conteúdo tratam matéria administrativa, mas que não são provenientes de estruturas da administração pública.

1º Ex: Os serviços de apoio do Presidente da República, designadamente as suas decisões passadas a computador. O telefonista, os porteiros, motoristas. Essas pessoas têm vínculos administrativos, quem os contrata ou não, é alguém em nome do

Presidente da República e essa contratação é em regra por concurso público, e é feita através de um acto administrativo, de um acto que é um concurso.

Actos em matéria administrativa. Porém, o Presidente da República não é órgão da administração pública. Todavia, estes actos sob a competência administrativa interna da presidência da república, são actos materialmente administrativos, aos quais se chama a atenção para três aspectos:

- São equiparados a actos administrativos em aspecto, em termos conceptuais;
- Estão sujeitos ao regime procedimental dos actos administrativos, isto é, regem-se pelo CPA;
- Estão sujeitos a controlo contencioso junto dos tribunais administrativos.

2º EX: A assembleia da república também ela tem estruturas administrativas de apoio que têm como órgão de topo o presidente da assembleia da república. O presidente da assembleia da república também ele pratica actos materialmente administrativos, por EX: a decisão de construção de uma nova ala, há lugar a um concurso público para a escola do projecto do novo edifício. A questão é uma questão em matéria administrativa, foi decidido adjudicar a **A** e não a **B** ou a **C** é também um acto administrativo praticado pelo presidente da assembleia da república, apesar do presidente da assembleia da república não ser um órgão da administração pública. Também estes actos são equiparados aos actos administrativos, estão sujeitos ao regime do procedimento administrativo, estão sujeitos ao controlo contencioso.

3º EX: Os tribunais. Os tribunais não têm apenas juízes. Os tribunais também têm serviços auxiliares, serviços de apoio, aliás, se não tivessem esses serviços, não funcionariam. Pense-se no na situação hipotética, de se não existissem nos tribunais, secretarias. Era impossível funcionarem os tribunais. No entanto, no exercício da autonomia dos tribunais, podem estes decidir quanto à contratação de pessoal, no exercício do poder disciplinar, ou na simples aquisição de material (computadores). Pois bem, há aqui um conjunto de decisões em matéria administrativa que, a maior parte delas não passam pelo ministro da justiça. Passam pelos próprios juízes em matéria, questões materialmente administrativas, mas que não são feitas por órgão que pertencem à administração pública.

Uma vez mais sujeitos ao controlo pelos próprios tribunais e sujeitos ao procedimento administrativo.

Assim, não só a administração pública pratica actos administrativos no sentido amplo. Existem actos em matéria administrativa, praticados por quem não é órgão da administração pública.

Os exemplos referidos, para o Presidente da república, Assembleia da república e para os juízes, podem-se aplicar também às assembleias legislativas regionais.

É também possível a existência de actos políticos praticados por órgãos da administração que visam a produção de efeitos jurídicos a casos concretos, ex: O acto de nacionalização. O acto de nacionalização é um acto político, mas que deve ser equiparado aos actos políticos, sobretudo em matéria de controlo contencioso. Imagine-se o que seria que o acto de nacionalização não pudesse ser impugnado junto de um tribunal, com o argumento de que se tratava de um acto político, uma vez que está em causa a privação de um direito de privação de propriedade privada.

Houve durante muitos anos a discussão na doutrina em saber se a exoneração de um embaixador era um acto político ou um acto administrativo. A questão está em saber se há ou não uma maior margem de liberdade. Se é um acto político, em princípio não é sindicável, mas se é um acto administrativo, deve ser sindicado.

Não se coloca isto em relação a um governador civil, o acto de nomeação de um governador civil é um acto político. Imagine-se que hoje era exonerado o governador civil de Lisboa. A questão é esta. Poderia o governador civil de Lisboa intentar uma acção com o argumento de que foi exonerado sem justa causa?

Obviamente que não. Porquê? O acto é um acto de cunho político. Não houve a violação de um direito subjectivo. Ninguém tem o direito subjectivo em continuar a ser governador civil. Não é um acto de natureza administrativa.

Nem sempre é fácil definir a fronteira do que é um acto político do que é um acto administrativo.

Aparentemente, nós podemos dizer apenas isto: Devem ser tratados como actos administrativos, todos aqueles que causam lesão a direitos ou, a posições jurídicas subjectivas dos destinatários.

Ora ninguém tem o direito subjectivo a ser governador civil.

Assim como na hipótese de um ministro ser exonerado e intenta uma acção em como foi violado o seu interesse em continuar a ser ministro. Obviamente que o acto de exoneração de um ministro é um acto político. Não é um acto administrativo. Nem é um acto em matéria administrativa.

Três figuras de actos administrativos

Os actos colectivos, os actos plurais e os actos gerais.

- Os **actos colectivos** – São aqueles que se aplicam a um conjunto inorgânico de pessoas, a uma colectividade de pessoas. A um conjunto de pessoas identificadas na sua totalidade. Ex: a dissolução de um órgão. Nesta situação, não está em causa o titular A ou B e C. Está em causa o órgão colegial na sua totalidade.
- Pelo contrário, os **actos plurais**, são verdadeiramente, uma soma de actos

individuais, os actos plurais são, actos que estão unificados formalmente no mesmo documento. EX: São punidos com dois dias de suspensão, os alunos da sub-turma 1, do 2º ano, da turma da noite da Faculdade de direito. São punidos cada um deles com dois dias de suspensão. Mas em vez de se adoptar um sistema de individualização do acto, para com cada um dos destinatários, há como que um recolher, há um feixe, num só, nesta expressão - "São suspensos com dois dias de suspensão, os alunos da sub-turma X". Repare-se que os destinatários estão perfeitamente determinados, ou são identificáveis. Não há aqui um regulamento, há um acto administrativo. Com a particularidade de o ser apenas em termos formais. Na realidade, este acto contém tantos actos quanto os respectivos destinatários. Temos aqui, portanto, um acto plural.

- Os **actos gerais**, são actos de execução instantânea. Ex: Situação de uma ordem de dispersar numa manifestação ou a ordem de pôr termo a uma reunião. É um acto administrativo, neste caso aqui geral, pois também era possível identificar os seus destinatários, simplesmente, é a particularidade de todos estarem juntos que dá o sentido á generalidade do respectivo conteúdo decisório.

Porém, esta aparente facilidade na distinção dos actos administrativos, suscita problemas delicados.

Ex: Um município emite um acto cujo conteúdo é este: Devem todos os moradores remover das respectivas casas e passeios a neve que se acumular durante a noite. Coloca-se a questão; é um acto administrativo plural, ou é um regulamento?

Tudo depende aqui do carácter instantâneo, da vigência sucessiva no tempo.

Se isto for para a enxurrada de neve que aconteceu ontem, isto é um acto administrativo. Esgota-se numa única aplicação. E tem tantos destinatários, quantos os residentes nas ruas ou casas que são afectados pela neve.

Por outro lado, se isto for um acto para vigência futura, para sempre que nevar, já não é um acto administrativo, é um regulamento porque tem uma formulação geral.

Qual é a distinção entre regulamento e acto?

À primeira vista tem a ver com o carácter normativo ou não normativo.

Um aplicado à generalidade e formulado em termos de abstracção - o regulamento

O acto, pelo contrário, é concreto e individual, para situações concretas e para destinatários individualizáveis ou identificadas. Recorde-se a situação do exemplo da suspensão dos alunos da sub-turma 1.

Um outro critério auxiliar deste, tem a ver com o critério da vigência sucessiva no tempo. Tendencialmente, os regulamentos têm uma aplicação sucessiva no tempo que

não se esgota numa única aplicação. Pode também suceder que tenham essa vigência e se esgotem numa única aplicação, que é o fenómeno da caducidade.

Os actos administrativos podem igualmente ter vigência sucessiva no tempo. Imagine-se uma pensão de reforma, ou de invalidez, que pode ter vigência sucessiva no tempo, enquanto a pessoa for viva.

Qual é a dicotomia que se deve ter em conta nos actos administrativos?

Podemos ter uma diferenciação entre actos administrativos normais e actos administrativos consensuais.

- Actos administrativos consensuais são aqueles que, sendo unilaterais, assentam, num acordo prévio com os respectivos destinatários. São consensuais porque há uma convenção prévia. Há um consenso, há um acordo prévio com o particular e, a administração só decide porque anteriormente tinha chegado a um acordo com o particular. Ex: a regularização de dívidas ao fisco. A administração chegou a um acordo com o particular que tinha as dívidas e, que o particular irá pagar X de seis em seis meses. E de seis em seis meses, o particular é notificado de um acto que lhe determina que deva liquidar um montante que vamos imaginar de Y. Este montante Y, é um acto unilateral da administração, mas tem na sua base um prévio acordo para a regularização das respectivas dívidas. É aquilo a que se designa de um acto administrativo consensual.
- Diferentes são as situações que são por isso mesmo actos administrativos normais, em que há uma decisão unilateral, sem qualquer prévio acordo, sem qualquer prévia convenção, com os respectivos destinatários. São uma manifestação de autoridade da administração.

A Tipologia que separa actos administrativos entre:

- Actos administrativos constitutivos, são aqueles que introduzem alterações na ordem jurídica. É um acto constitutivo dizer que alguém foi aprovado numa disciplina.
- Actos administrativos declarativos, são aqueles que não introduzem inovações na ordem jurídica. É um acto declarativo verificar no bilhete de identidade a altura de um indivíduo.

Aula nº 2

24/02/2010

Actos administrativos constitutivos - são aqueles que introduzem alterações, inovações na ordem jurídica

Actos administrativos declarativos - são aqueles que não visam introduzir efeitos inovadores, aqueles que, no fundo, se limitam, ou a verificar uma realidade. Por exemplo: atestar ou certificar, um atestado de óbito ou a certidão de licenciatura, ninguém está licenciado por ter a certidão de licenciatura, a certidão certifica que a pessoa está licenciada, não é por isso um acto constitutivo é um acto meramente declarativo.

Por vezes há casos de confluência das duas classificações, há situações que sendo aparentemente declarativas podem ter natureza constitutiva. Por exemplo o aluno que estava reprovado, mas no certificado de habilitações aparece como estando aprovado, ou o inverso. Aqui há uma alteração na ordem jurídica, há uma inovação na ordem jurídica, independentemente de saber se houve um erro ou não. Também um exemplo do aluno que olha para a pauta onde está inscrita a nota de 16 valores, mas na verdade houve um lapso da secretaria teve seis valores.

Os actos constitutivos são mais importantes do que os actos declarativos, os actos declarativos, verdadeiramente, só são importantes quando há uma discrepância entre aquilo que eles declaram e a realidade factual que lhes está na base, por isso mesmo vamos ao longo do semestre centrar a nossa atenção nos actos constitutivos.

Dentro dos actos constitutivos há dois tipos de actos constitutivos:

Actos Primários - são aqueles que incidem a primeira regulação jurídica da matéria. São aqueles que incidem directamente sobre uma situação de facto, acto primário é aquele que pela primeira vez disciplina determinada matéria. Exemplos: uma ordem - faça isto!, ou uma proibição - não faça!, ou um acto sancionatório - aplicação de uma multa, ou um acto que resolva atribuir um subsídio, ou um acto de dispensa - estão dispensados de ir às aulas no mês de Janeiro.

Pelo contrário:

Acto secundário é um acto que incide sobre um outro acto. Exemplo: revogação - que é fazer cessar ou efeitos de um outro acto, a suspensão, a confirmação, a homologação, são exemplos típicos de actos secundários.

Terceira forma jurídica da actuação da administração:

- Actuação bilateral ou contratual -

Contratos na administração pública.

O entendimento é este, hoje, que à luz do regime que vigorou antes que era o regime do código do procedimento administrativo, a matéria respeitante ao contrato administrativo no código do procedimento administrativo está integralmente revogada, isto é, toda a matéria que vai do artº 178º a 189º está totalmente revogada. O que hoje regula a matéria dos contratos administrativos é o código dos contratos públicos - D.L. 18/2008 de 29 de Janeiro, com as últimas alterações introduzidas pelo D.L.278/2009 de 2 de Outubro.

Primeira ideia sobre a contratação pública - hoje a administração pública pode por princípio escolher, para prosseguir os seus fins, entre agir de forma unilateral ou recorrer ao contrato. Ou seja há hoje, com excepção de algumas matérias, um princípio geral de escolha entre a via unilateral ou a via bilateral para a administração prosseguir os seus fins.

Hoje, por via de regra, a administração escolhe com quem vai contratar através de concurso público, não significa que não exista o ajuste directo; grande parte das discussões que se travam, são em torno desta questão: se a administração quando escolhe o ajuste directo o faz bem, ou deveria, pelo contrário, utilizar a figura do concurso público.

Por outro lado os contratos que a administração celebra têm duas configurações principais:

1 - A administração celebra contratos que se regem integralmente pelo direito administrativo, são os designados contratos administrativos

2 - A administração não quer utilizar integralmente o direito administrativo, a administração utiliza o direito privado, são os contratos de direito privado da administração pública.

Só que o **código dos contratos públicos** vem introduzir esta importantíssima alteração que consiste no seguinte: Para a administração celebrar um contrato, qualquer que ele seja, há 3 momentos:

1 - Momento do procedimento de escolha da forma e do co-contratante (aquele com quem a administração vai celebrar o contrato) este é o momento do procedimento de formação do contrato;

2 - Momento da formulação do contrato ou da celebração do contrato

3 - Fase da execução do contrato

O segundo momento é um momento de passagem, o momento da celebração é o ponto de chegada da fase da formação e é o ponto de partida para a fase da execução.

O Código dos contratos públicos vêm submeter ao regime do direito administrativo todo o procedimento de formação quer dos contratos de direito administrativo quer dos contratos de direito privado, por isso hoje os contratos de direito privado estão, quanto à sua formação, administrativizados.

Só a parte que diz respeito à celebração e execução e que tem dois regimes diferentes:

- Contratos públicos – regime de direito administrativo;
- Contratos de direito privado - um regime à parte, em regra regulado pelo direito privado.

Hoje a administração mesmo quando utiliza o direito privado, utiliza-o mas no procedimento de formação desses contratos há uma publicização, estão sujeitos ao código dos contratos públicos. Pela transparência, igualdade, imparcialidade, defesa de concorrência e limitar a discricionariedade da administração na escolha do co-contratante; ora que fácil seria se a administração tivesse liberdade total na escolha do co-contratante quando celebra contratos de direito privado, estava descoberto o caminho para que raramente utilizasse os contratos de direito administrativo, para que submeter-se à lei e vincular-se à legalidade se podia escolher um caminho alternativo uma auto-estrada que levava à celebração dos contratos de direito privado, foi para evitar isso que se submeteu o procedimento de feitura de todo e qualquer vínculo contratual da administração a regras de direito público, depois na execução, durante a vida do contrato, uns podem ter um regime mais do direito administrativo e outros de um regime de direito privado.

Aquilo que durante décadas ocupou a doutrina e jurisprudência portuguesa que foi saber qual a distinção entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado da administração pública, hoje perdeu a sua relevância pois quanto à formação, um e outro estão sujeitos ao código dos contrato públicos.

Os contratos da administração pública podem diferenciar-se hoje em contratos administrativos por um lado, e contratos de direito privado por outro, sabendo que quanto à sua formação existem regras comuns e que essas regras resultam do código dos contratos públicos, até porque há contratos administrativos com objecto passível de acto administrativo, Isto significa que há contratos que poderiam ter sido actos administrativos, exemplo típico é a concessão, a concessão tanto poderá ser objecto de contrato, como poderá ser objecto de acto administrativo, O contrato de concessão é a quilo que se designa tipicamente como sendo um contrato administrativo com objecto

passível de acto administrativo, veremos a seu tempo que esta situação cria problemas complicados de invalidade, que é saber se o regime dos contratos pode ser um regime diferente da idoneidade dos actos.

Forma não jurídica de actuação da administração:

As operações materiais

As operações materiais traduzem, no fundo, a ideia do intervencionismo da administração pública, neste sentido de nada serve a constituição do falado estado social, a cláusula de bem-estar, de protecção aos direitos constitucionais de habitação, educação, saúde, se não existirem manifestações da administração que se traduzam na construção de escolas, hospitais e bairros sociais. Essa manifestação não é determinada por lei, a realidade não muda por D.L. ou por lei, é preciso uma intervenção sobre a realidade social é preciso modificar essa realidade, sendo o protagonista dessa modificação a administração pública quando ela resolve abrir concursos para a adjudicação da empreitada de construção do hospital ou de uma estrada ou de uma via-férrea ou de uma universidade, e não chega, é necessário depois que sejam abertos concursos para a aquisição de equipamento escolar ou equipamento hospitalar, e não basta que exista este equipamento, é necessário que existam meios humanos, médicos enfermeiros, pessoal auxiliar, professores. São estas decisões que materializam a constituição, a cláusula de bem-estar e que garantem os direitos fundamentais, mas estas decisões estão na mão da administração pública. Nesse sentido, hoje a constituição está refém da administração pública, pois a vivência da constituição, a eficácia das suas normas programáticas na área social, na área económica, na área do ambiente está nas mãos da administração pública, isto significa que à administração pública não basta agir através de meios jurídicos é preciso que a administração pública desenvolva uma actividade material, é preciso que alguém construa os respectivos hospitais ou escolas, é preciso que alguém depois ocupe essas instalações não basta o edifício é necessário que existam professores para dar a aula, o dar a aula é o ponto final deste ciclo, dar uma aula não é uma actividade jurídica, dar uma aula é uma operação material. Tal como alguém que vai ao hospital para tirar uma radiografia, para ser alvo de uma intervenção cirúrgica, isso não envolve a prática de um acto jurídico, é uma operação material que complementa, que representa o final do ciclo e

materializa em concreto o direito à saúde ou o direito à educação nos exemplos supra. Tudo isto para dizer que a satisfação das necessidades colectivas por parte da administração, não se basta com a prática de actos jurídicos, envolve também uma actividade prestacional, estas prestações envolvem nos principais casos operações materiais.

Operações materiais – diversidade de acções administrativas que têm uma particularidade que as unifica, que é o facto de não terem por objecto a produção de efeitos jurídicos, visam antes ou preparar, ou executar, ou modificar, ou certificar uma realidade de facto, visam ter acção sobre uma realidade factual. É a realidade factual o objecto destas operações materiais que preparam, executam, modificam ou certificam essa realidade factual, há aqui o exercício de operações materiais. Temos o exemplo bem recente olhando para o caso da Madeira, de como é que estas operações materiais se realizam, uma coisa é determinar que devem ser removidos todos os obstáculos que resultaram das avalanches, isto é um acto jurídico, pode até ser uma determinação que estabeleça que todos os funcionários públicos estão dispensados de comparecer nos seus serviços se fizerem prova que estão mobilizados na remoção de todos os detritos que invadiram a cidade do Funchal, isto é uma determinação jurídica, mas a sua materialização passa pelas pessoas que estão no terreno que estão a afastar esses detritos, isso é uma operação material. A realização de autópsias para determinar a identificação dos cadáveres, também não é um acto jurídico é uma operação material, ainda que mais tarde se venha a materializar num acto jurídico que é aquele que certifica que fulano “x” morreu com a causa “y” mas esse é o resultado final, a operação material é a actividade do médico legista que está a efectuar a autópsia.

Principais tipos de operações materiais:

- **Operações materiais preparatórias ou eventualmente preparatórias de uma decisão**, isto é, por vezes prepara-se mas pode não existir decisão, pode haver apenas um projecto de decisão. (Exemplo: inspecção ao local para saber se vale a pena aproveitar uma estrada que teve um abatimento, a inspecção ao local é uma operação material que vem certificar a viabilidade de aproveitar a estrada que já existia, ou pelo contrário construir uma outra estrada, determinar se se vai aproveitar a estrada ou criar uma outra é uma decisão jurídica, mas a montante está a operação material feita por técnicos. Outro exemplo, um estudo técnico sobre a localização de um aeroporto, o aeroporto deve-se localizar em Alcochete ou pelo contrário deve-se localizar na Ota, a decisão é uma decisão de natureza politico jurídica, mas o que está a montante é uma actividade material, que são os estudos, saber aquele que têm melhores condições, em termos de impacto ambiental, em termos de

acessibilidades, danos que possam existir para a fauna e flora da respectiva área).

- Operações materiais que têm por objecto executar uma decisão, já não têm por objecto preparar, mas têm como propósito executar uma obrigação (legal administrativa ou judicial), havendo aqui que distinguir duas hipóteses:

→ Pode ser uma obrigação da própria administração ou pode ser uma obrigação que tem como destinatário o particular, o administrado.

→ A obrigação tem como destinatária a própria administração:

- Pode ser de natureza externa a favor de terceiro, como seja o pagamento de um subsídio, ou o pagamento de uma bolsa de estudo, ou o pagamento de uma pensão de reforma, o acto pelo qual ou dá em mão ao particular ou efectua uma transferência bancária, ou envia um vale pelo correio, são tudo operações materiais.

- Pode ser uma obrigação de natureza interna, isto é, não relaciona directamente os particulares (o superior hierárquico incumbe o subalterno de preparar um dossier de notícias que tenham saído nos meios de comunicação social sobre a actividade do respectivo ministério, o funcionário que vai fazer a leitura e recorte dessas notícias, quando o faz não está a praticar actos jurídicos, está a praticar um operação material, ou ainda noutro exemplo quando se determina que se proceda a um estudo junto da plataforma de engenharia civil sobre a solidez das pontes no distrito "x", o cumprimento deste pedido é a execução de uma obrigação dentro da administração, quando os técnicos se deslocam aos respectivos locais para efectuar os respectivos estudos)

→ Operações materiais em que a execução da obrigação tem como destinatário o particular, é o caso da ordem de demolição de um edifício que ameaça ruir, o edifício é de propriedade privada e a câmara municipal determina essa ordem de demolição, o senhor "x" proprietário do edifício tem 5 dias para proceder à demolição, mas ele não cumpre, não o fazendo a administração pública pode substituir a ele, casos de sub-rogação da administração ao particular, o particular não cumpre a administração substitui-se e efectua a demolição, a efectivação da demolição não é um acto jurídico é uma operação material.

- Operações materiais que tenham a finalidade de modificar um estado de facto, no sentido de alterar uma determinada realidade, nesse sentido, estas operações materiais visam transformar essa mesma realidade (exemplo -º construção de estradas ou combate aos incêndios, também aqui há uma operação material).

O regime aplicável as operações materiais vem genericamente previsto no artigo 2º, n.º 5 do C.P.A.

Artigo 2.º

... ..

5. *Os princípios gerais da actividade administrativa constantes do presente código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da administração pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada.*

Controlo da validade das operações materiais

Há dois tipos de operações materiais:

1 - Operações materiais tituladas - são as que tem na sua base uma manifestação da autotutela declarativa, sendo a sua manifestação típica um acto administrativo.

2- Operações materiais não tituladas ou equiparadas às que não são tituladas é aquilo a que se designa como a “via de facto” - é uma actividade de quem não tem título para agir ou para fazer aquilo que está a fazer (exemplos: a administração manda demolir o edifício n.º 25 da rua “x”, mas quando lá chegam os bulldozers efectuam a demolição do n.º26, essa é uma operação material mas não titulada, porque o título é para o n.º 25 não para o n.º 25; outro exemplo, determina-se que a administração remova os habitantes do ultimo andar de um edifício, mas a policia chaga lá e remove todos os habitantes do prédio, é titulada a operação material em relação aos dos ultimo andar mas não em relação aos outros. A mesma operação material pode ser em parte titulada e em parte não titulada).

A actividade da administração no âmbito das operações materiais pode sempre ser impugnada judicialmente com base no título ou quando a

administração age sem título, quando age sem título está a assumir um comportamento constitutivo e inovador na ordem jurídica, inovador, inválido e lesivo dos particulares, que tem os meios de impugnação através da acção administrativa, como a possibilidade de pedir indemnização pelos danos provocados pela actuação ilícita.

A ilicitude do comportamento da administração tanto pode estar na operação material executada sem título, como aquela que é executada para além do título.

Aula nº 3

03/03/2010

Encerrado o capítulo das operações materiais, ou seja, actividade não jurídica da administração pública, vamos agora centrarmo-nos apenas na actividade jurídica da A. P, ou seja no acto, no regulamento e no contrato administrativo.

Hoje vamos então debruçarmo-nos no tema do procedimento administrativo, sendo que o 1.º aspecto a tomar em conta é o de saber:

► O que é o Procedimento Administrativo (P.A.)?

Podemos dizer que o P. A., está para o Direito Administrativo, está para a Administração Pública, tal como o processo legislativo está para a feitura de uma Lei, ou o Processo Civil ou o Processo Criminal estão para a elaboração de uma Sentença.

O que é que isto significa?

Significa que o Procedimento Administrativo é antes de tudo um conjunto de actos e formalidades que tem duas características.

A 1.ª é que é um conjunto de actos e formalidades ordenadas, ou seja estas formalidades têm uma sequência, têm uma sucessão especificamente determinada na Lei. Não é um conjunto de actos e formalidades avulsa, sem ordem. Não! Elas têm uma ordem, sendo essa fixada na Lei e, 2.º aspecto, têm um propósito.

Qual é esse propósito?

É o de obter a formação e a expressão de uma vontade, para ser mais rigoroso, têm um propósito de preparar, expressar ou executar a vontade da Administração. Tem no fundo três áreas, a preparação, a expressão e a execução dessa expressão de vontade. É isso aliás que consta do Art.º 1.º, n.º1 do CPA.

Artigo 1.º, n.º1 do CPA

Entende-se por Procedimento Administrativo a sucessão ordenada de actos e formalidades tendentes à formação e manifestação da vontade da Administração Pública ou à sua execução.

Do Procedimento Administrativo se deve diferenciar o Processo Administrativo.

► O que é o Processo Administrativo?

O Processo Administrativo é, de alguma forma, o suporte material, hoje em dia pode ser imaterial, pois pode não ser num documento impresso, pode ser um suporte informático, um texto vigente num computador, não é necessariamente um suporte impresso.

No Art.º 1.º, n.º 2 fala em “documento”, mas hoje documento deve ter uma acepção mais ampla do que o suporte em papel.

Artigo 1.º

....

2 - Entende-se por processo administrativo o conjunto de documentos em que se traduzem os actos e formalidades que integram o procedimento administrativo.

O Processo Administrativo é então o conjunto de documentos que traduzem os actos e as formalidades, para utilizar a expressão da Lei, que integram o Procedimento Administrativo, isto é, aquele conjunto de actos e formalidades há-de ter uma expressão material, há-de ter uma expressão documental, pois bem o Processo é essa expressão documental.

Cada um de nós tem aqui na faculdade um processo, vocês como alunos têm um processo onde se juntam por exemplo as vossas fichas de inscrição, as vossas matrículas, tudo isso faz parte de um processo, se quiserem de um dossier, que reúne materialmente todos esses documentos. Tal como eu como docente tenho um processo onde está os diversos passos da minha carreira académica, que estão materializados nesse processo, que ainda será em suporte físico, penso que em relação aos alunos estará tudo digitalizado ou em vias de digitalização. Pela evolução informática dos últimos anos houve no Processo Administrativo uma certa desmaterialização. O

Processo é todavia na sua raiz, na sua origem um conjunto de documentos que materializam os actos e as formalidades.

► O problema jurídico que se tem colocado é o problema em torno da codificação destas regras do Procedimento Administrativo.

Porquê um Código, porquê este Código do Procedimento Administrativo?

Houve na doutrina portuguesa quem se insurgisse contra o CPA, baseado na melhor administração a ausência de um espartilho de regras e prazos, de tramitações obrigatórias e nesse sentido procuraram valorizar uma certa eficiência, uma certa melhor administração pela ausência deste espartilho.

Devo dizer que me parece, bem pelo contrário, a existência de regras, que norteiam tais conjuntos de actos e formalidades, com uma determinada ordem de sucessão, fixada na Lei, tem uma dupla vantagem:

- **A 1.ª vantagem** é a da previsibilidade para os administrados, os administrados já sabem com aquilo que contam, podem fazer contas com os prazos, podem e sabem as consequências do incumprimento por eles ou do incumprimento pela administração dessas mesmas regras, com uma particularidade, é que sabem que se a administração não cumprir os termos dessas formalidades as decisões finais são inválidas e são inválidas pelo que se designa, vícios de forma.

O vício de forma não é apenas o acto final não revestir a forma devida, o vício de forma também existe quando há preterição das formalidades exigidas na Lei, vocês sabem isso do Direito Constitucional, a inconstitucionalidade formal não resulta apenas do acto que devia ter a forma de lei orgânica e não a tem, tem a forma de lei simples, mas também há inconstitucionalidade forma se por ex.º quem desencadeou a iniciativa sobre a matéria não tinha competência, imaginemos o Presidente da República que apresentou uma proposta de lei orgânica à Assembleia da República e esta aprovou-a, o acto é inconstitucional, mas é-o não porque necessariamente a forma final seja indevida, é inconstitucional em termos formais porque houve a preterição de uma formalidade, qual é? O Presidente não tem iniciativa legislativa sobre a matéria, isto quer dizer que, a violação das formalidades gera sempre o vício de forma.

Assim, os particulares sabem, porque há uma Lei, o CPA, que fixa uma determinada ordem de cumprimento desses actos e formalidades e sabem que se não for acatada essa ordem isso gera invalidade da decisão final.

Há ainda uma 2.ª vantagem, é que também pelo lado da administração o conhecimento e sobretudo uma regra de igualdade no tratamento de todas as situações. A administração não pode adoptar procedimentos diferentes para decidir

casos idênticos, porquê? Porque está tudo submetido a regras gerais e abstractas, é o Princípio da Igualdade ligado ao Princípio da Imparcialidade, mas também é o Princípio da Generalidade e Abstracção da própria Lei em que a Administração sabe as pautas pelas quais deve nortear, pelas quais deve, no fundo, conformar a sua actuação, além de que o direito escrito goza, neste caso, de uma presunção de ser a melhor solução para a eficiência administrativa. Resta saber se depois essa presunção não é depois elidida na prática.

A origem do CPA remonta em Portugal aos anos 60, tendo sido apenas aprovado em 1991.

Há ainda que sublinhar 2 aspectos.

O 1.º aspecto prende-se com a existência deste Código como sendo um Procedimento Administrativo geral para toda a Administração, mas há também procedimentos administrativos especiais, exemplo típico, o Procedimento para a Expropriação por utilidade pública, tem regras próprias fixadas no Código da Expropriação.

O Procedimento Disciplinar para os funcionários da Administração tem regras próprias. O Procedimento Disciplinar para os alunos, tem regras próprias, ou seja ao lado de um procedimento geral existem procedimentos administrativos especiais.

Há ainda procedimentos formalizados e procedimentos não formalizados, o CPA trata obviamente dos procedimentos formalizados, ainda que possa abrir, pontualmente, a porta, para mecanismos informais de decisão administrativa.

► Qual é o âmbito de aplicação do CPA?

No âmbito de aplicação do CPA eu diferenciaria 2 questões.

Uma questão é o âmbito orgânico, outra, o âmbito material.

A 1.ª responde à pergunta: quem aplica o CPA?

A 2.ª responde à pergunta: em que matérias é que o CPA é aplicado?

► Comecemos pela 1.ª pergunta; Quem aplica o CPA?, e a matéria vem regulada em especial no Art.º 2.º, n.º 2. O CPA é aplicado aos órgãos da Administração Pública, Estado, Regiões Autónomas, Institutos Públicos, Associações Públicas, Autarquias Locais, Associações e Federações, mas é ainda aplicado aos actos praticados por

entidades concessionárias, pelo n.º 3 do Art.º, e aos órgãos das instituições particulares de interesse público.

Uma referência especial ainda para a Alínea a) do n.º 2, diz-nos que o Código é aplicado pelos Órgãos do Estado e Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas, significa isto duas coisas, são aplicados pelos órgãos que exercem funções administrativas e que são órgãos da Administração Pública, ex.º o Governo da República, o Governo Regional e as Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, mas também são aplicados pelos órgãos do Estado que exerçam funções administrativas, sem serem eles Órgãos Administrativos, ex.º o Presidente da República, quanto praticados actos em matéria administrativa, a Assembleia da República, quando praticados em matéria administrativa ou os Tribunais quando praticam actos em matéria administrativa. Reparem na formulação da Alínea a), não diz que são os órgãos administrativos do Estado e das Regiões Autónomas, diz que são os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas, o apelo à matéria para determinar a aplicação do CPA.

Relativamente às instituições particulares de interesse público o código é aplicado se a Lei o determinar, não há uma aplicação directa, imediata, reparem a redacção do n.º 4 do Art.º 2.º - *“os preceitos deste Código podem ser mandados aplicar por lei à actuação dos órgãos das instituições particulares de interesse público.”* Enquanto que a todas as outras situações a aplicação é directa e imediata em relação a estas instituições particulares de interesse público a sua aplicação é mediata, porquê? Depende de uma Lei que faça a ponte entre o CPA e estas Instituições. Estas Instituições são por natureza privadas e por isso mesmo é necessário que seja uma lei especial a fazer esse passo, essa ponte na aplicabilidade do Código.

Artigo 2.º

Âmbito de aplicação

1 - As disposições deste Código aplicam-se a todos os órgãos da Administração Pública que, no desempenho da actividade administrativa de gestão pública, estabeleçam relações com os particulares, bem como aos actos em matéria administrativa praticados pelos órgãos do Estado que, embora não integrados na Administração Pública, desenvolvam funções materialmente administrativas.

2 - São órgãos da Administração Pública, para os efeitos deste Código:

- a) Os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas;
- b) Os órgãos dos institutos públicos e das associações públicas;
- c) Os órgãos das autarquias locais e suas associações e federações.

3 - As disposições do presente Código são ainda aplicáveis aos actos praticados por entidades concessionárias no exercício de poderes de autoridade.

4 - Os preceitos deste Código podem ser mandados aplicar por lei à actuação dos órgãos das instituições particulares de interesse público.

5 - Os princípios gerais da actividade administrativa constantes do presente Código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada.6 - As disposições do presente Código relativas à organização e à actividade administrativas são aplicáveis a todas as actuações da Administração Pública no domínio da gestão pública.

7 - No domínio da actividade de gestão pública, as restantes disposições do presente Código aplicam-se supletivamente aos procedimentos especiais, desde que não envolvam diminuição das garantias dos particulares.

Artigo 3.º

Princípio da legalidade

1 - Os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes forem conferidos.

2 - Os actos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração.

► **2.ª Questão: E que matéria?**

Qual é o âmbito de aplicação material?

Que matérias estão sujeitas ao âmbito do CPA?

Primeiro, a toda a actividade administrativa de gestão pública, é o que resulta do Art.º 2.º, n.º 1, aliás o Art.º 2.º, n.º 1 na parte final reforça a ideia da aplicação pelos órgãos do Estado que não integrados na Administração Pública desenvolvam funções materialmente administrativas, à semelhança da Alínea a) do n.º 2 deste Art.º, por ex.º quando a estrutura dos serviços de apoio à presidência da República abrem um concurso, pela alínea a) e pela parte final do n.º 1 do Art.º 2.º. A alínea a) materializa a expressão da parte final do n.º 1, quando diz que o Código também é aplicável aos actos em matéria administrativa praticados pelos órgãos do Estado que, embora não integrados na Administração Pública, desenvolvam funções materialmente administrativas, actos de matéria administrativa por órgãos que não são órgãos da A. Pública, tal como se verifica na alínea a) do n.º 2 quando falam “órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas”, ainda que não sejam órgãos da A. Pública.

O Princípio geral é que as disposições do Código se aplicam aos actos de gestão pública, todos os actos de gestão pública da administração, mas o Código vai mais longe, o Código manda aplicar, também, aos actos de gestão privada, mas não manda aplicar todas as disposições do Código, é o n.º 5 do Art.º 2.º, diz-nos que são “os princípios gerais da actividade administrativa e as normas que concretizam princípios constitucionais”, aqui são aplicáveis não apenas à actividade de gestão privada como também à actividade de natureza técnica.

Há ainda regras respeitantes aos **Procedimentos Administrativos Especiais**, em que o Código se aplica desde que isso não envolva diminuição das garantias dos particulares, n.º 7 do Art.º 2.º do CPA.

Tínhamos falado há pouco que haviam Procedimentos Administrativos gerais e Procedimentos Administrativos especiais, como é o caso do Procedimento que regula a carreira académica dos professores do ensino público, o concurso para Assistente, o concurso para Professor Auxiliar, o concurso para Professor Associado ou para Professor catedrático, são procedimentos administrativos especiais.

Como é que se compatibilizam estes procedimentos especiais com este procedimento administrativo regra?

A compatibilização está no n.º 7 do Art.º 2.º do CPA.

Artigo 2.º, n.º 7 do CPA

No domínio da actividade de gestão pública, as restantes disposições do presente Código aplicam-se supletivamente aos procedimentos especiais, desde que não envolvam diminuição das garantias dos particulares

Sobressaem aqui duas regras:

- Aplicam-se a título supletivo, isto é, aplicam-se quando não há disposição especial, ou quando a disposição especial tem lacuna, cai-se então no regime do Procedimento Administrativo geral, ou:
- Com um limite, que é este: nunca se pode aplicar o Código se isso significar uma diminuição das garantias dos particulares.

A aplicação do Código é sempre feita sobre o princípio da aplicação mais favorável.

Têm aqui a regra de compatibilização entre os procedimentos administrativos gerais com os procedimentos administrativos especiais.

Há **procedimentos administrativos formalizados e não formalizados**, há **procedimentos administrativos independentes e procedimentos administrativos conexos**, ex.º, pode surgir um procedimento administrativo a título incidental, ex.º, imaginemos que está constituído um júri para um concurso para professor catedrático, mas há um dos candidatos que se apresenta a concurso que tem fortes suspeitas sobre

a imparcialidade de um dos membros do júri, pode produzir um incidente de suspeição, abre então aqui um procedimento administrativo, que é um **procedimento administrativo conexo incidental**. O principal deste procedimento não é saber se o Sr. A ou B é amigo ou inimigo de um dos candidatos, o procedimento administrativo tem como propósito central o provimento de uma ou várias vagas de professor catedrático, mas um dos candidatos resolve suscitar um incidente, há aqui um procedimento conexo, a título incidental que é enxertado neste procedimento administrativo ou numa outra hipótese podem existir **procedimentos administrativos de 2.º grau**, ex.º, houve uma decisão, essa decisão administrativa é o resultado de um procedimento, mas o particular discorda da decisão e resolver impugnar essa decisão para o superior hierárquico, através do recurso hierárquico. Ora, quando o particular desencadeei-a o recurso hierárquico está a abrir um novo procedimento, mas é um novo procedimento que tem uma ligação com o primeiro, porque é um procedimento de recurso de uma decisão tomada em primeira instância, é um procedimento subsequente ao procedimento que terminou com o acto final.

Há a possibilidade de existência de **procedimentos administrativos sucessivos**, no exemplo que vos dei anteriormente o particular podia ter optado primeiro por ter reclamando, a reclamação desencadeei-a um outro procedimento administrativo, agora perante o próprio autor do acto.

Podem existir também **procedimentos intra-administrativos**, isto é, procedimentos dentro da Administração Pública, dentro da própria pessoa colectiva, ex.º, o superior dá uma ordem ao subalterno, o subalterno exerce o direito de respeitosa representação, está desencadeado um procedimento, o procedimento intra-administrativo, dentro da Administração, o subalterno mostra resistência ao cumprimento da ordem e o superior não só lhe confirma a ordem como diz por escrito: “deve cumprir a ordem com este conteúdo”, aqui está também um procedimento administrativo, só que é um procedimento que não se põe em contacto com os particulares.

É possível também, **procedimentos entre administrações públicas**, imagine-se que o Estado quer desencadear uma acção de inspecção sobre uma Autarquia Local ou o Ministério do Ensino Superior sobre a Universidade de Lisboa, há aqui o desencadear de um procedimento administrativo dentro da Administração mas não dentro da mesma Pessoa Colectiva, ou seja entre pessoas colectivas distintas, é um procedimento inter-subjectivo, entre sujeitos, no interior da Administração Pública.

Há **procedimentos administrativos declarativos**, são aqueles que visam definir o direito no caso concreto, **de 1.º grau ou de 2.º grau**, o exemplo do recurso hierárquico é um procedimento declarativo de 2.º grau.

Existem ainda **procedimentos administrativos executivos**, que terminam no privilégio de execução prévia.

Temos também **procedimentos administrativos ordinários**, normais, **procedimentos administrativos abreviados** e **procedimentos administrativos de urgência**, sobretudo procedimentos administrativos em situações de estado de necessidade, exemplo típico, uma inundação onde esteja em causa salvar vidas, que estão isoladas, pessoas que estão em risco de morrerem afogadas e só há um barco e esse barco é privado e está dentro de uma propriedade privada, o procedimento normal era fazer requisição pública, só que isto demorava dias ou semanas, obviamente que a urgência da situação não se compadece com o procedimento administrativo normal, ordinário, para a requisição do barco, é justificado que em situações do estado de necessidade uma autoridade pública ou um particular possa arrombar os portões da casa onde está o barco, para através desse barco, que é propriedade privada, poder salvar as vidas que estão em jogo. Porquê? É mais importante preservar as vidas que estão em jogo do que assegurar as garantias procedimentais do particular, do proprietário que viu o seu barco requisitado, durante 1, 2 ou 3 horas, para fazer o salvamento das pessoas.

Por isso terminava com esta ideia, estas regras procedimentais são instrumentais, mais importantes que estes meios são os fins que se visam alcançar e termino com este exemplo do que representa a absolutização do procedimento, na Alemanha do séc. XIX houve um Rei estava em riscos de morrer, porque o fogão a gás do quarto onde dormia se tinha desligado mas o gás continuava a sair, os funcionários do palácio aperceberam-se disso, mas sabendo que no regulamento não havia nenhuma norma a definir quem era competente para entrar no quarto do Rei à noite para desligar o respectivo fogão e como não havia norma ninguém se atreveu a entrar. Isto significa a absolutização das regras do procedimento, onde é mais importante os meios do que são os fins, e o Rei morreu precisamente por não existir norma que definisse no regulamento, no procedimento quem era competente para proceder àquele acto.

Ter então atenção a isto, mais importante do que os meios são os fins e os valores para que servem esses mesmos meios.

Aula nº 4

08/03/2010

Princípios procedimentais da actividade administrativa, podemos encontrar 2 tipos de princípios que norteiam o procedimento administrativo:

Princípios Adjectivos - Princípios que regem a tramitação, os princípios procedimentais, que dizem respeito aos actos e formalidades a que obedece o próprio procedimento administrativo, como se decide.

Princípios Materiais da actividade administrativa - tratam do conteúdo das decisões da administração, os critérios do conteúdo, do objecto da substância da decisão.

Dento dos princípios procedimentais da actividade administrativa temos:

- Princípios regra - são os princípios normalmente aplicáveis a todos os procedimentos administrativos

- Princípio excepção - aquele só em algumas situações se aplica, nomeadamente em estado de necessidade administrativa. Vem derrogar o regime normal, e criar um regime anómalo justificado para casos que se englobam na ideia de estado de necessidade. A ideia é a de que há valores ou fins que justificam uma acção de excepção, quer por derrogação da regra existente, quer pela criação de nova regra. Exemplo: a situação do rei que morria por causa de uma fuga de gás, que não era desligada, por não haver regra para definir sobre a atribuição da competência para desligar o fogão.

Princípios regra:

1º Princípio do inquisitório: Significa que a Administração Pública não está apenas dependente da iniciativa dos particulares. A Administração Pública tem nos termos do art. 56º CPA, a possibilidade de desencadear pedidos, inspecções, a instrução do respectivo procedimento administrativo.

Artigo 56.º

Princípio do inquisitório

Os órgãos administrativos, mesmo que o procedimento seja instaurado por iniciativa dos interessados, podem proceder às diligências que considerem convenientes para a instrução, ainda que sobre matérias não mencionadas nos

requerimentos ou nas respostas dos interessados, e decidir coisa diferente ou mais ampla do que a pedida, quando o interesse público assim o exigir.

Esta é uma característica da oposição entre actividade administrativa e actividade jurisdicional, que se caracteriza pela passividade do juiz, ao passo que a administração tem a iniciativa de poder desencadear os procedimentos e conduzir os actos e formalidades pedindo ao administrado esclarecimentos ou determinado tipo de diligências, mesmo que o procedimento tenha sido desencadeado pelo próprio administrado, sobre matérias que não tenham sido mencionadas por ele, e inclusivamente, decidir sobre matéria diferente ou mais ampla do que foi solicitado, quando o em vista do interesse público. A matéria é desenvolvida nos artigos 86º e ss (instrução). Administração Pública pode solicitar prova do invocado, novas provas ou esclarecimentos, ou promover diligências (exames vistorias, inspecções) que lhe permitam decidir em conformidade - art. 94º

Artigo 86.º

Direcção da instrução

1 - A direcção da instrução cabe ao órgão competente para a decisão, salvo o disposto nos diplomas orgânicos dos serviços ou em preceitos especiais.

2 - O órgão competente para a decisão pode delegar a competência para a direcção da instrução em subordinado seu, excepto nos casos em que a lei imponha a sua direcção pessoal.

3 - O órgão competente para dirigir a instrução pode encarregar subordinado seu da realização de diligências instrutórias específicas.

4 - Nos órgãos colegiais, as delegações previstas no n.º 2 podem ser conferidas a membros do órgão ou a agente dele dependente.

Artigo 87.º

Factos sujeitos a prova

1 - O órgão competente deve procurar averiguar todos os factos cujo conhecimento seja conveniente para a justa e rápida decisão do procedimento, podendo, para o efeito, recorrer a todos os meios de prova admitidos em direito.

2 - Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, bem como os factos de que o órgão competente tenha conhecimento em virtude do exercício das suas funções.

3 - O órgão competente fará constar do procedimento os factos de que tenha conhecimento em virtude do exercício das suas funções.

Artigo 88.º

Ónus da prova

1 - Cabe aos interessados provar os factos que tenham alegado, sem prejuízo do dever cometido ao órgão competente nos termos do n.º 1 do artigo anterior.

2 - Os interessados podem juntar documentos e pareceres ou requerer diligências de prova úteis para o esclarecimento dos factos com interesse para a decisão.

3 - As despesas resultantes das diligências de prova serão suportadas pelos interessados que as tiverem requerido, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 11.º.

Artigo 89.º

Solicitação de provas aos interessados

1 - O órgão que dirigir a instrução pode determinar aos interessados a prestação de informações, a apresentação de documentos ou coisas, a sujeição a inspecções e a colaboração noutros meios de prova.

2 - É legítima a recusa às determinações previstas no número anterior, quando a obediência às mesmas:

a) Envolver a violação de segredo profissional;

b) Implicar o esclarecimento de factos cuja revelação esteja proibida ou dispensada por lei;

c) Importar a revelação de factos puníveis, praticados pelo próprio interessado, pelo seu cônjuge ou por seu ascendente ou descendente, irmão ou afim nos mesmos graus;

d) For susceptível de causar dano moral ou material ao próprio interessado ou a alguma das pessoas referidas na alínea anterior.

Artigo 90.º

Forma da prestação de informações ou da apresentação de provas

1 - Quando seja necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados, serão estes notificados para o fazerem, por escrito ou oralmente, no prazo e condições que forem fixados.

2 - Se o interessado não residir no município da sede do órgão instrutor, a prestação verbal de informações pode ter lugar através de órgão ou serviço com sede no município da sua residência, determinado pelo instrutor, salvo se o interessado preferir comparecer perante o órgão instrutor.

Artigo 91.º

Falta de prestação de provas

1 - Se os interessados regularmente notificados para a prática de qualquer acto previsto no artigo anterior não derem cumprimento à notificação, poderá proceder-se a nova notificação ou prescindir-se da prática do acto, conforme as circunstâncias aconselharem.

2 - A falta de cumprimento da notificação é livremente apreciada para efeitos de prova, consoante as circunstâncias do caso, não dispensando o órgão administrativo de procurar averiguar os factos, nem de proferir a decisão.

3 - Quando as informações, documentos ou actos solicitados ao interessado sejam necessários à apreciação do pedido por ele formulado, não será dado seguimento ao procedimento, disso se notificando o particular.

Artigo 92.º

Realização de diligências por outros serviços

O órgão instrutor pode solicitar a realização de diligências de prova a outros serviços da administração central, regional ou local, quando elas não possam ser por si efectuadas.

Artigo 93.º

Produção antecipada de prova

1 - Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou de difícil realização a produção de qualquer prova com interesse para a decisão, pode o órgão competente, oficiosamente ou a pedido fundamentado dos interessados, proceder à sua recolha antecipada. 2 - A produção antecipada de prova pode ter lugar antes da instauração do procedimento.

SUBSECÇÃO II

Dos exames e outras diligências

Artigo 94.º

Realização de diligências

1 - Os exames, vistorias, avaliações e outras diligências semelhantes são efectuados por perito ou peritos com os conhecimentos especializados necessários às averiguações que constituam o respectivo objecto.

2 - As diligências previstas neste artigo podem, também, ser solicitadas directamente a serviços públicos que, pela sua competência, sejam aptos para a respectiva realização.

3 - A forma de nomeação de peritos e a sua remuneração são estabelecidas em diploma próprio.

Artigo 95.º

Notificação aos interessados

1 - Os interessados serão notificados da diligência ordenada, do respectivo objecto e do perito ou peritos para ela designados pela Administração, salvo se a diligência incidir sobre matérias de carácter secreto ou confidencial.

2 - Na notificação dar-se-á também conhecimento, com a antecedência mínima de 10 dias, da data, hora e local em que terá início a diligência.

Artigo 96.º

Designação de peritos pelos interessados

Quando a Administração designe peritos, podem os interessados indicar os seus em número igual ao da Administração.

Artigo 97.º

Formulação de quesitos aos peritos

1 - O órgão que dirigir a instrução e os interessados podem formular quesitos a que os peritos deverão responder, ou determinar a estes que se pronunciem sobre certos pontos.

2 - O órgão que dirigir a instrução pode excluir do objecto da diligência os quesitos ou pontos indicados pelos interessados que tenham por objecto matéria de carácter secreto ou confidencial.

Fundamento do princípio do inquisitório: decorre da característica da função administrativa e decorre do propósito do funcionamento da Administração: a prossecução do interesse público

2º Princípio da colaboração – é verdade que a Administração Pública pode tomar a iniciativa mas os particulares devem colaborar, numa bilateralização da relação de colaboração. Art. 7º do C.P.A. - é uma manifestação do direito à participação.

Artigo 7.º

Princípio da colaboração da Administração com os particulares

1 - Os órgãos da Administração Pública devem actuar em estreita colaboração com os particulares, procurando assegurar a sua adequada participação no desempenho da função administrativa, cumprindo-lhes, designadamente:

a) Prestar aos particulares as informações e os esclarecimentos de que careçam;

b) Apoiar e estimular as iniciativas dos particulares e receber as suas sugestões e informações.

2 - A Administração Pública é responsável pelas informações prestadas por escrito aos particulares, ainda que não obrigatórias.

Tradução no apoio, estímulo que a administração deve dar às iniciativas dos particulares, através do aproveitamento das sugestões, informações dos particulares. O direito à informação dos administrados cria o dever da Administração Pública de prestar essa informação Art 61 e 64 do CPA.

Artigo 61.º

Direito dos interessados à informação

1 - Os particulares têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos procedimentos em que sejam directamente interessados, bem como o direito de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas.

2 - As informações a prestar abrangem a indicação do serviço onde o procedimento se encontra, os actos e diligências praticados, as deficiências a suprir pelos interessados, as decisões adoptadas e quaisquer outros elementos solicitados.

3 - As informações solicitadas ao abrigo deste artigo serão fornecidas no prazo máximo de 10 dias.

Artigo 62.º

Consulta do processo e passagem de certidões

1 - Os interessados têm o direito de consultar o processo que não contenha documentos classificados, ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica.

2 - O direito referido no número anterior abrange os documentos nominativos relativos a terceiros, desde que excluídos os dados pessoais que não sejam públicos, nos termos legais.

3 - Os interessados têm o direito, mediante o pagamento das importâncias que forem devidas, de obter certidão, reprodução ou declaração autenticada dos documentos que constem dos processos a que tenham acesso.

Artigo 63.º

Certidões independentes de despacho

1 - Os funcionários competentes são obrigados a passar aos interessados, independentemente de despacho e no prazo de 10 dias a contar da apresentação do requerimento, certidão, reprodução ou declaração autenticada de documentos de que constem, consoante o pedido, todos ou alguns dos seguintes elementos:

a) Data de apresentação de requerimentos, petições, reclamações, recursos ou documentos semelhantes;

- b) *Conteúdo desses documentos ou pretensão neles formulada;*
- c) *Andamento que tiveram ou situação em que se encontram;*
- d) *Resolução tomada ou falta de resolução.*

2 - *O dever estabelecido no número anterior não abrange os documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica.*

Artigo 64.º

Extensão do direito de informação

1 - *Os direitos reconhecidos nos artigos 61.º a 63.º são extensivos a quaisquer pessoas que provem ter interesse legítimo no conhecimento dos elementos que pretendam.*

2 - *O exercício dos direitos previstos no número anterior depende de despacho do dirigente do serviço, exarado em requerimento escrito, instruído com os documentos probatórios do interesse legítimo invocado.*

Especial relevância para o nº2 do art. 7º do CPA, o princípio da responsabilidade da administração pelas informações que preste por escrito ao particular, o particular tem o direito de pedir informações por escrito e que a administração lhe responda por escrito, nos caso em que a administração responda por escrito, ainda que a informação não fosse obrigatória, a administração responsabiliza-se pelos danos que decorram da falsidade da inexactidão do erro sobre essa informação. Fundando-se esta obrigação na responsabilidade civil por conselhos e informações, em homenagem à boa-fé sob a figura da tutela da confiança. Se alguém se dirige à administração, à entidade competente, solicitando uma informação e essa entidade passa a escrito essa informação, o particular a partir daí vai pautar a sua conduta de acordo com aquele que é o conteúdo da informação. Se a meio do caminho a administração diz que não é bem isto “eu disse isto mas não é bem isto”, a administração das duas uma, ou estava em erro, ou propositadamente quis induzir em erro o particular, logo a administração auto vinculou-se e criou confiança no destinatário dessa informação, se afinal não é assim e daí resulta um dano, tem o dever de indemnizar. No entanto se a informação corresponde a uma conduta ilegal, por exemplo, a administração responde afirmativamente em determinado caso, quando a lei vigente, em situação idêntica, dispõe negativamente neste ponto será que a auto-vinculação ocorre? E se a informação for dada com base em indicações da facto falsas por parte do particular? Se a informação prestada incidir sobre matéria legislativa entretanto alterada, pode provocar uma obrigação de alteração de informação e nesse caso poder-se-á considerar que a administração pública é desresponsabilizada, ou o contribuinte é responsável pelo desconhecimento da lei? Há que ver as circunstâncias em que a informação foi prestada, a ignorância da lei pode aproveitar ao particular? Problema do prazo validade da informação da administração – com uma alteração legislativa a administração terá o dever de reinformar o particular que atenção a informação prestada no dia X entretanto desactualizou-se pela superveniência duma lei que entretanto veio consagrar uma solução diferente, ou o conhecimento da lei é igual para todos e a administração não tem que notificar o particular.

O princípio da colaboração na relação dos particulares com a administração pública (art. 60º do C.P.A.)

Artigo 60.º

Deveres gerais dos interessados

- 1 - Os interessados têm o dever de não formular pretensões ilegais, não articular factos contrários à verdade, nem requerer diligências meramente dilatórias.
- 2 - Os interessados têm também o dever de prestar a sua colaboração para o conveniente esclarecimento dos factos e a descoberta da verdade.

Cria dois deveres para o particular: o dever de legalidade - o particular só deve pedir aquilo que corresponde à lei, não deve formular requerimentos ilegais (Exemplo requerimento para admissão a prova oral quando a nota do exame escrito foi inferior a 7 valores) e o dever de veracidade que se subdivide em dois deveres, em vertente negativa - o dever de verdade, a obrigação de não articular factos falsos, contrários à verdade, e numa vertente positiva - o dever de colaborar no esclarecimento dos factos, ou na descoberta de verdade, o dever de eficiência (art. 60º do C.P.A.) os administrados não devem requerer diligências meramente dilatórias, (exemplo: pedido de revisão de prova escrita com o intuito de adiar a prova oral).

3º Princípio da participação dos interessados - A participação é mais intensa que a colaboração, e envolve, no âmbito do CPA mas também a participação popular ao abrigo de uma lei especial, Lei 83/95 de 31 de Agosto. Esta lei fala de participação popular, a participação de alguém sem um interesse directo no assunto.

A participação no âmbito do CPA é um direito dos particulares, em que a administração pública é um verdadeiro sujeito passivo, a administração está numa posição de sujeição, e por isso se diz que a participação é mais intensa que a mera colaboração. O direito de participação é a manifestação do direito ao contraditório, a administração decide mas deve dar ao particular o direito de intervir na decisão e assim o particular vê protegido o seu direito de ser ouvido antes da tomada de decisão final, que se consagra nos artigos 100º a 102º do CPA, direito de audiência prévia.

Artigo 100.º

Audiência dos interessados

- 1 - Concluída a instrução, e salvo o disposto no artigo 103.º, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta.
- 2 - O órgão instrutor decide, em cada caso, se a audiência dos interessados é escrita ou oral.
- 3 - A realização da audiência dos interessados suspende a contagem de prazos em todos os procedimentos administrativos.

Artigo 101.º

Audiência escrita

- 1 - Quando o órgão instrutor optar pela audiência escrita, notificará os interessados para, em prazo não inferior a 10 dias, dizerem o que se lhes oferecer.

2 - A notificação fornece os elementos necessários para que os interessados fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, indicando também as horas e o local onde o processo poderá ser consultado.

3 - Na resposta, os interessados podem pronunciar-se sobre as questões que constituem objecto do procedimento, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos.

Artigo 102.º

Audiência oral

1 - Se o órgão instrutor optar pela audiência oral, ordenará a convocação dos interessados com a antecedência de pelo menos oito dias.

2 - Na audiência oral podem ser apreciadas todas as questões com interesse para a decisão, nas matérias de facto e de direito.

3 - A falta de comparência dos interessados não constitui motivo de adiamento da audiência, mas, se for apresentada justificação da falta até ao momento fixado para a audiência, deve proceder-se ao adiamento desta.

4 - Da audiência será lavrada acta, da qual consta o extracto das alegações feitas pelos interessados, podendo estes juntar quaisquer alegações escritas, durante a diligência ou posteriormente.

Na prática, a administração pública quando pretende decidir em sentido contrário à vontade manifestada pelo particular, a administração deve antecipadamente ouvir os particulares.

Uma outra hipótese é a participação como colaboração por iniciativa dos particulares, os particulares podem apresentar sugestões desencadear procedimentos, apresentar informações à administração, é o que resulta do art. 7º n.º1, al.b) do CPA.

A participação pode também ser um ónus do interessado, no sentido de que a administração pública permite que os interessados apresentem provas do que alegam, mas se o não fizerem, sofrem as consequências de não o fazerem, é o que resulta do Art. 86º - Direcção art. 87º factos sujeitos a prova, 88º Ónus da prova.

Artigo 86.º

Direcção da instrução

1 - A direcção da instrução cabe ao órgão competente para a decisão, salvo o disposto nos diplomas orgânicos dos serviços ou em preceitos especiais.

2 - O órgão competente para a decisão pode delegar a competência para a direcção da instrução em subordinado seu, excepto nos casos em que a lei imponha a sua direcção pessoal.

3 - O órgão competente para dirigir a instrução pode encarregar subordinado seu da realização de diligências instrutórias específicas.

4 - Nos órgãos colegiais, as delegações previstas no n.º 2 podem ser conferidas a membros do órgão ou a agente dele dependente.

Artigo 87.º

Factos sujeitos a prova

1 - O órgão competente deve procurar averiguar todos os factos cujo conhecimento seja conveniente para a justa e rápida decisão do procedimento, podendo, para o efeito, recorrer a todos os meios de prova admitidos em direito.

2 - Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, bem como os factos de que o órgão competente tenha conhecimento em virtude do exercício das suas funções.

3 - O órgão competente fará constar do procedimento os factos de que tenha conhecimento em virtude do exercício das suas funções.

Artigo 88.º

Ónus da prova

1 - Cabe aos interessados provar os factos que tenham alegado, sem prejuízo do dever cometido ao órgão competente nos termos do n.º 1 do artigo anterior.

2 - Os interessados podem juntar documentos e pareceres ou requerer diligências de prova úteis para o esclarecimento dos factos com interesse para a decisão.

3 - As despesas resultantes das diligências de prova serão suportadas pelos interessados que as tiverem requerido, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 11.º.

A participação como sujeição da administração pública, o princípio geral resulta do art. 8º do CPA a vinculação da administração pública à participação dos administrados, ao direito da audiência prévia corresponde o dever de audiência prévia, ao direito de participação corresponde a sujeição da administração à participação dos particulares. Isto é, o dever de participação origina situações recíprocas na esfera do sujeito activo, administrado, e do sujeito passivo, administração como se fosse o reverso da medalha.

Artigo 8.º

Princípio da participação

Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objecto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes disserem respeito, designadamente através da respectiva audiência nos termos deste Código.

4º O princípio da desburocratização o mais teórico de todos, o menos efectivado, visa tornar a administração pública mais eficiente e mais célere, e visa dotar a administração pública de uma economia processual, que permita fazer o mesmo ou fazer melhor com menos actos. Resulta da CRP e do art. 10º CPA.

Artigo 10.º

Princípio da desburocratização e da eficiência

A Administração Pública deve ser estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões.

O dever de celeridade do art. 57º do CPA, e o princípio da desburocratização está hoje também ligado com o princípio da informatização, e nesse sentido, na utilização dos melhores meios disponíveis, nomeadamente a Internet, que tem reflexos ao nível da desmaterialização.

Artigo 57.º

Dever de celeridade

Os órgãos administrativos devem providenciar pelo rápido e eficaz andamento do procedimento, quer recusando e evitando tudo o que for impertinente ou dilatatório, quer ordenando e promovendo tudo o que for necessário ao seguimento do procedimento e à justa e oportuna decisão.

5º O princípio da decisão, significa que a administração pública (art. 9 do CPA) deve dar decisão a tudo o que o particular solicite ou apresente. O princípio geral é que todos nós que nos dirigirmos a administração pública temos direito a obter uma resposta.

Artigo 9.º

Princípio da decisão

1 - Os órgãos administrativos têm, nos termos regulados neste Código, o dever de se pronunciar sobre todos os assuntos da sua competência que lhes sejam apresentados pelos particulares, e nomeadamente:

- a) Sobre os assuntos que lhes disserem directamente respeito;*
- b) Sobre quaisquer petições, representações, reclamações ou queixas formuladas em defesa da Constituição, das leis ou do interesse geral.*

2 - Não existe o dever de decisão quando, há menos de dois anos contados da data da apresentação do requerimento, o órgão competente tenha praticado um acto administrativo sobre o mesmo pedido formulado pelo mesmo particular com os mesmos fundamentos.

O princípio da decisão corresponde a um direito a uma resposta. Envolve, naturalmente, alguns aspectos de pormenor: o fundamento deste princípio é o respeito e dignificação dos administrados, no sentido de que não dar resposta é um desrespeito por quem se nos dirige; a administração pública além de responder ao que lhe é pedido, deve, por força do art. 9º do CPA, reencaminhar oficiosamente os pedidos recebidos por determinado órgão, que não é competente para responder aquele pedido, para o órgão competente, ou, indicar ao particular qual o órgão ao qual deve dirigir o requerimento art. 34º CPA (exemplo: alguém que quer apresentar a revisão da prova escrita apresenta o requerimento não na secretaria da faculdade mas ao Ministro da Ciência e da Tecnologia ou ao ministério da defesa, o que deve fazer o órgão a quem é dirigido o requerimento, não sendo o competente para decidir, o artigo 9 dá-nos a resposta ele deve ou remeter oficiosamente o requerimento ao órgão competente ou deve indicar ao particular quem é o órgão competente para decidir).

Artigo 34.º

Apresentação de requerimento a órgão incompetente

1 - Quando o particular, por erro desculpável e dentro do prazo fixado, dirigir requerimento, petição, reclamação ou recurso a órgão incompetente, proceder-se-á da seguinte forma:

a) Se o órgão competente pertencer ao mesmo ministério ou à mesma pessoa colectiva, o requerimento, petição, reclamação ou recurso ser-lhe-á officiosamente remetido, de tal se notificando o particular;

b) Se o órgão competente pertencer a outro ministério ou a outra pessoa colectiva, o requerimento, petição, reclamação ou recurso será devolvido ao seu autor, acompanhado da indicação do ministério ou da pessoa colectiva a quem se deverá dirigir.

2 - No caso previsto na alínea b) do número anterior, começa a correr novo prazo, idêntico ao fixado, a partir da notificação da devolução ali referida.

3 - Em caso de erro indesculpável, o requerimento, petição, reclamação ou recurso não será apreciado, de tal se notificando o particular em prazo não superior a quarenta e oito horas.

4 - Da qualificação do erro cabe reclamação e recurso, nos termos gerais.

Não há dever de decisão, se, sobre a mesma matéria, sem alteração do quadro legislativo, se nos últimos dois anos foi decidido aquele mesmo requerimento pela administração. Esta regra serve para evitar que o particular reincida na entrega de pedidos repetidos, a fim de não desperdiçar os recursos da administração pública, é uma regra de eficiência na administração art. 9º n.º 2 do CPA.

A administração pública pode decidir através de uma de duas maneiras: forma expressa (art. 107º), através de concessão ou recusa, deferimento ou indeferimento; e de forma tácita, através do seu silêncio, que assume duas valias: por regra indeferimento tácito (art. 109º), e a título excepcional o silêncio vale como deferimento tácito (art. 108º).

Artigo 107.º

Decisão final expressa

Na decisão final expressa, o órgão competente deve resolver todas as questões pertinentes suscitadas durante o procedimento e que não hajam sido decididas em momento anterior.

Artigo 108.º

Deferimento tácito

1 - Quando a prática de um acto administrativo ou o exercício de um direito por um particular dependam de aprovação ou autorização de um órgão administrativo, consideram-se estas concedidas, salvo disposição em contrário, se a decisão não for proferida no prazo estabelecido por lei.

2 - Quando a lei não fixar prazo especial, o prazo de produção do deferimento tácito será de 90 dias a contar da formulação do pedido ou da apresentação do processo para esse efeito.

3 - Para os efeitos do disposto neste artigo, consideram-se dependentes de aprovação ou autorização de órgão administrativo, para além daqueles relativamente aos quais leis especiais prevejam o deferimento tácito, os casos de:

a) Licenciamento de obras particulares;

b) Alvarás de loteamento;

c) Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros;

d) Autorizações de investimento estrangeiro;

e) Autorização para laboração contínua;

f) Autorização de trabalho por turnos;

g) Acumulação de funções públicas e privadas.

4 - Para o cômputo dos prazos previstos nos n.º 1 e 2 considera-se que os mesmos se suspendem sempre que o procedimento estiver parado por motivo imputável ao particular.

Artigo 109.º

Indeferimento tácito

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a falta, no prazo fixado para a sua emissão, de decisão final sobre a pretensão dirigida a órgão administrativo competente confere ao interessado, salvo disposição em contrário, a faculdade de presumir indeferida essa pretensão, para poder exercer o respectivo meio legal de impugnação.

2 - O prazo a que se refere o número anterior é, salvo o disposto em lei especial, de 90 dias.

3 - Os prazos referidos no número anterior contam-se, na falta de disposição especial:

a) Da data de entrada do requerimento ou petição no serviço competente, quando a lei não imponha formalidades especiais para a fase preparatória da decisão;

b) Do termo do prazo fixado na lei para a conclusão daquelas formalidades ou, na falta de fixação, do termo dos três meses seguintes à apresentação da pretensão;

c) Da data do conhecimento da conclusão das mesmas formalidades, se essa for anterior ao termo do prazo aplicável de acordo com a alínea anterior.

6º Princípio do caso julgado administrativo - significa que a decisão administrativa se não for impugnada dentro do prazo da acção administrativa (3 meses), essa decisão administrativa consolida-se na ordem jurídica sem possibilidade de recurso, é a ideia de caso julgado administrativo. Forma-se aqui a dúvida se os actos administrativos ilegais também se consolidam na ordem jurídica: sim se forem anuláveis, não se forem nulos ou inexistentes. As questões pré-judiciais art. 31 n.º 3 do CPA.

Aula nº 5

10/03/2010

Princípios do procedimento administrativo

Na última aula, ficaram por analisar dois desses Princípios, que correspondem ao princípio da administração aberta e ao princípio da gratuidade.

Princípio da Gratuidade - E o que é que isto significa?

- É o princípio da administração aberta é uma decorrência da transparência administrativa e surge genericamente formulado no **art.º 65º do CPA**, o novo modelo de administração como administração aberta aos administrados. E nesse sentido, de fácil acesso à respectiva informação. Acesso à informação, significa dar acesso à documentação administrativa. Naturalmente que há limites a este acesso, à informação, à documentação administrativa. E esses limites, dizia eu, podem ser de diversos tipos:

1. Uma limitação que se prende com a existência de um interesse em saber, em conhecer, em ter acesso, àquela informação em particular, ou seja, a necessidade de que, quem requer a informação tenha um interesse

- digno de justificar esse mesmo acesso à informação. 1º Limite, o **interesse**.
2. O segundo limite, o que decorre da ideia do segredo de estado, ou seja, se é verdade que o princípio é o da administração aberta, não deixa de ser menos verdade que nem toda a documentação, que nem toda a informação é de acesso universal. Há limites, que decorrem, dizia eu, do segredo de estado. Segredo de estado que se prende com a garantia da independência nacional ou a integridade do estado com a segurança interna e externa do próprio estado.
 3. O terceiro limite, prende-se com o segredo de justiça. Aliás, como vêm, uma das grandes questões que nós actualmente atravessamos, é saber até onde é que vai o segredo de justiça, até onde é que vai a liberdade de informação por exemplo, dos meios de comunicação social? Em que medida, **o segredo de justiça é um limite ao acesso à informação**, neste caso, ao acesso à informação, a determinado tipo de documentação. Porquê? Porque se defende que há determinado tipo de matérias que estando na esfera do poder judicial, devem estar reservadas. E nesse sentido, não serem de acesso universal.
 4. Prende-se com matérias de sigilo privado ou se quisermos de segredo privado. É desde logo a isso que se refere o **art.º 62º/1 do CPA**. Segredo privado pode ser o segredo comercial, industrial, ao relativo à propriedade literal e artística ou científica. O segredo de natureza privada que impede, naturalmente, que por razões de natureza comercial ou por razões de natureza intelectual, esse acesso a toda a informação, a toda a documentação.
 5. A intimidade das pessoas, e dos respectivos dados pessoais. É verdade que há o princípio da administração aberta, mas nós não temos o direito, por ex: de, requerer ao serviço nacional de saúde, a ficha clínica do doente que, por ex: corresponde ao vizinho do prédio ao lado ou do andar de cima. Porquê? Porque é uma matéria que está sujeita a uma reserva da vida das pessoas e nesse sentido, há sigilo que não pode ser quebrado. Aliás devo dizer que fui já arguente de umas provas de Mestrado, cujo tema era “ O Direito à informação administrativa” – e uma das perguntas que eu coloquei à candidata ao título de Mestre era, saber se, e uma vez que tinha construído uma tese de uma amplitude tal no direito à informação administrativa, e a pergunta que eu lhe coloquei e a embaraçou na resposta foi esta: - Será que a Senhora tem o direito a conhecer previamente o conteúdo da arguição que lhe vou fazer? Isto é. O direito ao acesso à informação envolve o direito, e neste caso aqui, o de saber antecipadamente o conteúdo das perguntas a que vai ser

submetida? Obviamente que há limites que circunscrevem a amplitude do direito à informação, ou ao princípio da administração aberta. Uma administração aberta não é uma administração escancarada, no sentido em que tudo tenha que ser revelado. Há limites, e apontei-vos alguns desses limites.

6. O último princípio corresponde ao princípio da gratuidade do procedimento administrativo. É ele regulado no **art.º 11 do CPA**, a título geral. Em princípio, a actuação administrativa, o procedimento administrativo, é gratuito. Salvo, naturalmente, o de serem criadas o pagamento de taxas, ou de despesas, determinadas pela administração. Ex: o que sucede com o pedido de revisão de prova, ou com o pedido de melhoria de nota, em que há uma taxa ou, um outro exemplo, não ao nível da administração, mas ao nível da justiça, o exercício da própria função jurisdicional, em que existem taxas de exercício. Aqui neste caso não no procedimento administrativo, mas no processo judicial.

CPA

Artigo 65º

Princípio da administração aberta

1 - *Todas as pessoas têm o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, mesmo que não se encontre em curso qualquer procedimento que lhes diga directamente respeito, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.*

2 - *O acesso aos arquivos e registos administrativos é regulado em diploma próprio.*

Artigo 62º

Consulta do processo e passagem de certidões

1 - *Os interessados têm o direito de consultar o processo que não contenha documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica.*

2 - *O direito referido no número anterior abrange os documentos nominativos relativos a terceiros, desde que excluídos os dados pessoais que não sejam públicos, nos termos legais.*

3 - *Os interessados têm direito, mediante o pagamento das importâncias que forem devidas, de obter certidão, reprodução ou declaração autenticada dos documentos que constem dos processos a que tenham acesso.*

Artigo 11º

Princípio da gratuidade

1 - *O procedimento administrativo é gratuito, salvo na parte em que leis especiais impuserem o pagamento de taxas ou de despesas efectuadas pela Administração.*

2 - *Em caso de comprovada insuficiência económica, demonstrada nos termos da lei sobre o apoio judiciário, a Administração isentará, total ou parcialmente, o interessado do pagamento das taxas ou das despesas referidas*

no número anterior.

Falei-vos, até agora, nos princípios regra, vamos tratar, seguidamente, do princípio excepção do procedimento administrativo, que é **o estado de necessidade**.

Já na última aula tínhamos feito uma referência, que é um princípio geral, de todo o Direito, em que há circunstâncias, há momentos que justificam, a derrogação, o afastar das regras normais.

A situação do estado de necessidade administrativa, vem ela prevista, essa situação, no art.º 3º/2 do CPA:

Artigo 3º

Princípio da legalidade

1 - Os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins par que os mesmos poderes lhes foram conferidos.

2 - Os actos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração.

Tem a ver com o dano e com a respectiva indemnização. Mas a ideia central é, quando há uma situação de estado de necessidade, justifica-se a preterição das regras procedimentais fixadas no código. Ou seja, é possível derrogar, é possível afastar, é possível excepcionar, a aplicação das regras do Código. Todavia, há uma cláusula que limita isto, e que ao mesmo tempo é o fundamento da sua validade: - Isto só é possível, desde que, com o cumprimento dessas regras, não se pudessem alcançar os resultados visados. A importância dos fins, para justificar a modificação dos meios para alcançar esses mesmos fins.

Há que naturalmente que chamar a vossa atenção para dois tipos de estado de necessidade;

1. Há o estado de necessidade procedimental, que é este que agora estamos a analisar. É a preterição das regras formais e,
2. Há um estado de necessidade substantivo, onde a preterição não estão nos aspectos de natureza formal, mas prendem-se com o conteúdo da própria decisão administrativa.

Há actos que normalmente seriam ilegais quanto ao seu conteúdo, mas que em estado de necessidade, podem encontrar justificação pelo seu conteúdo. Conteúdo que normalmente era ilegal, poderá, em certos casos, passar a ser um conteúdo

válido. Em nome do estado de necessidade, aqui está a necessidade substantiva, ou, o incumprimento de certas formalidades que normalmente gerariam invalidez formal, pode, em estado de necessidade, não gerar essa invalidez. **Aqui, há um estado de necessidade procedimental, ou de natureza formal.**

Pois bem, vamos neste momento circunscrever, a análise, apenas ao estado de necessidade procedimental, onde se verifica, a preterição das regras do procedimento estabelecidas no Código, e, vamos ver, dois pontos:

1. **Quando é que isto é possível?**
2. **Quais os limites? Ou, até onde é que é possível?**

Começemos pelo 1º ponto. Quais as situações em que é admissível?

1. É necessário que os resultados que se visem obter, não possam ser alcançados pelo cumprimento das regras normais. Ou seja, temos de ter consciência que, não possível o cumprimento dos princípios regra. Esse cumprimento, dos princípios regra, não permitiria alcançar os resultados desejados. **E, quando é que isto é possível?** Pois bem, isto é possível em casos, em circunstâncias extraordinárias, ou em situações de urgência. A circunstância extraordinária, torna válido o que normalmente é inválido. A urgência, torna inadiável, aquilo que normalmente poderia ser prosseguido de um outro modo, num outro momento posterior. Temos aqui por isso mesmo, um cenário factual de, ou, estamos perante circunstâncias extraordinárias, fenómenos que podem ser naturais ou fenómenos humanos. **Ex: de fenómeno natural** – Um abalo sísmico; uma inundação. **Ex: de um fenómeno humano** – Uma situação de guerra; uma situação de insurreição, de tentativa de golpe de estado.

A urgência, também torna ela, inadiável a decisão. O resultado poderia ser obtido de outra maneira, mas não poderia ser obtido naquele instante, quando a decisão era oportuna. Claro, que se podia salvar a vida humana, por exemplo, se, seguisse a tramitação, de um exemplo que eu já vos dei, há algumas aulas passadas, da necessidade por exemplo, no caso de uma inundação, de se salvarem umas pessoas que estão na iminência de morrerem afogadas. Claro, que, a urgência da situação, é incompatível com o procedimento administrativo, por exemplo que levasse à requisição

do barco, do bote, que permitisse salvar essas pessoas. Não faz sentido ouvir previamente o proprietário do bote que se pretende requisitar, dizendo: - “Olhe, concorda que utilize o barco? Tem cinco dias para responder. Obviamente que toda a gente sorri do que seria o cumprimento desta formalidade. Pois bem, o resultado

nunca poderia ser obtido, que é salvar as vidas humanas, se, se cumprissem essas formalidades. Justifica-se por isso mesmo a derrogação das regras formais previstas no Código. Cá está, uma situação de urgência, perante cenário, de circunstâncias, extraordinárias.

Reparem que, isto significa numa perspectiva, utilizando que nós estudámos no 1º semestre, a propósito da vinculação ou da discricionariedade, isto significa que o decisor administrativo faz um juízo de prognose. Qual é o juízo de prognose? Ele procura saber se os resultados seriam alcançados, se, se cumprisse as formalidades.

E só perante uma resposta em sentido negativo é que se justifica o quê? O preterir dessas mesmas formalidades. Há pois um juízo de prognose. Esse juízo de prognose, não é discricionário, é um juízo de natureza vinculada. Só falta dar-lhe uma solução.

O juízo de prognose só pode conduzir a um resultado. Resta saber é se o juízo está ou não ferido de quê? O juízo de prognose é um juízo vinculado, mas não quer dizer que seja um juízo acertado, porquê? Pode estar ferido de quê? **De erro.**

Pode estar ferido de erro. Houve uma errada ponderação das circunstâncias de facto, por exemplo.

Obviamente que o juízo de prognose pode estar viciado de erro. Erro, na formulação desse mesmo juízo. Pensava que a realidade era uma, e afinal, a realidade era outra. Se pensava que a realidade era uma, quando na realidade ela era outra, só por mero acaso é que o juízo de prognose bate certo.

Atenção. Isto não significa, mesmo nos actos vinculados, não significa que necessariamente, conduzam no caso dos juízos de prognose, a evolução futura previsível, de um determinado facto ou de um determinado acontecimento ou de uma determinada circunstância, que ela se venha a verificar. Pode haver erro.

E independentemente de erro, pode haver dano.

E o dano, no **art. 3º/2 do CPA** é claro ao dizer-nos que os danos decorrentes do estado de necessidade geram o dever de indemnizar - a responsabilidade civil.

A responsabilidade civil tanto existe quando o juízo de prognose é certo, como quando o juízo de prognose é errado. Obviamente, em qualquer das circunstâncias, desde que exista dano, e veremos a seu tempo, os demais pressupostos da responsabilidade civil, existe dever de indemnizar.

Artigo 3º

Princípio da legalidade

1 - Os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins par que os mesmos poderes lhes foram conferidos.

2 - Os actos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração.

2ª Questão, quais os limites?

Será que todas as regras do procedimento administrativo podem ser preteridas?

Será que o art.º 3º/2 do CPA é uma cláusula geral, que permite derrogar toda e qualquer norma do CPA?

Bem a primeira questão a esclarecer, é saber se existe hierarquia entre normas procedimentais? E podemos dizer que há hierarquia entre normas no procedimento administrativo. Ou seja, há uma hierarquia entre normas procedimentais.

As normas do código que concretizam princípios da constituição, que concretizam no fundo normas constitucionais, relativamente às normas procedimentais que não concretizam esses princípios, ou que não os concretizam de forma directa e imediata.

E o princípio geral tem que ser este: - Salvo lei expressa em sentido contrário, não se deve admitir derrogações às normas do Código que concretizam normas constitucionais.

É no fundo a ideia que está subjacente ao **art.º 2º/5 do CPA**.

Artigo 2º

Âmbito de aplicação

1 - As disposições deste Código aplicam-se a todos os órgãos da Administração Pública que, no desempenho da actividade administrativa de gestão pública, estabeleçam relações com os particulares, bem como aos actos em matéria administrativa praticados pelos órgãos do Estado que, embora não integrados na Administração Pública, desenvolvam funções materialmente administrativas.

2 - São órgãos da Administração Pública, para efeitos deste Código:

- a) Os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas;*
- b) Os órgãos dos institutos públicos e das associações públicas;*
- c) Os órgãos das autarquias locais e suas associações e federações.*

3 - O regime instituído pelo presente Código é ainda aplicável aos actos praticados por entidades concessionárias no exercício de poderes de autoridade.

4 - Os preceitos deste Código podem ser mandados aplicar por lei à actuação dos órgãos das instituições particulares de interesse público.

5 - Os princípios gerais da actividade administrativa constantes do presente Código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada.

6 - *As disposições do presente Código relativas à organização e à actividade administrativas são aplicáveis a todas as actuações da Administração Pública no domínio da gestão pública.*

7 - *No domínio da actividade de gestão pública, as restantes disposições do presente Código aplicam-se supletivamente aos procedimentos especiais, desde que não envolvam diminuição das garantias dos particulares.*

Uma última nota apenas para esclarecer dois pontos:

1. O estado de necessidade administrativa procedimental está sujeita a controlo judicial. Nenhuma novidade. Toda a actividade administrativa está sujeita a controlo judicial. E curiosamente, muita desta actividade ao abrigo do estado de necessidade, **são operações materiais**.

São feitas sem título jurídico. São realidades do mundo dos factos, mais do que realidades do mundo do Direito. Mas ainda assim, sujeitas a controlo judicial.

2. Por outro lado, segunda e última nota, veremos a seu tempo, mais adiante, o estado de necessidade substantivo, isto é, o problema já não se coloca nas regras formais, mas nas regras materiais que pautam a actuação administrativa. Até onde é que a administração pode praticar actos, cujo conteúdo é ilegal? No fundo é isto. Este é o problema do estado de necessidade substantivo.

O problema, repito, do estado de necessidade formal, procedimental, prende-se com isto: - Até onde é que a administração pode derrogar formalidades impostas pelo CPA?

Mas o estado de necessidade substantivo já não se prende com formalidades mas prende-se com o conteúdo, com o objecto da decisão. E a pergunta agora é, até onde é que a administração pode praticar actos cujo conteúdo é ilegal.

Os princípios materiais da actividade administrativa.

Isto é, vimos como é que a administração decide quanto às formalidades, vamos agora ver o conteúdo da decisão da administração – os princípios materiais da actividade administrativa.

E quais são os princípios materiais da actividade administrativa?

São vários. Vamos começar pelo **primeiro**, já nosso velho conhecido, que é nem mais nem menos que **o princípio da Legalidade**.

1. **O princípio da Legalidade** – Que, no fundo diz isto: Toda a actuação administrativa está condicionada à Lei, ao Direito. **Princípio da jurisdição. Administração submetida ao Direito.**

E, qual é, a função do princípio da Legalidade?

O princípio da Legalidade tem três funções associadas.

- Uma, é uma função garantística. O que é que isto significa? Significa que, respeitar a legalidade é respeitar as posições jurídicas subjectivas dos administrados. Ou seja, respeitar a legalidade é, garantir que os direitos subjectivos e os interesses legítimos dos administrados vão ser respeitados, vão ser acatados, vão vincular a administração. O princípio da legalidade como linha de fronteira daquilo que a administração pode, mas também daquilo que a administração não pode fazer.
- A segunda é a de que o princípio da Legalidade tem uma função legitimadora. A Lei ainda continua hoje agarrada ao pensamento de Rousseau, enquanto manifestação da vontade popular. Assim a administração quando aplica a Lei, aplica a vontade de todos. Assim, a administração está legitimada politicamente. A lei como critério político de decisão da administração, como fonte de legitimação da decisão.
- A terceira é uma função racionalizadora. É como de algum modo, a velha ideia iluminista de que a Lei é a expressão da razão. Então, se a Lei é a expressão da razão, a Lei define a melhor solução que a administração deve acatar para resolver as situações concretas. A Lei como definição dos melhores interesses, dos melhores critérios que o legislador legitimado determina à administração. E, quais são as áreas de vinculação da actuação administrativa? O que é que está sujeito ao princípio da Legalidade? Toda a actividade administrativa? – 1ª Tese. Ou, só alguma actividade administrativa?

Vamos por parte, começando por diferenciar o seguinte:

Começando por diferenciar a actividade administrativa interna e a actividade administrativa externa.

A actividade administrativa externa é a que relaciona a administração com os administrados.

A actividade administrativa interna é aquela que se esgota no interior da administração pública.

Quanto à actividade administrativa externa, o que é que está sujeito ao princípio da legalidade? Está sujeito ao princípio da legalidade:

- ✓ **A competência decisória.** Para decidir, tem de ser alguém que tenha o poder conferido pela Lei.
- ✓ **O fim da actuação,** no fundo o critério teleológico de cada actuação administrativa tem que resultar da Lei. O fim da actuação.
- ✓ **O procedimento e a forma das decisões.** O conjunto de tramitação de actos e formalidades da própria externa da decisão tem que resultar da Lei.
- ✓ **Os pressupostos ou as condições objectivas da acção.** Para decidir, têm que estar reunidos determinados pressupostos, determinadas condições. Esses pressupostos e essas condições têm de resultar da Lei. Mesmo quando a Lei atribui ao órgão da administração liberdade de escolha ou de eleição dos pressupostos, a administração na sua actuação está sempre balizada pela Lei – A Discricionariiedade. É sempre da Lei que resulta ou a norma que define quais são os pressupostos, ou a norma que habilita o decisor a eleger os pressupostos. É sempre da Lei, que resulta, directa ou indirectamente, imediatamente ou mediadamente, os pressupostos da decisão. E por último, ainda é da Lei que resulta o conteúdo das decisões. Mesmo quando o conteúdo é discricionário. Ex: A administração pode conceder um subsídio entre €50 e €100. A administração tem liberdade de escolha, entre os €50 e os €100, mas ainda resulta da Lei, ainda é da Lei que é determinado o limite máximo e o limite mínimo daquilo que a administração pode decidir.

Conclusão – Quer a competência, quer o fim, quer as formalidades, quer os pressupostos, quer o conteúdo da decisão, resultam da Lei. Toda a actividade administrativa externa tem como fundamento a Lei.

E quanto à actividade administrativa interna? Será que tudo se passa também na mesma?

Historicamente, vigorava um princípio, durante o Sec. XIX, que era o princípio da impermeabilidade do princípio da Legalidade na actividade administrativa interna. Impermeabilidade porque não se deixava entrar a Legalidade actividade interna da administração, com base num entendimento de que actividade interna da administração era um feudo do Monarca, do executivo, e mudo à intervenção do Parlamento. E o pensamento era este. Como não relaciona a administração com os particulares, não é necessário que a Lei aqui intervenha.

Hoje, o entendimento é diferente, desde logo com um fundamento – o **art. 266º da CRP** refere-nos que, “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei...” e não distingue se apenas nos casos em que exercem uma actividade externa, ou também os casos em que exercem actividade interna.

Por isso, toda a actividade administrativa está subordinada ao princípio da constitucionalidade, toda a actividade administrativa está subordinada ao princípio da Legalidade.

CRP

Artigo 266º

(Princípios fundamentais)

1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.
2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé.

Mas queria chamar a vossa atenção para uma disposição que já é vossa velha conhecida, o art.º 112º/5 da CRP.

Artigo 112º

(Actos normativos)

1.
2.
3.
4.
5. Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.
6.
7.
8.

Este artigo pode ser lido à contrária. Que a Lei pode conferir a outros actos, mas apenas com eficácia interna o poder de “**interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos**”, normas legais. Ou seja, o art.º 112º/5 habilita que dentro da Administração Pública, no interior da Administração Pública, no âmbito da actividade interna da actividade administrativa, possa existir uma legalidade “Sui Géneris”, uma legalidade especial.

Essa legalidade administrativa interna “Sui Géneris” pode ser uma legalidade administrativa contra legem, isto é, contrária à Lei.

Recordam-se no semestre passado da situação em que o subalterno perante a situação de uma ordem dada pelo superior hierárquico em que esta seja ilegal, este ter que a acatar? No âmbito da actividade administrativa interna, há dever de obediência ainda que as ordens dirigidas sejam ilegais. Aqui têm um exemplo.

No âmbito da actividade administrativa interna, há dever de obediência a uma legalidade que é uma legalidade contrária à legalidade externa. A lei diz C, sobre uma determinada matéria, e o superior hierárquico dá uma ordem ao subalterno para que ele diga NÃO.

O que é que o subalterno deve fazer? Deve aplicar a Lei que diz sim? Ou dar instrução à ordem que diz não? Tem que obedecer. Ou seja, deve dar cumprimento a uma ordem que é contrária à legalidade externa. Porquê? A razão é esta: - Ao obedecer a uma ordem ilegal ainda é cumprida a legalidade. Porque há uma norma de legalidade externa que determina que o dever de obediência só cessa quando a ordem ou a instrução envolve a prática de crimes ou se consubstancia num acto nulo.

Conclusão - A actividade administrativa interna está sujeita à legalidade, mas atenção, a legalidade interna pode ser uma legalidade diferente da legalidade externa. E com esta particularidade, os órgãos e estruturas da administração devem primeiro obediência às normas da legalidade interna e só, a título de 2º grau, devem obediência à legalidade externa.

Quais são os efeitos do princípio da legalidade?

O princípio da legalidade tem dois efeitos principais.

Um é o efeito negativo - Que consiste na invalidade da actividade administrativa externa, contrária à legalidade, um efeito, se quiserem, invalidante. Quando a administração age em sentido contrário à Lei, pois a sua actuação é inválida. Independentemente da discussão se essa invalidade gera nulidade, anulabilidade ou inexistência. Esse é outro problema. A forma da invalidade.

O que nos interessa é isto: Sempre que há uma actividade administrativa externa contrária à Lei, essa actuação administrativa é inválida.

Mas também há um efeito positivo. E o efeito positivo prende-se com isto: A actuação administrativa goza da presunção de legalidade. Significa no fundo que quando deparamos com um acto da administração, até prova em contrário, e a prova em contrário pode ser dada pela própria administração, ou pela intervenção dos

tribunais, a actuação administrativa deve ter-se conforme à legalidade. Expressão de que a actuação administrativa é ainda o exercício de um poder de soberania. Poder de soberania que goza de uma presunção de Legalidade.

É a presunção de Legalidade, subjacente à autotutela declarativa que justifica a execução prévia. É a presunção de Legalidade que nos obriga a obedecer. E que em caso de não obedecermos, em caso de não acatamento voluntário, a administração possa recorrer à força para nos impor aquilo que ela determinou, independentemente da previa intervenção judicial.

Ou seja, a presunção de Legalidade, eu diria que é o eixo central do funcionamento de toda a administração pública.

Se não existisse presunção de legalidade, o que vigoraria era a anarquia administrativa em cada um diria: - Isto é ilegal, eu não vou acatar.

É isto que nos obriga também a acatar as Leis. É a presunção de quê? De constitucionalidade.

Se cada um de nós fosse juiz e não acatar a Lei por entendermos que a mesma era inconstitucional, o resultado seria a completa anarquia. A obediência às Leis fundamenta-se também numa presunção de constitucionalidade.

A obediência às decisões administrativas, fundamenta-se na presunção de legalidade da actuação administrativa.

E diria que há dois tipos de presunção de Legalidade.

- ✓ As presunções relativas ou ilidíveis - Admitem prova em contrário
- ✓ As presunções absolutas ou inilidíveis - Não admitem prova em contrário. Podem dizer que o dia é noite, mesmo que seja dia. Ex: A força do caso julgado.

Aquilo que eu vos queria chamar à atenção é que, também a actuação administrativa tem casos em que há presunções de legalidade absolutas ou inilidíveis, e casos de presunção de legalidade relativa ou ilidível.

Exemplo típico: Uma actuação administrativa inválida, em termos de anulabilidade, se tiver decorrido o prazo da impugnação judicial, não pode ser modificada. Para todos os efeitos torna-se válida. Goza de uma presunção inilidível que é válida, mesmo que seja inválida.

Isto já não ocorre quando um acto anulável praticado pela administração, ainda esteja dentro do prazo para se requerer a sua anulabilidade em sede judicial. Goza de uma presunção de legalidade relativa ou ilidível.

Quais são os limites da presunção de Legalidade?

A presunção de Legalidade conhece dois tipos de limites.

Conhece os limites que decorrem da nulidade ou inexistência jurídica do acto. Se o acto é nulo ou é inexistente, não pode gozar de presunção de Legalidade. O que significa que a presunção de legalidade só se circunscreve aos actos válidos e aos actos anuláveis.

O recorte entre a anulabilidade a nulidade. Os efeitos são radicalmente distintos.

Actos nulos e inexistentes não gozam de presunção de Legalidade.

Mas pode suceder, um pequeno parêntesis, que a administração tenha utilizado a execução prévia, poderá fazê-lo?

Pode. Mas nesse caso é sem título. Estamos perante uma via de facto. Não há título que justifique esta operação material. E é uma operação material sem título.

A administração pode fazê-lo até em três cenários diferentes e com três consequências radicalmente distintas, depois até em termos indemnizatórios:

- Pode fazê-lo com a consciência, isto é, com a culpa de que sabe, e o acto é nulo, mas ainda assim, vai aplicá-lo pela força - É a conduta dolosa ou com negligência grave por parte da administração.
- A administração, e em cenário oposto ao referido, acha que o acto é válido, isto é, ela desconhece, não tem consciência de que o acto é nulo. Ou seja, a administração, passa a executar um comportamento baseado em erro. Ela acha que o acto é válido, mas na realidade o acto não é válido. A administração em erro passa à execução.
- A administração está também em erro, mas está em erro não quanto à nulidade, mas está em erro pensando que o acto é afinal, anulável. E como é anulável, pode exigir do particular o seu acatamento pela força.

Ainda podem existir limites à presunção de Legalidade quando estamos perante a aplicação de normas, quando estamos perante a aplicação administrativa de normas, que já foram objecto de um juízo de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. Isto é, quando estamos perante situações que eu diria de ilegalidade consequente.

Ex: Vamos imaginar este cenário, imaginem que esta norma fundamenta um conjunto de actos administrativos. O acto A, o acto B e o acto C. Todos eles têm como fundamento esta norma. Todos os actos de aplicação desta norma gozam, normalmente, da presunção de Legalidade. Mas se esta norma já fora objecto de juízo, a título incidental, por exemplo pelo Tribunal Constitucional, de que era inconstitucional, de que era ilegal, podemos discutir o alcance da presunção de

ilegalidade dos demais actos de aplicação desta norma. E pode-se discutir se esses actos devem gozar de uma presunção de legalidade, ou, pelo contrário, se devem gozar de uma presunção de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. Em qualquer dos casos, de ilegalidade consequente ou derivada.

Aula nº 6

15/03/2010

Duas formulações históricas do princípio da legalidade:

1 - Numa primeira formulação entende o princípio da legalidade numa **vertente negativa ou legalidade limite**: a administração pública poderia fazer tudo excepto aquilo que a lei proíbe, a lei funcionava como limite.

2 - Numa segunda formulação, vigente hoje, é uma **formulação positiva** em que a lei não é apenas limite, a lei é também fundamento da actuação administrativa. A administração só pode fazer aquilo que a legalidade lhe permite, a legalidade não é apenas limite mas também fundamento. Se não há uma norma a permitir que a administração actue ou a habilitar a sua intervenção, a administração não pode agir.

Eventuais excepções ao princípio da legalidade

1) **Estado de necessidade administrativo** - previsto no art. 3º, nº 2 do C.P.A.

“Art. 3º C.P.A.

1. ...
2. *Os actos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da administração”*

Será o estado de necessidade administrativa uma excepção ao princípio da legalidade?

A resposta a esta questão é dada pelo Prof. Gonçalves Pereira “o estado de necessidade não é uma excepção à legalidade mas é uma legalidade excepcional”.

Significa que não derroga a legalidade, o que ele comporta é uma legalidade anormal fora dos quadros da legalidade tradicional. Esta legalidade excepcional é uma

legalidade que só funciona em certos casos extraordinários perante situações de urgência, consubstancia-se em tornar admissível aquilo que normalmente era inadmissível, ou seja, torna lícito o que em circunstâncias normais seria ilícito, torna válido o que em circunstâncias normais seria inválido, torna legal o que em circunstâncias normais seria ilegal, daí falar-se numa legalidade excepcional.

O estado de necessidade não é uma excepção ao princípio da legalidade.

- 2) **Actos políticos** são uma excepção ao princípio da legalidade? A resposta deve ser em sentido negativo, o art.º 3º, n.º 3 da C.R.P. diz-nos que a validade dos actos de poder se subordina à constituição, a validade de todos os actos, mesmo os actos políticos. O art. 18º da C.R.P. também nos diz que as entidades públicas estão vinculadas aos direitos fundamentais, significa as autoridades públicas em qualquer função do estado ainda que seja política. Conclusão, os actos políticos estão subordinados à jurisdição, isto não significa, todavia, que existam mecanismos judiciais para controlar a validade de todos os actos políticos, a regra no direito português é que só alguns actos políticos estão sujeitos a controlo judicial. Exemplo de acto político sujeito a controlo judicial: o referendo está sujeito a fiscalização preventiva obrigatória. Controlo político - o programa de governo é um acto político e está sujeito a controlo político perante a assembleia da república. Podemos definir duas regras gerais no direito português: a título excepcional os actos políticos estão sujeitos a controlo judicial, por via de regra, os actos políticos estão sujeitos a controlo político. Em qualquer dos casos os actos políticos estão subordinados ao princípio da jurisdição.
- 3) **A discricionariedade administrativa**, será uma excepção ao princípio da legalidade, obviamente que não, o fundamento da discricionariedade administrativa é a lei, fora da lei não há discricionariedade há arbitrariedade. A discricionariedade não é uma excepção ao princípio da legalidade, a discricionariedade é uma liberdade de escolha dentro das fronteiras da lei, não há discricionariedade contra a lei.
- 4) **Legalidade interna da administração**, será uma excepção ao princípio da legalidade? Não, apesar de a legalidade interna da administração poder ser uma legalidade especial, é isso que justifica os subalternos estarem obrigados a obedecer a ordens ilegais, não é uma excepção ao princípio da legalidade, porque ainda resulta de uma norma externa a especialidade desta norma interna.

Constituição da República Portuguesa

Artigo 3º (Soberania e legalidade)

1. A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição.
2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática.
3. A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.

Artigo 18º

(Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Conclusão: Num estado de direito não há excepções ao princípio da legalidade

Tema desenvolvido no livro "Legalidade e administração pública" Paulo Otero

➤ **Princípio da prossecução do interesse Público**

Princípio também ele consagrado no art. 266º da C.R.P., a administração deve em todos os casos, em todas as circunstâncias, ter apenas um único fim prosseguir o interesse público. O interesse público é o critério teleológico de actuação da administração. A administração não existe para prosseguir interesses privados, ou interesses dos titulares dos seus órgãos, a administração existe para prosseguir o interesse da colectividade, seja a colectividade o todo nacional, local, autárquico, fundacional, associativo ou institucional.

Constituição da República Portuguesa

Artigo 266º

(Princípios fundamentais)

1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.
2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

A administração pública e interesse público podem dividir-se em dois tipos:

- 1) O Interesse público primário que é definido pela constituição, pelo legislador ou definido no exercício da função política (exemplo: o PEC define interesses públicos primários).
- 2) O interesse público secundário é o interesse público subordinado ao interesse público primário. Interesses concretizados pela actuação administrativa.

Todavia a administração pode prosseguir interesses públicos primários – quando desenvolve actos fundados na constituição, quando o governo emana regulamentos independentes ao abrigo do artigo 199.º c), o legislador também ele pode prosseguir interesses públicos secundários, quando emana diplomas de desenvolvimento de leis de bases.

Artigo 199º

(Competência administrativa)

Compete ao Governo, no exercício de funções administrativas:

...

c) Fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis;

...

A definição do que é o interesse público não é simples por várias razões:

- 1) Interesse público/interesse privado

1) O interesse público diz respeito à conservação e ao desenvolvimento da sociedade política e à satisfação das necessidades colectivas.

2) A prossecução do interesse público não é monopólio da administração, existem entidades privadas que podem exercer poderes públicos. A administração ao prosseguir o interesse público, não pode prosseguir-lo de forma absoluta, isto é, não é legítimo um estado hoje baseado na ideia tudo pelo interesse público, nada contra o interesse público, esse é o modelo totalitário de estado, a constituição no art. 266.º diz-nos que a prossecução do interesse público é feita no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados, ou seja imperativo constitucional de harmonizar a prossecução do interesse público com o respeito pelas posições jurídicas subjectivas dos administrados.

3) A administração entre duas condutas que sirvam o interesse público, uma feita sem lesão ou com lesão mínima das posições jurídicas subjectivas dos administrados, e uma outra ao invés que acarrete lesão ou lesão de grau mais amplo para o administrado a administração não tem poder discricionário está vinculada a prosseguir a conduta menos lesiva dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares. É isto que distingue um estado totalitário de um estado de direito democrático. Sempre que razões de interesse público justificam a lesão de posições jurídicas dos administrados o estado constitui-se no dever de indemnizar, sempre que cria sacrifícios anormais ou especiais para alguém em benefício de todos. (exemplo expropriação para criação de uma auto-estrada).

É possível que a administração, em certos casos, interesses privados possam, atendendo à sua relevância pública, serem objecto de intervenção da administração (exemplo intervenção do estado junto da banca para permitir a estabilidade dessas instituições sob pena de poder ruir todo o sistema financeiro/bancário; os caso em que existem apoios por parte do estado ou autarquias aos clubes desportivos que asseguram prestações sociais a nível desportivo junto da comunidade).

Relevância intra-administrativa (no interior da administração) para o interesse público.

Cada entidade pública prossegue interesses públicos próprios, os interesses públicos prosseguidos pelo município de Lisboa são diferentes dos interesses públicos prosseguidos pelo município de Almada ou Oeiras, ou seja, o interesse público é também ele, o critério que define as atribuições de cada entidade pública.

Existem ainda conflitos entre interesses públicos, toda a gente se recorda da tensão entre o conflito de interesses públicos prosseguidos pelo estado e os interesses públicos prosseguidos pela região autónoma da madeira, ou entre as autarquias locais que reivindicam meios financeiros mais poderes, e normalmente o estado a limitar transferências de meios financeiros. O direito consagra a prevalência do interesse geral protagonizado pelo estado é o princípio da prevalência do direito geral do estado.

Cada actuação administrativa em concreto visa um determinado fim, se a administração prossegue fim diferente daquele que a lei tem em vista ao atribuir-lhe um poder, a actuação administrativa está ferida de desvio de poder.

Desvio de poder - há desvio de poder sempre que o motivo principalmente determinante de um acto não corresponde ao fim que a lei teve em vista ao atribuir aquela competência ao órgão decisor (exemplo: o policia que vem passar multas não porque a viatura está em transgressão, mas passa a multa apenas com o propósito de obter receitas para a administração).

A prossecução do interesse público está ligada a uma regra de boa administração. Quando a constituição nos diz, que a administração deve prosseguir o interesse público, ela está-nos a dizer mais que isso, diz-nos que a administração deve prosseguir da melhor forma o interesse público. A administração não deve apenas prosseguir o interesse público, como deve entre várias soluções aptas a prosseguir o interesse público, a administração está obrigada a escolher a solução mais idónea, a solução que melhor garanta essa prossecução do interesse público. A isto chama-se o princípio da eficiência, princípio do bem andamento da administração ou também dito o princípio da boa administração. Há uma regra de eficiência subjacente à prossecução do interesse público que se consubstancia na ideia da melhor prossecução do interesse público.

Princípio do respeito pelos direitos e interesses legítimos dos particulares.

Já vimos que o art. 266º n.º1 nos diz que a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares.

A administração que nós temos é a administração de um estado de direitos humanos, é a administração ao serviço da pessoa e nesse sentido não é uma administração totalitária, é uma administração que deve prosseguir o interesse público no respeito pelas posições jurídicas dos administrados.

A grande questão consiste em saber o que é o direito subjectivo, afinal o que é o interesse legítimo.

Direito subjectivo consiste na vinculação que a administração tem em emitir uma decisão favorável ao particular. O direito subjectivo consubstancia-se num poder de exigir da administração determinado tipo de comportamento, de conduta ou prestação. Pelo contrário o interesse legítimo consubstancia-se na faculdade que a administração tem de apreciar a posição jurídica do particular no respeito pela legalidade, sem que isso dê ao particular o direito de uma decisão de conteúdo favorável.

O direito subjectivo traduz-se no poder de exigir uma decisão de conteúdo favorável; o interesse legítimo no poder de exigir uma apreciação isenta de acordo com a lei da sua posição jurídica, sem que dela resulte o poder de exigir uma decisão de conteúdo favorável.

O direito subjectivo envolve uma actividade administrativa vinculada, o interesse legítimo uma actividade administrativa discricionária (exemplos: os alunos que obtenham 7 valores na prova escrita tem acesso à prova oral, os alunos tem o direito subjectivo a terem a prestação de uma prova oral, o direito a comparecer a essa prova, mas nenhum tem o direito a obter aprovação na respectiva prova, tem o interesse legítimo em relação ao resultado da prova oral. Outro exemplo: a lei determina que quem tenha 5 ou mais anos na categoria de professor auxiliar pode apresentar-se a concurso para professor associado, significa que têm o direito subjectivo de se apresentar a concurso, mas não tem o direito subjectivo a obter provimento no concurso, pois podem existir professores com melhor curriculum logo não tem o direito subjectivo ao lugar, todos têm sim o interesse legítimo a que o júri aprecie as candidaturas com imparcialidade e dentro da legalidade. Terceiro exemplo a lei diz que os grupos teatrais que representem Gil Vicente podem ter um subsidio até 2.000,00 euros, se a formulação da lei diz que “podem ter” um subsidio, a ninguém está conferido o poder de exigir um subsidio, depende do poder discricionário da administração a atribuição ou não subsidio, há aqui não um direito subjectivo mas um mero interesse legítimo).

Quando o direito dá um direito subjectivo há uma protecção jurídica superior aos casos em que estamos perante um interesse legítimo, em qualquer dos casos temos posições jurídicas subjectivas dos administrados individuais ou individualizadas, ao contrário do que acontece com os interesses difusos que se referem a posições subjectivas de uma pluralidade de pessoas ou da colectividade.

Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é também ele um limite à actuação administrativa que resulta do art. 266º n.º 2 da Constituição e do art. 5º n.º 2 do C.P.A. (já acima transcritos)

A proporcionalidade tem três vertentes:

- Princípio da adequação - as medidas da administração devem ser idóneas relativamente aos fins que estão em causa, devem ser apropriadas a esses fins, deve existir uma relação entre o conteúdo da decisão e o fim, o propósito, a meta dessa mesma decisão.

- Princípio da necessidade ou da proibição do excesso - a administração só deve agredir, só deve lesar, só deve atingir as posições jurídicas dos administrados na medida em que isso se torne necessário, na medida em que isso seja exigível e não mais do que isso, se é possível apenas expropriar 5 a administração não pode expropriar 10

- Princípio da razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito - a administração deve fazer um balanço custos vantagens das suas decisões, a administração não pode adoptar medidas cujos custos sejam superiores às vantagens que delas retira (formulação tipicamente francesa). A administração deve proceder a uma ponderação dos bens no caso concreto, não lesando os bens de maior valor relativamente aos bens de menor valor (formulação tipicamente alemã). A administração deve ter em conta o contra-peso, uma medida entre os valores ou bens constitucionais ou legais (formulação norte-americana).

Aula nº 7

17/03/2010

Avançados os princípios respeitantes à actividade da Administrativa, os princípios substantivos da actividade da Administração Pública, tínhamos ficado no Princípio da Proporcionalidade, faltava-nos ainda falar no Princípio da Justiça.

Vamos tratar do princípio da justiça e depois a propósito da justiça falaremos na Imparcialidade.

► O que é que significa o Princípio da Justiça, em sentido amplo?

A justiça em sentido amplo é, já o sabem, uma ideia que anima todo o Direito, não apenas o Direito Administrativo mas todo o Direito, o direito existe ao serviço da justiça.

Simplesmente em Direito Administrativo nós podemos dizer que o Princípio da Justiça tem três vertentes:

- a justiça tem uma primeira vertente, uma primeira ligação com a igualdade;
- tem a segunda vertente, que é articulada com a Imparcialidade;
- a Justiça tem uma terceira vertente que, essa sim, é, no fundo, a Justiça em sentido estrito, isto é, a bondade, a aptidão, a rectitude da decisão.

► O que é que significa cada uma destas três vertentes?

► Começemos pela primeira, a ideia de igualdade, o Princípio da Igualdade.

Este Princípio diz-nos no fundo isto, a administração deve tratar situações idênticas de modo semelhante, ou se quiserem, talvez mais correctamente, situações semelhantes de modo idêntico.

É por isso que em Direito Administrativo tem especial importância o precedente, o precedente define uma pauta de conduta da Administração, na resolução de um caso concreto, porquê? Porque amanhã a Administração na resolução de um caso semelhante deve, salvo interesses públicos justificativos ou alteração de circunstâncias, mas desde que fundamentadas, deve a Administração pautar identidade de situação com igualdade de solução, por isso, repito, a importância do precedente, vimos aliás no 1.º semestre o precedente com forma de auto-vinculação da Administração, claro que sempre se poderá auto-vincular por via regulamentar e aqui o princípio é que o regulamento, de forma geral e abstracta determina uma conduta aplicável a todos os destinatários, pois bem, aqui, o Princípio da Igualdade tem esta vertente fundamental, que é a igualdade de todos perante a norma, seja a norma, seja a decisão individual da Administração.

Mas o Princípio da Igualdade tem também ele uma vertente que por um lado proíbe a discriminação, proíbe o arbítrio, mas proíbe sobretudo a discriminação infundada, porquê? Porque a Igualdade tem uma vertente material. Remonta à antiguidade o entendimento, a Aristóteles, de que cada existia de mais injusto do que tratar como igual aquilo que é desigual. O que significa que a igualdade não é apenas

uma igualdade formal, a igualdade tem uma dimensão material, uma dimensão real, que determina que nada há de mais injusto, cá está a ligação igualdade - justiça, do que tratar como igual aquilo que é desigual.

Isto significa que a Administração também deve ter em atenção a igualdade material. O que significa que a Administração deve procurar soluções que procurem aproximar, que procurem no fundo equilibrar com justiça as soluções consoante a diversidade de situações. E há tensão entre a igualdade real e a igualdade formal, porquê? Porque muitas vezes a igualdade real tende a privilegiar uns em detrimento de outros e aqueles que não se sentem privilegiados tentam invocar a seu favor a igualdade formal. Tomemos por exemplo Finanças Públicas, havendo aí o entendimento de que um sistema fiscal é um veículo de redistribuição de riqueza e a CRP estabelece o Princípio da Progressividade da taxa do imposto, isto significa que quem mais ganha mais terá de pagar imposto, há aqui uma dimensão de igualdade, não de igualdade formal, mas sim de igualdade real, dentro da ideia de que o sistema fiscal é um instrumento de justiça social, uma vez mais se verifica a articulação entre a igualdade e a justiça e sobretudo neste caso aqui a justiça social.

O Princípio da Igualdade exclui a discriminação, mas exclui a discriminação arbitrária, critérios arbitrários de discriminação que resultam do Art.º 3.º, n.º 2. Quais são as fontes do princípio da igualdade, naturalmente as fontes constitucionais, seja a Constituição em sentido instrumental, seja a Declaração Universal dos Direitos do Homem, mas também a igualdade ao nível do Direito da União Europeia, igualdade entre os cidadãos dos Estados membros, igualdade entre as empresas dos Estados membros, mas também igualdade, e sublinha-se isto, entre cidadãos de terceiros Estados, porquê? Porque a Igualdade é ela um elemento que decorre da dignidade da pessoa humana, e a dignidade da pessoa humana não é compaginável com o rótulo de que: “és cidadão de um Estado membro da União Europeia ou não és cidadão de um Estado membro da União Europeia”.

A permanência dos designados ilegais dentro do espaço da União Europeia, não é uma permissão, não pode ser uma permissão para tratar essas pessoas como não tendo dignidade humana, como imaginam esta é uma das questões mais controvertidas dentro de um modelo de Europa que procura cada vez mais afirmar-se como uma fortaleza, como algo que tem fronteiras relativamente às quais não são acessíveis os cidadãos de terceiros Estados, isto é, de cidadãos que não são membros da União Europeia, há aqui uma contradição flagrante entre afirmar-se a dignidade de todos os cidadãos, independentemente da sua nacionalidade e por outro lado criar regimes que violam essa mesma dignidade ao nível da igualdade. Queria chamar à atenção é que há pelo menos um reduto da igualdade que é irrelevante para a

dicotomia entre nacionais ou cidadãos de outros Estados da União Europeia ou de terceiros Estados.

► Uma segunda vertente da Justiça é a Imparcialidade.

E a Imparcialidade pressupõe distância entre o decisor e a decisão ou os destinatários da decisão. Pressupõe distância, sobretudo distância de interesses, distância emocional, o que significa que a imparcialidade é o outro nome do Princípio da Neutralidade. A Imparcialidade pressupõe neutralidade, pressupõe isenção de paixões ou ódios na decisão da Administração. O que significa que a Imparcialidade envolve um conjunto de impedimentos, de escusas ou de suspeições dos titulares de órgãos da Administração, esse conjunto de garantias da Imparcialidade resultam eles dos Art.ºs 44.º e sgts. do CPA.

Como é que se diferencia o impedimento da escusa e da suspeição?

A grande diferença, no fundo, está no seguinte: o Impedimento são situações em que a própria Lei proíbe o titular de um órgão de intervir no Procedimento Administrativo, por ex.º, todo aquele que tenha interesse por si como representante ou gestor de negócios com a outra pessoa não deve intervir no respectivo procedimento ou por exemplo quando se trate de decisão relativamente ao cônjuge, ao parente em linha recta ou a uma pessoa que contra ele intentou uma acção judicial, essa pessoa não deve intervir no procedimento decisório. Há ainda um outro conjunto extenso de situações de impedimentos, e quando são violadas estas normas há violação do Princípio da Imparcialidade e a decisão é inválida.

Como é que se diferencia a figura da escusa?

A escusa está prevista no Art.º 48.º do CPA, tal como a suspeição, a grande diferença está em que na escusa quem toma a iniciativa é o próprio titular do órgão, o titular do órgão entende que não deve participar, por exemplo o titular de um órgão colegial submete à decisão do colégio o seu propósito de não participar na decisão, dou-vos um ex.º: eu no meu Mestrado fui orientado pelo Prof. Sérvulo Correia, mas sucedeu que cheguei a Catedrático antes do Prof. Sérvulo Correia, entendi, quando o Prof. Sérvulo Correia prestou provas, requereu a prestação de provas de agregação, que não ficava bem ao orientado, até então avaliado, passar a ser avaliador do seu orientador e pedi, neste caso, escusa ao conselho científico para participar no respectivo júri, e o Conselho concedeu-me a escusa.

Como é que funciona a suspeição?

Na suspeição a iniciativa não é do titular do órgão, a iniciativa é do administrado, do destinatário que acha, por exemplo, que aquela pessoa com aspectos

de natureza negativa, não é por ser amigo, mas acha que há uma relação de especial inimizade e por isso entende que aquela pessoa deve ser afastada do órgão decisor sobre uma matéria que lhe diz respeito, que diz respeito ao destinatário.

Em qualquer dos casos visa-se garantir a Imparcialidade administrativa, com uma grande diferença entre as situações de Impedimento e as situações de Escusa ou Suspeição.

Qual a grande diferença?

No primeiro caso (impedimento) são situações vinculadas na própria Lei, a Lei tipifica, Art.º 44.º CPA.

Nos outros, de Suspeição ou de Escusa, depende de deliberação de um determinado órgão verificar se se reúnem ou não os pressupostos para deferir o pedido de escusa ou para deferir o pedido de suspeição, isto é, está dependente da intervenção de um órgão da administração.

Fica saliente aqui a estrutura da garantia da Imparcialidade, obviamente se afere que a Imparcialidade é um elemento inerente à justiça da actuação administrativa, ninguém pode ser justo perante um processo ou um procedimento relativamente ao qual tenha um interesse pessoal seu ou de outra pessoa na sua esfera, na sua órbita ou relativamente à qual tenha uma relação estreita de amizade ou uma relação de inimizade e por aqui passa também um Princípio de Justiça na afirmação da Imparcialidade.

SECÇÃO VI

Das garantias de imparcialidade

Artigo 44.º

Casos de impedimento

1 - Nenhum titular de órgão ou agente da Administração Pública pode intervir em procedimento administrativo ou em acto ou contrato de direito público ou privado da Administração Pública nos seguintes casos:

- a) Quando nele tenha interesse, por si, como representante ou como gestor de negócios de outra pessoa;*
- b) Quando, por si ou como representante de outra pessoa, nele tenha interesse o seu cônjuge, algum parente ou afim em linha recta ou até ao 2.º grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem viva em economia comum;*
- c) Quando, por si ou como representante de outra pessoa, tenha interesse em questão semelhante à que deva ser decidida, ou quando tal situação se verifique em relação a pessoa abrangida pela alínea anterior;*
- d) Quando tenha intervindo no procedimento como perito ou mandatário ou haja dado parecer sobre questão a resolver;*
- e) Quando tenha intervindo no procedimento como perito ou mandatário o seu cônjuge, parente ou afim em linha recta ou até ao 2.º grau da linha colateral, bem como qualquer pessoa com quem viva em economia comum;*

Direito Administrativo
Aulas Teóricas 2009/2010
2º Semestre

Professor Paulo Otero

f) Quando contra ele, seu cônjuge ou parente em linha recta esteja intentada acção judicial proposta por interessado ou pelo respectivo cônjuge;

g) Quando se trate de recurso de decisão proferida por si, ou com a sua intervenção, ou proferida por qualquer das pessoas referidas na alínea b) ou com intervenção destas.

2 - Excluem-se do disposto no número anterior as intervenções que se traduzam em actos de mero expediente, designadamente actos certificativos.

Artigo 45.º

Arguição e declaração do impedimento

1 - Quando se verifique causa de impedimento em relação a qualquer titular de órgão ou agente administrativo, deve o mesmo comunicar desde logo o facto ao respectivo superior hierárquico ou ao presidente do órgão colegial dirigente, consoante os casos.

2 - Até ser proferida a decisão definitiva ou praticado o acto, qualquer interessado pode requerer a declaração do impedimento, especificando as circunstâncias de facto que constituam a sua causa.

3 - Compete ao superior hierárquico ou ao presidente do órgão colegial conhecer da existência do impedimento e declará-lo, ouvindo, se considerar necessário, o titular do órgão ou agente.

4 - Tratando-se do impedimento do presidente do órgão colegial, a decisão do incidente compete ao próprio órgão, sem intervenção do presidente.

Artigo 46.º

Efeitos da arguição do impedimento

1 - O titular do órgão ou agente deve suspender a sua actividade no procedimento logo que faça a comunicação a que se refere o n.º 1 do artigo anterior ou tenha conhecimento do requerimento a que se refere o n.º 2 do mesmo preceito, até à decisão do incidente, salvo ordem em contrário do respectivo superior hierárquico.

2 - Os impedidos nos termos do artigo 44.º deverão tomar todas as medidas que forem inadiáveis em caso de urgência ou de perigo, as quais deverão ser ratificadas pela entidade que os substituir.

Artigo 47.º

Efeitos da declaração do impedimento

1 - Declarado o impedimento do titular do órgão ou agente, será o mesmo imediatamente substituído no procedimento pelo respectivo substituto legal, salvo se o superior hierárquico daquele resolver avocar a questão.

2 - Tratando-se de órgão colegial, se não houver ou não puder ser designado substituto, funcionará o órgão sem o membro impedido.

Artigo 48.º

Fundamento da escusa e suspeição

1 - O titular de órgão ou agente deve pedir dispensa de intervir no procedimento quando ocorra circunstância pela qual possa razoavelmente suspeitar-se da sua isenção ou da rectidão da sua conduta e, designadamente:

a) Quando, por si ou como representante de outra pessoa, nele tenha interesse parente ou afim em linha recta ou até ao 3.º grau da linha colateral, ou tutelado ou curatelado dele ou do seu cônjuge;

b) Quando o titular do órgão ou agente ou o seu cônjuge, ou algum parente ou afim na linha recta, for credor ou devedor de pessoa singular ou colectiva com interesse directo no procedimento, acto ou contrato;

c) Quando tenha havido lugar ao recebimento de dádivas, antes ou depois de instaurado o procedimento, pelo titular do órgão ou agente, seu cônjuge, parente ou afim na linha recta;

d) Se houver inimizade grave ou grande intimidade entre o titular do órgão ou agente ou o seu cônjuge e a pessoa com interesse directo no procedimento, acto ou contrato.

2 - Com fundamento semelhante e até ser proferida decisão definitiva, pode qualquer interessado opor suspeição a titulares de órgãos ou agentes que intervenham no procedimento, acto ou contrato.

Artigo 49.º

Formulação do pedido

1 - Nos casos previstos no artigo anterior, o pedido deve ser dirigido à entidade competente para dele conhecer, indicando com precisão os factos que o justifiquem.

2 - O pedido do titular do órgão ou agente só será formulado por escrito quando assim for determinado pela entidade a quem for dirigido.

3 - Quando o pedido seja formulado por interessados no procedimento, acto ou contrato, será sempre ouvido o titular do órgão ou o agente visado.

Artigo 50.º

Decisão sobre a escusa ou suspeição

1 - A competência para decidir da escusa ou suspeição defere-se nos termos referidos nos n.º 3 e 4 do artigo 45.º

2 - A decisão será proferida no prazo de oito dias.

3 - Reconhecida procedência ao pedido, observar-se-á o disposto nos artigos 46.º e 47.º

Artigo 51.º

Sanção

1 - Os actos ou contratos em que tiverem intervinido titulares de órgão ou agentes impedidos são anuláveis nos termos gerais.

2 - A omissão do dever de comunicação a que alude o artigo 45.º, n.º 1, constitui falta grave para efeitos disciplinares.

► Por último, terceira vertente, o Princípio da Justiça em sentido estrito.

A justiça também ela envolve uma ideia de justiça material, ou seja, de uma solução que seja adequada à realidade factual que lhe está na base. Vejamos um exemplo de uma decisão profundamente injusta; é aquela em que se concedem bolsas de estudo aos alunos cujo rendimento do agregado familiar superior e pelo contrário se nega bolsas de estudo aos alunos cujo rendimento do agregado familiar é inferior. Não há discricionariedade aqui, a Administração não pode conceder mais a quem tem mais e menos a quem tem menos, esta seria uma decisão profundamente injusta. Aqui está o exemplo de uma decisão que seria injusta e, nesse sentido, inválida.

A injustiça é fonte de invalidade das decisões administrativas. Naturalmente que o critério pode ser outro, imaginem que o subsídio, imaginem que a bolsa de estudo é dada não em função do rendimento do agregado familiar, mas em função das classificações do aluno, é um critério diferente, mas aqui a decisão é uma decisão incontrolável juridicamente, porquê? Porque é um espaço com uma margem de liberdade.

Qual é que deve ser o critério para atribuir uma bolsa de estudo, deve ser o critério do rendimento do agregado familiar ou deve ser o critério da classificação dos alunos ou eventualmente até os dois. Para quem entra numa universidade pode ser o critério do rendimento do agregado familiar, mas a partir do momento em que se lá está então o critério deve ser objectivo para todos, o das classificações no ano lectivo anterior. Reparem, esta escolha por uma ou por outra solução é uma decisão dentro da margem de liberdade do decisor, seja o Legislador, seja a Administração, agora escolhendo o critério do rendimento do agregado familiar não é possível, porque violaria o princípio da justiça, um sistema em que se atribuissem as bolsas superiores, de montante superior a quem tinha mais rendimento de agregado familiar e se

reforçasse com menos verbas as bolas de estudo de quem tem um rendimento de menor dimensão mensal. Reparem que aqui há também uma ideia de justiça, justiça até ligada, eventualmente, a um princípio de proporcionalidade.

Tínhamos falado no Princípio da Justiça, nestas três vertentes:

Justiça » Igualdade

Justiça » Imparcialidade

Justiça » Justiça em sentido estrito

► Última referência para o Princípio da Boa-fé.

E o Princípio da Boa-fé para dizer que naturalmente a boa-fé está ela relacionada com o Estado de Direito material, com a protecção da confiança, com a boa-fé dos administrados e com a boa-fé da administração, resulta quer do Art. 266.º, n.º 2 da CRP, quer do Art. 6.º-A do CPA, e para vos sublinhar várias ideias:

1.ª - A Boa-fé é uma ideia bilateral, tanto é boa-fé da administração para com os administrados, como dos administrados para com a administração;

2.ª - A Boa-fé como uma cláusula aberta. Quais são as principais manifestações da boa-fé da administração, primeiro, a boa-fé e o respeito pelas promessas da administração, a administração quando promete alguma coisa deve cumprir aquilo que promete, porque cria uma expectativa digna de tutela à luz do princípio da confiança.

Por outro lado a boa-fé ligada á proibição do abuso de Direito, o que é que isto significa, primeiro, proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas em sentido manifestamente contrário ao Direito e por outro lado a proibição da utilização de uma instituição jurídica com uma finalidade contrária aos fins que determinaram a sua criação, é o exemplo do desvio de poder, o exemplo do tal policia que multa não para sancionar o desrespeito pelo código da estrada, mas para obter uma fracção no seu rendimento dessas mesmas receitas cobradas.

E quais são as principais manifestações desta boa-fé ligada com o abuso de direito, uma delas é a proibição do exercício pela Administração de uma posição jurídica fundada em Dolo, a Administração não pode agir dolosamente. Por outro lado,

a Administração não pode utilizar um comportamento que seja contrário a um comportamento anterior que assumiu sobre a mesma matéria e que tenha suscitado obviamente a confiança dos administrados, é a proibição do “venire contra factum próprio”.

E por último, a Administração não pode praticar conscientemente um acto ilícito ou indevido e depois vir alegar esse mesmo facto, esse mesmo acto contra o administrado, isto é a Administração não se pode servir da sua ilegalidade contra o particular.

Chamava ainda a atenção que a Boa-fé também se manifesta na “culpa in contrahendo”, ou seja, a boa-fé também obriga da proibição de violação de deveres gerais de informação, de protecção e de lealdade na formação dos contratos.

A boa-fé também ligada à proibição da fraude à Lei. A boa-fé como critério de interpretação e integração das lacunas dos actos jurídicos, isto é, se há dúvida deve-se sempre interpretar de acordo, em conformidade com o Princípio da Boa-fé.

A Boa-fé também deve pautar o relacionamento da Administração entre si, isto é, nas relações intra-administrativas, nas relações do Estado com as Regiões Autónomas, ou das Regiões Autónomas com o Estado, do Estado com as Autarquias Locais, mas também das Autarquias Locais com o Estado, do Estado com as Universidades Públicas e das Universidades Públicas com o Estado.

Artigo 6.º-A

Princípio da boa fé

1 - No exercício da actividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa fé.

2 - No cumprimento do disposto nos números anteriores, devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face das situações consideradas, e, em especial:

- a) A confiança suscitada na contraparte pela actuação em causa;*
- b) O objectivo a alcançar com a actuação empreendida.*

Ficou-nos apenas para analisar o Princípio da Responsabilidade Civil da Administração, sendo preciso então para a próxima aula a Lei 67/2007 de 31 de Dezembro, a Lei sobre a Responsabilidade do Estado.

Aula nº 8

22/03/2010

Na aula passada analisamos o princípio da RESPONSABILIDADE CIVIL da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, mais amplo do que o princípio de responsabilidade que falamos no 1º semestre. Falamos da responsabilidade política, da responsabilidade criminal, da responsabilidade disciplinar, vamos agora falar do princípio que norteia a actividade administrativa, o princípio da responsabilidade civil da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A primeira realidade a tomar em consideração é desde logo o fundamento constitucional dessa RESPONSABILIDADE CIVIL na ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A propósito de RESPONSABILIDADE CIVIL da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, o dever de indemnizar desde que a administração cause um dano, há hoje um fundamento constitucional no artº 22 da CRP, queria sublinhar alguns aspectos. O primeiro é o de que a RESPONSABILIDADE CIVIL da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, não é um tema antigo, mas sim recente, pois no início a administração não era responsável pelos seus actos. Em segundo lugar a RESPONSABILIDADE CIVIL é algo que é complexo na sua configuração, pois, a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA pode ser responsável em dois modelos completamente distintos:

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA pode ser responsável por actos e omissões praticados ao abrigo da gestão pública, mas a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA também pode ser responsável por actos e omissões praticados ao abrigo da gestão privada. Esta matéria da responsabilidade da gestão privada da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, é regulada pelo CC, ou seja, a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA regula-se pelos princípios de direito privado, matéria do âmbito do Direito das Obrigações, pelo que iremos centrar a nossa atenção na RESPONSABILIDADE CIVIL da gestão pública da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A RESPONSABILIDADE CIVIL da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA pelos actos de gestão pública, à semelhança do que acontece no âmbito do Direito privado, pode diferenciar 2 tipos de RESPONSABILIDADE CIVIL quanto ao facto gerador d pode ser um vínculo contratual, falando-se assim de RESPONSABILIDADE CIVIL contratual, e pode ser outra realidade que não um contrato e fala-se em RESPONSABILIDADE CIVIL extra-contratual. Também em Dreito administrativo isto sucede, se a RESPONSABILIDADE CIVIL contratual é regulada pelo CCP, vamos neste momento circunscrever a análise à RESPONSABILIDADE CIVIL extra-contratual por acto de gestão pública, matéria regulada no DL 67/2007 de 31 de Dezembro.

Esclareça-se que esta lei não regula apenas a RESPONSABILIDADE CIVIL da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, regula também a RESPONSABILIDADE CIVIL de todo o poder, isto é, a RESPONSABILIDADE CIVIL pela prática de actos politico-legislativos, bem como de actos jurisdicional, no âmbito da função administrativa. Obviamente que vamos circunscrever a análise à actividade administrativa. Este é o quadro geral da RESPONSABILIDADE CIVIL da administração, e na dicotomia entre gestão pública e privada, e RESPONSABILIDADE CIVIL contratual e extra-contratual. Vamos analisar a RESPONSABILIDADE CIVIL extra-contratual de actos da gestão pública, no DL 67/2007. Antes de entrar na análise, queria sublinhar os princípios que aqui estão:

Por um lado um princípio geral de direito, que quem causa ou gera um dano, tem a obrigação de indemnizar, tem o dever de reconstituir a situação, ou na sua impossibilidade, através de uma indemnização compensar esse dano. Sucede todavia, que se em Direito privado, o princípio é o de que o agente causador do dano responde com o seu património, aqui em direito publico, o património que responde é o património que é o do Estado, que afinal é composto pelas participações financeiras de todos nós, maioritariamente composta por impostos. Portanto, uma grande generosidade excessiva no mecanismo da RESPONSABILIDADE CIVIL, comporta custos sociais suportado por todos nós. Uma entidade pública lesa, e o património que vai responder é o património de todos nós. Temos aqui um problema revelado por uma tensão permanente entre saber se a comunidade deve ou não suportar na sua totalidade o peso indemnizatório que vai ser devido a favor de uma ou várias pessoas determinadas. A RESPONSABILIDADE CIVIL pode criar distorções em que todos estamos a participar no ressarcimento de danos de alguns.

Segundo aspecto é que a RESPONSABILIDADE CIVIL tal qual a CRP a configura atenta num princípio de solidariedade, conforme o artº 22, entre a entidade colectiva, Estado ou outra qualquer pessoa colectiva pública, e os titulares dos seus órgãos, agente ou funcionário. A segunda tensão é entre quem vai responder: o património da pessoa colectiva, ou o património do titular do órgão? Isto é, quem responde no exemplo concreto: o Estado, a Autarquia local, A RA, ou por outro lado o titular do respectivo órgão, Sr. Abel, Sr. Bento, o Sr. Carlos, que podem ser, o ministro, o presidente da câmara, ou o secretário regional. Obviamente, que há uma diferença abissal entre a capacidade do património, normalmente superior, da entidade e a capacidade do titular. A CRP estabelece-se uma regra de solidariedade que determina a possibilidade de o administrado intentar a acção contra a pessoa colectiva, ou, em alternativa, contra o titular do órgão. É óbvio que o intentar da acção contra o titular não garante o ressarcimento total do dano, visto que o património do titular pode não ser suficiente para isso, sendo esse a única garantia geral. Há portanto vantagem do particular de intentar a acção contra o Estado ou a entidade pública. Mas podem acontecer duas coisas: pode acontecer que o administrado queira ter um meio

suplementar para pressionar a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, é que uma coisa é responder o património do Estado, diz-se na perspectiva do titular que é o património de todos, pois somos todos nós, mas de forma abstracta, outra coisa é intentar a acção de responsabilidade contra o Sr. X na qualidade de ministro, de autarca, de reitor, aí cada decisor público cada titular do órgão vai sentir na pele o risco de cada acção, o risco de cada decisão. Aí o Direito vai consagrar um mecanismo que se designa por **Direito de regresso**, significando que há casos em que tendo a acção sido desencadeada contra a pessoa colectiva, que vai ressarcir na totalidade a lesão do particular, vai a própria pessoa colectiva desencadear uma acção contra o funcionário, no sentido de obter a devolução do titular do órgão daquilo que a pessoa colectiva pagou. É o caso previsto no artº 6º da Lei 67/2007.

Primeira regra: o direito de regresso é obrigatório não podendo a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA decidir suportar o ressarcimento no lugar do funcionário. O direito de regresso é obrigatório no exercício da actividade administrativa correspondendo a um poder vinculado. A Lei 67/2007 fixa o direito de regresso quando exista um comportamento indevido, nos termos do artº 8º nº3, em que exista dolo ou culpa grave, há obrigatoriamente direito de regresso. Se houver satisfação de quaisquer requisitos daquele artigo, o Estado ou outra pessoa colectiva têm o direito de regresso contra o titular do órgão, do funcionário, ou agentes, responsáveis, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar.

Temos aqui dois elementos de tensão em torno da responsabilidade civil: o primeiro é saber se deve ser um regime aberto de grande amplitude, em que todos nós iremos suportar a responsabilidade de alguns, ou, saber quem é que responde se a pessoa colectiva ou o titular do respectivo órgão, e naturalmente com os instrumentos de direito de regresso.

Cabe aqui referir que também há direito de regresso ao contrário. Isto é, também há casos em que o particular resolve desencadear a acção contra o titular que afinal agiu sem dolo nem culpa grave, mas que suportou na íntegra o ressarcimento da lesão, mas que poderá vir a exigir da entidade publica o direito de regresso daquela indemnização. O direito de regresso tem assim uma natureza bi-frontal. Refira-se como exemplo que, as decisões do conselho académico não são apenas a responsabilidade do presidente do órgão, mas sim uma responsabilidade individual de cada membro do conselho, que apenas se pode eximir dessa responsabilidade pela declaração em acta do voto de vencido. Esta disposição resulta do princípio da solidariedade é uma realidade

Por outro lado há dois fundamentos constitucionais, temos estado a falar em torno do artº 22º, mas também o artigo 62º da CRP, que estabelece em matéria de propriedade privada o princípio de que sempre que a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA lesa um direito particular privado de natureza patrimonial, sendo essa lesão lícita (expropriação por utilidade pública), gera por parte da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA uma obrigação de

indemnizar, embora nos termos da CRP seja essa indemnização, uma indemnização justa. Poderíamos ser levados a interpretar *a contrário*, que as outras indemnizações não é necessário que sejam justas. Desta forma o TC tem vindo a aplicar esta interpretação às expropriações e não às nacionalizações, o que na minha opinião me suscita dúvidas de constitucionalidade. Voltando ao início, significa o artº 62º, ao tratar do fundamento constitucional da responsabilidade por lesão patrimonial privada lícita, que é justo que quem veja o seu património lesado em benefício de uma comunidade, seja indemnizado por essa mesma comunidade que vai beneficiar dessa limitação do direito de um ou vários particulares. Há aqui um intuito de justiça de igualdade na repartição dos encargos públicos. Se fico sem a propriedade porque uma auto-estrada vai ser construída para benefício de todos, é justo que esses todos me compensem pelo meu sacrifício.

Aproximamo-nos assim do sentido de que não são apenas as condutas ilícitas que geram deveres de indemnizar, mas também as condutas lícitas. Quando é que uma conduta lícita, gera dever de indemnizar? Quando é imposto a alguém de forma anormal e especial, um sacrifício em benefício de todos. Temos aqui uma outra linha de RESPONSABILIDADE CIVIL da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, que é ao lado da responsabilidade por acto ilícito, há também responsabilidade por acto lícito. Esta responsabilidade emana do artº 62 e da tutela da propriedade privada.

Há também uma responsabilidade pelo risco. Há certas condutas que a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA adopta que são perigosas, no sentido de serem susceptíveis de gerar danos atendendo ao risco que elas envolvem, p.ex: a exploração de energia nuclear, a exploração de depósitos de combustível. Nestes casos, não está em causa a natureza lícita ou ilícita, está em causa o risco da actividade empreendida pela ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, e desta forma a obrigação de indemnizar os danos resultantes dessa actividade.

Como exemplo destas situações, veja-se a situação das inundações e cheias provocadas pelas chuvas, que resultaram de falta de limpeza por parte dos municípios, dependendo aqui a responsabilidade da verificação de uma conduta ilícita, e do nexos de causalidade entre o facto verificado e a conduta. É possível a ocorrência de duas causas no mesmo fenómeno. Exemplo disso a expropriação excessiva de terreno para construção de auto-estrada, que tem uma parte lícita (expropriação necessária) e uma parte ilícita (expropriação excessiva), não podendo nenhuma delas afastar a outra relativamente à indemnização devida. Por vezes colocam-se casos de responsabilidade do arranjo de ruas. Há ruas que estão interditas ao trânsito durante meses ou anos, por substituição de colectores ou repavimentação. Coloca-se a dúvida se durante o período dessas obras há um dever de indemnizar os comerciantes daquela artéria que tiveram a sua actividade degradada. Os tribunais têm vindo a decidir no sentido de não haver justificação da necessidade de toda a colectividade suportar o sacrifício daqueles comerciantes, pois trata-se de actividades lícitas. Nem sempre é claro onde é que há

dever de indemnizar. A natureza polémica da verificação dos pressupostos, e nesse sentido saber se há dever ou não de indemnizar porque a lógica que funciona é esta: deve o dinheiro da comunidade ser usado para amortizar os prejuízos individuais, que sendo anormais e especiais justificam essa indemnização, ou em que há riscos inerentes à vida em sociedade.

A matéria vem regulada na Lei 67/2007, do artº 7º ao artº 10º, a responsabilidade por facto ilícito, que pressupõe a existência de um acto ou omissão ilícito, no artº 9º é especificado o conteúdo da ilicitude que corresponde à ideia de ilegalidade. Outro aspecto, no artº 10º, é necessário a culpa dos titulares dos órgãos, sendo presumido no nº2 daquele artigo a culpa leve na prática de acto jurídico ilícito, não tendo o particular de fazer prova da culpa leve, mas cabe à entidade a prova de que houve culpa de grau superior. Em terceiro lugar, é necessário um nexo de causalidade, e obviamente é necessário que exista prejuízo. A obrigação genérica de indemnizar vem prevista no artº 3º.

A obrigação de indemnizar por acto lícito, designada genericamente no artº 16º por Responsabilidade pelo sacrifício, que só envolve dever de indemnizar para danos especial e anormal, conforme definido no artº 2º. Dano especial afecta uma pessoa e não várias pessoas, p.ex. a desvalorização da moeda provoca dano às poupanças dos indivíduos, mas não é especial pois afecta todos. Dano anormal ultrapassa os custos próprios da vida em sociedade, e que por isso mesmo são graves e merecem a tutela do Direito. Volto a citar o exemplo dos comerciantes que viram a rua fechada ao trânsito. Outro caso, são colocados pinos nos passeios, que impedem o estacionamento, que se reflectiu na actividade dos restaurantes, não constituindo fundamento para indemnizar porque é um risco decorrente da vida em sociedade, pois a rua poderá sempre ser vedada ao trânsito, e além disso não se demonstra que o facto do impedimento do estacionamento não provoque um aumento do tráfego pedonal, que pode influir na actividade desses restaurantes.

Terceiro aspecto são as situações de responsabilidade pelo risco a que se refere o artº 11º. Visa as situações relativas a actividades especialmente perigosas.

Vamos agora ver causas de exclusão de responsabilidade da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Responsabilidade necessariamente por acto ilícito na gestão pública. Causa de exclusão de ilicitude. São pressupostos negativos, isto é, se a verificação da ilicitude, do dano, da culpa, nexo de causalidade são pressupostos positivos, aquilo que falaremos agora são situações que excluem e afastam a RESPONSABILIDADE CIVIL da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. São por isso causas de justificação da ilicitude. Por exemplo, o exercício de um direito: se a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA exerce um direito não pode ser responsabilizada por esse exercício, ou em legítima defesa, ou estado de necessidade objectivo, ou consentimento do ofendido, ou obediência hierárquica, são causas de justificação de ilicitude. No caso da obediência hierárquica,

o problema que se coloca é saber se a responsabilidade não se transfere para o superior hierárquico, pois o subalterno agiu ao abrigo do cumprimento de uma ordem.

Depois existem causas de justificação de culpa: o erro desculpável, o medo invencível, a desculpabilidade em geral.

Há também causas que interrompem o nexo de causalidade, p.e. o dano que resulta de um comportamento da vítima, ou da concorrência do comportamento da vítima com o estado da estrada (o comportamento da vítima será o excesso de velocidade), ou um caso de força maior, ou, um facto de terceiro, em que a RESPONSABILIDADE CIVIL não é da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, mas sobretudo da intervenção de um terceiro. E sobretudo queria chamar a atenção para a irrelevância do prejuízo, situação em que poder-se-ão verificar as causas mas o prejuízo não ser indemnizável. Causas de irrelevância do prejuízo, pode suceder situações de exclusão pela lei da indemnizabilidade daquele prejuízo, que assim não gera dever de indemnizar, p.e. só o prejuízo especial ou anormal, na acepção do artº 2º, gera a obrigação de indemnizar, na responsabilidade por facto lícito. Se é um risco da vivência em sociedade há prejuízo mas não há dever de indemnizar.

Depois, há casos em que a vítima não tem direito a um melhor tratamento. Ex. pode suceder que a vítima esteja em situação ilícita (tipicamente, operações de contrabando e a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA de forma ilegal, mas apreendeu o material de contrabando, ou, alguém comercializa presuntos deteriorados, e a ASAE apreende os presuntos). Há prejuízos provocados pelas apreensões, mas, em ambos os casos as operações tinham sido irregularmente determinadas. Há lugar a indemnização dos prejuízos? Tem direito a melhor tratamento? É obvio que não porque a situação ilícita da vítima exclui a obrigação de indemnização.

Há ainda a precariedade da situação da vítima. Se a vítima tinha um título precário do domínio público, p.e. um restaurantezito na margem de um rio, e que a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, no final do prazo da concessão, vai demolir o restaurante, mas afinal o acto que determina a demolição foi praticado por entidade incompetente, o acto é ilícito e gera prejuízo, mas em virtude de a concessão já ter caducado, o prejuízo não é indemnizável. Terceira situação, é o facto do particular se expor ao perigo, que determina que não haja dever de indemnizar. P.e. alguém que administração pública apesar do aviso se desloca para um a zona de avalanche, ou vai para zona em risco de derrocada. Apesar de resultar um prejuízo, o facto da situação de perigo ter sido criada pelo próprio sujeito, afasta a obrigatoriedade de indemnização.

Tudo isto para dizer que tal como em direito privado, também em direito administrativo existem casos de exclusão de responsabilidade.

Aula nº 9

24/03/2010

Ora bem, tínhamos concluído na aula anterior, se bem se recordam, os princípios em matéria de procedimento administrativo, os princípios substantivos, tendo aflorado na aula, a temática da responsabilidade civil da administração.

Vamos hoje, de acordo com a sequência do nosso programa, tratar do regime comum aplicável às formas jurídicas da actividade administrativa, isto é, vamos tratar do regime que tanto se aplica aos regulamentos, como se aplica aos actos administrativos, como se aplica aos contratos da Administração Pública. E, nesse sentido, vamos, ia eu dizer, tratar desse regime comum. E, naturalmente que, o 1º ponto desse regime comum irá processar-se sobre a estrutura num 1º momento, e num 2º, sobre os vícios das formas jurídicas da actividade administrativa.

Comecemos por isso mesmo, pelo ponto respeitante à estrutura das formas jurídicas da Administração Pública.

E aqui, a 1ª referência é para a competência.

O que é a competência?

❖ **Nós podemos encontrar três acepções de competência:**

- Nós podemos entender a competência ligada com a separação de poderes, e neste sentido a competência identifica-se com a função administrativa. Nós dizemos que está dentro da competência administrativa, o que significa o mesmo que dizer – é matéria integrante da função administrativa. E, naturalmente que isto apela para aquilo que falámos no 1º semestre, se bem se recordam, de como é que se separa, como é que se distingue, a função administrativa da função Judicial e da função legislativa. Temos neste sentido, neste 1º sentido de competência, e repito, identificado com a função administrativa. E aqui, é de tomar em consideração o seguinte: Sempre que, um órgão da administração pratica um acto que viola a separação de poderes, isto

é, sempre que um órgão da administração pratica um acto que não se insere na função administrativa, significa isto que invade ou a função legislativa ou a função judicial ou a função política, nós estamos perante, aquilo a que se designa um **acto ferido de usurpação de poderes**.

▪ **O que é a usurpação de poderes?**

É a violação do princípio da separação de poderes.

Como?

Há usurpação de poderes, sempre que um órgão da administração pratica um acto que se integra dentro da esfera de competência, ou do poder legislativo ou do poder judicial.

Falámos ainda no 1º semestre, na hipótese de um órgão da administração que resolve por exemplo decretar um divórcio.

Ou de um órgão da administração que resolve aplicar uma pena de prisão.

Aqui, a administração está a violar a esfera de intervenção do poder judicial. **O acto está ferido de usurpação de poderes**.

E, à luz do art.º 133/2 do CPA, o acto é nulo.

Artigo 133º CPA

Actos nulos

1 - São nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para os quais a Lei comine expressamente essa forma de invalidade.

2 - São, designadamente, actos nulos:

a) Os actos viciados de usurpação de poder;

b) Os actos estranhos às atribuições dos ministérios ou das pessoas colectivas referidas no artigo 2º em que o seu autor se integre;

c) Os actos cujo objecto seja impossível, ininteligível ou constitua um crime;

d) Os actos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental;

e) Os actos praticados sob coacção;

f) Os actos que careçam em absoluto de forma legal;

g) As deliberações de órgãos colegiais que forem tomadas tumultuosamente ou com inobservância do quórum ou da maioria legalmente exigidos;

h) Os actos que ofendam os casos julgados;

i) Os actos consequentes de actos administrativos anteriormente anulados ou revogados, desde que não haja contra-interessados com interesse legítimo na manutenção do acto consequente.

Primeira acepção da competência, repito; a competência identificada com a separação de poderes.

➤ **Segunda acepção de competência.**

A competência ligada com os fins das pessoas colectivas. E aqui nós já sabemos que os fins das pessoas colectivas se identificam com os interesses públicos confiados pela Lei a cargo dessas entidades públicas. Esses interesses públicos,

esses fins, designam-se de ATRIBUIÇÕES. Ou seja, temos uma 2ª aceção de competência, competência identificada como atribuições. Isto é, visto num outro ângulo, é a parcela da função administrativa que está a cargo de cada entidade pública. E aqui também já sabemos várias coisas; Sabemos que, sempre que um órgão de uma pessoa colectiva pública pratica um acto que se integra nas atribuições de outra pessoa colectiva, o acto está ferido de: **Incompetência Absoluta.**

Incompetência Absoluta, sempre que um órgão de uma pessoa colectiva invade as atribuições pertencentes a outra pessoa colectiva.

Ex: O presidente da Câmara Municipal de Lisboa pratica um acto que é da competência da Município de Setúbal – **O acto está ferido de incompetência absoluta.**

Outro Ex: O Ministro do Ensino Superior pratica um acto que é da competência do Reitor da Universidade de Lisboa – **O acto está ferido de incompetência absoluta**, porque estamos perante órgão e entidades públicas distintas. De um lado o Estado, do outro lado a Universidade de Lisboa.

A matéria da Incompetência Absoluta vem regulada no art.º 133/2 al) b do CPA.

Artigo 133º CPA

Actos nulos

1 - São nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para os quais a Lei comine expressamente essa forma de invalidade.

2 - São, designadamente, actos nulos:

a) Os actos viciados de usurpação de poder;

b) Os actos estranhos às atribuições dos ministérios ou das pessoas colectivas referidas no artigo 2º em que o seu autor se integre;

E, queria ainda chamar a vossa atenção para que, nem sempre há violação das atribuições, quando um órgão de uma entidade pública pratica um acto que se integra na esfera das atribuições de outra pessoa colectiva, **nem sempre há violação de atribuições, nem sempre há incompetência absoluta.**

Quais as excepções?

Quais os casos em que não há violação de atribuições?

- Pois bem, não há violação de atribuições quando há interdependência de interesses. Interdependência de interesses com o Estado, tendo a seu cargo, tendo o Estado a seu cargo, a prossecução de interesses gerais da colectividade, em nome da unidade do Estado. Ou seja, quando há prevalência do direito do Estado. Quando há prevalência do direito do

Estado isto significa que, o Estado pode sobre aquela matéria emanar uma norma e não há por isso violação das atribuições.

Ex: É da competência, sabem isso, dos Municípios, das Câmaras Municipais, ficar o nome das Ruas, das Avenidas, das Praças e Pracetas, das Cidades, Vilas e Lugares, isto é competência dos Municípios. Mas o Estado não está impedido, de sobre essa matéria emanar normas, por exemplo: - Determinando se os nomes que se podem dar são nomes só de portugueses ou de estrangeiros, de pessoas vivas ou de pessoas mortas, nomes em língua portuguesa ou nomes com expressões ou palavras em língua estrangeira. São exemplos de intervenção do Estado, mas uma intervenção em nome dos interesses da colectividade a cargo do Estado que permitem ter essa intervenção, à luz da prevalência do direito do Estado.

Esta é a Primeira excepção. E não há aqui qualquer situação de incompetência absoluta. O Estado intervém e têm um outro exemplo:

O Estado não pode determinar se na Faculdade de Direito de Lisboa há um director ou um conselho directivo. Mas, o Estado pode emanar uma norma aplicável a todas as Universidades, a todas as Faculdades, que crie um quadro geral, dentro do qual, cada Faculdade, cada Universidade, exercerá a autonomia estatutária.

O Estado quando fixa esse quadro, não está a violar as atribuições dessas entidades. Têm aqui um exemplo também de como compete ao Estado, em nome da prevalência desse direito do Estado, emanar esse quadro geral.

Mas há uma 2ª excepção.

É a excepção decorrente da supletividade do direito do Estado.

O que é que significa a supletividade do direito do Estado?

Significa isto: - Mesmo nas áreas normativas a cargo das entidades infra-estaduais, e que lhes competem a elas emanarem as normas, a essas entidades menores, infra-estaduais, o Estado nunca está impedido de emanar normas aplicáveis a título supletivo. Isto é; na falta, na ausência de normas das atribuições destas entidades infra-estaduais, o Estado pode exercer uma competência supletiva que emana normas que só são aplicáveis na falta, e enquanto existir falta de norma elaborada pela entidade infra-estadual.

Ex: Imaginem uma Lei que permite as regiões autónomas elaborar Regulamentos aplicáveis obviamente à respectiva Região Autónoma. Imaginem uma Lei cuja regulamentação dos Açores é feita pelo Governo próprio dos Açores, da Região Autónoma do Açores, imaginem uma Lei da República cuja aplicação na Região Autónoma da Madeira depende de um

Regulamento elaborado pelo Governo próprio da Região Autónoma da Madeira. O que é que isso significa?

Significa que, apesar da competência Regulamentar sobre esta matéria, integrada nas atribuições dos Açores e da Madeira, na pessoa colectiva pública Açores e na pessoa colectiva pública Madeira, o Governo da República, nunca está impedido de ao elaborar a regulamentação do continente, essa regulamentação do continente ser aplicada nos Açores e na Madeira, enquanto Açores e a Madeira não elaborarem a respectiva regulamentação.

Significa isto a supletividade do direito do Estado aplicado no exemplo que vos estou a dar, na Região Autónoma do Açores ou na Região Autónoma da Madeira.

Querem ver um outro exemplo?

A Lei que define o quadro das Universidades Públicas, atribui às Universidades competência para elaborar estatutos, corresponde à autonomia estatutária das Universidades.

Vamos imaginar que há Universidades que não elaboram num prazo legal os respectivos estatutos.

O Estado não está impedido de elaborar normas de natureza estatutária que se aplicam supletivamente nas Universidades que até àquela data não emanaram normas que definam a sua organização de funcionamento.

Reparem que esta regulação supletiva pode ser sempre afastada quando a entidade pública menor elaborar o respectivo regulamento.

Significa isto que, a supletividade do direito do Estado vigora em três situações:

1. Vigora para casos de vazio normativo total;
2. Vigora para integrar lacunas;
3. Vigora para assumir critérios de interpretação do direito infra-estadual.

Querem ver um exemplo?

De como o direito do estado que foi emanado a título supletivo pode deixar de ser aplicado?

- ✓ Vamos ao caso da Região Autónoma. Havia um Regulamento do Governo da República; mas se amanhã a Região Autónoma do Açores elaborar o seu próprio Regulamento, em princípio, o Regulamento da Região Autónoma torna inaplicável o Regulamento da República, o Regulamento do Estado. Mas se o Regulamento da Região Autónoma tiver situações não tratadas, situações de lacuna, como é que se procede a essa integração?

Através do Regulamento do estado, o qual integra, preenche, essas lacunas.

- ✓ Imaginem que, o Regulamento da Região Autónoma é declarado ilegal. Se ele for declarado ilegal, o que é que sucede?

Renasce a aplicação local, do Regulamento da República.

Reparem que neste caso o Estado está a intervir em matéria, sobre atribuições, normalmente a cargo dos entes menores, sem que exista todavia, incompetência absoluta.

É por isso que a disciplina do direito administrativo, muitas vezes se diz e com razão, que é o direito constitucional concretizado. Precisamente por tem a ver com a implementação da outra dimensão da constituição. Neste caso aqui, ao nível da intervenção do estado, quer pela prevalência, quer pela supletividade do seu direito.

- ❖ Até agora, analisámos dois níveis, dois sentidos de competência, totalmente diferentes.

- O primeiro, competência **identificada com função administrativa**, e o seu inverso, que é a violação da separação de poderes com a usurpação de poderes.

- Num segundo momento, analisámos a competência com o sentido de atribuições, isto é; esfera de fins ou interesses a cargo de uma pessoa colectiva pública. E já sabemos que por princípio, quando uma pessoa colectiva pública invade as atribuições de outra pessoa colectiva pública, há uma incompetência absoluta, **vamos ver agora o terceiro nível, que é a competência.**

- A competência, como conjunto de faculdades, como um conjunto de poderes, que a Lei atribui aos órgãos. É a competência em sentido estrito. É a competência em sentido rigoroso.

- ✓ O que é então a competência em sentido rigoroso?

A competência significa o conjunto de faculdades ou de poderes, que a Lei atribui a um órgão, para esse órgão prosseguir os fins ou atribuições da pessoa colectiva na qual está integrado.

Esta competência, de que estamos a falar agora, é um instrumento, é um meio, ao serviço da prossecução dos fins da competência em segundo lugar

que vos mencionei, que é a competência no sentido das atribuições. **Tal como as atribuições são um instrumento ao serviço da prossecução da função administrativa.**

Nós estamos a partir do conceito mais amplo, para um conceito mais restrito. De competência para o conceito de competência em sentido técnico, em sentido rigoroso.

Em sentido estrito, competência como o conjunto de faculdades ou poderes, conferidos por Lei a um órgão.

Naturalmente que, o princípio da competência está subjacente à competência ou princípio da Legalidade. Fala-se até em princípio da Legalidade da competência, no sentido em que a competência resulta da Lei.

A competência resulta da Lei e, nos termos do CPA, não só a competência resulta da Lei como, a competência está sujeita, nos termos do art.º 29º do CPA, ao princípio da Irrenunciabilidade.

Artigo 29º

Irrenunciabilidade e inalienabilidade

1 - A competência é definida por Lei ou por regulamento e é irrenunciável, sem prejuízo do disposto quanto à delegação de poderes e à substituição.

2 - É nulo todo o acto ou contrato que tenha por objecto a renúncia à titularidade ou ao exercício da competência conferida aos órgãos administrativos, sem prejuízo da delegação de poderes e figuras afins.

Significa que nenhum órgão pode renunciar à sua competência, tal como, ao princípio da Inalienabilidade. A competência não pode ser alienada.

E, o art.º 29º/2, diz mesmo que: “É nulo todo o acto ou contrato que tenha por objecto a renúncia à titularidade ou ao exercício da competência...”.

Que tipos de competência existem?

- Uma primeira distinção.

O que é que separa a competência explícita da competência implícita?

- Competência explícita é aquela que resulta expressamente, expressa, clara e inequivocamente da Lei.
- Competência implícita é aquela que de uma norma se extrai, à luz do princípio de interpretação, se extrai uma outra norma de competência.

Querem ver um exemplo: Quando a Lei diz, quem tem competência para revogar, implicitamente está também a dizer que tem competência para suspender. Porquê? Quem pode o mais, pode o menos. Quem pode revogar, que é cessar os efeitos, pode o menos, que é paralisar os efeitos temporariamente.

Significa isto que, a competência para suspender um acto é uma competência implícita na norma que define expressamente a competência para revogar.

- Uma outra dicotomia **separa a competência dispositiva, da competência revogatória.**

Qual é a diferença?

Competência dispositiva é aquela que se traduz na regulação material de uma situação jurídica. A competência dispositiva repito, traduz a disciplina jurídica de uma determinada matéria.

Pelo contrário, a competência revogatória é aquela que tem como propósito apenas destrutivo. A competência dispositiva visa construir. A competência revogatória visa destruir uma regulação existente.

Chamava a vossa atenção, certamente estudaram o ano passado em Introdução ao Estudo do Direito, que há a revogação simples e há a revogação substitutiva.

Qual é a diferença?

Na revogação substitutiva há uma nova emanção jurídica da matéria. Pois bem, nós aprendemos em direito administrativo que a revogação substitutiva tem ao mesmo tempo, tem conjugado o quê? O efeito revogatório e o efeito dispositivo. Ao mesmo tempo que destrói, reconstrói.

E também aqui, veremos a seu tempo, a regra é esta: Quem tem competência dispositiva, por via de regra, tem competência revogatória.

Salvo, se ocorreu algum fenómeno de alteração de competência entre o momento em que tinha competência dispositiva e o momento da competência revogatória.

Dou-vos um exemplo que sabem, de Direito Constitucional:

As autorizações legislativas só podem ser utilizadas quantas vezes? Uma única vez. Significa que o Governo quando exerce a competência que lhe advém da autorização legislativa, tem competência legislativa. Mas depois de exercer a competência legislativa, já não pode fazer o quê? Já não pode revogar ao abrigo da mesma autorização legislativa o Decreto-Lei que emanou. Porquê? Porque entretanto caducou a Lei de autorização legislativa

Uma outra distinção, permite separar a competência firme, da competência precária. Qual é a distinção?

A competência firme, é aquela que resulta da Lei e só por Lei pode ser revogada.

A competência precária é aquela que resultando da Lei, pode todavia cessar por intervenção de um outro órgão administrativo.

Exemplo de competência precária: A competência delegada e a competência concedida.

Igualmente **se distingue entre competência individual ou singular**, que é a competência que pertence apenas a um órgão, competência individual ou singular, **da designada competência comum.**

O que é a competência comum? É a competência que pertence a dois ou mais órgãos. E chamava a vossa atenção para que dentro da competência comum, a competência que é atribuída a dois ou mais órgãos, essa competência pode ser conjunta ou alternativa.

Qual é a diferença?

É competência conjunta, quando os dois ou mais órgãos estão obrigados a intervir para a prática do mesmo acto.

Exemplo: Por vezes a Lei diz: A regulamentação desta Lei depende de Portaria conjunta do Ministro da Agricultura e do Ministro das Finanças. Se só um deles assinar a Portaria, a Portaria é inválida. Porquê? Porque a validade deste regulamento depende da intervenção dos dois. É um caso de competência comum ou conjunta.

Competência comum alternativa significa que a Lei atribui a mesma competência a dois ou mais órgãos. Mas a perfeição do acto bastasse com a intervenção de um só.

Ou é o A, ou é o B ou é o C.

Também se diferencia entre competência independente e competência hierarquizada.

É simples. Competência independente é aquela que não está sujeita a superior hierárquico, a poder de direcção.

Competência hierarquizada é aquela que se integra dentro de um vínculo hierárquico.

Também se fala em competência de exercício normal ou competência de exercício adormecido, ou subsidiário.

Exemplo: Competência de exercício normal é aquela que os órgãos administrativos têm para praticar os actos necessários de administração ordinária.

Competência de exercício adormecido ou subsidiário: A competência em estado de necessidade administrativa ou de excepção constitucional, em estado de sítio ou estado de emergência. São competências extraordinárias. Só há em circunstâncias extraordinárias, em casos de urgência.

Quais são os critérios de delimitação da competência? Há, fundamentalmente, **quatro critérios** para delimitar a competência.

- 1) **Há a competência em razão da matéria.** Isto significa o quê? Significa que se um órgão é competente para decidir sobre esta matéria, em princípio, nenhum outro órgão pode decidir sobre a mesma matéria. Há uma repartição material de funções. É isto que resulta por exemplo da Lei quando define por exemplo a competência da Câmara Municipal e a competência da Assembleia Municipal. A uns pertence decidir sobre umas matérias, a outros pertence decidir sobre outras matérias. Ou, quando a Lei define qual é a competência que tem o Ministro da Agricultura e qual é

competência que tem o Ministro da Defesa. Há aqui uma repartição de competências em razão da matéria.

- 2) **O segundo critério, é o critério que atende à competência em razão da hierarquia.** O que é que isto significa? Significa que agora o critério é o critério da repartição vertical de poderes. Há competências que o superior tem, mas que o subalterno não tem. E o grande problema que se coloca consiste no fundo em três questões:

- a) Dentro da hierarquia há uma competência externa e uma competência interna. Qual é a diferença? A diferença consiste no facto de na competência externa a mesma se traduz na prática de actos que relacionam a administração com os particulares.

Competência administrativa interna, é aquela que se esgota entre superior e subalterno. O poder de direcção permite ao superior hierárquico dar ordens ou instruções, sobre todas as matérias que são da competência do subalterno. Logo, há uma identidade material de competência interna entre superior e subalterno. O superior tem uma competência interna idêntica que abrange toda a esfera de decisão do subalterno.

- b) Significará isto que o superior pode emanar decisões externas sobre todas as matérias do subalterno? A resposta é não. Então, quando é que isso é possível? Bem, é possível no primeiro caso quando há entre eles, competência comum. Isto é, quando a Lei, atribui a mesma competência externa ao superior e ao subalterno. Nestes casos diz-se que a competência do superior, abrange, compreende, a competência do subalterno. De forma que o superior pode-se antecipar ao subalterno, praticando o acto o superior. E qual é que é a consequência? O subalterno vê, precludida a sua competência. Isto é, o subalterno já não pode sobre aquela matéria emanar uma decisão. Se o fizesse estaria a revogar o acto praticado pelo superior hierárquico.

A questão é, quando é que o superior pode agir sobre a esfera do subalterno? Temos aqui a primeira hipótese quando há entre eles competência comum

Segunda hipótese: Então, quando não há entre eles competência comum? Como é que as coisas se passam? Bem, quando não há competência comum, o princípio é que o superior hierárquico não pode agir, praticando actos externos sobre a esfera de competência própria do subalterno, salvo, quando há uma inércia indevida, ilegal do subalterno. Aí o superior pode legitimamente substituir-se ao subalterno. E porquê? Quem é que é o responsável pela

totalidade da função? É o superior. Ora o superior não pode ser responsabilizado por aquilo que não controla. Ele não pode ser responsabilizado pela inércia do subalterno, se o subalterno não pratica os actos a que legalmente está obrigado a fazer. Por isso, repito, estas duas ideias que são nucleares. O superior hierárquico tem competência material interna sobre toda a esfera de competência do subalterno, mas nem sempre (*segunda ideia*), o superior hierárquico pode emanar actos externos sobre esfera de competência do subalterno. Por outro lado, não se esqueçam que o superior hierárquico sobre a esfera de competência do subalterno por iniciativa dos particulares. Quando? Como? Através do recurso hierárquico. O que é o recurso hierárquico senão o pedido para que o superior hierárquico reaprecie a validade ou o mérito, isto é, a legalidade ou o mérito da actuação do subalterno. E o superior hierárquico pode fazer uma de três coisas:

- i. Pode confirmar: - deixa tudo na mesma.
- ii. Pode revogar: - a revogação simples.
- iii. Ou o superior hierárquico pode fazer outra coisa, que é substituir a decisão. É uma revogação, mas é a tal revogação substitutiva. Ou o superior hierárquico pode, a meio caminho entre a segunda e a terceira alternativa, é revogar e ditar ao subalterno uma ordem sobre o conteúdo do acto que ele deve emanar. Esta é uma manifestação do poder hierárquico na sua relação de competência entre o subalterno e o superior.

- 3) **Terceiro tipo de competência.** Falámos em competência em razão da matéria, competência em razão da hierarquia, e vamos referir agora, a **competência em razão do território.** O território também ele é um critério de repartição de competências. O Governador Civil de Lisboa não deve intervir, não deve praticar actos que produzam efeitos no Distrito de Santarém, no Distrito de Setúbal. Há aqui uma repartição territorial de poderes. Tal como, a freguesia X, os seus órgãos, não podem praticar actos que produzam efeitos no território da freguesia Y. Por via de regra, as Regiões Autónomas não podem praticar actos que produzam efeitos externos fora do território da respectiva Região Autónoma. Ou seja, conclusão, a competência também ela está dividida em função do território.
- 4) **Quarta e última distinção de competência, é a competência em razão do tempo.** Por via de regra, os órgãos administrativos só têm competência para

praticar actos no presente. Não têm competência para praticar actos no futuro, nem em relação ao passado. Ao passado só têm se existir uma Lei que lhes atribua uma competência retroactiva. Ou em relação ao futuro, só têm se, existir uma Lei que lhes atribua ultra actividade. Isto é, produção de efeitos em relação ao futuro. Mas por via de regra, só têm competência para praticar actos em relação ao presente. Imaginem o que seria (*um pequeno parêntesis*), praticar actos em relação ao futuro, por exemplo, nomear o conselho de administração da Portugal Telecom para daqui a dez anos. Ou para produzirem efeitos para daqui a cinco anos, ou daqui a vinte anos. Isto significaria incompetência em razão do tempo. Porquê? Porque a competência é para ser exercida no momento presente. Nem seria válido um mecanismo diferente. Mas produziria efeito análogo. Que era fazer um acto de nomeação sujeito a termo futuro inicial, era exactamente o mesmo. A competência era feita no presente, mas o acto só produziria efeito no momento em que se verificasse o facto futuro certo que seria o dia X do ano Y, daqui a dez ou vinte anos, num exemplo de caricatura que vos estava a indicar.

A regra é, repito, que a competência se exerce em função do momento presente.

Naturalmente que estas quatro modalidades de agrupar a competência, geram quatro modalidades de incompetência.

- i. Incompetência em razão da matéria
- ii. Incompetência em razão da hierarquia
- iii. Incompetência em razão do território
- iv. Incompetência em razão do tempo

Se são nulos ou anuláveis, tudo depende da formulação à luz da incompetência absoluta ou da incompetência relativa.

O CPA, a propósito da competência, tem três regras para as quais queria chamar a vossa atenção.

- a) A primeira regra, vem no art.º 29º, que fixa os princípios gerais, dando carácter irrenunciável e inalienável da competência, o art.º 30º fixa o momento, determina o momento em que se fixa a competência, vêem que é sempre em alusão ao momento presente, o art.º 31º trata das questões prejudiciais, isto é, questões que são da competência de outros órgãos, mas que servem de pressuposto para uma decisão, como é que elas se resolvem. E, o art.º 32º que trata do conflito de competências.

Da competência

Artigo 29º

Irrenunciabilidade e inalienabilidade

1 - A competência é definida por lei ou por regulamento e é irrenunciável, sem prejuízo do disposto quanto à delegação de poderes e à substituição.

2 - É nulo todo o acto ou contrato que tenha por objecto a renúncia à titularidade ou ao exercício da competência conferida aos órgãos administrativos, sem prejuízo da delegação de poderes e figuras afins.

Artigo 30º

Fixação da competência

1 - A competência fixa-se no momento em que se inicia o procedimento, sendo irrelevantes as modificações de facto que ocorram posteriormente.

2 - São igualmente irrelevantes as modificações de direito, excepto se for extinto o órgão a que o procedimento estava afecto, se deixar de ser competente ou se lhe for atribuída a competência de que inicialmente carecesse.

3 - Quando o órgão territorialmente competente passar a ser outro, deve o processo ser-lhe remetido oficiosamente.

Artigo 31º

Questões prejudiciais

1 - Se a decisão final depender da decisão de uma questão que seja da competência de outro órgão administrativo ou dos tribunais, deve o órgão competente para a decisão final suspender o procedimento administrativo até que o órgão ou o tribunal competente se pronunciem, salvo se da não resolução imediata do assunto resultarem graves prejuízos.

2 - A suspensão cessa:

a) Quando a decisão da questão prejudicial depender da apresentação de pedido pelo interessado e este o não apresentar perante o órgão administrativo ou o tribunal competente nos 30 dias seguintes à notificação da suspensão;

b) Quando o procedimento ou o processo instaurado para o conhecimento da questão prejudicial estiver parado, por culpa do interessado, por mais de 30 dias;

c) Quando, por circunstâncias supervenientes, a falta de resolução imediata do assunto causar graves prejuízos.

3 - Se não for declarada a suspensão ou esta cessar, o órgão administrativo conhecerá das questões prejudiciais, mas a respectiva decisão não produzirá quaisquer efeitos fora do procedimento em que for proferida.

Artigo 32º

Conflitos de competência territorial

Em caso de dúvida sobre a competência territorial, a entidade que decidir o conflito designará como competente o órgão cuja localização oferecer, em seu entender, maiores vantagens para a boa resolução do assunto.

Queria centrar sobretudo, a vossa atenção na designada competência delegada. O que é a competência delegada e a matéria da competência, ou seja a delegação de poderes. Vem ela regulada no art. 35º do CPA e seguintes. Do art.º 35º a 40º do CPA.

Da delegação de poderes e da substituição

Artigo 35º

Da delegação de poderes

1 - Os órgãos administrativos normalmente competentes para decidir em determinada matéria podem, sempre que para tal estejam habilitados por lei, permitir, através de um acto de delegação de poderes, que outro órgão ou agente pratique actos administrativos sobre a mesma matéria.

2 - Mediante um acto de delegação de poderes, os órgãos competentes para decidir em determinada matéria podem sempre permitir que o seu imediato inferior hierárquico, adjunto ou substituto pratiquem actos de administração ordinária nessa matéria.

3 - O disposto no número anterior vale igualmente para a delegação de poderes dos órgãos colegiais nos respectivos presidentes, salvo havendo lei de habilitação específica que estabeleça uma particular repartição de competências entre os diversos órgãos.

Artigo 36º

Da subdelegação de poderes

1 - Salvo disposição legal em contrário, o delegante pode autorizar o delegado a subdelegar.

2 - O subdelegado pode subdelegar as competências que lhe tenham sido subdelegadas, salvo disposição legal em contrário ou reserva expressa do delegante ou subdelegante.

Artigo 37º

Requisitos do acto de delegação

1 - No acto de delegação ou subdelegação, deve o órgão delegante ou subdelegante especificar os poderes que são delegados ou subdelegados ou quais os actos que o delegado ou subdelegado pode praticar.

2 - Os actos de delegação e subdelegação de poderes estão sujeitos a publicação no Diário da República, ou, tratando-se da administração local, no boletim da autarquia, e devem ser afixados nos lugares de estilo quando tal boletim não exista.

Artigo 38º

Menção da qualidade de delegado ou subdelegado

O órgão delegado ou subdelegado deve mencionar essa qualidade no uso da delegação ou subdelegação.

Artigo 39º

Poderes do delegante ou subdelegante

1 - O órgão delegante ou subdelegante pode emitir directivas ou instruções vinculativas para o delegado ou subdelegado sobre o modo como devem ser exercidos os poderes delegados ou subdelegados.

2 - O órgão delegante ou subdelegante tem o poder de avocar, bem como o poder de revogar os actos praticados pelo delegado ou subdelegado ao abrigo da delegação ou subdelegação.

Artigo 40º

Extinção da delegação ou subdelegação

A delegação e a subdelegação de poderes extinguem-se:

a) Por revogação do acto de delegação ou subdelegação;

b) Por caducidade, resultante de se terem esgotado os seus efeitos ou da mudança dos titulares dos órgãos delegante ou delegado, subdelegante ou subdelegado.

Vamos lá a ver o que é que significa a competência delegada.

A competência delegada, no fundo traduz esta situação: A Lei atribui a um órgão competência. Mas permite-lhe a ele, no âmbito do poder discricionário que ele escolha ser ele órgão **A**, a exercer a competência, ou permitir a outro órgão, órgão **B**, que seja ele também a exercer a competência. Ou seja, a Lei investe estes órgãos no fundo de dois tipos de poderes:

- 1) Investe-lhe no poder de decidir sobre uma matéria e,
- 2) No poder de escolher se é ele ou, se permite a um outro órgão poder decidir sobre essa mesma matéria.

Quando o órgão **A** permite que o órgão **B** decida sobre certa matéria, diz-se que o órgão **A** delegou poderes no órgão **B**.

O que é a delegação de poderes? É o acto pelo qual, e no exemplo dado, o órgão **A**, que é o órgão normalmente competente, permite que o órgão **B**, também pratique actos sobre essa matéria.

O que é que é necessário então para que se verifique uma delegação de poderes?

O que é que é necessário então para que existe competência delegada?

São necessários três requisitos:

- 1) Que exista uma Lei de habilitação.
- 2) Que a Lei de habilitação identifique o órgão delegante e o órgão delegado ou delegados, porque podem ser vários.
- 3) Que exista um acto de delegação de poderes.

Isto parece de uma simplicidade elementar, vamos procurar agora ver que, o que é simples se pode transformar num quebra-cabeças.

O 1º problema consiste em saber qual é o estatuto do delegado. **E sobre essa matéria há várias teses:**

Uma primeira diz que o delegado recebeu poderes pelo acto de delegação, tão só isto. O acto de delegação é o acto pelo qual o delegado adquiriu a competência. Mas esta tese choca com o quê? Com o princípio da legalidade da competência. A competência tem sempre que resultar da Lei. Então significa que há uma Lei aqui, que é a Lei de habilitação, não é verdade? Só que a Lei de habilitação faz duas coisas verdadeiramente; a Lei de habilitação investe o delegante de poderes, eu diria que a Lei de habilitação confere ao delegante a titularidade, mais o exercício dos poderes. Por isso o delegante tem uma competência perfeita. Porque é que é perfeita? Porque ele pode exercê-la com fundamento directo da Lei de habilitação.

Mas atenção. A Lei de habilitação não investe apenas de poderes o delegante. A Lei de habilitação tem sempre, à luz do princípio da legalidade da competência de conferir qualquer coisa a quem? Ao delegado.

O quê? Dizem alguns: Bem, ao delegado dá-lhe também a titularidade do exercício. Só que o exercício está condicionado a um acto permissivo praticado pelo delegante, o acto de delegação. Então dizem alguns, que a competência do delegante é perfeita. É a tese defendida pelo Prof. Marcelo Caetano, é a tese defendida pelo Prof. Gonçalves Pereira, que transforma a delegação de poderes numa mera autorização. É o acto pelo qual o delegante autoriza o delegado a praticar actos. Mas se isto fosse norma, então, quando o órgão **B**, sem delegação, praticasse actos sobre a esfera de **A**, os actos não estariam feridos de incompetência, mas sim de vício de forma. Porquê? Porque lhe faltava uma formalidade, a autorização.

Mas ninguém reconhece isso. Todos entendem que se **B**, delegado, praticar um acto sobre a esfera de competência de **A**, delegante, o acto não está ferido de vício de forma, mas está ferido de incompetência. Então consequência? Significa isto que a

competência de **B** é imperfeita quando resulta apenas da Lei de Habilitação. E então entende-se, a meu ver correctamente, que a Lei de Habilitação apenas vem conferir ao delegado a titularidade. Mas sem o exercício. Porquê? O exercício é conferido sim através do quê? Do acto do delegado.

Mas há aqui também, dois entendimentos diferentes. Para o Prof. Freitas do Amaral, o acto de delegação transfere o exercício. Isto é, o acto de delegação faz com que **A** que tinha o exercício o deixe de ter passando esse exercício a ser do delegado. A meu ver isso não é verdade. E não é verdade porque, durante a delegação o delegante pode sempre praticar actos sobre as matérias que foram delegadas. Tal como a Assembleia da República durante a autorização legislativa ao Governo não está impedida de emanar Leis sobre as matérias autorizadas. Então a meu ver não há transferência do exercício, mas o que há é um alargamento do exercício. Há como que um fenómeno elástico, de elasticidade do exercício. A delegação de poderes não serve para transferir o exercício, mas serve para alargar, para comunicar o exercício dos poderes.

Consequência? Durante a delegação de poderes o que há é uma competência comum alternativa. O que é que isto significa? Significa que tanto o pode exercer um como o outro, com uma grande diferença, é que o delegante é o principal, pode emanar directivas sobre o modo como o delegado deve exercer a competência, pode revogar os actos praticados por aquele (o **B**), e mais do que tudo, pode a qualquer momento fazer cessar o quê? O acto de delegação. Quando ele cessa o acto de delegação, readquire a exclusividade do exercício da competência. Chama a si o exercício dessa competência.

AULA Nº 10

12.04.2010

(...) da evolução neste caso de diversos elementos do exercício da actividade jurídica da administração pública. Se bem se recordam na aula passada, estivemos a falar (...), dizia-vos eu estivemos a falar da delegação de poderes, vamos continuar com a temática da competência para no fundo sublinhar a propósito da temática da competência o princípio da flexibilidade das normas da competência. Como eu vos disse na aula passada a propósito das cláusulas gerais de delegação e também das cláusulas gerais em matéria de substituição.

O que é a figura da substituição?

Há substituição sempre que a ordem jurídica permite que um órgão - o substituto, possa agir em vez ou no lugar de um outro órgão, e este outro órgão é precisamente o substituto, o substituído, perdão.

Volto a repetir, há substituição, sempre que um órgão designado por substituto, vai agir em vez ou no lugar de outro órgão, este outro designa-se o substituído. Praticando actos sobre competência que pertence normal ou primariamente ao órgão substituído. Há diversos tipos de substituição:

A substituição vicarial por exemplo, quando há a doença ou impedimento de um titular de um órgão;

Há uma substituição dispositiva, por exemplo quando o superior hierárquico resolve antecipar-se e agir em vez do subalterno.

Há uma substituição revogatória na sequência por exemplo de um recurso hierárquico. Há uma substituição integrativa, que pressupõe a inércia a omissão indevida de um órgão. Há situações de substituição sancionatória por exemplo quando a câmara municipal é dissolvida, quando há uma situação de dissolução da câmara Municipal é substituída por uma comissão administrativa, esta substituição é uma substituição sancionatória, porque os fundamentos da solução do órgão autárquico são fundamentos que se prendem com ilegalidades, e ilegalidades graves. Ou ainda situações de substituição extraordinária em casos de estado de necessidade ou também em situações de estado de emergência, ou estado de sitio.

Costuma-se dizer, certamente que aprenderam isto em Direito Constitucional, costuma-se dizer que a competência não se presume. A Competência resulta da lei. E por isso de duas uma o há lei que prevê e permite a competência ou não há lei e não existem lacunas em matéria de competência. Ou seja, se não há lei, se não há texto não há competência. Se não há habilitação que permita o órgão de agir num silêncio da lei retira-se a ausência de norma de competência. Há todavia três exceções, para as quais queria chamar a vossa atenção. Ou seja casos em que é possível presunção de competência.

O primeiro caso já o conhecem, é o poder hierárquico de direcção. Não é preciso que a lei diga que o superior hierárquico tem poder de direcção. Porquê?

Basta o silêncio da lei, na definição de uma estrutura hierarquizada de serviços e de órgãos para se presumir o quê?...que o superior hierárquico tem poder de direcção. Têm aqui o primeiro exemplo já vosso conhecido.

No fundo que é possível presumir que onde há hierarquia o superior hierárquico tem sempre poder de direcção.

Segunda excepção, é o poder, o designado poder de auto-organização administrativa. Cada órgão, cada serviço tem sempre um poder de quê? De definir através de regulamentos internos normas sobre a sua organização e o seu funcionamento. Mesmo no silêncio da lei presume-se que toda a estrutura orgânica tem o poder de auto-organização administrativa. Não precisava a lei de expressamente o prever. Sucede isto em relação a todos os órgãos da administração mas já agora um pequeno parêntesis, porque isto sucede em relação a todos os órgãos constitucionais. O Presidente da república tem estruturas que fazem parte da presidência da república, os serviços da presidência da república, a assembleia da república tem uma estrutura de serviços que faz parte precisamente dos serviços administrativos da assembleia da República, os tribunais também têm eles estruturas administrativas. Os tribunais não são todos eles constituídos por juizes. Há funcionários que fazem parte das estruturas administrativas. O que significa que também aqui há o poder de auto-organização administrativa no âmbito quer da Presidência, quer da Assembleia, quer dos Tribunais, para já não falar no caso do Governo.

Terceira excepção - são os designados poderes implícitos. Ou a teoria dos poderes implícitos.

A teoria dos poderes implícitos, penso que falaram nisto no ano passado, sobretudo, ou tem sido sobretudo desenvolvida no constitucionalismo norte-americano.

Tirar de normas que definem competências ou fins, regras implícitas de poderes.

Com base no fundo em duas ideias:

- Se a constituição fixa fins pois a Constituição há-de reconhecer a existência de meios para prosseguir esses fins. Esses meios podem ser regras de competência.

- Segunda formulação, se numa regra de competência se permite o mais, deve por principio que quem permite o mais permite o menos, se deve extrair competências implícitas, falamos nisto já a seu tempo, se bem se recordam, quando uma norma permite a um órgão revogar implicitamente permite suspender. Quem pode fazer cessar efeitos podem fazer paralisar temporariamente esses efeitos. E têm aqui no fundo as três derrogações, ou se quiserem as três excepções há proibição da presunção de competência:

- O poder de direcção do superior hierárquico;
 A, ou o poder de auto-organização interna
 e
 a teoria dos poderes implícitos ou a competência implícita.

Com isto encerramos o tema da competência para entrar na questão da vontade.

Como é que a vontade tem relevância em Direito Administrativo?

A primeira referência a tomar em consideração é que como já estudaram no ano passado em teoria geral do direito civil, sempre que deparamos com pessoas colectivas, á regras especiais para a formação da sua vontade. A pessoa colectiva, expressa a sua vontade através dos órgãos. Os órgãos são sempre institucionalizados que produzem uma vontade. Os órgãos são centros institucionalizados que produzem uma vontade. E produzem uma vontade com uma particularidade, é que essa vontade não é a vontade do titular do órgão, não é a vontade do Manuel, do António, do Carlos, que são os titulares do órgão, mas é uma vontade jurídica que pertence quem? À pessoa colectiva. Daqui esta particularidade. Então, há desde logo que diferenciar entre nas pessoas colectivas entre os órgãos singulares e os órgãos colegiais.

E já sabem onde está a diferença. Órgão singular é aquele que é composto por um nico titular., Órgão colegial é aquele que é composto por uma pluralidade de titulares. O problema resume-se a isto:

Como é que é possível, apurar a vontade nos órgãos colegiais?

E penso que sobre esta matéria para além do que falamos no primeiro semestre, já têm noções no âmbito da teoria geral do direito civil, e preciso que o órgão esteja

regularmente constituído. Designadamente é importante que se verifique a existência de quórum, sem quórum não é possível apurar o resultado.

O órgão relativamente ao qual haja aprovação sem quórum é a aprovação nula, nos termos do artigo 133/ 2 a alínea é que não sei de cor, portanto 133/2 alínea g) -

Para além da existência de quórum é necessária a existência de uma maioria para se apurar a existência de um sentido deliberativo e aqui recorde-se aquilo de que se falou no primeiro semestre, o problema de saber se é por maioria simples ou maioria absoluta que é aprovada uma deliberação. E naturalmente a nossa atenção para as situações patológicas. Quais são as situações patológicas?

Por exemplo quando há tumulto no órgão colegial, a lei no artigo 133/2 alínea g) determina que a inobservância do quórum, a inobservância da maioria, quando a deliberação é tomada tumultuosamente, em qualquer dos casos destas três hipóteses há nulidade na deliberação.

E estamos perante um vício na formação do contrato nos órgãos colegiais.

Depois temos o problema tanto comum nos órgãos singulares como nos órgãos colegiais que é o papel da vontade psicológica do titular do órgão.

Qual é o relevo da vontade psicológica do titular do órgão?

E naturalmente que o primeiro ponto prende-se com os requisitos da vontade. E sabem que a vontade tem de ser perfeita, na sua formação, ou seja tem de ser uma vontade livre e uma vontade esclarecida. Não é admissível uma vontade sob coacção nem é admissível uma vontade sob erro. A coacção e o erro geram invalidade na formação da vontade. E é também importante, penso que estudaram isso em teoria geral, a perfeição na exteriorização na vontade. Isto é não basta que a vontade seja formada em termos livres e esclarecidos, é necessário também que cada órgão expresse uma vontade exterior, isto é que a vontade declarada seja convergente ou conforme com quê? Com a vontade real. Isto porquê? Certamente estudaram isto também, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada gera a invalidade da deliberação. Exemplo: Eu queria aprovar um aluno mas por lapso ao ler na pauta, ao ler a classificação disse excluído.

Há uma divergência entre a vontade declarada e a vontade expressa. Pois também isto tem relevância em Direito Administrativo.

Depois prende-se com uma outra questão, a temática da vontade psicológica, as áreas de incidência dessa vontade psicológica. E a vontade psicológica pode incidir sobre áreas vinculadas ou sobre áreas discricionárias. Nas áreas vinculadas reparem o princípio geral é a irrelevância da vontade psicológica. Isto e se eu tenho uma vontade que for formada em erro, se eu tenho uma vontade que não foi formada livremente, se eu tenho uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada, mas aquilo que eu declarei era aquilo que a lei exigia que eu fizesse, isto é se eu me limitei a cumprir um acto vinculado, para o direito é irrelevante se a minha vontade foi livre, ou se foi

esclarecida se houve ou não divergência, para o direito só interessa isto, a tua vontade enquanto titular do órgão corresponde àquilo que tu estavas obrigado a dizer, a fazer ou não?

Pois bem. Se é conforme o direito, se é conforme com aquilo a que estava vinculado o princípio geral é o da irrelevância da vontade psicológica. E nós também já sabemos, o outro ponto ainda confirmativo disto, e já sabemos desde o primeiro semestre, a irrelevância da vontade do subalterno contrária à ordem do superior. Isto é desde que o subalterno cumpra a vinculação a que está obrigado, ainda que ele queira dizer sim, se o superior hierárquico disser diga não, ainda que exista uma divergência entre a vontade real do subalterno que era dizer sim, mas a vontade declarada limitou-se a respeitar a obedecer à ordem, e por isso o que disse foi - não - ele cumpriu aquilo a que estava vinculado. É irrelevante que tenha existido divergências entre a vontade real e a vontade declarada. Isto porque havia uma vinculação, resultante da superioridade hierárquica resultante da ordem ou da instrução, do comando hierárquico que o subalterno acabou, ponto final parágrafo. Se o fez com convicção se o fez com uma vontade real convergente ou com uma vontade real divergente para o direito é totalmente irrelevante. O que importa é que ele tenha acatado aquilo a que estava vinculado. Por isso podemos dizer que é irrelevante neste caso aqui o carácter livre e a vontade real do subalterno.

É por isso, ou talvez agora estejam em condições de compreender aquilo que se tenha dito no primeiro semestre, que aquilo que caracteriza a hierarquia ou o poder de direcção é a capacidade do superior hierárquico de dispor da vontade de quem? - Do subalterno.

Cá está, e agora que significa essa disposição da vontade?

Ainda que o subalterno queira fazer uma coisa, dizer uma coisa. O superior determina que ele faça outra coisa e ele tem que acatar, ponto final parágrafo. (...)

Depois coloca-se um outro problema, que é a relevância da vontade psicológica nas áreas de discricionariedade. E aí sim, o princípio geral é que a vontade nas áreas de discricionariedade, nas áreas de margem de liberdade de decisão, entre a opção A e a opção B, ambas possíveis, ambas são válidas, aí é que é relevante que a vontade formada seja em termos livres e esclarecidos e corresponda, e aqui correspondência ou convergência, entre a vontade real e a vontade expressa. Aí sim, qual é a consequência? A consequência é que os vícios na formação e os vícios na declaração da vontade, só incidem, só estão presentes, só são invocáveis em que áreas? Nas áreas de discricionariedade. Toda a gente entendeu?

So aí é que à margem para a tal liberdade de escolha. E por isso é que é importante que quem escolhe, o titular de o órgão, se o faz de forma livre ou não se há convergência entre a vontade real e a vontade declarada.

Por isso moral e conclusão da história os vícios na formação e expressão da vontade têm relevância nas áreas de discricionariedade ou nas áreas de margem de autonomia.

Qual é o quadro geral nos vícios na formação da vontade?

Penso que sem inovação nenhuma correspondem aos vícios que estudaram em teoria geral do direito civil. Diferenciando entre os vícios na formação da vontade, que podem ser a coação moral, podem ser o erro, o erro recordem-se tanto pode ser o erro de facto como o erro de direito. - Eu pensava que aquilo existia mas afinal não existe. Ou eu pensava que havia uma norma jurídica que permitia isto, ou que a norma jurídica tinha este sentido, (...) faço um parentesis para lhes dizer que quando não se quer ofender o titular de um órgão, aquilo que normalmente se faz é dizer que houve erro na interpretação. Que é uma forma airosa de dizer que não percebes nada disto.

Fechado o parentesis, regressamos ao nosso tema, dizia-vos eu, pode existir dizia-vos eu, a coação moral, pode existir o erro simples e pode existir o erro por dolo. E o erro por dolo atenção pode até surgir por acto de terceiro. Dolo por acção de terceiro que vem induzir a administração em erro, por exemplo com falsas informações ou falsas declarações.

E podem existir vícios como vos disse na exteriorização da vontade. Divergências intencionais entre a vontade real e a vontade declarada, e divergências não intencionais.

Depois temos um grande problema aqui em direito administrativo que consiste em saber se os vícios da vontade são ou não uma fonte de invalidade autonoma.

A tese tradicional no fundo, a tese do professor Marcelo Caetano, dizia- nos que os vícios da vontade se reconduziam à ilegalidade. No fundo um vicio da vontade era igual a uma actuação nula.

A tese do professor Freitas do Amaral é a ideia segundo a qual os vícios da vontade só têm relevância autónoma no âmbito dos actos discricionários. E parece-me que de facto esta é a noção mais correcta de que os vícios da vontade têm relevância nas áreas, nas margens de autonomia de decisão, com excepção de, ou seja são irrelevantes os vícios da vontade no ambito dos órgãos subalternos quando cumprem ordens do superior mesmo nas areas de discricionariedade. Porquê? Já o sabem o superior hierarquico pode esvaziar a área de discricionariedade do subalterno, já que o superior hierarquico pode ditar palavra por palavra ao subalterno.

Analizámos a competência, analizámos a vontade,,faltará analisar a causa.

E o problema consiste em saber se a causa, penso que falaram nisso o ano passado em teoria, se a causa é um elemento , creio que falaram nisso o ano passado creio que a propoósito do negócio jurídico, é um elemento fundamental ou não no negócio juridico.

De igual modo aqui traduz-se o tena em Direito Administrativo. E há, e há dizia-vos eu, como sempre duas teses. Uma que diz que sim, uma que diz que não. Uma que dá relevância à causa, uma que diz que a causa dos actos é totalmente irrelevante . A meu

ver a causa é um elemento estrutural das formas jurídicas de actuação da administração, isto é partindo do entendimento que a causa é o elemento relevante, e a causa envolve o quê?

A causa envolve uma relação entre os pressupostos do acto, e o seu objecto. A causa determina no fundo isto, tem de existir uma relação de adequação entre aquilo que motiva o acto e o conteúdo desse mesmo acto.

É a tal relação de adequação de que eu falava entre os pressupostos e o objecto do acto.

E quais são os pressupostos de um acto?

Quais são os pressupostos que a actuação administrativa tem?

Pois a actuação administrativa pode ter dois tipos de pressupostos:

- Pressupostos de direito – a base legal
- ou
- Pressupostos de facto

O que é que significa cada um deles?

Começemos pelos pressupostos de direito, os pressupostos de direito são normas que permitem que a administração possa emanar uma decisão. E aqui o princípio já sabem se há norma que permite a decisão pode ser tomada, se não há norma que habilite a conclusão é só uma, o acto não pode ser praticado.

Por isso os requisitos de validade passam primeiro, pela existência de uma base legal, segundo pela exactidão da base legal ou seja a administração deve dizer deve fundamentar na norma exacta que a habilita a agir é o artigo x, ela não pode dizer que é o artigo y. Ou seja, a administração tem o dever de ser exacta na identificação. Quando a gente diz nos termos ou ao abrigo do artigo x da Lei y, decide-se o seguinte. Esse nos termos do artigo x ou y significa no fundo o pressuposto de Direito, a norma que habilita a administração a agir. E naturalmente que a inexactidão da base legal, a inexactidão significa o erro. A administração invoca o artigo x quando na realidade era o artigo y, há um erro de direito, isto é ou determina a invalidade da actuação da administração. Há aqui violação de lei. Se a administração identifica erradamente a norma que a habilita a agir, invoca a lei x, onde devia dizer a lei y, ou invoca a lei x e a lei x já está revogada, que é uma outra modalidade. Em qualquer destes casos há um erro de direito, sobre o quê? Sobre o pressuposto de Direito ou jurídico da actuação da administração.

Mas também podem existir e muitas vezes existem além destes, e normalmente os casos mais complicados são não tanto os pressupostos de direito, porque das duas uma ou existem ou não existem, ou há erro ou não há erro, mas os que são, dizia-vos eu, os mais complicados são os pressupostos de facto.

O que são os pressupostos de facto? São realidades do mundo social, do mundo dos factos que são tomadas como fundamento, como alicerce de uma decisão administrativa.

Repito os pressupostos de facto, são realidades do mundo social do mundo dos factos que a administração toma como pressuposto, como realidade sobre a qual vai incidir a sua decisão. Nestes termos se não existissem aqueles pressupostos muito provavelmente não existiria aquela decisão. Ou se os pressupostos de facto fossem diferentes, ou forem diferentes a decisão teria um conteúdo que também ele seria um conteúdo diferente. De modo a que reparem, é extraordinariamente importante que a administração tenha presentes os pressupostos e que esses pressupostos de facto correspondam realmente ao que existe sob pena de erro nos pressupostos.

E o erro nos pressupostos vai inquinar o quê? O objecto do acto.

O acto deixa de ter juridicamente falta de causa justificativa. Pode haver falta de causa ou erro dos pressupostos do acto.

Pensava que era isto, mas afinal não é isto. E consequentemente a decisão não está adequada aos respectivos pressupostos.

Por isso dizia-vos eu que os requisitos dos pressupostos de facto, correspondem às seguintes ideias:

- Os pressupostos devem existir. Devem ser exactos, devem ser comprovados e esta comprovação é um dever da administração que pode contar com a colaboração dos particulares e os factos devem ser juridicamente qualificados de forma a saber se preenchem ou não a previsão legal. A previsão legal assenta num conjunto de pressupostos de facto. Se se verificar isto acontecerá aquilo.

Reparem a estrutura da norma jurídica assenta numa estatuição, mas a estatuição ela parte de uma previsão. O que é uma previsão, se não afinal, o conjunto de pressupostos de facto, que o legislador toma em consideração para habilitar no caso que nos interessa para a administração, mas podem ser os tribunais a decidir.

A decisão depende da verificação dos factos que são pressupostos da respectiva decisão. Naturalmente que se os factos forem inexistentes, se os factos forem inexactos, se os factos forem falsos, a consequência é que a administração decidiu com base em pressupostos viciados. Esses pressupostos viciados, dizia-vos eu geram a invalidade da decisão Administrativa.

E pode até suceder uma outra circunstância para a qual chamava especialmente a vossa atenção, é que a escolha dos pressupostos de facto pode ter expressão do exercício de uma discricionariedade administrativa. A escolha dos pressupostos pode ser expressão de uma discricionariedade administrativa. Por exemplo, vamos atribuir um prémio ao melhor aluno do 2º ano. Esta é o fim último atribuir um prémio ao melhor aluno do 2º ano, mas vamos procurar construir pressupostos, para se poder escolher qual é o melhor aluno. Reparem que há discricionariedade dos pressupostos, dou-vos um exemplo, o melhor aluno deve ser aquele que tem a

melhor soma nas médias das disciplinas só do 2º ano, ou do 2º ano juntando as do 1º ano? Aqui está a liberdade de escolha na identificação dos pressupostos. Querem ver como é que a liberdade de escolha pode ainda um âmbito mais amplo?

E deve se tomar em consideração os alunos que tenham a classificação só na primeira época, ou também em época de recurso? E pode se admitir que seja alunos do 2º ano com disciplinas em atraso ou não? Ou deve se exigir o melhor aluno do 2º ano tendo todas as cadeiras feitas? E todas as cadeiras feitas sem nunca ter reprovado a nenhuma? Só ter feitos melhorias. Tudo isto para dizer que a escolha dos pressupostos pode ser uma ampla discricionariedade na fixação dos pressupostos de facto das decisões administrativas. E o que eu estou a dizer por exemplo na escolha do melhor aluno do 2º ano para receber um prémio. Podem ser por exemplo a escolha de quem vai receber apoio, vamos imaginar a construção ou a reconstrução de uma zona histórica, ou edifícios na zona histórica. Ou quando está em causa receber uma bolsa de estudo, a quem deve ser dada uma bolsa de estudo. Em todos estes casos a administração pode ela construir os pressupostos de facto da sua decisão, isto é a administração escolhe discricionariamente os pressupostos de facto. Só que ao escolher aqueles pressupostos o que é que a administração fica? Auto vinculada, não é verdade?

Fica auto vinculada e pode suceder que ela decida atribuir no exemplo que vos estava a dar inicialmente o premio ao melhor aluno do 2º ano, violando os pressupostos que ela própria escolheu. Violando com intenção é aquilo que se chama alterar as regras a meio do jogo, afinal eu quero é favorecer o António, apesar do António coitado ter tido aquele percalço no primeiro semestre não completou uma cadeira. Muda o critério, afinal não é necessário que o aluno tenha completado todas as cadeiras na época normal, pode ter completado em época de recurso. Reparem isto significa que a administração já está a alterar a meio do jogo as próprias regras. E acreditem que obviamente nestes casos esta condicionada pelo principio da auto-vinculação, principio de imutabilidade das regras a meio do jogo, principio da justiça, principio da imparcialidade, principio da transparência das decisões administrativa, dizia-vos eu, pode bem suceder que a administração decida não se verificando os pressupostos que ela própria eleger porque não existem ou que ela está em erro sobre a sua existência. Em qualquer dos casos volto a repetir não há causa no acto. Não há adequação entre os pressupostos que a própria administração escolheu e o objecto do acto. E a consequência é a falta de causa ou vicio auto vinculado. Temos aqui uma outra fonte de invalidade das decisões administrativas que conduzirão à anulabilidade.

Falou-se na competência, falou-se na vontade, falou-se na causa, vamos falar no objecto.

O objecto já estudaram isto em teoria, o objecto pode ser imediato ou mediato. O objecto imediato prende-se com o conteúdo, o objecto mediato com o designado objecto em sentido estrito das decisões administrativas.

Quais são os factores que constituem o objecto imediato ou o conteúdo?

Bem, em primeiro lugar as vinculações legais. A actuação da administração deve ter como conteúdo respeitar em primeiro lugar as vinculações que resultam do direito em segundo lugar há margem de autonomia pública. Não há actos integralmente vinculados. Todos os actos têm em doses maiores ou menores margens de autonomia pública.

Existem também os elementos acessórios, certamente já ouviram falar na condição, no termo, no modo e na cláusula penal. A acção administrativa também ela pode estar sujeita a estes elementos acessórios. Recordo sobre a matéria o que está previsto no artigo 121º do CPA quanto aos actos administrativos.

Chamava só a vossa atenção aqui para um ponto que penso que o ano passado talvez em teoria geral tenham sublinhado. Por vezes e todos os autores falam em cláusulas acessórias, como elementos que não são principais na actuação pública.

Sucedem todavia muitas vezes a administração só decide de certa maneira, tal como os particulares só celebram certos negócios se estiverem nesses negócios jurídicos as respectivas cláusulas acessórias. O que significa que elas podem ser acessórias na estrutura do negócio mas podem ser essenciais para a vinculação a esse mesmo negócio.

Por isso chamava a vossa atenção que o carácter acessório pode não esconder, ou perdão pode esconder a natureza essencial dessas cláusulas para a celebração desse mesmo negócio jurídico entre particulares, mas também na vinculação da administração.

Eu só decidi assim dirá a administração porque existe lá uma cláusula com sentido x ou com o sentido y.

E quais são os requisitos de validade do objecto?

Bem o primeiro é a possibilidade. O objecto tem de ser possível em termos físicos e em termos jurídicos. Certamente estudaram aquele caso típico de alguém que resolve celebrar um contrato pelo qual se obriga a transportar às costas um petroleiro. Ora há aqui uma impossibilidade física. Ou a impossibilidade jurídica quando o negócio, quando a actuação da administração viola a lei.

Devo dizer que há aqui uma questão complicada, que é importante equacionar, se é possível, uma actuação administrativa cujo objecto não seja possível juridicamente mas que esteja condicionado à eventual futura possibilidade legal.

Volto a repetir, o objecto é hoje contrário à lei toda agente sabe, mas a administração introduz uma cláusula dizendo que este negócio poderá vir a realizar-se, este acto poderá produzir efeitos se a razão da sua invalidade desaparecer. Tenho serias dúvidas sobre estas cláusulas, designadas cláusulas de validade superveniente. Cláusulas de

validade superveniente. Dou-vos o exemplo de uma cláusula que existia aqui na faculdade de direito durante alguns anos elaborada no conselho científico. Os estatutos da faculdade só permitiam que os órgãos do conselho científico, o presidente do conselho científico, fosse eleito por um ano. Mas havia uma norma no regimento do conselho científico que determinava que o mandato do presidente do conselho científico era de dois anos, dizia o número 1. E o número 2 dizia esta norma só entra em vigor a partir do momento em que for alterado em conformidade os estatutos da faculdade. Este número dois funcionava como o quê? Como cláusula de validade superveniente.

Tenho dúvidas sobre a validade disto. Mas queria-vos alertar para esta hipótese. Que é a condição acessória, a condição que é no fundo aqui colocada, uma condição suspensiva, significaria que o acto só começaria a produzir efeitos verificando-se o quê? Uma alteração da ordem jurídica, no caso presente dos estatutos da faculdade. Queria também chamar a vossa atenção, certamente já estudaram isto também em teoria geral, para o problema da impossibilidade ser originária ou a impossibilidade ser superveniente. Ou para a impossibilidade ser total ou apenas parcial.

Uma coisa é certa, quando o objecto é impossível o acto está ferido de violação de lei. E os actos de objecto impossível são nulos, artigo 133/2 alínea c).

Outro requisito do objecto o primeiro é a possibilidade, o segundo é a determinabilidade. Ou seja determinabilidade liga-se em primeiro lugar com a inteligibilidade. O acto tem de ser inteligível, entendível, tem de ser claro, tem de ser coerente, não pode ao mesmo tempo proibir e permitir, dizer que sim e dizer que não. Ser quadrado e redondo. E a consequência é uma vez mais um acto cujo objecto não seja inteligível, é um acto viciado de violação de lei. E é um acto nulo, também por força do artigo 133/2 c).

Para além naturalmente da legalidade do seu objecto.

Recordo também que o tema da legalidade prende-se também com o tema da licitude do acto. O acto tem de ser conforme à lei, tem de ser conforme à ordem pública, tem de ser conforme aos bons costumes.

Depois, ainda a propósito do objecto do acto, o problema dos seus efeitos. Há requisitos de eficácia como seja a publicidade, a aprovação por uma outra autoridade ou a aplicação de uma condição suspensiva, ou de um termo inicial, coisas que estudaram o ano passado, penso eu que em teoria geral.

Depois há o problema do conteúdo na sua dimensão temporal, em princípio os actos só produzem efeitos para o futuro.

Excepções são a eficácia retroactiva e a eficácia diferida, no primeiro caso o acto produz efeitos também para o passado, no outro caso o acto só virá a produzir efeitos para o futuro. Em qualquer dos casos, sendo excepções exigem lei expressa.

Depois, ainda quanto aos efeitos os actos distinguem-se entre actos de execução instantânea e actos de execução continuada. Por exemplo, uma pensão de reforma é

um acto de execução continuada, uma licença de habitação é um acto de execução continuada. Uma reprovação ou uma aprovação é um acto de execução instantânea.

Os actos também se diferenciam quanto aos seus efeitos em actos externos e internos. Depois colocam-se também problemas de interpretação e integração quanto ao objecto, mas aí remeto para tudo aquilo que já estudaram a seu tempo quanto às regras de interpretação pela própria administração.

Quanto à modificação do conteúdo dos actos, bem o conteúdo dos actos da administração pode ser modificado por vontade dos seus autores, há modificações que são impostas pelo juiz, há modificações que são impostas pela lei, e há modificações que são impostas pela alteração das circunstâncias.

O mesmo se passa com a cessação de efeitos.

A cessação de efeitos pode ser o resultado da vontade, pode ser o resultado de uma intervenção judicial, pode ser o resultado de uma intervenção legal.

Ficáramos então por aqui (...)

Aula nº 11

14/04/2010

Vamos hoje falar a propósito da distinção entre a figura da usurpação de poderes e do desvio de poder e estivemos precisamente a discutir em aula prática, em que consiste o desvio de poder e que havia aí um afastamento por parte do administrado da finalidade que presidiu à concessão de poderes discricionários por parte do legislador. A determinação do fim da actividade administrativa acaba por ser relevante para determinar a legalidade da mesma, porque havendo divergência entre o fim real e o fim legal da actuação, então estaremos eventualmente numa situação de desvio de poder, quando se tratar do exercício de poderes discricionários.

Bom, esta ideia de que administração prossegue determinadas finalidades (vinculação teleológica), decorre do princípio da legalidade – artigo 266/2 crp- que determina que administração deve obediência a crp e á lei. A constituição, obviamente encerra um conjunto de opções políticas da comunidade jurídica, no sentido de

prossecução de determinados interesse públicos. Portanto essa ideia de vinculação teleológica decorre da constituição enquanto programa a cumprir por parte do legislador e da administração, pressupondo que administração está proibida por um lado de prosseguir atribuições que não tenham sido dadas pelo legislador constituinte ou ordinário e por outro lado a proibição de prossecução de um fim específico distinto daqueles previstos para adopção do acto ou outras formas administrativas.

Como perceber a diferença entre finalidade real e legal da actuação administrativa? É a principal dificuldade e em regra isso afere-se através da motivação da actuação administrativa. E é por isso que em relação a prática de actos administrativos a lei impõe o dever de fundamentação. Através da fundamentação a administração faz menção ao motivos de facto e de direito que presidiram á tomada daquela decisão. E se esse fim real for diferente do fim legal, então, em principio estar-se-á face a um desvio de poder.

Claro está, também vos alerto para o facto de que na maior parte das vezes a administração não inclui na fundamentação as suas verdadeiras intenções. Imaginemos que administração quer simplesmente beneficiar o interesse particular diferente do interesse público que presidiu à concessão de poderes discricionários por parte do legislador. Claro que na fundamentação não vai dizer que tem um primo que vende computadores e que portanto lhe dá mais jeito que seja ele a oferecer o fornecimento de bens. Claro que há sempre uma diferença entre a vontade real e a vontade expressa na fundamentação e isto do ponto de vista processual e de extrema complexidade, em sede probatória. São assim raros os casos em que o tribunal administrativo decreta a anulação de um acto com base em desvio de poder. O dever de fundamentação é essencialmente relevante em sede de exercício de poderes discricionários, não em sede de exercício de poderes predominantemente vinculados, porque se o legislador já fixou por acto geral e abstracto a actuação da administração. E eu uso este termo porque já vimos que não existem poderes integralmente vinculados nem integralmente discricionários. Mesmo no exercício de poderes predominantemente vinculados a administração tem sempre uma margem de manobra. Determina se age ou não e portanto só essa opção e já uma parcela de discricionariedade.

Mas estava eu a dizer, quando o legislador diz por acto legislativo que a administração tem de actuar de determinada maneira, a mesma tem pouco espaço de actuação e claro que perante uma situação dessas a prossecução do interesse publico já não cabe à administração mas antes ao legislador não fazendo sentido que se faça intervir esta noção para efeito de poderes predominantemente vinculados. Claro que o legislador quando estabeleceu o interesse através da lei que concedeu poderes vinculados também se pode ter desviado do interesse público. Mas aí não há desvio de

poder para administração, antes uma conduta ilícita por parte do legislador, tendo como consequência a responsabilidade civil da pessoa colectiva pública que emanou o acto legislativo, porque desde a nova lei da responsabilidade civil de 2007, já há responsabilidade civil por prática de acto administrativo, seja ele activo ou omissivo. Imaginem que legislador faz uma lei que obriga administração a praticar actos desconformes com o interesse público. Aí não se trata de um caso de desvio de poder. Não há ilegalidade da actuação porque a administração está só a cumprir a lei. E a lei ela própria que está a lesar o interesse publico, definido na constituição material e o que haverá nesse caso e responsabilidade civil por pratica de acto legislativo ou eventualmente uma situação de inconstitucionalidade normativa, podendo ser suscitada perante qualquer tribunal comum ou em último caso perante tribunal constitucional.

Em suma, a questão do fim da autuação da administração e relevante para efeitos do exercício de poderes discricionários. Quando haja diferença entre fim real e legal, então há desvio de poder. Vocês por vezes são levados a pensar “ bom, o desvio de poder acontece quando há a prossecução de um interesse particular. Mas este raciocínio não e correcto d o ponto de vista dogmático, porque tanto pode haver desvio de poder quando de prosseguem interesses particulares diferentes do interesse publico como quando se prosseguem interesses públicos diferentes do interesse também publico que presidiu a concessão de poderes discricionários. Imaginem a situação em lei concede poderes de polícia a entidades públicas como a ASAE e esta usa-os não para acautelar a higiene e segurança alimentar mas para arrecadar receita. Nesta situação haveria desvio de poder, mas prosseguir um interesse público diferente do que presidiu a concessão de poderes, o interesse de arrecadar receitas. Assim, desvio de poder tanto pode acontecer quando se prossiga um interesse particular ou quando se prossiga uma interesse publico distinto do que presidiu a concessão de poderes discricionários.

Falo também uma prevenção, claro que quando se prossegue um interesse público também se pode estar prosseguir um interesse privado, aliás ate e bom que assim seja, porque num estado de direito democrático vigora o princípio da maioria. Quer isto dizer que quando se prosseguem interesses publico também se estarão a prosseguir interesses privados que estão associados a esse interesse público. O que interessa saber é se os interesses são predominantemente públicos ou privados. A este propósito há alguma divergência minha em relação à orientação maioritária da jurisprudência e da orientação tradicional do professor Marcelo Caetano, que acabou por ser transposta para a dita jurisprudência maioritária. Esse entendimento diz que nestes casos em, que há concurso de interesses. Imaginem que administração pratico certo acto prosseguindo interesse publico mas também interesse particulares ou

públicos distintos do originário. Imaginem o caso em que um presidente de câmara manda construir uma ponte por saber estão eleições à porta e que com essa obra beneficiará em termos de resultados eleitorais. O professor Marcelo Caetano, à luz do artigo 19º da Lei orgânica do supremo tribunal administrativo, entende que só haverá desvio de poder quando o interesse público diferente do originário ou interesse particular for determinantes para a tomada de decisão. Portanto, se houver vários interesses públicos que tiverem presidido a tomada de decisão o que importa definir são os interesses determinantes. Se o interesse determinante ainda tiver sido aquele que foi determinado pelo legislador, então os tribunais dizem que não há desvio de poder. Eu tenho algumas dúvidas sobre se esta solução não será inconstitucional na medida em que estamos num estado de dt democrático (art. 2º crp) estando a administração vinculada a crp e lei e portanto se ela está a prosseguir ainda que em mero concurso de fins distintos do interesse público, não sei se não estaremos a violar o princípio da prossecução do interesse público e da legalidade. Assim, de acordo com a jurisprudência, se o interesse determinante for o que presidiu a concessão de poderes discricionários, então não há desvio de poder. Esta é uma daquelas matérias, em que mais facilmente ganha importância a produção de prova em tribunal administrativo. Tem de ser o particular a fazer prova daquilo que diz (testemunhas documentos), para que o juiz fique convencido de que o que quis, por exemplo o presidente de câmara foi ser eleito e não beneficiar a população. Este exercício de prova é muito complexo em tribunal.

Refiro ainda a propósito da diferença entre interesses públicos e particulares outro entendimento que me parece curioso e que também rejeito. É também de MARCELO CAETANO e foi seguido mais tarde pela jurisprudência administrativa. Entende-se que quando haja prossecução de outro interesse público que não o principal, basta haver demonstração de mera negligência por parte do titular do cargo público. Portanto só quando haja um acto praticado para prosseguir um fim público distinto, basta que tenha havido um erro na interpretação de dt para haver DESVIO DE PODER, mas quando haja a pratica de uma acto para prosseguir interesses particulares, então aí é preciso a demonstração da existência de dolo por parte do titular do órgão que pratica o acto. Como devem compreender é muito mais difícil demonstrar a existência de dolo do que a de negligência. MARCELO CAETANO defendia esse entendimento e seguido pela esmagadora maioria dos tribunais administrativos. Ou seja, quando seja praticado um acto discricionário da administração, para haver DESVIO DE PODER é preciso demonstrar que a administração agiu com a intenção (directa Necessária ou eventual) de beneficiar um interesse particular. Não basta que ele tenha errado na interpretação, porque esse problema é alias complexo, a própria lei não diz “ eu estou a dar poderes discricionário porque quero promover estes valores”. Há casos em isso sucede, mas geralmente a

extracção do fim do poderes discricionário faz-se da conjugação de vários preceitos legais. Isto não está positivado (salvo raras excepções).

Portanto há aqui uma certa divergência, que confesso ter dificuldades em aceitar, dado que me parece que do ponto de vista da ilicitude é mais grave que se prossiga um interesse privado do que um interesse público distinto do que originou a concessão de poderes discricionário. E por isso porque é que se há-de ser mais exigente para se provar algo mais que do ponto de vista da ilicitude grave ao invés de outra situação em que também a administração não prosseguiu interesse público fixado pelo legislador, mas só não o fez por estar a prosseguir outro interesse que também era público.

Outra referência em matéria de DESVIO DE PODER que é a de saber qual é a consequência dessa ilegalidade? Se virem o artigo 133, este prevê uma regra de taxatividade (aberta a outras situações) de situações e aí não encontram o desvio de poder, então sabem que esses actos, em regra são anuláveis (135 cpa) regimes regra. No entanto alguma doutrina (Mário Esteves de Oliveira de Coimbra) defende que alguns actos que estão viciados de DESVIO DE PODER devem ser culminado de nulidade. Esses actos serão o actos que prossigam interesses particulares. Para este professor, como o grau de ilicitude é maior (como atrás referi), então o desvalor associado também o será (133/2 d cpa), porque a o desrespeito por um dt fundamental do administrado, o direito de ver a administração a prosseguir o interesse público. Este entendimento não encontra grande apoio da jurisprudência administrativa, mas que eu tendo a partilhar.

Posto isto, vamos falar sobre a forma da actuação administrativa porque como já vimos no semestre anterior, num sistema de controlo como o nosso, em que só se controla a legalidade, o cumprimento de formalidade do procedimento obviamente que é essencial para o próprio controlo da actuação administrativa. E para que servem as formalidades? Estas servem para dois objectivos que podem ser antagónicos mas complementares. Devem por um lado para garantir que é prosseguido interesse público e em segundo para garantir os dts e garantias dos administrados. Porque se houver formalidades tipificadas na lei o administrado sabe que só são adoptados actos / condutas administrativas fundadas na lei e se alguma delas for desrespeitada, o administrado pode arguir a ilegalidade dessa actuação. Por outro lado se houver várias formalidades para o cumprimento da actuação administrativa também há essa vantagem dado que podemos em momento específicos do procedimento ponderar se o interesse público está ou não a ser prosseguido. A fundamentação é uma formalidade

essencial para que o administrado conheça as razões da actuação administrativa, quer para que a administração no seu seio possa controlar a legalidade da actuação, porque o superior ao olhar para fundamentação pode verificar se a lei está ou não ser cumprida e até substituir ou modificar a actuação do seu subordinado. Quanto as formalidades, em regra todas as formalidades que se encontrem previstas por lei são formalidades essenciais. A sua essencialidade pressupõe que a sua preterição implica a invalidade do acto administrativo. Portanto sempre que a lei preveja uma formalidade ela deve ser considerada essencial e sendo ela considerado essencial a sua preterição deve acarretar a invalidade do acto administrativo. Há aqui várias excepções mas vamos começar pelas seguintes. Pode-se distinguir formalidades prévias ao acto e formalidades contemporâneas ao acto e formalidades posteriores ao acto. Vamos tentar dar exemplos. Formalidade prévia ao acto (a audiência previa - 100 cpa) aqui antes de tomar a decisão há uma formalidade que deve ser acautelada. Formalidade contemporânea ao acto (a redução a escrito do próprio acto administrativo 122 cpa) formalidade posterior à adopção do acto (a notificação do acto 66 cpa). Estava-vos a dizer que em regra a preterição de uma formalidade essencial acarreta a invalidade do acto administrativo (tanto pode gerar anulabilidade como nulidade). Mais tarde vamos ver qual delas geram nulidade ou anulabilidade. De qualquer forma, quando estamos a falar de formalidade posteriores a adopção do acto já não podemos dizer que a preterição de uma formalidade gera a invalidade, porque decisão já esta tomada, só falta a execução do acto, através de operações materiais. Portanto essa formalidade posterior ao acto nestes casos não gera invalidade, gerando antes a ineficácia do acto. O acto é valido só que enquanto não for notificado ele não produz efeitos jurídicos.

As formalidades também podem ser insupríveis como supríveis, ou seja se administração não cumprir uma formalidade e mais tarde a quiser cumprir, em regra poderá fazê-lo, portanto em regra as formalidades são supríveis, podendo administração corrigir a preterição de uma formalidade. No caso das formalidades insupríveis, estas existem nos casos em que a lei fixa um momento processual a partir do qual essa formalidade já não pode ser cumprida (lembrem-se do caso da audiência previa. Esta tem de acontecer antes da tomada de decisão, não faz sentido que administração depois de tomar decisão ouça o administrado. Estaremos numa situação de formalidade insuprível.

Só será suprível se no momento em que administração quer cumprir a formalidade ela ainda seja possível de cumprir à luz da lei.

Outra questão ainda. Todas as formalidades previstas em lei, em regra são essenciais, mas há aqui algumas excepções. Imaginem que lei fixa uma formalidade, mas diz que não é essencial, então a formalidade é acessória ou não essencial. Uma

outra situação e a de que a formalidade visa simplesmente acautelar o bom funcionamento do serviço administrativo. São formalidades que não visam acautelar os direitos dos administrados mas antes o bom funcionamento dos serviços inter-administrativos. Imaginem uma formalidade que obrigue os vários funcionários a comunicar as decisões administrativas ao seu superior. Não há aqui por si só a existência de uma protecção dos direitos dos administrado mas antes uma melhor controlo da actividade administrativa por parte do superior. Essas não serão formalidades essenciais.

O direito administrativo foi muito concebido em volta da escola de Lisboa e sobretudo em torno do professor Marcelo Caetano e até a revisão constitucional de 97 que vem introduzir uma revolução no dt administrativo, a maior parte dos tribunais administrativos ainda citavam muitas das teses de Marcelo Caetano, geralmente em defesa do interesse público e em detrimento das garantias dos administrados. Também ainda hoje à luz das teses de Marcelo Caetano, a jurisprudência administrativa trata que quando a preterição de formalidade não tenha prejudicado o interesse público considera-se que essa formalidade não é essencial.

A meu ver de forma escandalosa alguma jurisprudência até diz que a preterição do direito de audiência previa não origina a preterição de uma formalidade essencial porque ainda que tenha sido preterido o direito de audiência previa o interesse público foi prosseguido pela administração e eu acho sinceramente que este tipo de entendimento é de rejeitar porque mitiga os direitos dos administrados e porque tende a desconsiderar algumas das formalidades enquanto direitos fundamentais. (ver artigo do professor.) mas parece-me que o dt. de audiência previa deve ser configurado como um verdadeiro direito fundamental do administrado o que só por si já geraria a nulidade do próprio acto administrativo independentemente de ele ser uma formalidade, por força da alínea d do 133/2 CPA. Mas de qualquer das formas, a meu ver de forma inadequada a jurisprudência tem adoptado este entendimento.

Pode haver a preterição de formalidades que se mesmo assim se provar que o interesse público foi prosseguido então essa formalidade é dispensável, bom tenho muitas dúvidas para não dizer que discordo.

Vamos ver então manifestações específicas de formalidades impostas pelos CPA. Uma das formalidades mais visíveis é o dever de fundamentação por parte da administração e o respectivo direito à fundamentação. Vamos ver quais são as funções do dever de fundamentação. Quais são os interesses protegidos (124 CPA) os

principais interesses são: por um lado a sustentação por parte do próprio administrador do interesse público prosseguido pela actividade administrativo, ou seja, através da fundamentação há quase que uma autoridade ética da administração que faz prova de que esta a prosseguir o interesse público, fixado pelo legislador constituinte e ordinário. E através da fundamentação que se prova que administração prossegue ou não o interesse publico. Para além disso, em segundo lugar, nós encontramos também a promoção da susceptibilidade de autocontrolo e de hetero controlo da legalidade da actuação administrativa. Se administração fundamentar o acto é mais fácil de se ver se está ou não a cumprir a lei. Os superiores (ou quem, exerça tutela ou superintendência) podem comprovar no seio na própria administração se lei e ou não respeitada e o próprio particular pode verificar se está a ser respeitado o princípio da legalidade, e se assim não for, pode interpor reclamação ou recurso ou acção contenciosa.

Estas são no fundo as duas principais funções do dever fundamentação. Reparem bem, o que é isto de dever de fundamentação? Temos de ver qual o grau de densificação da fundamentação, que pressupõe a indicação dos motivos de facto e direito que conduziram a tomada de decisão. Mas qual é o grau? Há duas possibilidades de interpretação da densidade. Ou se exige uma cognoscibilidade subjectiva (a fundamentação tem de estar adaptada a cada uma dos administrados que é destinatário da fundamentação. Uma fundamentação para um doutor em direito a fundamentação pode ser menos extensa ou mais técnica; se administrado for pessoa comum então dever de fundamentação deve ser mais extenso mas menos técnico)

A cognoscibilidade do homem médio, que deve ser nesta sede (de dever de fundamentação o adoptado). Quando se fala do homem médio não se esta a tratar de um homem mediano, mas antes de um homem diligente. Portanto a fundamentação não tem de ser exaustiva nem técnica.

Entramos agora num ponto complicado a doutrina (que está de acordo com o entendimento do professor vieira de Andrade) que entende que quanto ao dever de fundamentação se pode fazer uma distinção entre núcleo essencial e garantia acessória de dever de fundamentação. Este entendimento foi recentemente sufragado por tribunal constitucional que aderiu a posição do professor vieira de Andrade que defende que não existe um direito fundamental de dever de fundamentação mas antes um direito a que a administração demonstre que o interesse público foi prosseguido. A perspectiva é esta, é que do dever de fundamentação resulta apenas um dever de mera contextualização do motivos de facto e de direito que presidiram a tomada de decisão mas que no fundo não se esta a proteger através do dever de fundamentação direitos acessórios do administrado como por exemplo o direito a impugnação contenciosa.

Para Vieira da Andrade o dever de fundamentação não visa acautelar os direitos dos administrados mas antes a prossecução do interesse público e como tal então faz-se uma cisão entre o núcleo essencial do dever de fundamentação (que é a demonstração que esta a ser prosseguido o interesse público) e a garantia acessória do dever de fundamentação (que é esclarecer o administrado dos motivos que levaram a decisão). Isso faz com que se classifique o dever de fundamentação como um direito análogo ao fundamental apesar de ele estar expressamente consagrado no artigo 268/3 crp. E a meu ver de uma forma completamente ao arripio do artigo 124 CPa. Vamos lá ver. Se vocês virem os casos em que o legislador ordinário estabeleceu o dever de fundamentação estão aí previstos sete casos em que as decisões são desfavoráveis aos administrados, precisamente (para mim) porque o dever de fundamentação visa primordialmente permitir ao administrado aferir quais são só motivos da tomada de decisão por que de outro forma estar-se a beneficiar o interesse público em detrimento das garantias dos administrados e num estado de dt democrático (como é o nosso) e onde vigora o princípio da dignidade humana o administrado não pode ser tratado como um mero objecto da administração, tendo antes de ser tratado como um sujeito da actuação administrativa e por isso ele tem de saber quais são os motivos que levaram a administração a proceder de certa forma, através precisamente de fundamentação e por isso tenho muitas dúvidas quanto a essa concessão do dever de fundamentação até porque vem previsto na crp nomeadamente no que diz respeito ao estado de dt democrático e princípio da dignidade humana.

E portanto indo ao artigo 124 do cpa . se a posição do professor Vieira da Andrade estivesse correcta então teria apoio total na lei e todos os actos deveriam ser alvo de fundamentação , para se assegurar a boa prossecução do interesse público e não só as decisões lesivas do dt's dos particulares. E não é essa a opção do legislador ordinário - ver artigo 124.

Só mesmo para terminar, temos de tentar perceber qual a extensão do dever de fundamentação. Tanto pode ser adequada como simplesmente pode haver falta de fundamentação. Reparem, tanto pode haver uma falta absoluta de fundamentação (sem se referirem os motivos de dt e facto que conduziram a decisão) como pode haver uma fundamentação obscura, incoerente, ou insuficiente, sendo ele equiparada à ausência absoluta de fundamentação (é isso que resulta do artigo 125/2 CPa) . Basta que haja uma fundamentação deficiente para que consequência seja idêntica à da falta total de fundamentação. Portanto a fundamentação tanto pode ser adequado (e para sê-lo - 125/1 - ela tem de ser expressa e não tacita, ou seja, tem de ser reduzida a escrito e tem de ser clara coerente e tem de ser suficiente (não quer dizer que tenha de ser esgotante exaustiva), ela tem de ser apenas compreensível pelo administrado médio. Ela também pode ser completamente inexistente ou então haver uma

desadequação da fundamentação (quando ela é obscura, contraditória etc. ...) e nesses casos também à falta de fundamentação - 125cpa-. Quanto ao vício de falta de fundamentação, deixo para Prof. Paulo Otero. Regra geral tende-se a sancionar a falta de fundamentação com anulabilidade, sendo que eu discordo deste entendimento (novamente consultar artigo do senhor), dado que penso que há uma diferença fundamental da fundamentação e que quando pelo menos há uma absoluta falta de fundamentação então deve ser a decisão nula (133/2 d)

Só mais uma questão. É que a fundamentação expressa não pressupõe que o próprio acto administrativo corporiza ou reproduza os fundamentos da decisão. Também existe fundamentação quando haja remissão para estudos preparatórios, para projecto de decisão que seja elaborado pelo subordinado do titular que decide ou para pareceres que constem do procedimento administrativo. (o próprio artigo 125 acautela esta situação)

Aula nº 12

19/04/2010

Formas de invalidade ou desvalores jurídicos da actividade administrativa:

Anulabilidade - a anulabilidade é a regra geral, é o desvalor jurídico regra no direito português, na falta de preceito em sentido contrario a invalidade da actuação administrativa reconduz-se à anulabilidade, este principio vem formulado no artº 135 do C.P.A.

"Artigo 135.º CPA

Actos anuláveis

São anuláveis os actos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou normas jurídicas aplicáveis para cuja violação se não preveja outra sanção."

A Primeira questão consiste em saber se o artº 135 é aplicável às outras fontes da actuação administrativa para além do acto, isto é qual é o regime das invalidades do regulamento e do contrato.

Em matéria de regulamentos nós temos uma certeza, a norma regulamentar pode ser impugnada a qualquer instante, não há um prazo para se consolidar na ordem jurídica, a todo o tempo é passível de ser impugnada uma norma regulamentar.

As decisões dos tribunais em matéria regulamentar, quando verificam a ilegalidade, podendo proceder à declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, em princípio têm eficácia retroactiva e determinam a reprivatização da norma que tinha sido revogada por aquela que foi declarada ilegal, nos termos do art. 76º do CPTA.

“Artigo 76.º do CPTA

Efeitos da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral

1 - A declaração com força obrigatória geral da ilegalidade de uma norma, nos termos previstos neste Código, produz efeitos desde a data da emissão da norma e determina a reprivatização das normas que ela haja revogado.

2 - O tribunal pode, no entanto, determinar que os efeitos da decisão se produzam apenas a partir da data do trânsito em julgado da sentença quando razões de segurança jurídica, de equidade ou de interesse público de excepcional relevo, devidamente fundamentadas, o justifiquem.

3 - A retroactividade da declaração de ilegalidade não afecta os casos julgados nem os actos administrativos que entretanto se tenham tornado inimpugnáveis, salvo decisão em contrário do tribunal, quando a norma respeite a matéria sancionatória e seja de conteúdo menos favorável ao particular.”

Todavia aqui tal como em matéria da constituição o Tribunal pode, por razões de interesse público de excepcional relevo de equidade ou de segurança, restringir os efeitos retroactivos da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral. Princípio geral – n.º 3 art. 76 do CPTA.

Estamos aqui perante um princípio *“sui generis”* pois apesar da possibilidade de serem impugnados a todo o tempo e apesar de a retroactividade ser o princípio geral as excepções fazem com que na realidade não seja sempre retroactiva a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral. Estamos aqui perante uma figura que nem é a anulabilidade, nem é a nulidade, nem a inexistência jurídica ao invés do que sucede nos contratos administrativos onde vigora o princípio geral da anulabilidade.

A segunda questão consiste em saber se isto é algo de diferente em relação ao que se passa no direito privado, a solução do direito privado é a inversa, a regra geral no direito privado é que o negócio jurídico contrário à lei é nulo.

O que caracteriza a anulabilidade, regime da anulabilidade:

- Presunção da legalidade – os actos anuláveis gozam da presunção de que são válidos, os actos anuláveis gozam da presunção de que são conformes à legalidade, o particular deve acatar o acto anulável, a presunção de legalidade pode ser ilidida pelo Tribunal ou pelos órgãos da administração, não o particular. Os actos anuláveis são actos eficazes, são actos que produzem os seus efeitos como se fossem actos válidos, isto significa duas coisas: significa que há dever de obediência, significa que a administração goza de autotutela executiva, isto é, goza de privilégio de execução prévia, por outras palavras, a administração pode recorrer à força se o particular não

acatar voluntariamente o acto. Que mecanismo o particular tem para não cumprir, para não acatar o acto anulável?

Providência cautelar para suspensão da eficácia.

1) Regime de contencioso da anulabilidade:

- a) Existe um prazo para recorrer: prazo geral de três meses e para o Ministério Público um ano, significa isto que se o particular ao fim de três meses não impugnar o acto, este consolida-se na ordem jurídica, ao fim dos prazos de impugnação, nem que o acto diga que o quadrado é redondo, vale o que diz o acto, consolida-se na ordem jurídica.
- b) Especialidade do foro, isto é o particular se quiser impugnar o acto anulável, só os Tribunais administrativos é que são competentes para conhecer da anulabilidade (em matéria de nulidade qualquer Tribunal pode conhecer a título incidental, mas a título principal só os Tribunais administrativos).
- c) Poderes de cognição do Juiz - o juiz só conhece dos vícios que lhe sejam apontados pelas partes ou pelo Ministério Público
- d) A sentença tem natureza constitutiva, a sentença pela qual um juiz anula um acto traduz uma inovação na ordem jurídica, porque o acto que tinha a presunção de legalidade, passa agora a ter a certeza que não é legal mas é ilegal, não é válido mas é inválido.

2) Possibilidade de sanção da anulabilidade:

- a) Pode-se sanar-se pela vontade administrativa, o princípio geral é o da reposição da legalidade, quem pratica o acto anulável, tem o poder e o dever de o revogar ou modificar no sentido de ele passar a ser um acto válido. É o dever de repor a legalidade
- b) Pode sanar-se pelo decurso do tempo - o princípio geral é se o acto não for impugnado no prazo legal, o princípio da segurança e da protecção da confiança, determina isto que precludido o prazo da impugnação tudo se passa a partir daí como se o acto fosse um acto válido. Aqui levanta-se uma questão teórica muito interessante: qual é a natureza do acto após a preclusão do prazo para a impugnação contenciosa? Sobre esta matéria há no essencial duas teses: uma que diz que o acto passa a ser um acto válido, outra (que iremos adoptar) que diz que os Tribunais deixaram de poder controlar a sua legalidade, ou seja o acto não é transformado de inválido em válido pelo decurso do tempo, o que se passa é que os Tribunais têm as portas fechadas para poder conhecer deste acto. Significa isto que verdadeiramente o que se passa é a impossibilidade do poder judicial se imiscuir no conhecimento da validade desta decisão administrativa. O acto permanece inválido mas consolidado na ordem jurídica. Isto é torna-se um acto firme, no sentido em que não é abalável nem por

decisão judicial, nem por decisão administrativa. Há aqui o peso da segurança, o peso da tutela da confiança que permitem no fundo inverter a legalidade.

Nulidade

A nulidade assenta num regime diferente, que é o seguinte:

- 1) O acto nulo não produz efeitos, não tem presunção de legalidade, não goza de privilégio de execução prévia ou de autotutela executiva.
- 2) A nulidade é insanável, Nada pode sanar, nada pode fazer converter um acto que é nulo num acto válido.
- 3) Há uma competência geral de controlo, isto é, todos os órgãos administrativos têm o poder e o dever de controlar a nulidade, é o que diz o art. 134º do CPA

“Artigo 134.º

Regime da nulidade

1 - O acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade.

2 - A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada, também a todo o tempo, por qualquer órgão administrativo ou por qualquer tribunal.

3 - O disposto nos números anteriores não prejudica a possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, por força do simples decurso do tempo, de harmonia com os princípios gerais de direito.”

O n.º 2 do art. 134º do CPA na parte em que diz que pode ser declarada a todo o tempo por qualquer órgão administrativo deve ser objecto de uma interpretação restritiva quando diz qualquer órgão administrativo, é importante que o órgão que declare a nulidade não esteja numa posição subalterna relativamente ao órgão que foi autor do acto. O subalterno não pode declarar a nulidade de um acto do superior hierárquico, o director geral não pode dizer que o acto do ministro é nulo por consequência não o cumpro, ou seja o art. 134º do CPA n.º 2 na parte em que diz que pode ser declarada a todo o tempo por qualquer órgão administrativo tem que ser interpretado de acordo com as regras de organização administrativa. Uma câmara municipal não pode declarar a nulidade de um acto do governo, o governo regional dos açores não pode declarar a nulidade de um acto do governo da república, questão curiosa é saber se o contrário é possível, se o órgão que tem um âmbito mais amplo do exercício de poderes, pode ou não declarar essa nulidade, na opinião do prof. Paulo Otero pode, porque o governo nos termos do art. 199º al.f) da CRP goza da competência para a defesa da legalidade democrática, o que faz do governo guardião do estado de jurisdição, o governo pode declarar a nulidade dos actos das outras entidades, mas as outras entidade administrativas não podem declarar a nulidade dos actos do governo.

Ausência do dever de obediência – se o acto é nulo não há o dever de obedecer, nem sequer o subalterno deve obedecer à ordem nula do superior, todavia deve exercer o direito de respeitosa representação.

Existe direito de resistência – os actos nulos criam direito de resistência, aos particulares não pode ser obrigado o acatamento de um acto nulo, sobretudo se o acto nulo for violador de posições jurídicas subjectivas.

Isto na teoria é assim que se passa mas na prática a administração tem os meios que pode fazer impor pela força a nulidade do acto, é a chamada via de facto, e contra isso o particular tem apenas a resistência passiva, se vão lá os bulldozers da câmara, está lá a GNR que expulsa as pessoas, ainda que o acto que manda destruir as habitações seja nulo, obviamente que contra a força da administração os particulares só poderão recorrer a Tribunal. Aqui existem duas hipóteses ou a administração passa à execução do acto pensando que ele é valido quando na realidade ele é nulo, a administração está em erro de direito, ou administração pode até passar à execução sem ter título ainda é uma situação mais grave mas quanto à qual o particular apenas tem os meios de resistência passiva, ou de pedir a suspensão judicial de eficácia do acto.

Regime contencioso para os actos nulos

- a) Ausência de prazo de impugnação – o particular pode impugnar o acto nulo a qualquer momento, esta é a teoria, a prática aconselha que o particular tenha cautela e utilize os três meses, não venha o Tribunal entender, como acontece muitas vezes, que o acto não é nulo mas é anulável, e neste caso se o particular não utilizou o meio dentro dos três meses a acção é considerada improcedente, como acontece inúmeras vezes.
- b) Ausência de especialidade do foro na impugnação a título incidental – qualquer Tribunal pode a título incidental conhecer da nulidade de um acto administrativo.
- c) Poderes de cognição do juiz – o juiz não está limitado pela invocação das partes
- d) Natureza da sentença – a sentença tem natureza declarativa – uma vez que a nulidade não produz efeitos, a sentença que atesta a nulidade também não introduz nenhuma alteração na ordem jurídica, limita-se a certificar essa mesma nulidade.

Âmbito da operatividade da nulidade, quais os actos anuláveis.

O princípio tradicional é que a nulidade só existia nos caso expressamente previstos na lei, o que significa que ou havia lei a prever a nulidade ou no silêncio da lei o acto não era nulo, o acto era meramente anulável, o CPA veio no art. 133º introduzir duas pequenas grandes alterações: a primeira é que o elenco do n.º 2 do art.

133º do CPA é meramente exemplificativo “são designadamente actos nulos ...” este elenco não é fechado; segunda alteração o n.º 1 do art. 133º vêm criar uma clausula também ela aberta dizendo que “são nulos os actos a que falte algum dos elementos essenciais...” a grande questão consiste em saber quais são os elementos essenciais.

“Artigo 133.º

Actos nulos

1 - São nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade.

2 - São, designadamente, actos nulos:

a) Os actos viciados de usurpação de poder;

b) Os actos estranhos às atribuições dos ministérios ou das pessoas colectivas referidas no artigo 2.º em que o seu autor se integre;

c) Os actos cujo objecto seja impossível, ininteligível ou constitua um crime;

d) Os actos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental;

e) Os actos praticados sob coacção;

f) Os actos que careçam em absoluto de forma legal;

g) As deliberações de órgãos colegiais que forem tomadas tumultuosamente ou com inobservância do quórum ou da maioria legalmente exigidos;

h) Os actos que ofendam os casos julgados;

i) Os actos consequentes de actos administrativos anteriormente anulados ou revogados, desde que não haja contra-interessados com interesse legítimo na manutenção do acto consequente.”

Por outro lado existem mais dois aspectos que interessam abordar: o primeiro é saber se será admissível à luz da unidade da ordem jurídica que um acto que viole bens tutelados pela constituição e que não exista expressamente culminada com o desvalor jurídico da nulidade, esse acto administrativo que viola bens tutelados pela constituição possa ter como desvalor jurídico apenas regra a anulabilidade; ou se pelo contrário não deverá ter como desvalor jurídico a nulidade? Será admissível que um acto que viola bens tutelados pela constituição se possa consolidar na ordem jurídica no prazo de um ano se ninguém o impugnar? Ou será que este acto que é inconstitucional deve ter como desvalor jurídico a nulidade?

Uma segunda questão é uma questão das mais complicadas do direito: o art. 134º n.º 3 do CPA vem criar uma excepção ao princípio segundo o qual os actos nulos não produzem efeitos, o tempo o decurso do tempo pode ter o efeito de justificar o reconhecimento de certos efeitos de facto a actos nulos. Ou seja quando nós dizemos o acto nulo nunca produz efeitos, esta é uma regra, mas que admite excepções como esta que consta do art. 134º n.º 3 do CPA, a tutela da segurança jurídica e da confiança justifica que se possa reconhecer efeitos a actos nulos. É o que se chama a **prescrição aquisitiva**.

“Artigo 134.º

....

3 - O disposto nos números anteriores não prejudica a possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, por força do simples decurso do tempo, de harmonia com os princípios gerais de direito.”

O tempo em direito administrativo pode ter um efeito extintivo no caso de actos anuláveis que se consolidam na ordem jurídica o particular não impugnou no prazo de três meses perde o direito; ou o tempo pode ter um efeito de aquisição de posições jurídicas, o decurso do tempo pode em relação a actos nulos que nunca produziram efeitos vir a reconhecer todavia efeitos (exemplo: o funcionário público que durante 20 ou 30 anos exerceu funções e vem-se a descobrir que o acto de nomeação era um acto invalido, era um acto nulo, será que ele deve restituir todos os vencimentos que recebeu ao longo de 20 ou 30 anos? será que não terá ao fim desse tempo todo direito a uma reforma? será que os actos administrativos que praticou são também todos nulos? Por exemplo se foi professor, todos os actos em que aprovou ou reprovou alunos ao longo dos anos são inutilizados ou destruídos? A segurança jurídica, tutela da confiança só poder impor esta solução, mesmo que não existisse o art. 134º n.º 3 do CPA, ele é um afloramento de um princípio geral do direito o que conjuga o tempo com a segurança jurídica e a tutela da confiança, o art. 134, n.º 3 é um artigo meramente declarativo não introduz nenhuma inovação na ordem jurídica.

Inexistência Jurídica

Existe a inexistência jurídica? Será possível criar uma outra forma de desvalor jurídico mais gravosa que a nulidade? Ou será que a nulidade absorve a figura da inexistência tornado inútil essa figura?

A inexistência jurídica - deve ser reconhecida a relevância da inexistência como desvalor jurídico, a inexistência ocorre em todas as decisões administrativas a que falte **um mínimo de identificabilidade como decisões administrativas** (por exemplo num jantar de homenagem ao presidente da câmara promovido pelos vereadores é aprovado no restaurante X a deliberação Y, é um caso de inexistência, porque nem sequer há a aparência de prática de um acto administrativo); ou segunda hipótese são caso em que as **decisões comportem gravíssimas violações materiais da jurisdição** relativamente às quais se pode admitir em caso algum que o decurso do tempo e a tutela da confiança e segurança jurídica possa reconhecer efeitos; ou aplicação administrativa de leis inexistentes, se um órgão da administração aplica uma lei que não foi promulgada ou uma lei que não foi objecto de referenda, o acto administrativo ou regulamento que aplica essa lei inexistente só pode ser também ele inexistente. O próprio CPA acolhe implicitamente a inexistência jurídica no art. 139º n.º 1, al.a).

“Artigo 139.º

Actos insusceptíveis de revogação

1 - Não são susceptíveis de revogação:

a) Os actos nulos ou inexistentes;

.....”

Regime Jurídico da inexistência:

- a) Aplicabilidade à inexistência do regime da nulidade, obviamente a inexistência não pode ter um regime mais favorável que o da nulidade, se é um desvalor jurídico mais grave nunca poderia ter um regime jurídico mais favorável.
- b) Excepção: em princípio não é possível a prescrição aquisitiva (art. 134 n.º 3) ou a uso campeão em relação a efeitos de actos inexistentes.

Inexistência originária – o protagonista do acto inexistente é a administração

Inexistência derivada ou consequente – o protagonista é o legislador – se a administração aplica uma lei que não foi promulgada ou referendada, a administração quando muito foi negligente de um dever, se é que há um dever de os órgãos administrativos verificarem se a lei foi promulgada ou referendada, nestes casos de inexistência derivada ou consequente é admissível a tutela da segurança jurídica e a tutela da confiança com o decurso do tempo aplicando-se a solução do art. 134º n.º 3, principalmente se se exigir a boa fé de terceiro, que culpa têm o particular ao fim de 20 ou 30 anos que a lei que dava competência a quem o nomeou não tenha sido promulgada (exemplo: a primeira versão da lei orgânica do Tribunal Constitucional que é de 1982, que foi publicada no D.R. não foi referendada; durante a vigência da constituição de 33 havia o costume de todos os D.L. não serem objecto de referenda a promulgação do presidente da república, o entendimento era este: se já lá estava a assinatura do presidente o conselho de ministros para que é que havia de novo o diploma vir a são bento, e esta prática passo para a constituição de 76 a 82, se verificarem entre 76 e 82 a esmagadora maioria dos D.L. a promulgação presidencial não foi objecto de referenda ministerial, o que significaria que a aplicação desses diplomas estaria ferida de inexistência jurídica, por acaso um deles era o antigo estatuto da docência universitária.

Procedimentos dos regulamentos

Titularidade da competência regulamentar – quem é competente para emanar regulamentos?

Entidades competentes para emanar regulamentos pela constituição:

- 1) O governo a dois níveis:
 - Competência regulamentar de execução das leis – art. 199º al.c) da CRP
 - Competência regulamentar independente – art. 199º al.g) da CPR (regulamentos directamente fundados na constituição)
- 2) Regiões autónomas – art. 227 n.º 1 al.d) as regiões autónomas têm dois tipos de competência regulamentar:

- a) Competência regulamentar dos decretos legislativos regionais (exclusiva)
 - b) Competência regulamentar das leis da república se as leis da república não reservarem para o governo da república esse poder regulamentar.
 - c) Competência regulamentar exclusiva do governo regional quanto à sua organização e funcionamento.
- 3) As autarquias locais:
- a) Competência regulamentar municipal
 - b) Competência Municipal paroquial ou das freguesias
- 4) Universidades públicas - art. 76º n.º 2 da CRP
- 5) Associações públicas

Não é possível conferir por lei a outras entidades a competência regulamentar que resulta da constituição.

Nesta matéria têm poder regulamentar fixada na lei as entidades da administração indirecta e as entidades da administração autónoma.

Existe também competência regulamentar proveniente do costume, o superior hierárquico tem sempre competência regulamentar em matérias conferidas ao subalterno, mesmo no silêncio da lei pode emitir instruções ou circulares, todos os órgãos têm poder de auto-organização administrativa, é também um poder inerente que resulta de uma base consuetudinária.

Aula nº 13

21/04/2010

PROCEDIMENTO REGULAMENTAR

Tínhamos analisado na aula passada a titularidade do poder regulamentar, quem tem competência regulamentar, e vamos agora analisar as formalidades e formas dos regulamentos.

Quanto à especificidade do procedimento dos regulamentos sublinharia que os regulamentos podem ser desencadeados por iniciativa dos particulares, os administrados, os interessados podem ter iniciativa no desencadear do procedimento para a feitura de um Regulamento.

Naturalmente que podem existir casos de audiência dos interessados, p.e. o Regulamento que diga respeito à execução do Estatuto da Ordem dos Advogados, pois bem envolve obrigatoriamente a audiência da Ordem dos Advogados ou existindo uma outra instituição representativa dos advogados. O Regulamento que diga respeito às Associações de Estudantes envolve a obrigatoriedade de audição das entidades, das estruturas representativas desses cidadãos. Mas pode suceder que o Regulamento diga respeito não a um conjunto determinado mas a um conjunto indeterminável ou de difícil determinação de destinatários. Nesses casos, existe a apreciação pública, é aquilo que sucede nos Planos Directores Municipais, nos PDM's, não há audiência dos interessados, há uma outra forma de participação que é a **apreciação pública**.

O que é isto da Apreciação Pública? É uma forma de participação dos interessados, mas é uma forma de participação que envolve isto: aquele que é o projecto, não o texto definitivo, o projecto de regulamento é objecto de uma primeira aprovação, eu diria de uma aprovação provisória e é submetido a discussão pública, essa discussão, apreciação pública pode-se fazer de várias maneiras: ou o projecto de regulamento é publicado no boletim autárquico; ou colocado na página da Net do respectivo município; ou nos locais de estilo e podem criarem-se associações representativas de diversos tipos de interesses, p.e. os proprietários das zonas rurais, os proprietários das zonas classificadas como zonas de risco de incêndio ou os proprietários de zonas urbanas, que são zonas de edificação, e as pessoas vão participando, vão dizendo: *"olhe que não parece que esta solução seja a melhor, há aqui uma incongruência, há aqui uma situação que dantes era x e arbitrariamente agora muda para y"*, ou seja, há participação que pode ser tomada em conta pelo órgão decisor quando o diploma volta ao órgão que vai decidir, que vai ter a última palavra e que tem que tomar em

consideração as observações que foram formuladas pelos respectivos interessados. Isto é então uma regra naturalmente também aplicável de feitura dos regulamentos, naturalmente que tudo isto supõe a publicidade dos respectivos regulamentos, a matéria do procedimento da feitura dos regulamentos vem disciplinada no Art.º 114.º e sgts do CPA. Vêm no Art.º 117.º a Audiência dos Interessados, no 118.º a Apreciação Pública.

Artigo 117.º Audiência dos interessados

1. – *Tratando-se de regulamento que imponha deveres, sujeições ou encargos, e quando a isso se não oponham razões de interesse público, as quais serão sempre fundamentadas, o órgão com competência regulamentar deve ouvir, em regra, sobre o respectivo projecto, nos termos definidos em legislação própria, as entidades representativas dos interesses afectados, caso existam.*
2. – *No preâmbulo do regulamento far-se-á menção das entidades ouvidas.*

Artigo 118.º Apreciação pública

1. – *Sem prejuízo do disposto no artigo anterior e quando a natureza da matéria o permita, o órgão competente deve, em regra, nos termos a definir na legislação referida no artigo anterior, submeter a apreciação pública, para recolha de sugestões, o projecto de regulamento, o qual será, para o efeito, publicado na 2.ª série do Diário da República ou no jornal oficial da entidade em causa.*
2. – *Os interessados devem dirigir por escrito as suas sugestões ao órgão com competência regulamentar, dentro do prazo de 30 dias contados da data da publicação do projecto de regulamento.*
3. – *No preâmbulo do regulamento far-se-á menção de que o respectivo projecto foi objecto de apreciação pública, quando tenha sido o caso.*

Qual é a forma que revestem os Regulamentos?

Os Regulamentos podem revestir diversas formas consoante a entidade que os emana. Se forem regulamentos do **Governo** nós temos o **Decreto Regulamentar** como a forma mais solene de Regulamento. Porquê a forma mais solene? Por duas ordens de razões, primeiro porque é um Regulamento que conta com a promulgação por parte do Presidente da República, o P.R. promulga Leis, Dec.-Lei e Decretos Regulamentares, esta é uma primeira razão que lhe dá solenidade, a intervenção do Chefe de Estado. Uma segunda razão é que os Decretos Regulamentares correspondem à forma que revestem os Regulamentos Independentes do Governo, ou seja, os Regulamentos mais importantes, eu diria os Regulamentos que estão mais próximos dos actos legislativos. Mas podem ser **Decretos simples**, podem ser **Resoluções** do Conselho de Ministros, podem ser **Portarias**, podem ser **Despachos Normativos**, podem ser **Despachos simples**. Depois também temos Regulamentos provenientes das Regiões autónomas, estes Regulamentos podem ser **Decretos Legislativos Regionais**, que correspondem à forma que revestem os

Regulamentos das Regiões Autónomas das Leis da República ou podem ser **Decretos Regulamentares Regionais** assim como **Portarias**. Depois existem outras formas de Regulamentos p.e. as **Posturas Municipais** ou os **Estatutos Universitários**, os Estatutos Universitários são uma forma de regulamento, os **Regimentos**, p.e. o Regimento dos Órgãos Colegiais, o Regimento do Conselho Científico ou **Circulares**, normalmente as Circulares são a forma que revestem os Regulamentos Internos dentro da estrutura hierarquizada da Administração Pública.

Um outro ponto para o qual queria chamar a vossa atenção diz respeito às formalidades e à própria (*imperceptível, 07'07''*) dos Regulamentos um segundo ponto diz respeito à cessação de vigência dos Regulamentos, como é que os Regulamentos têm o seu fim, bem, várias hipóteses.

► **Quais são as hipóteses em matéria de cessação de vigência de Regulamentos?**

Primeira hipótese, a **Revogação**, os Regulamentos podem ser objecto de revogação. E o princípio geral é o da livre revogabilidade dos Regulamentos, os Regulamentos podem ser livremente revogáveis, naturalmente que depois se coloca o problema, já vamos ver, de quem é que os pode revogar.

Vamos começar por ver as excepções à livre revogabilidade, quando é que um Regulamento não pode ser livremente revogável.

» **Primeiro**, não é possível revogar um Regulamento se isso torna a Lei não executável, ou seja não é possível o retrocesso na executabilidade de uma Lei. A matéria vem ela disciplinada, em termos gerais, no Art.º 119, n.º 1 do CPA.

Artigo 119.º Regulamentos de execução e revogatórios

1. – *Os regulamentos necessários à execução das leis em vigor não podem ser objecto de revogação global sem que a matéria seja simultaneamente objecto de nova regulamentação.*

2. –

No fundo diz-nos isto, os Regulamentos de Execução não podem ser objecto de revogação simples. Há uma situação análoga no Direito Português, a inconstitucionalidade por omissão traduz-se na não execução, por via legislativa, de normas constitucionais não executáveis por si mesmas, mas se a norma constitucional estava a ser executada pela Lei X, a Lei X não pode ser objecto de uma revogação simples, porque tornaria a norma constitucional que estava a ser executada num retrocesso, isto é, ela voltaria a deixar de estar a ser executada. Vamos imaginar o Art.º 41, n.º 6 da CRP que diz que a objecção de consciência se exerce nos termos da lei, “*é garantido o direito à objecção de consciência nos termos da lei*”, vamos imaginar que objecção de consciência é regulada pela Lei X/2002, essa Lei vem tornar executável o Art.º 41.º, n.º 6, não há por isso inconstitucionalidade por

omissão, mas haveria um retrocesso na implementação da Constituição se a Lei X/2002 fosse revogada por uma outra Lei que tivesse apenas este conteúdo, “*é revogada a Lei X/2002*”. Esta revogação, que é uma revogação simples faria com que a norma da Constituição que estava a ser executada, que no fundo podia ser aplicada porque havia uma Lei, deixasse, a partir desse momento, de ser aplicada, isto é, havia aqui uma marcha atrás na implementação, na aplicação da execução da norma Constitucional. Isto não significa que a Lei de objecção de consciência não possa ser modificada, pode, mas a revogação terá sempre de ser uma revogação substitutiva, aquele regime anterior pode ser modificado por outro o que não pode existir é uma Lei que faça uma revogação simples, isto é, a matéria não pode deixar de estar disciplinada em termos legislativos. Pois é exactamente o que se passa com o Regulamento de Execução. O Regulamento de Execução permite que a Lei venha a ser aplicada, se esse Regulamento de Execução é revogado em termos simples, significa o quê?, que a Lei que estava a ser executada por esse Regulamento deixa de poder ser executada porque deixa de existir Regulamento. Isto não significa que o Regulamento não possa ser revogado, pode. Mas a revogação terá sempre de ser uma revogação substitutiva. É esse o sentido do Art.º 119.º, n.º1 do CPA. Só é possível a revogação acompanhada de uma nova disciplina jurídica da matéria, por outras palavras é proibida a revogação simples de Regulamentos de Execução.

» **Uma segunda proibição de revogação**, obviamente incide sobre os Regulamentos Obrigatórios, se o Regulamento é obrigatório qualquer revogação do Regulamento é ilegal, entenda-se a revogação simples.

E quem é que pode revogar um Regulamento?

Pode revogar um Regulamento o autor do acto, quem praticou o acto pode revogar o mesmo Regulamento, com uma excepção, que é se entretanto o Órgão tiver perdido a competência, p.e. quem é que pode revogar hoje os Regulamentos praticados pelo Conselho de Revolução entre 1976 e 1982, pode ser o Conselho da Revolução? Não, porque o órgão está extinto, temos aqui a hipótese, ou porque a competência foi transferida ou porque o órgão pura e simplesmente desapareceu.

Para além do autor do acto, quem é que pode revogar um Regulamento, pode revogar um terceiro órgão se exercer poderes revogatórios sobre os actos praticados pelo autor do regulamento, p.e. o Ministro poderá sempre revogar um Regulamento feito por um Director-Geral do respectivo Ministério, por outras palavras um superior hierárquico poderá revogar os actos praticados pelos subalternos, tal como as entidades de Tutela em principio podem revogar os actos praticados pela entidade tutelada, se existir Lei a permitir tutela revogatória.

Continuando na matéria da cessação de vigência de Regulamentos, vamos ver agora a **Caducidade**.

Quando é que ocorre, quando é que se verifica a caducidade? Pode-se verificar a caducidade de um Regulamento quando ocorra o termo final ou a condição resolutive a que estava sujeita a vigência do regulamento, p.e. "Este Regulamento vigorará durante dois anos", no final dos dois anos o que sucede? Caduca, verificou-se o termo final ou p.e. "Este Regulamento cessará a sua vigência quando forem criadas as Regiões Administrativas", temos aqui uma condição resolutive, não sabemos se elas virão a ser criadas, é um facto futuro e incerto. Uma outra hipótese, também de caducidade, o desaparecimento da situação material subjacente ao Regulamento ou o esgotamento do objecto do Regulamento, p.e. um Regulamento que se aplica às cadeiras do 5.º ano da Faculdade de Direito, desapareceu o 5.º ano, o Regulamento deixa de ter objecto. Ou o desaparecimento da situação material subjacente, p.e. o Regulamento que fixava as pensões dos combatentes da 1.ª guerra mundial ou da guerra dos trinta anos, desapareceu a situação de facto relativamente à qual incidia o tratamento do regulamento. Mas o que sucederá se o Governo elaborar hoje um Regulamento que disciplina a pensão de sangue a atribuir às viúvas dos combatentes na guerra peninsular, do princípio do séc. XIX, há cerca de 200 anos? Há falta de objecto, o que é que acontece, o objecto tem de ser possível, não sendo o Regulamento é nulo por falta de objecto. O Regulamento nos termos do Art.º 133.º, n.º 2, al. c) é nulo.

Artigo 133.º Actos nulos

1. -
 2. - São, designadamente, actos nulos:
 - a)
 - b)
 - c) Os actos cujo objecto seja impossível, ininteligível ou constitua um crime;
 - d)
 - e)
 - f)
 - g)
-

Terceira modalidade de cessação de vigência de Regulamentos. Falamos da Revogação, da Caducidade e vamos ver agora a terceira, talvez de todas a mais importante, a mais complicada que é **a intervenção do legislador.**

Como é que a intervenção do legislador gere a cessação de vigência de um Regulamento?

Pode determinar a cessação de vigência de um Regulamento com base em duas hipóteses essenciais.

Primeira hipótese, é aquela em que o Legislador revogou, mas revogou em termos simples a Lei que fundamentava o Regulamento. O Regulamento era de Execução e a Lei foi revogada pura e simplesmente, era a Lei X, a Lei X foi revogada pela Lei Y e a Lei Y tem apenas um artigo; “é revogada a Lei X”, o que é que sucede aos Regulamentos que foram emanados ao abrigo da Lei X, em princípio esses Regulamentos deixam de ter fundamento legal, o regulamento de execução da Lei velha cessa a sua vigência e cessa a sua vigência com base em diversas explicações possíveis: uma delas diz-nos que há uma revogação implícita ou tácita do Regulamento, não me parece de acolher esta tese porque a meu ver a revogação só ocorre em actos da mesma categoria ou do mesmo nível, um Regulamento pode revogar outro Regulamento, uma Lei pode revogar outra Lei, mas uma Lei não pode revogar um Regulamento, estamos num patamar diferente. Então como é que se explica isto, a meu ver apenas através da figura da Caducidade, caduca o regulamento porque deixa de ter suporte legal, desaparece o pressuposto legal do Regulamento, se ele era de execução e não há nada para executar, pois bem desaparece esse Regulamento.

Segunda hipótese, e se a revogação não for uma revogação simples, mas sim uma revogação substitutiva, isto é, sobre aquela matéria havia a Lei X que tinha uma determinada regulação, mas essa regulação, essa disciplina jurídica da Lei X é substituída por uma nova disciplina legislativa, a disciplina legislativa introduzida tem uma Lei Y. Então, com a entrada em vigor da Lei Y e de uma nova disciplina legislativa da matéria será que se mantém em vigor o Regulamento de Execução da Lei X? Em princípio, em princípio o Regulamento da Lei X só cessa se for incompatível total ou parcialmente com a Lei nova, o que significa que essa incompatibilidade, é sempre uma incompatibilidade superveniente, o Regulamento mantém-se todavia em funções em tudo aquilo que for compaginável, em tudo aquilo que for compatível com a Lei nova, sem prejuízo, atenção, do Regulamento velho poder vir a ser revogado por um regulamento novo, de acordo com a própria Lei. Nada disto está impedido. Uma outra questão ligada a esta consiste em saber se é possível a revogação directa do Regulamento pelo Legislador, isto é, será que a Lei pode dizer: “são revogados os Regulamentos X e Y”, é possível uma Lei fazer uma revogação expressa de Regulamentos? Eu diria depende, a Assembleia da República a meu ver não o pode fazer porque a A.R. não tem competência regulamentar. Se a A.R. revogar Regulamentos os actos estarão feridos de inconstitucionalidade orgânica e material face ao princípio da separação de poderes. A A.R. não pode revogar directa e expressamente um Regulamento, fazendo-o ela está a exercer uma competência materialmente administrativa. Já o Governo pode fazê-lo porque é simultaneamente órgão legislativo e administrativo. Imaginem que o Governo elabora um Decreto Regulamentar ou um Regulamento Independente directamente fundado na Constituição, o Governo poderia ter uma vantagem, porque assim o Governo podia fugir à apreciação parlamentar, porquê? Porque a A.R. ao abrigo do Art.º 169.º não pode apreciar, para efeitos de cessar a vigência, Regulamentos. Ao invés se o Governo tivesse agido sob a forma de Dec-Lei a A.R. poderia fazê-lo, mas isto não impede que a A.R., sobre aquela matéria,

a discipline em termos legislativos e isso gera uma de três explicações possíveis, ou a Caducidade do Regulamento do Governo ou a revogação implícita ou tácita ou terceira hipótese que é a ilegalidade superveniente do Regulamento. Porque uma das condições do Regulamento Independente, se bem se recordam, é que a matéria esteja fora da reserva de Lei e que nunca tenha sido objecto de intervenção legislativa e a partir desse momento ela passou a ser objecto de intervenção legislativa, eu diria que caducou um dos pressupostos da emanação desse mesmo Regulamento, houve uma caducidade superveniente desse Regulamento.

Revogação, Caducidade e Ilegalidade Superveniente são três hipóteses que determinam a cessação de vigência, mas há uma diferença importantíssima, e a diferença centra-se nisto, é que se é Caducidade qualquer órgão administrativo pode dela conhecer e pode recusar a aplicação do Regulamento, mas se houve uma ilegalidade superveniente, em princípio, só o autor do acto ou um Tribunal terá competência para apreciar se houve ou não essa ilegalidade, a grande diferença está nisto, uma produz efeitos automáticos, *ope legis*, a outra necessita de uma intervenção certificativa, seja ela feita pelo autor do acto, o Governo, seja feita por um Tribunal que de modo imparcial dirá se o Regulamento cessou ou não a sua vigência, porque naturalmente se pode colocar o conflito, a antinomia administrativa, pois os órgãos da administração podem verificar que a situação é a seguinte: têm uma Lei que diz que a solução é A, para uma matéria, e têm um Regulamento do Governo, para a mesma matéria, que diz que a solução é B. O que é que os órgãos administrativos devem aplicar, como sabem a minha ideia é que, em princípio, os órgãos da administração devem aplicar o critério cronológico, devem aplicar o acto posterior, neste caso devem aplicar a Lei, independentemente de saber quais são as razões, se houve caducidade ou se houve ilegalidade superveniente.

Uma última observação prende-se com a quarta modalidade, falámos em Revogação, Caducidade, Intervenção pelo Legislador, quarta modalidade a Intervenção Judicial, os Regulamentos também podem cessar por Intervenção Judicial. Como? Bem, os Regulamentos podem cessar por anulação contenciosa pelos tribunais administrativos, os tribunais administrativos anulam o Regulamento, não o aplicam naquele caso concreto, segunda hipótese, os tribunais administrativos declaram a ilegalidade com força obrigatória geral ou a terceira hipótese o TC pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade com força obrigatória geral, no fundo a Intervenção Judicial pode ser num caso concreto ou pode ser com efeitos *erga omnes*, pode ser uma Intervenção Judicial feita pelos tribunais administrativos ou em certos casos pelo Tribunal Constitucional, p.e. quando o Regulamento ofenda directamente a Constituição ou um Estatuto Político-administrativo de uma das Regiões Autónomas, têm aqui duas das situações, uma de inconstitucionalidade, outra de ilegalidade, que são passíveis de ser objecto de declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade, respectivamente, com força obrigatória geral.

Vamos agora entrar noutra capítulo da nossa matéria que é o **procedimento dos actos administrativos** e em matéria de procedimento de actos administrativos, vou-vos fornecer uma folha onde consta o esquema de actos administrativos, as principais espécies de actos administrativos. Reparem na dicotomia em que separa os **Actos Constitutivos** dos **Actos Declarativos**. E sabem qual é a diferença? É saber se introduzem ou não inovação na ordem jurídica. Os Constitutivos introduzem alterações na ordem jurídica os Declarativos não introduzem, limitam-se a verificar a, a atestar, a valorar determinados factos, determinadas realidades.

Vamos centrar-nos nos Actos Constitutivos, e estes num primeiro grupo podemos distingui-los entre actos primários e actos secundários. **Actos primários** são aqueles que traduzem a primeira disciplina jurídica de determinada matéria, aqueles que traduzem no fundo a primeira regulação, traduzem no fundo uma primeira declaração de Direito perante um facto, perante uma situação da vida concreta, pelo contrário, os **actos secundários** são aqueles actos que incidem sobre outros actos e nesse sentido estão numa intervenção secundária da Administração porque já sobre aquela matéria, anteriormente havia emanado uma decisão.

Dentro dos actos primários diferenciaria três categorias, os **actos impositivos**, que no fundo envolvem a existência de uma conduta, mas de uma conduta que é imposta que é imperativamente determinada aos respectivos destinatários, uma conduta típica de administração de autoridade. Num segundo momento, ao invés destes, os **actos permissivos**, que são aqueles que habilitam, que facultam, que autorizam uma determinada conduta sem a impor, os actos permissivos são os actos pelos quais a administração permite que o destinatário, o interessado, adopte uma certa conduta, um determinado comportamento. Por último, um terceiro grupo, temos os **actos propulsores** que são aqueles que visam estimular, aqueles que visam incitar uma determinada conduta, pode ser uma conduta dos particulares ou uma conduta da própria administração.

Regressemos aos actos impositivos, a primeira grande categoria dos actos impositivos são **os actos ablativos**, que são aqueles que impõem o sacrifício de um direito, o sacrifício que é imposto a alguém em nome do interesse de todos ou de alguns da colectividade, p.e. a expropriação, a expropriação por utilidade pública é claramente um exemplo de ablação, neste caso uma ablação real, que incide sobre uma coisa, e quem diz a expropriação diz o confisco, diz a destruição de bens por utilidade pública, p.e. o abate de animais, todos se recordam das vacas loucas e a determinação do respectivo abate, é um acto, neste sentido, ablativo que incide sobre a propriedade. Podem ser ablações reais, quando incidem sobre coisas, ou podem ser ablações de natureza não real, p.e. uma ocupação temporária da propriedade ou uma imposição de uma servidão. Um segundo grupo, dentro dos actos impositivos, são **os actos obrigacionais**, acto através do qual a administração cria uma obrigação ao particular, podem ser obrigações de *facere*, p.e. uma ordem, uma directiva, é um acto obrigacional, pode ser uma obrigação de *não facere*, uma proibição, p.e. não estacione aqui o carro, não passe por esta rua,

ou podem ser obrigações de *dare*, o exemplo típico é o acto tributário, cria uma obrigação neste caso aqui de prestação pecuniária. Terceiro e último grupo dos actos impositivos são **os actos sancionatórios**, a sanção, estes actos são aqueles actos que visam, no fundo, dar uma resposta a um determinado comportamento, normalmente desviante da regra, desviante da norma. Os actos sancionatórios são aqueles que visam reprimir um comportamento contrário à norma, podem ser sanções pecuniárias, a coima, a multa, por exemplo, de estacionamento ou o restaurante que vendia produtos impróprios, que servia refeições com produtos impróprios para consumo, foi objecto da multa de x, ou o vendedor ambulante que está irregularmente a vender e é-lhe aplicada a multa de x, ou podem ser sanções não pecuniárias, p.e. a apreensão da mercadoria, ou um outro tipo de sanção, aplicada ao médico ou ao advogado que irregularmente exerce a função, a proibição do exercício da respectiva actividade, têm aqui um exemplo de como é possível a aplicação de sanções não pecuniárias, outro exemplo típico, as penas disciplinares, as sanções disciplinares são formas de sanções não pecuniárias.

Aula nº 14

26/04/2010

Vamos então continuar a nossa “peregrinação” pela tipologia dos actos administrativos.

Penso que na aula passada tratámos dos actos imperativos, e hoje iríamos começar com os actos permissivos.¹

Na aula passada falámos dos actos primários e dentro deles nos actos impositivos: os que no fundo determinam imperativamente uma conduta ao respectivo destinatário.

Vamos hoje começar a tratar dos **ACTOS PERMISSIVOS** - que correspondem à designação 1.2.

Como a própria palavra indica, actos permissivos são aqueles que permitem, que facultam uma determinada conduta.

Levanta-se a questão de saber o que é que os actos permissivos permitem, em que termos é que um acto permissivo pode permitir uma conduta.

Sublinha-se que os destinatários dos actos permissivos podem ser particulares, mas também podem ser estruturas da Administração, isto é, tanto existem actos permissivos para criar actos pela Administração e para a Administração, como podem existir actos permissivos da Administração para os particulares.

Quais são então os principais tipos ou exemplos de actos permissivos?

1) AUTORIZAÇÃO - faculta ao respectivo destinatário o exercício de um direito ou o exercício de poderes legais. Quer isto dizer que na autorização o destinatário já é titular do direito ou já tem os respectivos poderes e a autorização funciona como uma condição a que está sujeito o exercício desse direito ou desse poder.

Alguns autores consideram que a delegação de poderes é uma autorização porque entendem que o delegado já tem o poder, simplesmente está dependente de um acto de delegação de poderes. Estamos pois perante uma autorização de um órgão da Administração para outro órgão da Administração.

Mas a autorização pode ser sujeito de construção. Porquê? - Se partirmos do entendimento que o *ius edificandi* (o direito de edificar, de construir) é um direito que integra o direito de propriedade privada, então a faculdade de construir está sujeita todavia a uma autorização administrativa: aquela que permite construir uma moradia ou fazer uma obra de remodelação do apartamento, por exemplo.

Em qualquer dos casos estamos sempre perante um acto permissivo.

¹ Referência ao quadro ou cópia distribuída na aula anterior.

2) **LICENÇA** – distingue-se da autorização, pois embora em ambos os casos haja uma permissão, a licença permite o exercício de uma actividade que em princípio está proibida ou é ilícita.

Enquanto que, na autorização se permite o exercício de um direito ou de um poder legal – que é válido, é lícito – na licença estamos a atribuir a faculdade, a permitir a alguém que pratique um acto ou que exerça uma determinada actividade que é relativamente proibida.

Por exemplo: a licença de porte de arma – normalmente não é admissível que as pessoas andem armadas, mas a licença de porte de arma é uma verdadeira licença pois permite a titularidade, a posse de uma arma (o que é uma actividade normalmente proibida).

Já quanto à licença ou carta de condução, normalmente referida como uma licença, talvez não seja correcto designá-la licença, pois nesse caso estamos verdadeiramente perante uma autorização.

3) **CONCESSÃO** – é o acto com o qual a Administração confere a um sujeito novas posições jurídicas que podem ser de dois tipos:

a) **Concessão translativa:** confere algo que a Administração tinha e transfere para o particular – por ex. a concessão sobre bens dominiais, a concessão de serviços públicos. A possibilidade de conceder a entidades privadas a exploração de hospitais públicos é uma concessão translativa pois eram geridos pela Administração do Estado e essa gestão passou a estar a cargo de uma outra entidade.

b) **Concessão constitutiva:** aquela em que a Administração não transfere nada seu para o particular, mas antes cria algo de novo na esfera jurídica do destinatário. São constitutivas precisamente porque criam algo que antes a Administração não tinha. Por exemplo, a concessão de um direito subjectivo.

4) **ADMISSÃO** – É o acto pelo qual se investe alguém de uma determinada posição. Por exemplo: admitir alguém num determinado procedimento concursal – investe-se essa pessoa, na qualidade por exemplo de concorrente num concurso público - foi admitido ao concurso e passa a estar na situação jurídica de “admitido ao concurso”. Outro exemplo: o acto de admissão ao ensino superior, é investir alguém na qualidade de estudante do ensino superior.

5) **DELEGAÇÃO** – É o acto permissivo pelo qual o delegante permite ao delegado o exercício de poderes que normalmente podem ser exercidos a título exclusivo pelo delegante.

6) DISPENSA – Permite-se a alguém o não cumprimento de um dever legal. É também uma permissão, mas uma permissão que funciona por omissão: permite-se que não se faça, que não se cumpra um determinado dever legal. Por exemplo: dispensar da prova oral – permite-se a alguém que não vá à prova oral. Porém, não é imperativo pois o aluno poderá sempre fazer melhoria de nota.

A dispensa pode também ser uma isenção, pode ser uma exclusão. Por exemplo, o Prof. pede para ser dispensado de fazer provas orais no mês de Junho porque vai estar num congresso – a concessão da dispensa permitir-lhe-ia não cumprir um dever legal, neste caso um dever como professor.

7) RENÚNCIA – através da renúncia um órgão da Administração declara que não exerce, não pretende exercer uma faculdade, um poder, que nesse sentido o exonera de respeitar, cumprir, de executar.

É um poder discricionário pelo qual o órgão da Administração declara afinal que não exercerá uma competência. Não significa que se verifique uma renúncia à competência. A renúncia à competência significaria que o órgão declarasse que nunca mais iria exercer a competência. Ora, o órgão apenas diz que naquele caso não exercerá aquela competência.

Naturalmente que isto tem um limite, e o limite são as situações públicas indisponíveis: ninguém pode renunciar ao cumprimento de um dever legal. Por exemplo, um órgão da Administração não pode renunciar a praticar um acto vinculado.

Vistos os actos impositivos e os actos permissivos, importa agora ver uma terceira categoria de actos primários: os **ACTOS PROPULSORES**.

Actos propulsores são aqueles que visam estimular, promover, desencadear a acção da Administração ou a actividade dos particulares, se for o caso.

Os principais actos propulsores são:

A. PEDIDO - acto pelo qual uma autoridade ou um particular solicita a um órgão da Administração determinado comportamento. Por exemplo, pedido de revisão de prova – é um acto propulsor porque vai accionar por parte do docente da cadeira o dever de proceder à revisão do exame escrito. Ou o pedido de melhoria de nota – vai criar a obrigação dos serviços da secretaria de promover a marcação de uma prova oral para a respectiva melhoria. Ou por exemplo, o pedido dirigido ao Provedor de Justiça para ver como estão as condições dos presos na cadeia de Tires.

B. PROPOSTA – Na proposta solicita-se não só um comportamento ao órgão da Administração, tal como no pedido, só que na proposta o pedido é acompanhado de

um possível conteúdo a dar à decisão. A proposta no fundo é como que uma pré-decisão. Não é já a decisão final, mas é um apelo a que quem é competente decida com base nesta sugestão de decisão.

Como é sabido, o princípio geral é que as propostas não são vinculativas - o órgão decisor tem sempre a hipótese de não seguir a proposta. Por exemplo, o órgão encarregue de desencadear um procedimento disciplinar chega à conclusão que o funcionário deve ser objecto de uma suspensão de dois dias - é a proposta que apresenta ao superior hierárquico. Este poderá discordar, entender que o funcionário não deve ser suspenso ou entender que deve ser suspenso por três dias - em qualquer dos casos é uma proposta cuja decisão final pertence ao órgão decisor.

C. DIRECTIVA - A directiva, no fundo, é uma quase uma instigação. Na directiva fixam-se fins que o destinatário da directiva tem obrigação de prosseguir, de alcançar tendo, todavia, liberdade quanto aos meios de prosseguir aqueles mesmos fins. A directiva é o marco típico do poder de superintendência: liberdade de meios, mas vinculação quanto aos fins.

D. RECOMENDAÇÃO - Na recomendação apela-se para que se adopte um determinado comportamento, para que se pratique um determinado acto sem todavia, que o destinatário tenha de a obrigação o fazer.

A recomendação pode ser feita pela própria Administração - por exemplo, o Governo recomenda que as autarquias locais tenham contenção nos gastos - ou pode ser uma recomendação destinada aos administrados - por exemplo, recomenda-se o consumo moderado de álcool se a pessoa vai conduzir, ou recomenda-se a não utilização de determinado medicamento ou protector solar em pessoas com idade inferior a "x" anos.

Porque é uma recomendação, naturalmente a pessoa pode adoptar um comportamento contrário, mas sujeita-se às eventuais consequências da adopção desse comportamento.

E. ADVERTÊNCIA - É uma figura próxima da recomendação. Na advertência convida-se o destinatário a adoptar certa conduta ou a abster-se de certo comportamento, tendo em vista uma consequência negativa se o mesmo for adoptado. Por exemplo, o Governo adverte que o uso do tabaco prejudica a saúde. Ou os "letreiros" que dizem que "o tabaco mata" ou "o tabaco prejudica gravemente a saúde" ou "o tabaco é responsável por mais de "x" mortes" - são advertências. Ou ainda aquela advertência típica: "quem for apanhado com o livro no exame, terá o exame anulado" - o destinatário tem a liberdade de o fazer, mas uma vez mais sujeita-se às consequências se adoptar um comportamento em sentido contrário à respectiva advertência.

Até agora analisámos actos primários. Vamos agora analisar os **ACTOS SECUNDÁRIOS** - actos que incidem sobre outros actos. Existem três tipos de actos secundários:

I. ACTOS INTEGRATIVOS - acto integrativo é aquele que visa completar o outro, visa integrar, dar-lhe qualquer coisa que o outro não tem.

II. ACTOS DESINTEGRATIVOS - acto desintegrativo é o que visa retirar, é o contrário do anterior, visa destruir qualquer coisa que o acto anterior produzir.

III. ACTOS MODIFICATIVOS - visam alterar.

I. ACTOS INTEGRATIVOS

1.1. APROVAÇÃO - o primeiro dos actos integrativos é a aprovação: acto pelo qual o órgão emite um juízo de conformidade - com a legalidade ou com a conveniência - em relação à conduta praticada por um outro órgão ou por um particular. A aprovação significa um juízo de concordância com um outro acto praticado por uma outra entidade ou com um comportamento do particular. Por exemplo, a aprovação popular significa que a entidade que tutela emite um juízo de concordância com o acto praticado pela entidade popular: "está conforme com a lei", "está conforme com o princípio da boa administração". Ou pode ser com uma conduta do particular: quando é, por exemplo, aprovada a instalação do gás numa residência: "foi aprovada" - significa que é emitido um juízo de conformidade com aquela instalação que foi objecto de um acto de uma autoridade certificada para o efeito que a aprovou.

1.2. HOMOLOGAÇÃO - São particularmente importantes estes actos de homologação. A homologação é o acto pelo qual um órgão da Administração aceita fazer seu um acto praticado por outro órgão. Por exemplo: o subalterno elaborou uma proposta de acto (um projecto de algo) que vai submeter à consideração do superior. Se o superior apuser o visto ou homologar, a partir desse momento o acto passa a ser do superior - o superior faz seu o acto com os fundamentos praticados pelo respectivo subalterno. Chama-se a atenção para o facto de por vezes a homologação aparecer sob a expressão "visto" ou "concordo" ou "aprovo" - mas em qualquer dos casos estamos perante uma homologação: o superior faz sua a proposta de decisão apresentada pelo subalterno.

1.3. CONFIRMAÇÃO - Há um juízo de conformidade dado pelo superior hierárquico que confirma a decisão - não a faz sua, a decisão é emanada, a decisão de base continua a ser do subalterno, só que o superior acrescenta-lhe qualquer coisa - acrescenta no fundo a força da legitimidade política de, por iniciativa própria ou por recurso hierárquico, recusar revogar o acto, ou seja, confirmar o acto, o que significa um juízo de conformidade quanto ao mérito ou quanto à conveniência.

Por exemplo, o particular tinha um acto praticado pelo subalterno pelo qual aplicava uma sanção pecuniária ao destinatário: uma “multa” de €200,00. O particular, insatisfeito com a “multa” porque não queria pagar nada, resolve interpor recurso hierárquico da decisão para o respectivo superior. O superior pode confirmar ou revogar. Se confirmar estamos perante uma confirmação: emite um juízo no sentido em que a decisão do subalterno tem mérito ou é conforme com a legalidade – não a faz sua, mas reforça a legitimidade da decisão do subalterno. É outro acto. Não absorve, como a homologação, o acto do subalterno.

1.4. RATIFICAÇÃO CONFIRMATIVA – Enquanto que, na confirmação há um juízo de oportunidade ou de conveniência, na ratificação confirmativa pode haver mais do que isso: o autor do acto (da ratificação) pode dizer que não só dá mais legitimidade à decisão, como pode simultaneamente emitir um juízo sobre os pressupostos excepcionais do exercício dessa competência. Quer isto dizer que na ratificação confirmativa o primeiro acto foi praticado ao abrigo de uma competência extraordinária. Por exemplo, o presidente da Câmara Municipal pode, em certos casos, substituir-se à Câmara a título excepcional – ora, a Câmara não está impedida de ratificar em termos confirmativos aquele acto, o que significa que a Câmara emite um juízo, não sobre a conveniência ou oportunidade, mas sobre a verificação das situações excepcionais que justificaram que o presidente se pudesse substituir à Câmara.

Por outras palavras, a ratificação confirmativa tem na base o exercício de uma competência excepcional por parte do autor do acto que é objecto dessa ratificação.

Recapitulando: quer na confirmação, quer na ratificação confirmativa há um juízo sobre a conveniência ou a oportunidade do acto; a diferença é que na confirmação, o autor do acto confirmado (o autor do “acto um”) exerceu uma competência normal, ao invés, na ratificação confirmativa, o autor do “acto um” exerceu uma competência excepcional. No exemplo acima referido, a prática do acto competiria à Câmara Municipal – mas foi o presidente que agiu em vez da Câmara Municipal e esta pode ratificar esse acto.

Outro exemplo: pode ser necessário, no intervalo do funcionamento do Conselho Científico da Faculdade – em tempos de férias, por exemplo – despachar requerimentos. Essa competência será exercida pelo Presidente do Conselho Científico (já que o Conselho não pode reunir como órgão colegial). Porém, na primeira reunião subsequente, o Conselho Científico é convocado com o propósito de efectuar a ratificação confirmativa. Isto não significa que o acto esteja ferido de incompetência, mas sim que o Conselho emitiu um juízo de conveniência, mas sobre a natureza excepcional do poder que foi exercido pelo Presidente do Conselho Científico.

I. ACTOS DESINTEGRATIVOS – A Revogação

Este é um tema mais “nobre”, que tem merecido maior reflexão doutrinária

A revogação é um acto desintegrativo que tem um propósito: cessar os efeitos de um acto administrativo anterior, de uma lei.

A matéria da revogação está prevista nos art. 138º a 146º do CPA.

Começamos pela figura da revogação relativa à cessação de efeitos de um acto para a diferenciar de outras figuras:

a) Da suspensão – a suspensão não é a cessação definitiva mas é o paralisar em termos temporários de um acto administrativo. Atente-se que há suspensões que são verdadeiras revogações – por exemplo, se a um reformado for suspensa a sua pensão por 30 anos, a suspensão significa revogação. Se a um aluno for aplicada uma pena de suspensão de 12 meses, significa a perda de pelo menos um ano lectivo. A suspensão pode pois encobrir situações análogas às da revogação.

De que vício padece uma suspensão que materialmente equivale a uma revogação?
Poderá haver incompetência, mas o Prof. duvida...

Não há erro, há uma perfeita consciência, não há uma falsa representação da realidade – há até uma intenção deliberada. Há pois *desvio de poder* porque o motivo principalmente determinante desta suspensão não é paralisar temporariamente, é alcançar os fins da revogação – é usar a suspensão para prosseguir um fim que não é o da suspensão, é o fim da revogação. O desvio de poder consiste pois em praticar um acto cujo motivo principalmente determinante não é aquele que a lei criou para aquele acto.

O desvalor jurídico deste acto é a anulabilidade. Pode-se discutir a nulidade nos casos em que o fim a prosseguir seja um fim privado - foi o que o Dr. Miguel Prata Roque disse. Uma das teses possíveis de defender é que haverá nulidade quando o fim que se visa prosseguir afinal não é público, mas é um fim privado. O exemplo típico: eu dou a licença de construção para um empreendimento turístico mas em troca quero que construa a piscina de minha casa. O motivo principalmente determinante para a atribuição da licença para construção é prosseguir um fim que não tem natureza pública, é um fim de natureza privada. O fim poderia ser público – por exemplo: dou-lhe a licença mas em troca constrói uma piscina municipal – aqui poderia discutir-se se não haveria violação do princípio da proporcionalidade – se seria uma *cláusula modal*², uma cláusula que envolva encargos. É frequente na concessão de uma licença de

² Cláusulas modais, cláusulas acessórias (entre as quais o modo) – matéria abordada no âmbito do Direito das Obrigações e da Teoria Geral do Direito Civil.

construção exigir a realização dos arruamentos (que em regra são competência municipal) – é uma contrapartida, mas em regra entende-se que não há violação do princípio da proporcionalidade, até porque os primeiros beneficiários dos arruamentos acabam por ser os construtores. Já agora, em matéria de cláusulas acessórias, veja-se o artigo 121º do CPA:

Artigo 121.º

Condição, termo ou modo

Os actos administrativos podem ser sujeitos a condição, termo ou modo, desde que estes não sejam contrários à lei ou ao fim a que o acto se destina.

E naturalmente de acordo também com o princípio da proporcionalidade que é um princípio geral que está subjacente a toda a actividade administrativa.

b) Da anulação: é uma figura afim da revogação mas não se confunde com a mesma. Enquanto que a anulação é um acto da Administração, a revogação é um acto dos tribunais.

Existem vários tipos de revogação:

1. Quanto à INICIATIVA a revogação pode ser:

1.1. **Oficiosa** – a revogação feita por iniciativa da própria Administração, podendo ser realizada:

1.1.1. Pelo próprio órgão que praticou o acto – retractação – ou seja, a revogação de um acto feita pelo seu próprio autor. Por exemplo, o órgão que praticou o acto considera que o mesmo não é o mais conveniente e revoga-o.

1.1.2 Por outro órgão – por exemplo, pelo superior hierárquico, pela entidade tutelar se tiver competência revogatória, pelo delegante em relação aos actos do delegado.

1.2. **A requerimento do interessado** – o destinatário acha que a solução é ilegal ou inconveniente. Por exemplo, o aluno que interpõe pedido de revisão de prova porque acha que há erro na soma das cotações, ou porque entende que não foi bem avaliado – em qualquer dos casos estamos perante um apelo a uma revogação da anterior classificação.

2. Quanto ao FUNDAMENTO – a revogação pode ter dois tipos de fundamentos distintos: pode ser uma revogação com **fundamento em ilegalidade** ou pode ser uma

revogação com **fundamento em mérito** – significa neste último caso que será uma revogação por inconveniência ou inoportunidade.

2.1. **Revogação com fundamento em ilegalidade** – tem a seguinte particularidade: ele deve ser sempre uma revogação retroactiva. Exemplo: imaginemos um acto administrativo que foi praticado em 20.03.2010 - este acto é ilegal. Hoje, 26.04.2010 é praticado um acto de revogação. Este acto de revogação deve produzir efeitos a partir de hoje para o futuro (*ex nunc*) ou deve procurar destruir todos os efeitos produzidos pelo acto a partir de 20.03.2010 – seria uma revogação com eficácia *ex tunc*? E o princípio é este: se o fundamento for a ilegalidade, a revogação deve ser retroactiva. Só assim se repõe a legalidade: apagando todos os efeitos anteriores produzidos pelo acto ilegal. Ao invés do que sucede com a revogação com fundamento em mérito, ou falta de mérito: por inconveniência ou inoportunidade.

2.2. **Revogação com fundamento em mérito** – Na hipótese acima indicada, se o acto não for ilegal mas legal, a revogação deve apenas produzir efeitos para o futuro, em princípio. Ela apenas produz efeitos para o futuro garantir a tutela da segurança jurídica e da confiança. Não significa que a Administração esteja proibida de dar retroactividade, pode é suceder que o fazendo incorra no dever indemnizar.

Vamos agora começar a “complicar isto tudo” com uma pergunta: perante a revogação com fundamento em ilegalidade, levanta-se a seguinte questão: “*Haverá um dever legal de revogar os actos ilegais?*”

A Administração vê que o acto é ilegal – deve ficar “de braços cruzados” a contemplar a ilegalidade ou tem o dever de remover do ordenamento jurídico essa ilegalidade? O Prof. entende que tem esse dever, pois o princípio da legalidade não determina apenas o dever de agir em conformidade com a legalidade, como impõe o dever de repor a legalidade de um acto.

A jurisprudência do STA, contudo, tem um entendimento diverso considerando que não há dever legal de revogar acto ilegal e por isso conclui que não há acto tácito do pedido de revogação.

Devemos todavia, admitir uma excepção a esse dever legal de revogar quando o órgão da Administração possa escolher entre revogar ou sanar a ilegalidade por uma razão de economia de meios processuais. Pode obter o mesmo fim, repor a legalidade, sem ser necessário destruir, basta reconfigurar a legalidade (veremos isso mais tarde a propósito dos actos ...).

3. Quanto ao CONTEÚDO, a revogação pode ser:

3.1. **Revogação simples** - é aquela que determina: é revogado o acto "x", ponto final parágrafo.

3.2. **Revogação substitutiva** - é aquela que tem uma nova disciplina da respectiva matéria.

4. Quanto aos EFEITOS a revogação pode ser:

4.1. **Revogação abrogatória** ou *ex nunc*

4.2. **Revogação anulatória** ou *ex tunc* (cujo efeito é destruir...).

Para finalizar, uma questão: *é possível revogar um acto já revogado?*

Normalmente, a revogação de um acto já revogado é uma revogação nula porque não existe objecto - em regra um acto já revogado não pode ser revogado porque não há objecto, logo essa revogação é nula.

Mas há uma excepção. Vejamos um exemplo: perante uma revogação com fundamento em mérito (só regula para o futuro) de um acto ilegal, permaneciam na ordem jurídica os efeitos desse acto. A segunda revogação é de um acto já revogado, mas com um propósito: eliminar os efeitos que o acto produziu antes do acto revogatório.

Outro exemplo: imaginemos um acto de 20.03.2010, que é hoje (26.04.2010) objecto de revogação com fundamento em mérito. Em princípio, a revogação deste acto só produz efeitos a partir de hoje, para o futuro. Mas, mantêm-se na ordem jurídica todos os efeitos produzidos entre 20.03.2010 e 26.04.2010, sem prejuízo do acto estar revogado. E a questão é a seguinte: é possível ainda revogar o acto já revogado? É. Imagine-se que no dia 28.04.2010, com fundamento em ilegalidade, o acto é revogado. Em termos, não absolutos porque apenas visa revogar os efeitos produzidos entre 20.03.2010 e 26.04.2010.

Aula nº 15

28/04/2010

Tínhamos falado nos dois tipos de revogação centrados ou, em razões de legalidade (entenda-se de ilegalidade), ou, a revogação fundada em critérios de mérito, isto é, que apela para a conveniência de uma nova solução, a conveniência ou a oportunidade da matéria ser disciplinada de uma forma diferente. Reparem que aqui o que está em causa, na 1ª hipótese, é a reposição da legalidade, na outra é a prossecução da boa administração, ou se quiserem do dever, do princípio da melhor prossecução do interesse público, e o grande problema que se coloca, é o efeito, no tempo, da revogação. A revogação apenas deve operar para o futuro ou também deve operar para o passado? E chegamos a esta conclusão: *Sempre que o fundamento da revogação é a legalidade do acto*, a revogação deve ter eficácia retroactiva, isto é, devem-se eliminar do ordenamento jurídico todos os efeitos inválidos produzidos por aquele acto, pelo contrário se a revogação tem como fundamento uma melhor solução um melhor entendimento para o ip, a revogação apenas deve produzir efeitos para o futuro, salvaguardando, à luz do princípio da tutela da confiança da segurança jurídica, os efeitos já produzidos pelo acto. Assim é, sem prejuízo de se admitir, neste ultimo caso que a revogação também pode ser retroactiva pagando a justa indemnização pela frustração de direitos ou posições jurídicas adquiridas à sombra do acto que era válido, mas entretanto foi objecto de revogação.

Vamos hoje tratar da **COMPETÊNCIA REVOGATÓRIA**, isto é, quem é que pode revogar um acto administrativo. A matéria da competência para a revogação dos actos administrativos, é um tema que casa muito próximo com o tema da organização administrativa. Neste sentido podemos encontrar diversos órgãos com competência revogatória:

- ❖ Em primeiro lugar o autor do acto, que tem competência revogatória, no sentido de possuir competência dispositiva sobre a matéria, isto é, se tem poder de emanar o acto também poderá, sobre a mesma matéria, em momento posterior fazer cessar os efeitos do acto anterior quer através da revogação simples, quer através da revogação substitutiva, isto é, emanando uma nova disciplina jurídica da matéria. Assim é, salvo duas excepções:
 - 1º o órgão não pode revogar se entretanto perdeu competência sobre a matéria, imaginem, ele praticou o acto enquanto delegado, entretanto depois do acto praticado, o delegante revogou-lhe a delegação de poderes, ou ela caducou, obviamente que o delegado já não pode revogar o acto que praticou. PERDA SUPERVENIENTE DA COMPETENCIA;
 - 2º o desaparecimento do próprio órgão. Exemplo clássico: o Conselho da Revolução praticou vários actos administrativos. Podem hoje ser revogados pelo Conselho da Revolução? Obviamente que não visto que o órgão já não

existe. Claro que alguém herdou a sua competência, mas esse é um problema dos herdeiros. Não é o problema do órgão poder revogar o acto. Não pode revogar nestas 2 situações, quando perdeu competência ou o órgão desapareceu.

- ❖ Aqui coloca-se uma temática muito interessante que é esta: se um órgão que é incompetente para a prática de um acto, em termos de incompetência relativa, será que tem competência para revogar esse acto. Imagine-se este cenário; a CAMARA MUNICIPAL praticou um acto que é da competência da ASSEMBLEIA MUNICIPAL, ou, o Director-Geral dos Impostos praticou um acto que é da competência do Ministro das Finanças, ou ainda, um delegado, sem que exista delegação, mas dentro dos poderes delegáveis, praticou um acto, que era da competência do delegante. Em qualquer dos casos, temos incompetência relativa. A questão é saber se o autor do acto, que era incompetente, terá competência para revogar o acto? Ele era incompetente para praticar o acto primário, mas será que tem competência para o revogar? A resposta é sim, ao abrigo do princípio do auto-controlo da legalidade, que nos diz o seguinte: aquele que é incompetente para praticar um acto, tem todavia competência para revogar esse mesmo acto. Porque ao revogar esse acto, entenda-se revogação simples, ele está a repor a legalidade. Já agora, duas perguntas: será que tem capacidade para revogar um acto ferido de incompetência absoluta? Não, porque sendo um acto nulo não produz efeitos, portanto não pode ser revogado. E será que pode um órgão incompetente, em termos relativos, revogar um acto com fundamento em inconveniência ou inoportunidade (falta de mérito)? Não, só com fundamento em ilegalidade. Reparem que o fundamento da competência não é a competência dispositiva porque ele nunca a teve, mas é o princípio do auto-controle da legalidade, não é o auto-controlo da boa administração. E se ele revogar o acto com fundamento em falta de oportunidade do acto? De que vício padece o acto de revogação? Incompetência relativa, porque ele não tem competência para com aquele fundamento revogar aquele acto. Temos aqui o primeiro grupo de entidades que são competentes para revogar o acto que a ela se refere, o artigo 142º do CPA.



Artigo 142.º

Competência para a revogação

- 1 - Salvo disposição especial, são competentes para a revogação dos actos administrativos, além dos seus autores, os respectivos superiores hierárquicos, desde que não se trate de acto da competência exclusiva do subalterno.
- 2 - Os actos administrativos praticados por delegação ou subdelegação de poderes podem ser revogados pelo órgão delegante ou subdelegante, bem como pelo delegado ou subdelegado enquanto vigorar a delegação ou subdelegação.
- 3 - Os actos administrativos praticados por órgãos sujeitos a tutela administrativa só podem ser revogados pelos órgãos tutelares nos casos expressamente permitidos por lei.

- ❖ Segunda situação: quem tem competência revogatória é o **Superior Hierárquico**. Supera que o poder de supervisão do superior hierárquico permite revogar actos do subalterno, significa também com base não só no poder de supervisão mas no princípio da responsabilidade pela totalidade da função. O superior só pode ter responsabilidade em termos políticos perante o parlamento se puder ter intervenção sobre os actos praticados pelo subalterno. Naturalmente isto significa que o superior pode revogar não só os actos ilegais, como também os actos inoportunos ou inconvenientes do subalterno. E pode fazê-lo através de dois mecanismos: através do recurso hierárquico, cujo propósito é obter a revogação; ou, independentemente, do recurso hierárquico, pode chamar a si o poder de inspecção (mostra-me lá como se decidiu o caso A ou o caso B). Por outro lado, põe-se o problema de saber se o superior hierárquico, pode proceder a uma revogação substitutiva ou apenas revogação simples. Se a competência for exclusiva do subalterno, só pode fazer revogação simples, isto é, não se pode substituir ao subalterno na definição de um novo conteúdo material da situação. Mas tem um outro mecanismo ao seu dispor: pode ditar palavra por palavra, o que o subalterno deve fazer, ao abrigo do poder de direcção. Já não é o poder de supervisão mas sim o poder de direcção. Por isso, vos disse que esta matéria casa por excelência com a temática da organização administrativa. O superior não se pode substituir emanando nova disciplina? Tudo bem, mas dita palavra por palavra, aquilo que o outro deve fazer, com a consequência, caso não seja acatado, da responsabilidade disciplinar, mesmo que aquilo que o superior dite seja ilegal.
- ❖ Terceira hipótese: o **DELEGANTE** por via de regra, pode revogar os actos praticados pelo delegado. E pode, porque a relação de delegação confere uma supremacia que decorre de 2 circunstâncias:
 - é ao delegante que a lei confere o poder discricionário de delegar ou não; e,
 - é o delegante que cabe o poder de vida ou de morte do acto de delegação.Naturalmente que há limites que decorrem desde logo da circunstância de o delegante poder em vez de utilizar o poder de revogar os actos do delegado, utilizar um poder bem mais atómico, que é o poder de chamar a si o poder de exercício daquele poder, por outras palavras, o poder de revogar a própria delegação. E dentro da lógica de *quem pode o mais pode o menos*, que é poder revogar a delegação e obviamente também os actos praticados ao abrigo daquela delegação.
- ❖ Quarta situação: o **ORGÃO TUTELAR** pode revogar se a Lei lhe conceder a tal tutela, ou, ao abrigo do direito de petição, que a meu ver, tem aplicabilidade directa porque consagrado na CRP, e salvo em casos de administração autónoma, todo o particular pode interpor recurso tutelar dos actos do ente tutelado para a entidade tutelar, com o propósito de revogar sem que todavia o ente tutelar possa oficiosamente revogar ou possa proceder a uma revogação substitutiva, sob e pena de violação da autonomia da entidade tutelada.

- ❖ Falta apenas tratar de um caso, que é curioso: imaginem que a CAMARA MUNICIPAL pratica um acto da competência da ASSEMBLEIA MUNICIPAL, e outros de incompetência relativa. Já sabemos que o órgão incompetente tem todavia competência para revogar um acto ilegal, mas falta responder ao outro lado da questão, que é saber se o órgão competente para o acto, apesar de ter sido violada a sua competência terá todavia competência para revogar o acto que não praticou? Ele não é o autor do acto, mas é o **TITULAR DA COMPETÊNCIA DISPOSITIVA**. No exemplo do Director-Geral dos Impostos praticou um acto que é da competência do Ministro das Finanças, a questão agora é saber se o Ministro ainda poderá revogar este acto? Claro que sim porque a continua titular da competência dispositiva. A violação do poder de disposição não pode fazer precluir a competência do seu titular normal. Assim atribuía-se relevância positiva a uma ilegalidade. Conclusão: mesmo aquele que não é o autor do acto, se for titular da competência dispositiva tem sempre o poder de revogação. Nenhum órgão da administração pode perder a sua competência por intervenção ilegal de um terceiro órgão.

Vamos agora ver o regime quanto aos **LIMITES DA REVOGABILIDADE**. E a pergunta de fundo é: todos os actos administrativos podem ser revogados? e poderão ser revogados indefinidamente, a todo o tempo, em qualquer momento? Este regime resulta dos artigos 138 e seguintes CPA, e resume-se em cinco ideias nucleares:

- ❖ 1ª existem actos de revogação impossível, a que se refere o artigo 139. Estes actos não podem ser revogados, são aquilo que se designa actos de revogação impossível.

Artigo 139.º

Actos insusceptíveis de revogação

1 - Não são susceptíveis de revogação:

- a) Os actos nulos ou inexistentes;
- b) Os actos anulados contenciosamente;
- c) Os actos revogados com eficácia retroactiva.

2 - Os actos cujos efeitos tenham caducado ou se encontrem esgotados podem ser objecto de revogação com eficácia retroactiva.

- ❖ 2ª os actos válidos são livremente revogáveis. Obviamente, se são válidos só podem ser revogados com base em competência e oportunidade, isto é por mérito. Hipótese prática: imagine-se um acto válido revogado com base em ilegalidade. Há 2 teorias que permitem apreciar este acto; a violação de lei, ou o erro (revogação ocorre porque erradamente se considera que o praticante era incompetente). A revogação é inválida porque existe violação de lei, e qual será o desvalor jurídico? É a anulabilidade, que levanta um problema curioso: se ninguém impugnar e ninguém dentro de determinado prazo, o acto consolida-se na ordem jurídica. E

aquilo que era inválido passa a ser intocável. Há exceções: quando é que um acto válido não poder ser revogado com fundamento em mérito? Se estamos em face de actos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos, não poderá haver revogação com fundamento em mérito (art 140 n.º 1). 2.º Excepção: também não podem ser revogados os actos de existência obrigatória. Obviamente se a lei impõe a existência do acto, ele não pode ser revogado. Também não podem ser revogados com base em mérito, os actos que constituem obrigações legais ou direitos irrenunciáveis para a administração pública, resulta do art 140 n.º 1.

Artigo 140.º

Revogabilidade dos actos válidos

1 - Os actos administrativos que sejam válidos são livremente revogáveis, excepto nos casos seguintes:

- a) Quando a sua irrevogabilidade resultar de vinculação legal;
- b) Quando forem constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos;
- c) Quando deles resultem, para a Administração, obrigações legais ou direitos irrenunciáveis.

- ❖ 3ª ideia: os actos que sejam inválidos, só podem ser revogados dentro de um determinado período, ou seja a invalidade do acto administrativo só fundamenta a sua revogação no decurso de certo prazo, referenciado no artigo 141, é o prazo da impugnação contenciosa que é que termina em ultimo lugar (3 meses ou 1 ano no caso do MP). Logo, o prazo máximo para impugnação é de 1 ano. Significando, que a figura aplicável é a anulabilidade, o acto consolida-se na ordem jurídica ao fim de 1 ano se ninguém impugnar.

Artigo 141.º

Revogabilidade dos actos inválidos

1 - Os actos administrativos que sejam inválidos só podem ser revogados com fundamento na sua invalidade e dentro do prazo do respectivo recurso contencioso ou até à resposta da entidade recorrida.

2 - Se houver prazos diferentes para o recurso contencioso, atender-se-á ao que terminar em último lugar.

- ❖ 4º ideia: Consolidada a invalidade na ordem jurídica, pela circunstancia de não ter sido impugnada ou revogada dentro do prazo legal, este acto administrativo encontra-se sujeito ao regime de revogação dos actos válido, previsto no artigo 140. Este regime é todo ele um regime estranho, em que há uma sobrevalorização do princípio da segurança, da tutela da confiança, em detrimento do princípio da legalidade. O que faz com que muitos dos actos da administração possam ser actos contrários à legalidade. Consolidado um acto ilegal na ordem jurídico, terá de passar a ser tratado como acto válido: 1º já não pode ser revogado com fundamento em ilegalidade. (se o acto for revogado com fundamento em ilegalidade 1 ano e 1 dia depois, a revogação é ilegal). Todavia, a revogação pode agora ocorrer com fundamento em mérito, por força da aplicação do regime do art 140, e sobretudo por força deste raciocínio; se os actos que são válidos podem ser revogados com fundamento em mérito, porque motivo é que aqueles que inicialmente eram

inválidos, decorrido um ano, teriam um regime de permanência no regime jurídico mais favorável do que aqueles que são válidos, que podem ser revogados com fundamento em mérito? Também aqueles que inicialmente eram inválidos, não podem deixar de estar sujeitos ao mesmo regime, excepto no caso das três excepções: actos constitutivos de direito ou interesse legalmente protegidos, se tiverem existência obrigatória, ou se criarem direitos irrenunciáveis para a ap, regime do art 140º nº1.

- ❖ 5ª ideia: os actos constitutivos de direitos e de interesses legalmente protegidos, têm um regime especial de revogação, que veremos em síntese. O que são actos constitutivos de direitos e de interesses legalmente protegidos? Podem assumir uma tripla configuração: podem ser actos que criam direitos ou interesses legalmente protegidos; podem ser actos que ampliam direitos ou interesses previamente existentes; podem ser actos que libertam o particular de ónus, de vinculações ou deveres. Na aula passada falamos de cláusulas modais, um acto que revogue uma cláusula modal de um acto administrativo, é acto constitutivo de direitos, porque liberta o particular de uma obrigação a que estava adstrito. Tem o mesmo regime dos actos, é um acto juridicamente constitutivo de direito. E qual é esse regime? É um regime que parte da dicotomia entre actos constitutivos de direitos e de interesses legalmente protegidos **válidos e inválidos**.
 - Como se passam as coisas? Se são **válidos** o princípio geral é a proibição de revogação, como resulta do art 140º nº 1 b), mas há excepções (140º nº 2) em que casos um actos constitutivos de direitos e de interesses legalmente protegidos válido pode ser revogado? Pode ser revogado na parte em que é desfavorável aos destinatários, por exemplo, a pessoa é admitida numa determinada situação jurídica, mas tem de pagar uma taxa. Este acto pode ser revogado apesar de ser actos constitutivos de direitos, se com esta revogação se atingir a parte desfavorável ao particular, isto é, a taxa, neste exemplo. Podem ser revogados ainda, se o destinatário dá concordância `revogação e não estamos perante actos que envolvam direitos ou interesses indisponíveis.
 - 3ª Situação, o acto constitutivo de direitos válido, pode ser revogado, se a revogação resultar situação mais favorável para o particular (até hoje ninguém impugnou o acto revogatório do montante de uma pensão de reforma que foi aumentada de x para x+1). É uma revogação, mas favorável ao destinatário, portanto é permitida.

Artigo 140.º

Revogabilidade dos actos válidos

- 1 - Os actos administrativos que sejam válidos são livremente revogáveis, excepto nos casos seguintes:
 - b) Quando forem constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos;
...
- 2 - Os actos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos são, contudo, revogáveis:
 - a) Na parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos seus destinatários;

b) Quando todos os interessados dêem a sua concordância à revogação do acto e não se trate de direitos ou interesses indisponíveis.

- Vejamos agora as situações dos actos **inválidos**. E se o acto constitutivo de direitos e de interesses legalmente protegidos for inválido? Já sabemos que nunca podem ser revogados com fundamento em mérito. É sempre inválida a revogação de actos constitutivos de direitos e de interesses, com fundamento em mérito. Só podem ser revogados com fundamento em ilegalidade dentro de determinado prazo. E sabem que se a revogação ocorrer fora desse prazo, será uma revogação inválida. E sabem também que a revogação pode ser feita com fundamento em invalidade dentro do prazo, mas é bom que seja a invalidade existente. Se o acto viola a lei não é possível revogá-lo com base em vício de forma, ou preterição de formalidades. Isto é, o vício que se invoca para a impugnação tem de corresponder ao vício que existe no próprio acto. A fundamentação que se invoca tem de ser verdadeira, não basta dizer que o acto é ilegal, tem de se demonstrar a parte do acto que sofre da respectiva invalidade. Se o acto tem vício de forma e se invoca desvio de poder, não existe revogação válida, é inválida até por existir erro quanto à qualificação do respectivo vício.

Artigo 141.º

Revogabilidade dos actos inválidos

1 - Os actos administrativos que sejam inválidos só podem ser revogados com fundamento na sua invalidade e dentro do prazo do respectivo recurso contencioso ou até à resposta da entidade recorrida.

2 - Se houver prazos diferentes para o recurso contencioso, atender-se-á ao que terminar em último lugar.

FORMA E FORMALIDADES DA REVOGAÇÃO

O principio geral no artigo 143 nº 1, é o principio do paralelismo das formas.

Artigo 143.º

Forma dos actos de revogação

1 - O acto de revogação, salvo disposição especial, deve revestir a forma legalmente prescrita para o acto revogado.

2 - No entanto, deve o acto de revogação revestir a mesma forma que tiver sido utilizada na prática do acto revogado quando a lei não estabelecer forma alguma para este, ou quando o acto revogado tiver revestido forma mais solene de que a legalmente prevista.

Devemos adoptar na revogação a mesma forma do acto que é objecto de revogação. E este princípio, também se aplica para a forma devida, se o acto revogado tinha uma forma excessiva relativamente aquilo que a lei dispunha, chamo-vos a atenção para que a revogação tenha essa mesma forma. Se o acto praticado tiver a forma de decreto-lei, não pode um simples despacho revogar aquele acto. Só por um outro decreto-lei ele poderá ser revogado. É aqui que se afirma também o paralelismo de forma. É um problema também dito de excesso de forma.

Quanto às formalidades do acto de revogação, o princípio é o previsto no artigo 144.

Artigo 144.º

Formalidades a observar na revogação

São de observar na revogação dos actos administrativos as formalidades exigidas para a prática do acto revogado, salvo nos casos em que a lei dispuser de forma diferente.

A revogação deve obedecer às formalidades previstas na lei, designadamente, o princípio da audiência prévia. Os efeitos da revogação prendem-se com a eficácia *ex tunc* e *ex nunc* que se viu na aula anterior. Apenas um ponto sobre o qual gostaria que reflectissem: será que a administração poderá ressaltar certos efeitos de um acto que revogou, limitando o âmbito da retroactividade dessa destruição, é possível isso? Recorde-se aquilo que o tribunal constitucional pode fazer, no artigo 282 n.º 4 CRp (razões de equidade, interesse público, etc...) permitem que o tribunal constitucional limite os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A pergunta agora é quanto aos efeitos da declaração de ilegalidade da revogação de acto ilegal. Em princípio se o acto é desfavorável ao particular, nunca é possível ressaltar efeitos, a revogação deve ser integral. Pelo contrário se o acto é favorável ao destinatário podem existir razões de segurança ou equidade que justifiquem a restrição de efeitos da revogação. Depois coloca-se o problema da repristinação, ou não, que pressupõe a existência de três actos: o acto B que revoga o acto A, e o acto C que revoga o acto B. A pergunta é: o acto C ao revogar o acto B repõe em vigor o acto A? a matéria vem regulada no artigo 146º, dizendo que a revogação de um acto revogatório, só produz efeitos repristinatórios, se a lei, ou o acto de revogação assim o determinarem. Desta forma no silêncio da lei ou do acto revogatório, não há repristinação.

Artigo 146.º

Efeitos repristinatórios da revogação

A revogação de um acto revogatório só produz efeitos repristinatórios se a lei ou o acto de revogação assim expressamente o determinarem.

Falta só saber uma questão, se o acto C determina a repristinação do acto A, é o acto A que ressuscita ou é o acto C que passa a ter como conteúdo o acto A? Ou seja, há aqui uma recepção material feita pelo acto C do conteúdo do acto A, ou pelo contrário há um ressuscitar do acto A? A relevância disto verifica-se na questão do prazo de impugnação contenciosa. Se for o acto A a ressuscitar poderão já ter prescrito os prazos de impugnação contenciosa. Pelo contrário se o acto C passar a ter o conteúdo do acto A, então o particular pode começar a reagir contra o acto C. Pode reagir impugnando, ou interpor acção de responsabilidade civil pelos danos resultantes da aplicação desse acto. Como vêem nem sempre é fácil saber se há uma verdadeira repristinação que levantaria uma questão muito curiosa: como se regularia as relações durante a vigência do acto B, porque uma coisa é a ficção jurídica do ressuscitar do acto A a partir do momento do acto C, mas há o problema jurídico de saber como se conformam as situações jurídicas durante o acto B;

Outra questão é a de saber se o significado da referência do acto C ao acto A, pode ou não ser interpretada como a recepção material do acto A.

Na próxima aula falaremos dos actos modificativos.

Aula nº 16

03/05/2010

Recordam-se como vos disse na análise da revogação de todas as temáticas em todas as revogações, vamos continuar com a análise dos actos administrativos, e, seguindo aquele esquema que vos tinha fornecido, estamos dentro dos actos secundários,

analisámos os integrativos, um dos integrativos foi as revogações, vamos passar agora aos actos modificativos.

Os actos modificativos como a própria expressão quer dizer são aqueles que vão introduzir alterações a um anterior acto administrativo. E essas alterações, essas modificações ao anterior acto administrativo podem ter dois propósitos:

Ou tem o propósito de sanear de explorar a ilegalidade tinha sentido dizer que são actos modificativos com carácter saneador ou pelo contrário são actos modificativos sem carácter saneador.

Em qualquer dos casos, o acto modificativo altera o acto anterior, modifica o acto anterior.

Quais são os actos modificativos que não têm carácter saneador?

Não tem carácter saneador a alteração em sentido estrito. A alteração em sentido estrito não é nem mais nem menos do que a modificação de um aspecto de um acto anterior.

Um segundo acto de natureza não saneadora é a suspensão. Através da suspensão procura-se paralisar temporariamente os efeitos de um acto administrativo. E já sabemos que existem três figuras afins da suspensão: Uma é a suspensão jurisdicional. O que é que diz? A suspensão jurisdicional é declarada por um tribunal, é uma providência cautelar, não é um acto da administração. A suspensão também se diferencia da revogação.

Na revogação cessam definitivamente os efeitos. Na suspensão paralisam-se temporariamente os efeitos. Diferente é também a suspensão do acto sujeito a condição suspensiva. O acto sujeito a condição suspensiva é o acto que não produziu inicialmente efeitos típicos e nem se sabe se algum dia virá a produzi-los. Porquê? Porque depende de um facto futuro e incerto precisamente a suspensão, ou melhor dito a produção dos seus efeitos. A condição suspensiva aparece aqui, no acto sujeito a condição suspensiva aparece no fundo a eficácia do acto a produção de efeitos do acto dependendo repito, de um facto futuro e incerto não se sabe se ele se vai verificar. Aliás é interessante a suspensão dos actos sujeitos a condição suspensiva, porque alguns deles podem ser proibidos por lei. Por exemplo, não é permitida uma nomeação sujeita a condição suspensiva.

Vou nomear vamos imaginar o director geral, senhor A, se vagar o respectivo lugar.

Não é possível. É necessário que se verifique a vagatura do cargo para se efectuar a nomeação. A nomeação sujeita a condição suspensiva trás um problema de incompetência em razão do tempo. Dizia-vos eu, tínhamos já identificado dois actos de

natureza não sancionatória, temos a alteração em sentido estrito, temos a suspensão, terceiro tipo, temos a rectificação. A rectificação consiste nem mais nem menos do que também uma modificação, mas uma modificação ditada por erro. Erro de escrita, é um regime de rectificação previsto no regime do artigo 148º do CPA. Artigo 148º do CPA que diz o seguinte:

Artigo 148º

Rectificação dos actos administrativos

1 - Os erros de cálculo e os erros materiais na expressão da vontade do órgão administrativo, quando manifestos, podem ser rectificadados, a todo o tempo, pelos órgãos competentes para a revogação do acto.

2 - A rectificação pode ter lugar oficiosamente ou a pedido dos interessados, tem efeitos retroactivos e deve ser feita sob a forma e com a publicidade usadas para a prática do acto rectificadado.

Devo dizer que nem sempre é fácil diferenciar a rectificação da revogação. Dou um exemplo, e um exemplo verdadeiro ocorrido aqui na faculdade:

É o exemplo daquele aluno que tendo tido 6 na prova escrita, aparece na pauta que teve 16. Já aconteceu isso não com 16, mas com 14 um aluno que teve 14 afinal apareceu com 7 e o 7 nas pós graduações é reprovação. (...) Depois veio-se a saber que houve um engano. Havia duas senhoras com o mesmo nome, esta senhora apareceu 7 na pauta, à outra que tinha um nome idêntico apareceu 14, quando na realidade tinha tido 7 e não disse nada.

Como é que se resolve este problema dirão?

Indiscutivelmente quem teve 14 e apareceu o 7 eu próprio dei a indicação que deve de imediato corrigir-se a classificação. (...)

Houve aqui uma rectificação porque houve aqui um erro de escrita. Em relação à outra, ainda que se pudesse discutir a revogação da classificação, a verdade é que havia de tomar em consideração as expectativas e a tutela da boa fé neste caso do aluno. O aluno não podia ser prejudicado por isso. Porque não se conseguia preparar, não podia apresentar-se à época de recurso porque era a única época de recurso e ficaria inviabilizado a respectiva pós graduação. Achei por bem que era melhor a injustiça de quem merecia 7 ter 14 do que a situação de quem afinal tinha tido 14 aparecer o 7 na respectiva nota.

Conclusão nem sempre é fácil de saber onde é que está a fronteira do que é a rectificação e o que é a revogação da respectiva situação. (...)

Como sabem há casos em que as pessoas não fazem bem as contas, o cálculo entre os tantos por cento da avaliação contínua, da escrita e da respectiva prova oral. Obviamente que o aluno não pode ser prejudicado em relação ao erro no respectivo

calculado. O problema é saber onde é que se corrige o erro. Corrige-se o erro através da classificação final, ou corrige-se o erro através da nota indevida que foi por exemplo dada na prova oral. Depois aqui há outro problema, que é o erro na formação da vontade, perdão o erro como pressuposto.

Imagine-se que na pauta sai, e já aconteceu este caso, este caso é também um caso verídico, em que o aluno teve 12, apareceu-lhe 12 na pauta, mas no dia a seguir o 12 foi convertido em dois. Porque na realidade, era direito das obrigações, as classificações eram manuscritas, trocaram as pautas eram pautas de 40 ou 50 pessoas, basta naturalmente a pessoa enganar-se e foi o caso. O aluno que tinha 12 apareceu com 2 e aquele que tinha tido 2 apareceu com 12. No dia a seguir foi objecto da tal rectificação.

Como vêm e tudo isto para vos alertar que nem sempre a fronteira entre a rectificação e a revogação é clara e isto pode ter efeitos por exemplo em matéria de responsabilidade civil. Imaginem que está em causa um prédio que ameaça ruína. E que o município determina que o prédio deve ser derrubado. E que o particular recusa e que os serviços da administração se substituem na execução do acto. Só que há um pequeno lapso. Em vez de escreverem o número 14 e escrevem 14, e o prédio que é destruído não é aquele que ameaça ruína mas era outro. Obviamente direi que há indemnização pelos danos daí decorrentes.

Tinha-vos dito que haviam dois tipos de actos de natureza modificativa. Aqueles que não têm carácter saneador, e aqueles que têm carácter saneador.

Qual é o propósito destes actos? São actos que visam alterar outros, mas esses outros são actos inválidos. Ou seja esta intervenção modificativa tem um propósito, que é repor a legalidade. E como é que pode ser reposta a legalidade?

Pois a reposição da legalidade pode ser feita em primeiro lugar através da ratificação saneadora. O que é a ratificação saneadora?

É o acto pelo qual o órgão competente sana a incompetência relativa de um ato praticado sobre a sua competência. Isto é através da rectificação saneadora, aquele que é o órgão competente veio expurgar, veio no fundo retirar a invalidade que um outro órgão praticou sobre a sua competência. Exemplo: Imaginemos que a câmara municipal de Lisboa pratica um acto que é da competência da assembleia municipal de Lisboa. O acto está ferido de incompetência relativa. Mas a assembleia municipal pode ela aprovar uma deliberação através do qual faz seu, o acto praticado pela câmara municipal. Ao fazer seu ela está a ratificar em termos saneadores afastando a invalidade do acto praticado através da câmara municipal.

Naturalmente só para vos dizer como se diferencia a ratificação saneadora da ratificação confirmativa que falámos numa das aulas anteriores, a diferença é simples. Na ratificação confirmativa o órgão normalmente competente que emite um juízo de concordância com um acto praticado por outro órgão excepcionalmente. Mas ambos são órgãos competentes. Na ratificação confirmativa não há nenhum acto inválido. Ao invés na ratificação saneadora é o órgão competente que emite um juízo de concordância fazendo seu, um acto praticado por um órgão incompetente. E por isso mesmo a ratificação não se limitava a afirmar o acto produzido, sana a invalidade do acto praticado pelo outro órgão. De sublinhar ainda uma outra nota. Obviamente que só é possível a ratificação saneadora quando? Quando estamos perante um caso de incompetência relativa: Não é possível a ratificação saneadora para actos feridos de incompetência absoluta. O acto é nulo não produz efeitos e como tal não é sanável.

Mais dois actos que são actos modificativos com propósitos saneadores: Temos a reforma e a reconversão. Qual é a diferença? Na reforma o acto é o acto pelo qual se conserva de um acto inválido a parte que não está afectada pela ilegalidade.

Vamos imaginar nos termos da lei, o subsidio a conceder tem um limite máximo de 2500 euros. E a Administração resolve dar um subsídio de 3500 euros. Como se procede à reforma do acto? É simples reduz-se o montante do subsidio para os 2500, conserva-se do acto a parte não afectada pela ilegalidade.

Diferentemente do que sucede na conversão. Na conversão o acto pelo qual se aproveitam os elementos válidos de um acto invalido, para dar origem a um novo acto. Enquanto que no primeiro caso se deita fora o que é invalido, na conversão o que se passa é um aproveitamento da parte que é valida para construir um novo acto.

Exemplo típico poderá ser um qualquer acto cuja fundamentação é invalida. Pois aproveita-se a parte que é válida para o novo acto já agora acrescentando uma fundamentação válida.

Como sabem um dos princípios é a congruência entre a fundamentação e a decisão. Se a decisão vai num sentido, a fundamentação tem de acompanhar esse sentido.

Mas há incidentes históricos em que não é assim nomeadamente nas faculdades.

(...)

Porque é que não se tem colocado na prática problemas de invalidade do acto nestes casos?

Primeiro aspecto, porque para o administrado, o acto é de conteúdo favorável.

Qual é o conteúdo favorável, é aprovado. Se ele decide-se suscitar a invalidade do acto qual era a consequência, estava reprovado. Quem é que poderia suscitar o problema?

O Ministério Público, mas normalmente o Ministério Público tem mais que fazer que andar a ver as actas das deliberações académicas.

Por acaso há um exemplo curioso, aliás levantam-se aqui uma série de problemas, um deles é saber se, se poderá pedir a revogação da parte desfavorável. Independentemente disso queria chamar a vossa atenção para este ponto. Até agora temos estado a tratar de actos que são os actos administrativos normais, no sentido de que não envolvem a colaboração do particular. Vamos agora entrar numa outra temática dos designados actos consensuais. Um acto consensual é um acto que como já vimos a seu tempo que assenta, continua a ser um acto unilateral, continua a ser a expressão da vontade da administração, até aqui tudo igual, só que há uma diferença substancial e a diferença é esta, este acto unilateral da administração assentou num momento cronológico anterior num acordo, num acordo entre quem? Entre a Administração, e o destinatário do acto ou os destinatários do acto. Chamam-se por isso mesmo actos consensuais. Quais são os fundamentos que habilitam esta figura? Em primeiro lugar o princípio da participação dos administrados, o princípio da auto vinculação e ainda o princípio da contratualização da decisão administrativa. O CPA fala na audiência prévia, artigo 100 e seguintes, na audiência prévia pois bem, a Administração pode sensibilizar o particular ou o particular sensibilizar a administração para retomar aquilo que falamos no primeiro semestre, se bem se recordam no acordo endoprocedimental. No acordo no âmbito de um procedimento administrativo. E esse acordo endoprocedimental pode ter um propósito, qual é o propósito? Substituir uma decisão de conteúdo unilateral por uma decisão concertada, uma decisão acordada com os destinatários do acto.

Há aqui uma participação constituinte do destinatário do acto. E podemos dizer que o CPA aparece como uma clausula geral habitadora deste tipo de actos administrativos consensuais.

Quais são os limites que a Administração tem de poder escolher com esta liberdade o acto consensual?

Primeiro a Administração não pode usar os actos consensuais em matérias insusceptíveis de transacção. Isto é em matérias que não são susceptíveis de acordo com o particular.

Não é possível ainda quando a Administração actua sobre a égide do Direito Privado. Naturalmente depois coloca-se um problema interessante, que é relativa ao princípio do precedente e ao princípio da igualdade em matéria de actos consensuais. Por

exemplo: A administração negociou o pagamento de dívidas fiscais com o clube x, será que o clube y poderá invocar o princípio da igualdade para o tratamento idêntico pela Administração? Esta negociação, reparem, é o tal acordo endoprocedimental. A Administração não está impedida de continuar a liquidar imposto ao clube, mas através de um plano de pagamentos através do qual ela, administração, chegou a acordo com o clube. E a pergunta é esta: Ao fazer isto com o clube x será que o clube y ou o clube z também têm o poder de exigir à Administração o direito à igualdade no tratamento de uma situação que é semelhante? Em princípio o princípio da igualdade determina uma vinculatividade do precedente nesta matéria. O problema é depois saber onde pára? Como e que isto se articula com o princípio da legalidade de se aplica só a um caso? Pode a Administração extinguir o princípio da igualdade decidindo sem lei?

Duvidosamente o poderá fazer neste caso.

Depois queria chamar a vossa atenção ainda dentro desta matéria para a circunstância do acordo endoprocedimental que predefine o futuro acto administrativo é uma manifestação da auto vinculação da administração. A Administração vincula-se perante si própria mas também perante o seu destinatário a agir numa determinada matéria. Neste caso aqui este acordo aparece como pressuposto do acto consensual. Mas agora há limites. Primeiro limite o acordo está excluído quando a lei não permitir que a administração não possa impor unilateralmente obrigações correntes. Isto é aquilo que a administração não pode impor unilateralmente não pode impor por via de contrato. Quer isto dizer que não pode por via de contrato.

Chamava a vossa atenção porque isto é extraordinariamente importante no âmbito das relações de tutela.

Nas relações de tutela das estruturas do Estado com as autarquias locais, mas também com as estruturas de coordenação entre a República e as regiões autónomas. Se a República não pode unilateralmente impor determinado tipo de condutas às regiões autónomas também não pode através de acordo permitir-se aquilo que por via unilateral não é permitido.

Um exemplo, não pode o Governo da República inspeccionar os serviços de uma região autónoma, para saber se os serviços da região autónoma estão a cumprir por exemplo as regras sobre transferência de verbas sobre o orçamento do estado para as regiões autónomas. Essa competência é uma competência que pertence a quem? Aos serviços da região autónoma, designadamente o Governo regional.

Segundo limite, o acordo não pode ele assumir obrigações para a Administração para as quais ela não tem competência. O envolvimento de obrigações, a Administração não

pode nestes acordos assumir obrigações face às quais não tem competência. Por exemplo, a Administração não pode assumir nestes acordos a obrigação de por exemplo baixar impostos ou de criar um regime fiscal próprio. Porquê? Porque não depende da sua competência depende da competência do Parlamento em sede orçamental.

Terceiro limite, a Administração não pode exigir contraprestações através do acordo que ela não poderia impor unilateralmente com cláusula (...).

Naturalmente também, quarto limite, o acordo não pode envolver lesão de direitos ou estabelecer obrigações em relação a terceiros. Se o acordo é entre a e b o acordo em relação a e a b não pode produzir efeitos em relação a c, a d e a e.

E por último, o acordo nunca pode envolver o assumir de compromissos contrários à legalidade.

Como é que se processa a feitura deste acordo.

Bem eu diria que há no fundo três fases.

Uma primeira que são as conversações preliminares entre a Administração e o ou os possíveis destinatários. É uma fase negocial tendendo a celebrar o acordo e por isso mesmo eu diria sem um carácter vinculativo. Em que a administração pode no fundo desencadear isto.

Todavia, não obstante nesta primeira fase em que há proposta não existir carácter vinculativo, há obrigações decorrentes do princípio da boa fé cuja violação pode desencadear responsabilidade por culpa in contrahendo certamente já falaram disto em direito das obrigações. E podem existir sub fases. Isto é; pode chegar-se a um acordo numa primeira etapa para prosseguir as negociações numa outra. Segunda fase, eu diria audiência prévia de possíveis terceiros prejudicados ou de interesses análogos. Para se respeitar o princípio da igualdade e da proporcionalidade.

Terceira parte e ultima, a formalização por escrito dos termos do acordo.

Quais são os pontos controvertidos deste acordo para os quais eu queria chamar a vossa atenção?

Primeiro ponto, consiste em saber se são possíveis cláusulas de adaptação da situação á circunstâncias criando por isso formas automáticas de modificação do acto administrativo de forma consensual. Depois do acordo a administração pode emanar o acto administrativo. O acto administrativo continua a ser unilateral, mas assenta num acordo. E a pergunta é esta: Será que o acordo pode ter cláusulas de adaptação automática a verificação de acontecimentos. Por exemplo se o clube desportivo ganhou

ou vai ganhar o campeonato o que previsivelmente implicará mais receita. Depois saber se estes acordos podem ser objecto de controlo judicial. Porquê? Porque a verdade é que o particular aceitou, se não aceitou não há acordo. E como sabem quem aceita perde legitimidade para poder impugnar a decisão.

Depois, mas veremos na próxima aula, há problemas sobre as vicissitudes do acordo. Isto é a invalidade do acordo vai se repercutir na invalidade consequente do acto administrativo, ou a cessação de vigência do acordo poderá determinar ou não a caducidade do acto administrativo, mas veremos isto na próxima aula.

AULA nº 17

05/03/2010

Vimos na aula passada da temática dos actos consensuais, e dissemos que os actos consensuais assentam no acordo, no consenso. Não obstante eles continuarem a ser esses actos consensuais actos unilaterais. O que os distingue dos demais é que eles têm a sua unilateralidade antes de mais mitigada por um prévio acordo.

O tal acordo entre a administração e o destinatário do mesmo.

E qual é o regime a que se encontra subjacente o acto administrativo consensual?

Em princípio deve aplicar-se ao acto administrativo consensual todas as regras que estão na base dos demais actos administrativos. Esse princípio geral a administração continua nestes actos a prosseguir o interesse público, a administração continua unilateralmente a definir a sua posição jurídica perante o administrado e por isso tinha que ser, estes actos se encontram sujeitos ao regime jurídico aplicável aos demais actos da administração. Há todavia especialidades, e estas especialidades eu diria que se centram em dois domínios:

Primeiro aspecto de especialidade, tem a ver com a interpretação e a modificação do acto deve ser processada com especial respeito pelo princípio do contraditório.

A administração ao modificar este acto deve sempre previamente ouvir o destinatário desse acto. Até existirá aqui um princípio geral de interpretação do acto, em conformidade com o acordo que lhe está prévio, isto é, o acto é a materialização jurídica do acordo, pois se assim é, esse acto deve ser interpretado e até integrado de harmonia com a relação de compatibilidade a esse mesmo acordo. Por outro lado, a administração pode revogar o acto, mas se revogar o acto lesando a tutela da confiança jurídica ela cria a obrigação de indemnizar o particular, indemnizar o respectivo destinatário. A administração não está impedida de revogar nos termos em que o pode mas atenção a administração ao fazê-lo pode ser responsabilizada pelos danos não só pelos danos emergentes como igualmente pelos lucros cessantes que resultam do desaparecimento, da cessação de efeitos desse acto. E nesse sentido temos o terceiro e último aspecto que é a projecção do acordo sobre o acto.

Em que medida é que o acordo que está na base se pode projectar pelo acto?

Pode se projectar neste sentido, se há vicissitudes, se há invalidades no acordo o acto padecerá daquilo que nós designamos de ilegalidade ou invalidade consequente ou derivada. O que é a invalidade consequente ou derivada?

É aquela que tem a sua origem não num acto mas num acordo que lhe está na base. Imagine-se que a Administração chega a acordo com o particular, num projecto de acto mas o acordo viola a Lei. A administração promete aquilo que a lei não lhe permite que ela prometa, se o acto administrativo que está na base desse acordo que encerra uma promessa, mas é ilegal essa promessa obviamente que o acto administrativo é inválido. Mas é inválido em termos consequentes. Porquê?

Porque a invalidade já estava na circunstância da Administração ter prometido aquilo que não podia. Por exemplo prometia o fraccionamento da dívida fiscal, em x prestações quando a lei só permitia um pacto de y prestações. Segundo exemplo de invalidade que se reflecte. Se quem participou nas negociações não tinha competência para decidir obviamente que o acordo é inválido está ferido de incompetência mas se for o mesmo autor da administração a produzir o acto obviamente que o acto também estará ferido de incompetência. É obvio que as vicissitudes que se produzam no acordo se vão projectar no acto que materializa esse mesmo acordo.

Digo ainda que se pode entender que a cessação do acordo determinará a cessação do acto.

Levantam-se todavia já agora para vossa curiosidade problemas interessantes. Um dos problemas é a relevância da alteração de circunstâncias. Se à alteração de circunstâncias que motive o órgão e leve a administração por

exemplo a por fim ao acordo, e conseqüentemente ao respectivo acto. Ou numa outra hipótese, a excepção do não cumprimento. Já falaram disso em Direito das obrigações. A questão é esta se uma das partes não cumpre pode a outra em seu favor invocar a excepção do não cumprimento?

Já que não cumpres eu também não cumpro.

É muito discutível se a administração se obriga a determinado tipo de prestações e não as acata, não as cumpre não as respeita, se o particular pode legitimamente invocar a seu favor a excepção do não cumprimento.

Eu dou-vos um exemplo onde esta matéria pode assumir alguma projecção de interesse prático. E essa área é no âmbito da concertação social. Certamente já ouviram falar, existe até uma comissão de concertação social onde Governo e entendam-se parceiros sociais, se sentam à mesa para conversar. E pode suceder no âmbito das políticas de rendimento e preços se produzam acordos denominados acordos de concertação social. Por último são acordos que se vão materializar posteriormente em medidas adoptadas pelo governo.

Pois bem, o problema consiste em saber se essas medidas assentes no acordo podem ou não sofrer alterações decorrentes da alteração das circunstâncias em que foi por exemplo negociado esse acordo. Têm aqui um exemplo disto que se tem visto nos últimos dias, na instabilidade financeira que o país corre, talvez seja a maior crise de sempre das nossas vidas e mesmo das vidas eventualmente da geração que nos antecedeu em termos financeiros e que leva claramente a uma alteração de todas as circunstâncias em que algo foi negociado por exemplo há seis meses atrás ou há um ano atrás. Isso justifica por exemplo alterações, recorde o que se está a passar na Grécia onde há salários que estão a ser reduzidos, prestações sociais que estão a ser reduzidas. (...)

Reparem que tudo isto chama à colação vários problemas de Direito, de Direito Administrativo mas também por exemplo de Direito Constitucional. (Princípio da proibição do retrocesso).

Os actos Tácitos

Os actos tácitos decorrem do silêncio da Administração. O que é que isto significa?

Quando alguém pede alguma coisa à Administração, a Administração pode adoptar um de três comportamentos:

Ou concede, ponto final parágrafo.

Ou não concede, isto é ou indefere.

Mas pode conceder e acontecer historicamente que a administração para procurar obviar esta segunda hipótese em que indeferia e o particular

impugnava esta decisão, a Administração entendia não dizer nada quando queria indeferir qualquer coisa ao particular. O Silêncio. Ora foi-se construindo ao nível da jurisprudência este entendimento. Se a Administração num determinado prazo nada disser presume-se entende-se que esse silêncio tem o valor de indeferimento. Para quê? Para que o particular pudesse ter aberta a via do contencioso. Temos aqui um acto tácito. Um acto tácito de indeferimento. Sucede todavia duas coisas.

A primeira é que pode o silêncio também a título excepcional mas passava a ter o sentido de deferimento. E surgiram ao lado dos actos tácitos de indeferimento ou também actos tácitos negativos, surgiram os designados actos tácitos de deferimento ou também ditos actos tácitos positivos. No sentido em que concediam ao particular aquilo que ele pedia.

Veio depois surgir com reforma do Contencioso Administrativo de 2002 uma acção específica que é a acção para a condenação à prática de acto devido. Em que o particular tem um meio alternativo, um meio que já não é a acção administrativa especial, mas é a acção de condenação à prática do acto devido regulada no artigo 66º e ss do CPTA. Quais são os pressupostos para a formação do acto tácito.

A matéria vem regulada no artigo 108º e 109º do CPA, artigo 108º para o deferimento tácito, artigo 109º para o indeferimento tácito.

Chamava a vossa atenção para um ponto. Continua a ser a regra que o silêncio da administração vale como indeferimento. A regra geral está no artigo 109º, a excepção são os casos de deferimento tácito que vêm no artigo 108º. Mas uma vez mais, a técnica jurídica que vos tenho alertado nós só sabemos o que cai na regra geral se afastarmos as situações da excepção. Isto é nós só sabemos o que é que se enquadra no artigo 109º depois de termos excluído que a situação de se situe em algumas alíneas do número 3 do artigo 108º.

Artigo 108º

Deferimento tácito

1 - Quando a prática de um acto administrativo ou o exercício de um direito por um particular dependam de aprovação ou autorização de um órgão administrativo, consideram-se estas concedidas, salvo disposição em contrário, se a decisão não for proferida no prazo estabelecido por lei.

2 - Quando a lei não fixar prazo especial, o prazo de produção do deferimento tácito será de 90 dias a contar da formulação do pedido ou da apresentação do processo para esse efeito.

3 - Para os efeitos do disposto neste artigo, consideram-se dependentes de aprovação ou de órgão administrativo, para além daqueles relativamente aos quais leis especiais prevejam o deferimento tácito, os casos de:

- a) Licenciamento de obras particulares;
- b) Alvarás de loteamento;
- c) Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros;
- d) Autorizações de investimento estrangeiro;
- e) Autorização para laboração contínua;

f) *Autorização de trabalho por turnos;*

g) *Acumulação de funções públicas e privadas.*

4 - *Para o cômputo dos prazos previstos nos n.os 1 e 2 considera-se que os mesmos se suspendem sempre que o procedimento estiver parado por motivo imputável ao particular.*

Quais são então os pressupostos para a formação de um acto tácito?

Primeiro, é necessário que exista um pedido, uma pretensão dirigida ao órgão administrativo. É preciso primeiro que se peça alguma coisa ao órgão administrativo.

Mas há que ter em atenção que aquilo que se pede tem de ser legal. E tem que ter legitimidade para o efeito. Salvo agindo em representação ou em gestão de negócios. Primeiro requisito; é necessário que exista um pedido formulado a um órgão da administração.

Segundo requisito é necessário que o órgão seja competente sobre a matéria. Isto é eu não posso pedir ao Governo aquilo que é devido pela Câmara Municipal. O pedido tem de ser dirigido ao órgão competente. Naturalmente que pode se colocar o problema de saber qual é o órgão competente em caso de competência comum, por exemplo caso de competência alternativa, ou é A ou é B. Tanto posso dirigir o pedido a A como a B. Ou em caso de competência conjunta. A competência é do ministro x e do ministro y e eu devo dirigir-me a ambos comunicando a cada um deles que dirigi o pedido também ao outro.

No âmbito da delegação o pedido deve ser dirigido ao delegado, obviamente que a matéria esta nele delegada.

Terceiro requisito, é necessário que o órgão tenha o dever legal de decidir. Isto é tenha o dever legal de decidir quanto à questão de fundo. Por isso é que é importante recordar uma das aulas anterior que a meu ver existe o dever legal de revogar os actos inválidos os actos ilegais. A jurisprudência entende que não, porque para a jurisprudência não se forma um acto tácito se pedir ao órgão para revogar o acto. Entende que não há dever legal de revogar o acto. Eu diria que há dever legal de revogar o acto ou de sanar a respectiva ilegalidade no caso da mesma ser sanável.

Quarto aspecto, é necessário que decorra o lapso de tempo sem que ocorra qualquer decisão expressa, obviamente.

Qual é o prazo legal?

Por via de regra o prazo legal é de 90 dias, artigo 109º nº2. Só não são 90 dias, isto é, podem ser mais nos casos previstos no número 3 do artigo 109º

Artigo 109º
Indeferimento tácito

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a falta, no prazo fixado para a sua emissão, de decisão final sobre a pretensão dirigida a órgão administrativo competente confere ao interessado, salvo disposição em contrário, a faculdade de presumir indeferida essa pretensão, para poder exercer o respectivo meio legal de impugnação.

2 - O prazo a que se refere o número anterior é, salvo o disposto em lei especial, de 90 dias.

3 - Os prazos referidos no número anterior contam-se, na falta de disposição especial:

a) Da data de entrada do requerimento ou petição no serviço competente, quando a lei não imponha formalidades especiais para a fase preparatória da decisão;

b) Do termo do prazo fixado na lei para a conclusão daquelas formalidades ou, na falta de fixação, do termo dos três meses seguintes à apresentação da pretensão;

c) Da data do conhecimento da conclusão das mesmas formalidades, se essa for anterior ao termo do prazo aplicável de acordo com a alínea anterior.

Por isso é que é importante que quando alguém requer alguma coisa à administração fique com uma copia data e carimbada porque essa data é importante precisamente para efeitos de inicio da contagem do prazo de 90 dias para efeitos de indeferimento tácito. Mas pode suceder que a lei imponha formalidades. Vamos ver a alínea b).

Exemplo de uma formalidade: exigência de um parecer do órgão x. E das duas uma ou a lei estabelece que o órgão x deve emitir o parecer no prazo de 30 dias significa que os 90 começam a contar a partir dos 30 dias ou a lei pode não impor prazo para as formalidades. Se a lei não impõe prazo para as formalidades dos 90 dias começam a contar dos 3 meses subsequentes.

Vamos imaginar que a pretensão, de facto, vamos mesmo imaginar, que foi apresentada em Outubro, 1 de Outubro e que se exigem formalidades mas que a lei não fixou prazo para as formalidades, quando é que se forma indeferimento tácito? A 1 de Outubro vamos juntar 3 meses. A 1 de Janeiro começa a contar os 90 dias, será no dia 1 de Abril que se forma o indeferimento tácito. Toda a gente entendeu? Não seria assim se a lei fixasse que o parecer seria emitido vamos imaginar 15 dias depois. Se o pedido foi formulado a 1 de Outubro, contam-se 15 dias 16 de Outubro, a partir de 16 de Outubro contam-se os 90 dias. Toda a gente entendeu?

Mas pode suceder, que é o número 3, que a lei não tendo fixado prazo todavia o órgão a quem competia a pratica da formalidade não espere 3 meses para praticar essa formalidade. Isto é se o particular tem conhecimento que essa formalidade foi verificada vamos imaginar no 2º mês, é a partir desse segundo mês que se contam os 90 dias.

Cá está a tal ideia de não havendo prazo antes do três meses o órgão praticou a formalidade pois bem se o particular tem conhecimento dessa formalidade então é a partir dessa data que se contam os 90 dias. Ora temos até agora 4 requisitos:

Pedido dirigido ao órgão da administração, segundo que o órgão seja competente, terceiro que o órgão tenha o dever legal de decidir, quarto que tenha decorrido um determinado lapso de tempo e já sabemos qual, quinto e último requisito; é necessário que a lei atribua ao silêncio um determinado significado. E nós já sabemos qual é o significado, por via de regra indeferimento tácito, a título excepcional deferimento.

A regra está no 109º, a exceção está no 108º do CPA.

E qual é o regime a que se encontra sujeito o acto de indeferimento?

Bem apenas sublinhar dois aspectos do regime. O prazo de impugnação. Ele está sujeito a impugnação hoje através da tal acção para a condenação à prática de acto devido, artigo 66º e ss do CPTA, e o prazo para a impugnação do silêncio do indeferimento é nos termos do artigo 69º CPTA 1 ano. O particular pode impugnar o indeferimento no prazo de 1 ano. Segundo aspecto, a revogação do indeferimento.

Bem verdade se diga que pode analisar dois aspectos da revogação do acto tácito. Podemos analisar a revogação do indeferimento, e podemos analisar a revogação do deferimento. A revogação do indeferimento traduz-se em quê? Na prática de um acto de deferimento. Se o acto consistia num indeferimento, a revogação traduz-se em quê? Num sim.

Ou seja, a revogação do indeferimento tácito é sempre um acto positivo, oposto, de afirmação, constitutivo de direitos ou interesses. Se o particular antes tinha a recusa da sua pretensão a revogação desse acto é a atribuição de qualquer coisa positiva ao particular. É o mesmo que dizer que é um acto constitutivo de direitos ou de interesses legalmente protegidos. Consequentemente a revogação do indeferimento tácito, é um acto constitutivo de direitos sujeito ao regime dos actos constitutivos de direitos.

Segunda hipótese, e se o acto for um acto de deferimento tácito? Também pode ser revogado. Só que em princípio a revogação de um acto de deferimento tácito é a revogação de um acto válido, que cessa os efeitos, mas é a revogação de um acto válido salvo se for constituinte de direitos ou interesses válidos e o particular não der o seu acordo. Ou seja por via de regra a revogação de um acto típico de deferimento é uma revogação inválida, porque faz cessar o reconhecimento que o particular tinha ao direito ou ao interesse que lhe foi tacitamente conferido pela administração. Vejam qualquer das alíneas do número 3 do artigo 108º.

Licenciamento de obras particulares, o particular requereu à Câmara Municipal o licenciamento de uma obra, por exemplo mudar o telhado da sua casa, pintar o exterior da sua casa, a Administração não lhe respondeu no prazo estabelecido pela lei. Ele dirigiu o pedido ao órgão competente, instruiu o processo com a documentação necessária, mas a administração deixou decorrer

o prazo e não respondeu. No final desse prazo o particular deve presumir que esse silêncio valeu como quê? Como deferimento do licenciamento da obra particular. E começou a efectuar a obra.

Ora vem a meio a administração dizer que não há nenhuma licença municipal para o efeito, não há qualquer acto de licenciamento. É revogada a licença tacitamente conferida na sequência do pedido formulado no dia x. E isto claramente que é um acto que prejudica o direito ou o interesse do particular. É por isso que por via de regra esta revogação é uma revogação inválida. Traduz-se na revogação de um acto constitutivo de direitos ou de interesses legalmente protegidos.

Naturalmente e eu chamava a vossa atenção para o facto do que aqui se pode aplicar, porque pode funcionar aqui a teoria do erro. Num sentido, o particular pensa que estava tudo bem mas havia uma falha por exemplo num documento pensa que decorrido o prazo sai o deferimento tácito, ou erro do particular imputável ao particular, mas também pode suceder que a administração esteja em erro. Pensa por exemplo que o silêncio aqui não tenha como resultado e expressão o deferimento, mas terá o indeferimento. E devo dizer que são múltiplos os casos onde o erro funciona tanto de um lado como de outro. E são múltiplas as formas depois de resolver o problema. Porque o particular acaba por verificar que não instruiu o processo com aquilo que era devido e a regra é esta, não há deferimento nestes casos se o particular não instruiu o processo como deveria. De igual modo a administração pode nesses casos ou noutras situações agir em erro. Pensando que havia um cenário quando na realidade havia um outro cenário. Como decorrem estes casos?

Tem de se resolver à luz do artigo 140º e das regras em matéria de revogação dos actos, as regras gerais. Os actos tácitos não podem ter regime diferente dos actos expressos.

Queria apenas ainda falar-vos numa figura que não sei se tive oportunidade de vos falar nos actos expressos a propósito da revogação que é a temática dos actos precários.

O que são actos precários?

São actos como a própria expressão já quer dizer são actos que têm uma consistência frágil. Neste sentido, eles são estruturalmente constitutivos de direitos ou de interesses mas seguem um regime dos actos não constitutivos de direitos ou de interesses. Podem ser actos sujeitos a condição resolutiva. A condição resolutiva num acto constitutivo de direitos ou o termo resolutivo traduzem-se no fundo numa precariedade da situação da qual o acto está investido. Ocorrendo essa condição, por exemplo a administração concede um direito mas reserva a faculdade de a qualquer instante fazer revogar aquele direito concedido.

O acto é um acto precário. Porquê? Porque investe o particular de uma situação jurídica débil. Eu concedo o subsídio mas posso a qualquer momento retirar o subsídio. Reservo o direito de revogar. Significa esta reserva esta condição resolutive que está na base deste acto constitutivo de direitos, esvazia o cerne do acto constitutivo de direitos.

Qual é o cerne do acto constitutivo de direitos, é em geral a existência de uma situação jurídica duradoura que desaparece pela precariedade da condição resolutive da clausula acessória. Estes são actos precários, os actos precários repito são actos que apesar de serem estruturalmente constitutivos de direitos, seguem o regime dos actos não constitutivos de direitos. Veremos mais adiante que há a situação inversa. Existem actos que não introduzem inovações na ordem jurídica, mas que seguem o regime dos actos constitutivos de direitos e que são irrevogáveis. Exemplos destes últimos: as designadas verificações constitutivas são actos que não são constitutivos de direitos mas que seguem o regime dos actos constitutivos de direitos, é o inverso dos actos precários.

Um certificado de habilitação de um curso não é um certificado que dá a licenciatura a pessoa ou tem o curso. Não é o certificado que faz de cada um de nós licenciados, a pessoa é licenciada quando termina a última disciplina do curso. É esse o momento em que adquire a licenciatura. O certificado de habilitações limita-se a verificar que a pessoa é licenciada. Não é um acto constitutivo de direitos, não é um acto constitutivo sequer, é um acto meramente declarativo. Limita-se a certificar que aquela pessoa é licenciada, mas este acto não pode ser revogado. É um acto que segue o regime não sendo constitutivo de direitos seguem o regime dos actos constitutivos porque é um acto irrevogável. O bilhete de identidade de cada um de nós tem lá a nossa cidadania, verifica uma realidade. Eu não sou português nem nenhum dos senhores é português pelo facto do bilhete de identidade dizer que temos a cidadania portuguesa. Limita-se a atestar a verificar uma realidade, é um acto meramente declarativo. Mas obviamente que também é um acto irrevogável. Ninguém pode por decisão administrativa dizer que é revogada a atribuição da cidadania ao senhor A ou ao senhor B titular do bilhete de identidade y. Por outras palavras, tal como existem actos que são estruturalmente constitutivos de direitos e que seguem o regime dos actos não constitutivos e que podem ser revogados, é o caso dos actos precários, temos aqui o exemplo inverso. Actos que são declarativos que não produzem não traduzem nenhuma inovação no ordenamento jurídico, mas que seguem todavia o regime dos actos constitutivos de direitos e que são irrevogáveis. Ninguém pode por decisão administrativa revogar uma licenciatura.

Estamos agora em condições de passar ao segundo grupo dos actos administrativos dentro daquele elenco que vos tinha dado na folha, tratamos

dos actos constitutivos vamos tratar agora dos actos declarativos. Ora já sabem os actos declarativos são aqueles que não introduzem alterações no ordenamento jurídico. Então porquê a existência de actos declarativos. A existência dos actos declarativos está ligada à reocupação de certeza e de segurança jurídica. E podemos encontrar três tipos de actos declarativos: Os actos de verificação, os actos de valoração e os actos de transmissão.

O que são actos de verificação?

São os actos que envolvem uma apreensão dos factos. Uma apreensão dos factos e uma declaração sobre a ocorrência ou não desses mesmos factos. As verificações tanto podem ser pela positiva como pela negativa, por exemplo o exemplo típico é a certidão de registo criminal. Tanto pode conter que esta pessoa já foi condenada pelo crime x e y como pode dizer que não registo criminal desta pessoa. O mesmo se passa com as declarações da segurança social, declarações de dívida. Esta empresa esta pessoa tem dívidas ou então não constam conhecimentos ou não há conhecimentos de dívidas da entidade x ou entidade y.

Há dentro dos actos de verificação 4 tipos de actos:

os actos de comprovação – pode ser o registo reparem pode ser o registo civil, o registo predial o registo criminal. Podem ser actos de inscrição os actos de inscrição também eles nos dizem se uma determinada pessoa tem ou não está ou não investida de uma determinada inquirição, está ou não investida como militante do partido x ou y, está inscrito ou não como membro de um sindicato, está inscrito ou não como aluno da faculdade, por exemplo. Os senhores que são estudantes trabalhadores por certo tiveram junto da entidade patronal de fazer prova de que estão inscritos numa universidade a frequentar um curso. Cá está. Não é esse acto que vos faz alunos da faculdade, limita-se apenas a verificar uma realidade, neste caso aqui a inscrição como alunos ou a inscrição por exemplo para os exames. Pode suceder que para além dos actos de comprovação do registo da inscrição, as actas, por exemplo, o que é que comprovam, comprovam várias coisas, quem esteve numa reunião, o que foi decidido, que sentido de voto, reparem que essa comprovação pode ser muito importante de quê? De exclusão de responsabilidade pessoal. Um outro exemplo de actos de comprovação pode ser o reconhecimento notarial. O reconhecimento notarial que comprova que aquela pessoa assinou aquele documento.

Os actos de certificação

Os de aclaração e as certidões constitutivas.

Aula nº 18
10/05/2010

Actos de certificação:

A ideia de certificação tem a ver com uma declaração, também ela, mas uma declaração feita para o exterior, feita para fora da administração, declaração essa sobre uma comprovação efectuada, isto é os actos certificativos comprovam a verificação de determinados factos. (exemplo: uma certidão de nascimento, uma certidão de óbito, não é a certidão de nascimento que faz com que a pessoa tenha nascido, nem é a certidão de óbito que faz com que a pessoa tenha morrido, limita-se a certificar, a verificar, que aquela pessoa nasceu no dia tantos, onde, filha de A e B, e a certidão de óbito a certificar que a pessoa faleceu)

Chamava a atenção para a importância das certidões e dos actos de certificação provenientes do estrangeiro, isto é, nós até agora temos estado a lidar com actos administrativos nacionais, mas podem existir vários actos de certificação estrangeira com eficácia em Portugal (exemplo: certificados de habilitações, pessoas que se licenciam no exterior, ou tiram no estrangeiro doutoramentos ou mestrados, e o princípio dentro da União Europeia é o da validade desses actos em qualquer estados membro da União Europeia, nós não podemos colocar dúvidas às certidões provenientes de outros estados da União Europeia, salvo o incidente da falsidade das mesmas, o tal exemplo daquela pessoa que vem com o certificado em como fez uma pós graduação em Bruges, mas em Bruges tinha feito tudo menos uma pós graduação em Direito).

Ainda são actos de certificação **as declarações**, as declarações são actos pelos quais a administração demonstra ter conhecimento de certos factos, de certas situações que ela conhece, mas que podem produzir determinados efeitos no domínio da certeza e da segurança jurídica, recorro a declaração de caducidade, declaração de nulidade, a declaração de nulidade não produz efeitos na ordem jurídica no sentido em que o acto que era nulo continua nulo ele é nulo “ad inicio”, mas a declaração de nulidade produz um efeito, que é a certeza a segurança no ordenamento jurídico. Tal como a declaração

de caducidade, não é a declaração de caducidade que faz com que o acto cesse os seus efeitos, não, o acto cessou os seus efeitos quando se verificou o facto que determinou essa cessação de efeitos, a declaração limita-se precisamente a certificar essa ocorrência.

Já agora um exemplo que ocorreu o mês passado em que no âmbito do sistema de indemnização aos investidores do BPP foi accionado o sistema do pagamento da indemnização, na sequência da verificação pelo Banco de Portugal que o Banco não tinha condições para continuar a exercer as funções, não foi a intervenção do Banco de Portugal que determinou que o Banco não tinha condições, ele já não tinha condições o Banco de Portugal limitou-se a certificar uma realidade de facto.

Outro exemplo, dentro dos actos de certificação são os **actos de autenticação** - a administração atesta que aquele acto provém do seu autor ou que é conforme o original, por vezes acontece nos actos administrativos estrangeiros têm que ser objecto de autenticação, significa a tradução, mas ao mesmo tempo a certificação, nomeadamente feita pelos consulados ou pelas embaixadas de que aquele acto é proveniente da autoridade que diz que o praticou, é um acto de autenticação do respectivo conteúdo. Ou **o visto** - é um acto pelo qual se declara que aquele acto é conforme com a legalidade, é também um acto de certificação no sentido da conformidade de um acto.

Actos de aclaração:

A aclaração visa esclarecer, visa tornar mais claro o conteúdo de um acto anterior, a aclaração não introduz inovações na ordem jurídica a aclaração visa pormenorizar visa esclarecer, visa tornar mais explicito aquilo que resultava de acto administrativo anterior, alias certamente já ouviram falar em aclarações de sentenças, que são um pedido de esclarecimento sobre o sentido da respectiva sentença, aqui não é de uma sentença é de um acto administrativo.

Actos de verificação constitutiva:

A verificação constitutiva é uma declaração que produz um efeito jurídico e produz uma finalidade. É a declaração efectuada para a produção de um efeito jurídico e que tem por finalidade a comprovação de situações de facto taxativamente previstas na lei para a modificação de situações jurídicas existentes. Reparem que o acto, não é

ele que vem criar as situações de facto, o acto limita-se a certificar que se verificaram essas mesmas condições são as designadas verificações constitutivas. (exemplo: o Tribunal Constitucional tem competência para verificar o impedimento permanente do Presidente da República, e sabem que o impedimento permanente do Presidente da República tem o efeito de determinar a vagatura do cargo, assim quando o Tribunal Constitucional verifica que o Presidente está incapacitado num juízo de prognose, com um impedimento permanente para o exercício das funções, declara esse impedimento e com a conseqüente declaração de vagatura do cargo. O Tribunal Constitucional, não é ele que vai determinar que o Presidente cessou as suas funções, o Tribunal limita-se a verificar uma situação de facto, a verificação constitutiva, verifica o facto e depois constitui-lhe um efeito, mas o efeito já está determinado pela lei sem margem de autonomia da vontade, não é um acto administrativo, porque é produzido por um Tribunal, baseada em pareceres médicos, apelo a conhecimento de ciências não jurídicas, mas estruturalmente é uma verificação constitutiva).

Há autores que entendem que é controvertido o entendimento sobre o que uma verificação constitutiva, isto é nem todos os autores aceitam pacificamente que a declaração constitutiva é um acto declarativo, porque entendem que há uma alteração da ordem jurídica, e de facto há um efeito inovador, por isso é que se diz verificação constitutiva, alguma coisa introduz na ordem jurídica, simplesmente o que introduz é um acto meramente vinculado, onde não há liberdade de decisão. Pode existir um elemento inovador, mas não há discricionariedade, porque o efeito é automático verificando-se as tais situações de facto previstas na lei.

Tipos de verificações constitutivas:

- a) Verificações constitutivas sobre a qualidade de uma coisa, por exemplo a declaração de um determinado documento como sendo monumento nacional, verifica-se, se atendendo aos critérios da lei para verificar uma determinada realidade como sendo ou não monumento nacional, se é ou não monumento nacional, há uma verificação mas também á um efeito constitutivo, é que sendo um monumento nacional passa a ter um regime especial, outro exemplo a declaração de uma determinada zona como sendo parque natural, para ser parque natural tem que obedecer determinados

requisitos, ou se verificam os factos ou não se verifica, se se qualificar como parque natural passa a estar sujeito a um regime especial,

- b) Verificações constitutivas sobre direitos: adjudicação por exemplo num leilão pela melhor proposta, qual é a melhor proposta, há que avaliar qual a melhor proposta estando esta determinada, o objecto sujeito a leilão é adjudicado.
- c) Verificações constitutivas sobre obrigação concreta: o acto de liquidação de impostos é uma verificação constitutiva, existe uma vinculação nos elementos da obrigação tributária, a obrigação tributária resulta da lei, é uma obrigação legal, a determinação da quantia a pagar é uma operação pela qual se verificam os factos ou não do sujeito e se determina a quantia certa a pagar, verificação constitutiva no âmbito da obrigação tributária.

Actos de valoração

Actos de valoração – aqui há uma apreensão de factos, mas essa apreensão de factos, mas essa apreensão de factos envolve um juízo valorativo, que pode ser de natureza técnica, pode ser de conveniência, sobre aquilo que é valorado, ou seja, nos actos de valoração há sempre um juízo de avaliação, e que tipo de avaliação pode ser esse:

Juízos qualificativos com base em critérios técnicos de justiça material, e podem ser sobre pessoas, sobre coisas, ou sobre factos; por exemplo, um juízo avaliativo - um aluno merece aprovar ou reprovar, um juízo avaliativo sobre aquilo que o aluno escreveu no teste ou com base naquilo que respondeu na prova oral, há apreensão do facto e há uma avaliação dessa mesma prestação escrita ou oral. Pode também ser sobre a avaliação de desempenho dos funcionários públicos, com base em factos, apreende-se esses factos e emite-se um juízo avaliativo sobre os mesmos.

Os **Pareceres** envolvem uma opinião expressa pelo perito, uma opinião baseada em juízos técnico-científicos, e esses pareceres podem ter duas naturezas: facultativos ou obrigatórios, o direito português encerra como regra geral o facto de os pareceres serem em regra obrigatórios mas não serem vinculativos é o que resulta geneticamente do art. 98.º n.º 2 do C.P.A.

“Artigo 98.º do CPA

Espécies de pareceres

1 -

2 - *Salvo disposição expressa em contrário, os pareceres referidos na lei consideram-se obrigatórios e não vinculativos.”*

Isto significa que devem existir esses pareceres, nesse sentido eles são obrigatórios, mas não vinculam aqueles a quem são destinados. Por outras palavras, vamos imaginar que a competência da assembleia da faculdade para alterar os estatutos da faculdade em matéria de competência do conselho científico carece de parecer desse mesmo conselho, com interpretar esta norma, é simples significa que a assembleia da faculdade tem a competência decisória sobre aquela matéria, mas não pode alterar as disposições sobre o conselho científico sem que este emita parecer, o parecer é obrigatório, não é possível alterar os estatutos sem que o conselho científico seja chamado a emitir parecer se a assembleia o fizer sem que o conselho seja solicitado a emitir parecer, à vício de forma, houve uma preterição de uma formalidade, por isso é que o parecer é obrigatório, mas não é vinculativo neste sentido, o conselho científico pode dizer “não façam nada disto” mas a assembleia é soberana e pode decidir é livre de o fazer porque no silêncio da lei o parecer não é vinculativo, é o princípio geral no direito português.

Se um órgão da administração que está obrigado a emitir um parecer não o fizer em 30 dias, o órgão decisor continua com o procedimento e pode decidir sem o parecer salvo disposição legal em contrário, art. 99.º, nº3 do CPA

“Artigo 99.º do CPA

Forma e prazos dos pareceres

1 - *Os pareceres devem ser sempre fundamentados e concluir de modo expresso e claro sobre todas as questões indicadas na consulta.*

2 - *Na falta de disposição especial, os pareceres serão emitidos no prazo de 30 dias, excepto quando o órgão competente para a instrução fixar, fundamentadamente, prazo diferente.*

3 - *Quando um parecer obrigatório e não vinculativo não for emitido dentro dos prazos previstos no número anterior, pode o procedimento prosseguir e vir a ser decidido sem o parecer, salvo disposição legal expressa em contrário.”*

Os pareceres vinculativos, que no direito português são a excepção, suscitam dois problemas:

- 1) O parecer vinculativo expropria a margem de discricionariedade do órgão decisor, porque condiciona o órgão decisor que só pode decidir no sentido que lhe é apontado no parecer, neste sentido coloca-se o problema de saber se é possível a lei criar a figura dos pareceres vinculativos para o governo, porque o governo é nos termos da constituição o órgão superior da administração, se vamos criar por lei pareceres vinculativos para o governo, nós estamos a expropriar o governo da margem de discricionariedade, fazendo que o órgão superior nas matérias onde exista parecer vinculativo, não seja o governo mas o autor do parecer vinculativo.
- 2) Saber qual é a fonte jurídica que pode criar pareceres vinculativos, quando o órgão é constitucional só a constituição pode criar pareceres vinculativos, quando o órgão é legal, só a lei pode criar pareceres vinculativos, não é possível um regulamento criar pareceres vinculativos por força do art. 98º, n.º 2 do CPA, pois este é um princípio geral de direito administrativo, que como princípio geral tem a força de lei, só por outra lei pode ser afastado, nenhum regulamento pode criar pareceres de natureza vinculativa. É por isso, que são ilegais as disposições do estatuto da faculdade de direito que criam pareceres vinculativos do conselho académico para o director, esses pareceres vinculativos são todos ilegais porque foram criados por via regulamentar quando o princípio geral de direito administrativo é o do art. 98º, n.º 2, os pareceres em direito administrativo são obrigatórios mas não vinculativos, até porque o parecer vinculativo transfere a responsabilidade da decisão do decisor para o órgão emite o respectivo parecer.

Um outro acto de valoração, são as **informações**, as informações que a administração presta aos particulares, e essas informações quando passadas a escrito geram responsabilidade civil da administração, o particular para ter a certeza daquilo que a administração lhe disse deve pedir por escrito que a administração se pronuncie.

A administração naquilo que disser por escrito pode gerar responsabilidade, pois há uma autovinculação da administração e a tutela da confiança do administrado.

Ultimo acto de valoração, são os relatórios, que são os actos pelos quais se expões o resultado de uma apreciação sobre determinada situação concreta. Pode ser um relatório sobre uma visita, sobre uma inspecção, sobre a avaliação, em qualquer caso é um acto de natureza declarativa mas que emite um juízo de valor sobre o respectivo objecto.

Actos de transmissão:

Actos de transmissão são os actos mediante os quais a administração comunica a outro órgão (actos de comunicação interna) ou aos administrados (actos de comunicação externa) o conhecimento de determinado acto, facto ou situação.

Espécies:

Publicação - acto pelo qual se dá conhecimento a toda a colectividade, a publicação hoje não é necessariamente em jornal oficial, a publicação pode ser feita online através da página do serviço do órgão ou da entidade.

Notificação - acto pelo qual se transmite individualmente ao destinatário específico de um acto ou um determinado facto e que por isso mesmo ele passa a ter conhecimento, é uma transmissão individualizada.

O princípio geral nos termos do art. 268º, n.º 3 da CRP, é sempre que um acto afecte direitos ou interesses legalmente protegidos para além do dever de fundamentação, estão obrigados a ser objecto de notificação individual. Caso tal não ocorra existe um problema de eficácia, se um acto que lesa direitos ou interesses legítimos não é notificado, não é eficaz. A notificação é um acto posterior à decisão, logo não pode inquirar um acto que lhe é anterior, assim os prazos para impugnação contenciosa só se começam a contar após a notificação, suspende para a administração a possibilidade de execução prévia, não podendo gerar para o particular o dever de cumprir. Se o acto é ineficaz não produz efeitos, sendo um acto desfavorável ao particular, não podendo gerar o dever de o particular o cumprir, suspende na perspectiva da administração o poder da administração tem de usar a força, se a administração passar à execução temos uma via de facto, a administração não tem título ou o título é ineficaz para proceder à execução, há uma actuação ilegal da administração.

Quanto aos actos favoráveis, existe um princípio geral de direito formulado pelo professor Marcelo Caetano, segundo o qual, o acto favorável produz efeitos ao seu destinatário por qualquer meio que seja dele conhecido, qualquer meio pelo qual o particular conheça um acto que lhe é favorável, produz efeitos a partir desse momento.

Nos actos dos órgãos colegiais isto tem extraordinária importância, o que confere eficácia às decisões de um órgão colegial, são as actas, as deliberações ganham eficácia a partir do momento em que estão exaradas em acta, enquanto não houver acta, se o acto é constitutivo de direitos e o particular dele toma conhecimento, ele é eficaz mesmo antes de aprovada a acta.

Se o acto constitutivo de direitos tiver sujeito a uma condição, cláusula de livre revogabilidade, por exemplo, ele não é constitutivo de direitos. Actos constitutivos de direitos com cláusula de revogabilidade, dizem-se actos precários - Actos que estruturalmente são constitutivos de direitos, mas que seguem o regime dos actos não constitutivos, porque, por exemplo, têm uma cláusula de livre revogabilidade.

“Artigo 268º da CRP

(Direitos e garantias dos administrados)

1.

3. Os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos.

4.”

Terceiro tipo de acto de transmissão - **a intimação**, aqui há uma convocação formal de um particular, de um titular de um órgão ou o próprio órgão para que cumpra ou observe determinada obrigação, em termos imperativos.

Por último temos os **actos de comunicação**, que são os actos pelos quais se noticiam factos ou situações entre dois ou mais órgãos da administração, ou entre a administração e os particulares, (por exemplo comunica-se que foi celebrado no dia 8 de Maio o contrato de concessão de exploração do TGV, entre o Poceirão e o Caio.

Aula nº 20

19/05/2010

Na última aula teórica o Prof. Paulo Otero esteve a leccionar a matéria do procedimento administrativo e ficou na fase da instrução.

Vamos passar hoje para a fase da AUDIÊNCIA PRÉVIA, já abordada nas aulas práticas (na resolução de casos práticos).

O dever de audiência prévia pressupõe o correspondente direito subjectivo à audiência prévia e está expressamente previsto no art. 100º do CPA, consagrado pela primeira vez com a entrada em vigor deste Código do Procedimento Administrativo – tendo pois configurado uma novidade na ordem jurídico-administrativa em 1992.

Artigo 100.º (Audiência dos interessados)

1 - Concluída a instrução, e salvo o disposto no artigo 103.º, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta.

2 - O órgão instrutor decide, em cada caso, se a audiência dos interessados é escrita ou oral.

3 - A realização da audiência dos interessados suspende a contagem de prazos em todos os procedimentos administrativos.

O dever de audiência prévia pressupõe que a Administração apresente o projecto de decisão administrativa e portanto estamos já na fase da preparação da decisão final. Nesta fase de preparação de decisão final é elaborado um projecto de decisão administrativa tendo em conta todos os elementos reunidos durante a fase da instrução e o administrado é informado sobre esse projecto (de decisão administrativa).

Da dispensa de audiência prévia

Também já vimos que há situações em que essa audiência é dispensada: pode ser dispensada pelo órgão competente para proceder à audiência prévia – o órgão que toma a decisão administrativa, nos termos do n.º 2 do art. 103º do CPA.

Neste caso, cabe ao próprio órgão administrativo decidir se dispensa ou não a audiência prévia, mas não existe propriamente uma dispensa legal de audiência prévia.

Daí o prof. entender ser preferível que o próprio órgão que decide não proceder a audiência prévia lavre um exposto despacho no procedimento dizendo “por estas razões não se procede à audiência prévia”. Não há uma dispensa legal de audiência prévia, o que há é a faculdade de, fundamentadamente, se preencher uma das alíneas - a) ou b) - do n.º 2 do art. 103º.

Para além disso, há três outras situações em que a lei expressamente determina a dispensa da audiência prévia – são as situações previstas n.º 1 do art. 103º.

Artigo 103.º (Inexistência e dispensa de audiência dos interessados)

1 - Não há lugar a audiência dos interessados:

a) Quando a decisão seja urgente;

b) Quando seja razoavelmente de prever que a diligência possa comprometer a execução ou a utilidade da decisão.

c) Quando o número de interessados a ouvir seja de tal forma elevado que a audiência se torne impraticável, devendo nesse caso proceder-se a consulta pública, quando possível, pela forma mais adequada.

2 - O órgão instrutor pode dispensar a audiência dos interessados nos seguintes casos:

- a) Se os interessados já se tiverem pronunciado no procedimento sobre as questões que importem à decisão e sobre as provas produzidas;
- b) Se os elementos constantes do procedimento conduzirem a uma decisão favorável aos interessados.

A audiência prévia tanto pode ocorrer por via escrita, como pode ocorrer por via oral – art. 101º e 102º do CPA.

Das diligências complementares

Obviamente que depois de realizada a audiência prévia, é necessário adaptar o procedimento administrativo aos argumentos que o próprio administrado veio trazer ao procedimento – e nesses termos o art. 104º determina que o órgão competente para a instrução pode ordenar novas diligências que sejam necessárias para a boa tomada de decisão administrativa.

Artigo 104.º (Diligências complementares)

Após a audiência, podem ser efectuadas, oficiosamente ou a pedido dos interessados, as diligências complementares que se mostrem convenientes.

Por ex. imaginemos que a Administração tinha um projecto de decisão administrativa que impunha um ónus ou encargo ao administrado e este demonstra ou alega, juntando alguns documentos, que, por exemplo, não preenche os requisitos legais para que lhe seja aplicado esse ónus ou encargo. A Administração poderá então ter de ordenar novas diligências: um estudo, pode requerer um novo parecer jurídico, pode realizar novas diligências inspectivas (se se tratar, por exemplo, de uma licença de construção pode deslocar-se ao local para o inspeccionar e verificar se o que o administrado invocou em sede de audiência prévia é ou não verdade).

No fundo, o art. 104º visa dar efeito útil à audiência prévia – não faria sentido uma audiência prévia meramente formal só para ouvir o administrado e depois a

Administração “ficar-se na mesma”. A Administração se considerar que os novos elementos trazidos pelo administrado ao procedimento o justificam, pode ordenar diligências complementares.

Depois dessas diligências complementares, ou não se justificando diligências complementares, conforme o art. 105º determina, o órgão competente para a instrução deve elaborar um relatório, quando não for competente para a decisão final, bem entendido – porque em regra o órgão competente para a instrução é o órgão competente para a decisão, para a prática do acto administrativo, conforme já foi referido pelo Prof. Paulo Otero.

Isso não significa que a lei especial não possa determinar em contrário: por vezes a lei especial determina o contrário: por exemplo, nos processos de licenciamento de actividades de televisão – é um caso de cisão entre competência para a prática do acto administrativo e competência para a instrução - quem tem competência para a instrução é o Gabinete dos Meios de Comunicação Social, que faz parte da Administração Directa do Estado pois está integrado na Presidência do Conselho de Ministros. É este Gabinete que recolhe todos os documentos necessários dos candidatos à licença, que notifica os candidatos para apresentarem mais documentos. Mas, a entidade competente para decidir é a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, que é uma entidade administrativa independente.

Neste caso, a própria lei – a lei da televisão - faz uma cisão entre competência para a instrução e competência para a decisão administrativa.

Em regra, nos termos do CPA, quem tem competência para decidir, tem competência para instruir, o que não impede o órgão competente para instruir de delegar essa competência – e em regra, é isso que sucede: não é o órgão com competência para decidir que procede à instrução, porque delega essas competências.

De qualquer modo, nos termos do art. 105º se o órgão que conduziu a instrução não for competente para a decisão, deve elaborar um relatório que tenha em consideração os argumentos expostos pelo administrado em sede de audiência prévia.

Artigo 105.º (Relatório do instrutor)

Quando o órgão instrutor não for o órgão competente para a decisão final, elaborará um relatório no qual indica o pedido do interessado, resume o conteúdo do procedimento e formula uma proposta de decisão, sintetizando as razões de facto e de direito que a justificam.

Da qualificação do vício da preterição da audiência prévia

Esta questão foi analisada com mais detalhe nas aulas práticas (não podendo a análise em aula teórica ser tão detalhada) e prende-se com a questão polémica de saber se:

Um acto que não é precedido de audiência prévia padece de nulidade ou de anulabilidade?

A posição tradicional na doutrina tem sido de qualificar a preterição de audiência prévia como mero vício de forma - e como é um mero vício de forma estaria enquadrado no regime da anulabilidade - art. 135º CPA. Tem sido esse aliás o entendimento unânime da jurisprudência dos tribunais administrativos portugueses.

Artigo 135.º (Actos anuláveis)

São anuláveis os actos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou normas jurídicas aplicáveis para cuja violação se não preveja outra sanção.

Contudo de alguns anos a esta parte...

O Prof. Paulo Otero nos seus resumos das lições faz referência à posição do Prof. Sérvulo Correia a propósito do direito da audiência prévia dizendo que o Prof. Sérvulo Correia entende que a preterição de audiência prévia geraria nulidade. O Prof. (Prata Roque) não tem conhecimento de uma posição escrita do Prof. Sérvulo Correia nesse sentido. O Prof. Sérvulo Correia escreve expressamente quanto à preterição do dever de fundamentação e daí pode, eventualmente, extrair-se a conclusão que ele consideraria o direito de audiência prévia como um direito análogo a um direito, liberdade e garantia.

De qualquer forma, no ensino oral, é verdade que o Prof. Sérvulo Correia tem sempre defendido que a preterição do direito de audiência prévia geraria nulidade.

E a polémica é a que já discutimos em aula prática: a al. d) do n.º 2 do art. 133º do CPA qualifica como nulo o acto que atente contra o conteúdo essencial de um direito fundamental.

Artigo 133.º (Actos nulos)

1 - São nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade.

2 - São, designadamente, actos nulos:

(...)

d) Os actos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental

Ora, se considerarmos que o direito de audiência prévia é um direito fundamental – um direito subjectivo com uma natureza intrinsecamente valorada pela Constituição – então, devemos concluir que se o seu conteúdo essencial foi ferido, o acto administrativo que não foi precedido de audiência prévia é nulo.

Mas, recorde-se a posição do Prof. Freitas do Amaral a propósito da alínea d): este Prof. entende que onde se lê “direito fundamental” deve ler-se “direito, liberdade e garantia” e portanto, alguns autores entendem que só os direitos, liberdades e garantias (dlg), ou quando muito, os direitos análogos é que devem estar abrangidos por essa alínea d).

E portanto tínhamos de qualificar o direito de audiência prévia como um dlg ou pelo menos como um direito análogo. Ele só será um direito análogo a um dlg se encontrarmos na sua própria natureza jurídica uma obrigação de abstenção para o Estado.

Ora, se assumirmos que o direito de audiência prévia é um direito que obriga o Estado a não privar o administrado de participar no processo, então qualificamo-lo como um

direito análogo a um dlq, e por essa via podemos qualificar o acto de não proceder a audiência prévia como um acto nulo.

O Prof. Paulo Otero tem uma posição relativamente temperada, no relatório de Direito Administrativo, tende a aderir à posição do Prof. Sérvulo Correia, tendo por diversas vezes exprimido algumas dúvidas quanto à bondade desta tese por força da destruição de todos os actos administrativos já praticados há dez, quinze, vinte anos que não tenham sido precedidos de audiência prévia.

Por isso é que o Prof. (Prata Roque) diz que esse critério é um critério puramente utilitarista e tem sido o critério que os tribunais administrativos têm entendido, porque repare-se, nos termos do art. 58º n.º 1 do CPTA, os actos nulos podem ser impugnados nos tribunais a todo o tempo.

Artigo 58.º (Prazos)

1 - A impugnação de actos nulos ou inexistentes não está sujeita a prazo.

O que gera este problema: se o acto administrativo que não foi precedido de audiência prévia é nulo, então a qualquer momento os tribunais administrativos podem vir declarar a sua nulidade e isto gera obviamente um entorse ao interesse público, um prejuízo do princípio da segurança jurídica. Por isso, alguns autores e os tribunais administrativos tendem a dar mais relevância ao princípio da segurança jurídica e a excluir este desvalor da nulidade.

(quanto ao resto já discutimos este assunto suficientemente em aula prática)

Esta é portanto a fase de preparação da decisão administrativa. Vimos a fase da iniciativa, a fase da instrução, a fase da preparação da decisão e depois a extinção do procedimento administrativo.

Causas da extinção do procedimento administrativo

O procedimento pode extinguir-se por várias causas - uma dessas causas é a própria decisão administrativa. Ora, ainda que o acto administrativo produza efeitos para o futuro, certo é que que o procedimento administrativo se extingue no momento em que é tomada essa decisão administrativa.

Decisão tácita: deferimento tácito e indeferimento tácito

A decisão administrativa tanto pode ser expressa, como tácita. Quanto à decisão tácita, o Prof. Paulo Otero, a propósito do princípio da decisão, em aula teórica, já vos referenciou a distinções entre deferimento tácito (previsto no art. 108º) e indeferimento tácito (previsto no art.109º).

Já vimos que nos termos do art. 58º do CPA, há um prazo de noventa dias para tomar a decisão, mas o problema é: se esse prazo não for cumprido, qual é a consequência? O Código tomou uma posição nos artigos 108º e 109º.

A regra geral é que o direito administrativo português presume indeferido o pedido formulado pelo administrado se tiverem decorrido mais de noventa dias contados nos termos do art. 72º - essa é a regra do art. 109º.

Já vimos também (pelo menos em aula prática) que alguns autores advogam a revogação tácita do art. 109º n.º1. Os Prof. Mário Aroso de Almeida e Cabral Moncada entendem que por força da entrada em vigor do CPTA já não faz sentido presumir-se indeferido um pedido do administrado, pois o administrado agora pode dirigir-se a um tribunal administrativo e instaurar uma acção para condenação da Administração à prática de acto devido. Ou seja, a Administração tem de decidir em noventa dias, se não decide o particular instaura no tribunal administrativo uma **acção para a condenação para a prática de acto devido** - nos termos do 66º e ss do CPTA - e o tribunal pode condenar a Administração, não a decidir no sentido da pretensão do particular, mas a tomar uma decisão.

Portanto, para estes autores, não faz muito sentido actualmente a manutenção em vigor do art. 109º (indeferimento tácito). O art. 109º servia quase como pretexto para que o particular pudesse ir ao tribunal administrativo impugnar esse indeferimento. Se a Administração nada dissesse, o particular não podia, ao abrigo da LPTA, instaurar uma acção no tribunal administrativo alegando que a Administração tinha indeferido o pedido – era necessário o art. 109º para que esse pedido se presumisse indeferido – e então trata-se de uma decisão administrativa tácita.

Estes autores invocam a favor da tese da revogação parcial do art. 109º o próprio artigo 51º n.º4 do CPTA que regula a instauração de acções para impugnação de acto administrativo – quando eu quero impugnar a qualidade de um acto administrativo, instaurou uma das acções previstas no art. 50º e ss. do CPTA.

Artigo 51.º (Princípio geral)

(...)

4- Se contra um acto de indeferimento for deduzido um pedido de estrita anulação, o tribunal convida o autor a substituir a petição, para o efeito de formular o adequado pedido de condenação à prática do acto devido, e, se a petição for substituída, a entidade demandada e os contra interessados são de novo citados para contestar.

Nos termos do art. 51º n.º4, quando for instaurada esta acção mas o juiz verificar que é possível condenar a Administração a agir, deve convidar a parte a dizer se quer ou não substituir esse pedido originário por uma acção de condenação à prática de acto devido.

E este é mais um argumento jurídico aduzido por estes autores no sentido de defenderem que hoje em dia não faz sentido impugnar a validade de um acto tácito da Administração, faz sentido é condená-la a agir.

Portanto, a decisão tácita tanto pode ser de indeferimento (regra geral) como de deferimento tácito – quer pelas várias alíneas prevista no art. 108º, quer quando haja lei especial a ficcionar esse deferimento tácito.

Decisão expressa

Mas, além da decisão tácita pode ser proferida uma decisão expressa. Claro que a competência para a decisão é fixada por lei e é conferida ao órgão competente para adoptar o acto administrativo.

Quando estamos na fase da tomada de decisão, estamos na essência do acto administrativo – que é precisamente uma decisão jurídica unilateral que produz efeitos jurídicos individuais e concretos na esfera jurídica de determinado particular.

Quanto à decisão expressa, há a mencionar:

Já vimos a propósito das **formalidades**, que essa decisão expressa tem de ser obrigatoriamente reduzida a escrito nos termos do art. 122º. Eventualmente poderá não ser reduzida a escrito quando constar de uma deliberação de um órgão colegial, mas ainda assim há uma redução a escrito não propriamente do acto, mas da própria acta em que se tomou a decisão administrativa.

Também já vimos que a decisão expressa deve obedecer a certos **formalismos**. São os formalismos previstos no art. 123º que indica quais as menções que obrigatoriamente devem constar do despacho, da decisão administrativa – todas as alíneas do art. 123º configuram menções obrigatórias da decisão expressa.

Outras formas de extinção do procedimento administrativo

A decisão é a forma tradicional de extinção do procedimento administrativo: quer por decisão tácita, quer por decisão expressa. Mas há também outras formas de extinção do procedimento administrativo elencadas no CPTA:

1) Art. 110º - Desistência e renúncia

Artigo 110.º (Desistência e renúncia)

1 - Os interessados podem, mediante requerimento escrito, desistir do procedimento ou de alguns dos pedidos formulados, bem como renunciar aos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, salvo nos casos previstos na lei

2 - A desistência ou renúncia dos interessados não prejudica a continuação do procedimento, se a Administração entender que o interesse público assim o exige.

O próprio administrado pode desistir do procedimento, quando o mesmo tenha sido iniciado por sua própria vontade. Já vimos que o procedimento administrativo pode ser iniciado, quer por vontade da Administração (oficiosamente), quer por vontade do administrado – mediante requerimento administrativo. Nos casos em que formula requerimento, o administrado pode desistir desse requerimento ou renunciar ao direito subjectivo que a lei lhe confere. Se assim, for o procedimento administrativo extingue-se, mas não por via de uma decisão da Administração – sucede que a própria manifestação de vontade de renúncia ou de desistência do particular, faz cessar o procedimento administrativo.

É preciso estar ciente da excepção prevista no nº 2 do art. 110º porque a Administração Pública quando age, age obviamente em estrita prossecução do interesse público. E mesmo que o particular tenha dado início ao procedimento administrativo, se eventualmente o interesse público assim o exigir, a desistência ou renúncia do particular não é válida para extinguir o procedimento administrativo, Ou seja, mesmo que o particular tenha desistido do pedido, a Administração pode continuar o procedimento, se o interesse público o justificar.

Por exemplo, imaginemos que o administrado tem uma empresa que retira areia das margens de um rio e decide formular um qualquer pedido de autorização à Administração Pública. Vendo que o pedido vai ser indeferido, desiste do pedido. Mas a Administração aproveita esse procedimento administrativo para através de medidas de instrução verificar se o areeiro está ou não a cumprir as regras legais. Se verificar que as regras legais não estão a ser cumpridas, entende seguir o procedimento administrativo, para por exemplo, abrir um procedimento contra-ordenacional, ou para sujeitar o administrado a ónus ou encargos. Se assim for e o interesse público o exigir, a mera desistência ou renúncia ao direito pelo administrado, não faz cessar o procedimento – é essa a exceção.

Vejam-se ainda os artigos 110º, 111º, 112º e 113º - que contêm causas de extinção do procedimento administrativo distintas da decisão administrativa.

2) Art. 111º - Deserção

Artigo 111.º (Deserção)

- 1 - *Será declarado deserto o procedimento que, por causa imputável ao interessado, esteja parado por mais de seis meses, salvo se houver interesse público na decisão do procedimento.*
- 2 - *A deserção não extingue o direito que o particular pretendia fazer valer.*

Se o procedimento administrativo estiver parado mais de seis meses por responsabilidade do administrado – por exemplo, na fase da instrução, ao abrigo do art. 89º e 90º, a Administração notifica o particular para juntar um documento e decorrem mais de seis meses sem que o particular nada faça - considera-se que o procedimento foi deserto e extingue-se o procedimento administrativo por deserção do procedimento.

3) Art. 112º - Impossibilidade ou inutilidade superveniente

Artigo 112.º

Impossibilidade ou inutilidade superveniente

- 1 - O procedimento extingue-se quando o órgão competente para a decisão verificar que a finalidade a que ele se destinava ou o objecto da decisão se tornaram impossíveis ou inúteis.
- 2 - A declaração da extinção a que se refere o número anterior é sempre fundamentada, dela cabendo recurso contencioso nos termos gerais.

O art. 112º prevê a figura da impossibilidade ou inutilidade superveniente – recordando teoria geral do direito civil, também o negócio jurídico pode extinguir-se por força da impossibilidade do objecto. Situação idêntica ocorre no procedimento administrativo. Por exemplo, o particular pretende obter uma licença para exploração de um estabelecimento de restauração numa praia. Mas, se por causa de um Inverno rigoroso, as areias da praia foram removidas e deixou de existir a praia onde fixar o estabelecimento – aqui haverá impossibilidade superveniente do objecto da actividade administrativa e portanto o procedimento extingue-se automaticamente e nem é preciso decisão da Administração. Claro que talvez seja mais cauteloso que a Administração profira despacho invocando a impossibilidade ou inutilidade superveniente porque de outra forma, passados 90 dias, contados nos termos do n.º2 (do art. 108º CPA??), o administrado pode presumir indeferido o pedido e depois ir a tribunal e invocar que não houve fundamentação adequada da decisão. Talvez nestes casos a Administração deva proferir uma decisão que não é propriamente uma decisão sobre o fundo da matéria administrativa, mas que reconhece esta impossibilidade superveniente.

4) Art. 113º - Falta de pagamento de taxas ou despesas

Artigo 113.º

Falta de pagamento de taxas ou despesas

- 1 - O procedimento extingue-se pela falta de pagamento, no prazo devido, de quaisquer taxas ou despesas de que a lei faça depender a realização dos actos procedimentais, salvo os casos previstos no n.º 2 do artigo 11.º
- 2 - Os interessados podem obstar à extinção do procedimento se realizarem o pagamento em dobro da quantia em falta nos 10 dias seguintes ao termo do prazo fixado para o seu pagamento.

Este artigo é de rara aplicação. Na maior parte dos casos o procedimento administrativo é gratuito, o que não impede a lei especial de fixar e fazer depender o prosseguimento do procedimento administrativo do pagamento destas quantias. Se a lei especial fixar o dever de pagamento de taxa e ela não for paga, então o procedimento também se extingue por ausência do cumprimento desse pagamento.

Terminamos aqui o estudo das fases do procedimento administrativo.

Passemos agora ao estudo do procedimento das garantias administrativas.

DO PROCEDIMENTO DAS GARANTIAS ADMINISTRATIVAS

No semestre passado, em Direito Administrativo I, estudou-se a distinção entre garantias administrativas e garantias jurisdicionais. O administrado tanto pode recorrer aos tribunais administrativos como à própria Administração Pública para fazer cessar ou uma decisão administrativa ilegal ou uma decisão administrativa da qual ele discorde da decisão de mérito.

Nas garantias administrativas o administrado tanto pode pedir a reforma da decisão, ou a revogação da decisão, ou com fundamento no mérito ou com fundamento em ilegalidade.

Nos tribunais administrativos, nos termos do art. 3º do CPTA, os administrados só podem instaurar acções para impugnar actos ilegais. Perante a Administração até podem discutir o mérito da questão.

Vimos que quanto às garantias administrativas tipificadas no CPA temos:

- a. a reclamação – que é interposta perante o próprio autor do acto;
- b. o recurso hierárquico que pode ser:
 - b.1. recurso hierárquico impróprio
 - b.2. recurso hierárquico tutelar

Já vimos no semestre passado a distinção entre estas figuras (pelo que remete-se para o então leccionado), uma vez que nesta sede apenas vamos abordar o procedimento aplicável a cada um desses mecanismos.

O procedimento comum aplicável a todas estas garantias gratuitas é o mecanismo do recurso hierárquico, ou seja, as regras aplicáveis ao recurso hierárquico, são analogicamente aplicáveis ao recurso hierárquico impróprio e ao recurso hierárquico tutelar – eventualmente também à reclamação quando não haja norma expressamente prevista para esses casos.

Os artigos 161º e seguintes do CPA fixam as regras de procedimento em sede de reclamação.

A priori pode sempre reclamar-se de qualquer decisão administrativa. No entanto não é possível reclamar-se nas situações previstas no n.º 2 que se refere à impossibilidade de reclamação de decisão tomada face a uma reclamação do administrado ou de recurso interposto pelo próprio interessado. Portanto, se eu interpuser um recurso hierárquico para o Ministro competente para exercer superioridade hierárquica sobre determinada matéria, o Ministro toma uma decisão sobre esse recurso hierárquico e eu já não posso reclamar para o próprio Ministro dessa mesma reclamação³ – essa é a exceção, quanto ao demais, pode sempre reclamar-se de decisões administrativas, não se pode é reclamar quanto de decisões que tenham sido tomadas em relação ao exercício de garantias administrativas por parte do administrado.

Essa reclamação está sujeita ao **prazo** de quinze dias fixado no art. 15º.

Levantam-se algumas dúvidas quanto ao **efeito da reclamação**: se a reclamação suspende ou não, nomeadamente, o prazo de impugnação contenciosa. A regra, contida no art. 163º n.º2, é a de que a reclamação não tem efeito suspensivo, sobre o respectivo recurso contencioso ou sobre a instauração da acção contenciosa.

³ Julgo que o orador queria dizer decisão (27:52)

Por exemplo, imaginemos um acto administrativo que é ilegal porque foi adoptado por um órgão incompetente. Eu posso fazer uma de duas coisas: posso interpor recurso para o órgão competente para a decisão, ou posso instaurar uma acção num tribunal administrativo. Se se tratar de incompetência relativa, eu estou sujeito a um prazo de três meses, fixado pelo art. 58º n.º 2 al. b) do CPTA, porque se trata de acto anulável. Esses três meses contam-se desde quando? Desde a data de notificação da decisão, ou desde a data da notificação da decisão do recurso hierárquico?

Imaginemos que a decisão foi tomada a 1 de Janeiro, eu interpus o recurso a 9 de Janeiro e foi tomada uma decisão a 15 de Fevereiro – quando é que se contam os três meses? Desde a data da notificação da decisão ou desde a data da decisão do recurso hierárquico?

O disposto no n.º 2 do art. 163º determina que o facto de estar a correr o recurso gracioso, não significa que o particular possa descansar na instauração da acção administrativa – isto é muito importante para os advogados ou magistrados.

Portanto, o prazo que se conta para instauração da acção por acto anulável são três meses a contar da notificação do acto e não a contar da notificação final. Pode haver ainda a possibilidade de recurso hierárquico, mas o prazo conta-se a partir da decisão originária, não da decisão sobre o recurso hierárquico.

Quanto ao prazo para decisão – art. 165º.

No caso da reclamação, o órgão competente para apreciar a reclamação dispõe de um prazo de 30 dias para proferir decisão sobre essa mesma reclamação.

Os arts. 166º a 175º contêm as regras aplicáveis ao procedimento do recurso hierárquico: quer ao recurso hierárquico impróprio, quer ao recurso tutelar.

Quer o art. 176º, quer o art. 177º não incluem regras de procedimento.

Quais são então as regras aplicáveis em sede de recurso hierárquico?

Em primeiro lugar, há a distinção feita pelo art. 167º entre recurso hierárquico necessário e recurso hierárquico facultativo. O recurso hierárquico necessário significa que não é possível instaurar uma acção nos tribunais administrativos enquanto esse recurso hierárquico não tiver sido decidido. E aqui há já uma excepção à regra da reclamação atrás referida – se houver recurso hierárquico necessário, só depois de proferida a decisão do recurso hierárquico é que se pode instaurar a acção administrativa.

No entanto, mesmo antes da revisão constitucional de 1997 (esta regra entrou em vigor em 1992) várias leis especiais fixavam recursos hierárquicos necessários. Uma vez que a Administração Pública está hierarquizada, fazia sentido, para alguns autores que se esgotassem todos os níveis da Administração para que o administrado pudesse ver satisfeita a sua pretensão. Como a Administração está vinculada à legalidade, estes autores entendiam que o acto administrativo só seria definitivo quando fosse verticalmente definitivo. Era necessário percorrer toda a pirâmide hierárquica da Administração até tomar uma decisão final – e só essa decisão final é que seria passível de impugnação em tribunal administrativo.

Ora, mesmo antes da revisão constitucional de 1997, grande parte dos administrativistas de cunho mais subjectivista (ou seja, mais defensores das posições dos administrados) tendiam a considerar essas normas inconstitucionais porque violavam o direito dos administrados a acederem aos tribunais.

Era discutível, levantando-se a questão de saber se era uma restrição de acesso aos tribunais ou um mero condicionamento, se não se estaria apenas a adiar o direito de acesso. Se calhar a jurisprudência do Tribunal Constitucional nem iria muito no sentido da inconstitucionalidade dessas normas. Mas vários autores defenderam a inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário, dizendo que, se se obrigava o particular a esgotar os meios gratuitos antes de ir aos tribunais, isto constituía uma restrição desproporcionada dos direitos dos administrados, porque em regra a Administração nos recursos hierárquicos mantinha o sentido da decisão originária e isso apenas protelava no tempo a possibilidade de impugnação jurisdicional.

Com a revisão 1997 e a consagração do art. 268º n.º 4 (da CRP) que reforça o direito de acesso à justiça administrativa, pareceu, para a maior parte dos autores, evidente a inconstitucionalidade desse tipo de normas, e como tal o legislador tem sido ultimamente muito cauteloso na previsão de normas que imponham o recurso hierárquico necessário que, hoje em dia, caiu em desuso.

É muito raro, hoje em dia, os recursos hierárquicos serem necessários – a esmagadora maioria dos recursos hierárquicos actualmente são facultativos, o que significa que se o administrado quiser, pode lançar mão desse mecanismo (somando-o à garantia jurisdicional), mas em regra não há um dever de interposição desse mesmo recurso hierárquico.

Vamos então abordar o procedimento – muito sinteticamente: (35:46)

- O prazo de interposição de recurso hierárquico é um prazo de trinta dias a contar da notificação desse mesmo prazo – art. 168º.
- O administrado tem a possibilidade de apresentar um requerimento em que deve indicar todos os fundamentos de facto e de direito que o levam a impugnar essa mesma decisão.
- Nos termos do art. 170º o recurso hierárquico suspende a eficácia do acto recorrido – é essa a essência do recurso hierárquico. Não se pode instaurar a acção até estar decidido e portanto tem de se suspender o prazo da instauração da acção no tribunal.
- O recurso hierárquico facultativo, que neste momento representa cerca de 95% a 99% dos casos, não suspende o prazo – art. 171º n.º 3 do CPA.
- Quando é interposto um recurso hierárquico a Administração tem o dever de notificar todos os contra-interessados (art. 171º) para que eles se pronunciem sobre o fundamento do recurso hierárquico apresentado. Todos aqueles que tenham um interesse contraditório com o interesse do administrado que interpôs o recurso hierárquico, devem ser notificados para se pronunciarem sobre aquela questão.

- O órgão recorrido, nos termos do art. 172º, tem o direito de intervir no procedimento de recurso hierárquico, nomeadamente, reiterando, eventualmente, a fundamentação da sua decisão. A não ser nos termos do n.º 2 do art. 172º, que permite ao órgão recorrido revogar, modificar ou substituir o acto de acordo com o pedido do recorrente. Ou seja, em regra, o superior hierárquico do órgão recorrido recebe o recurso hierárquico e notifica o órgão recorrido da discordância do administrado face à decisão daquele órgão e da pretensão de alteração da decisão. Se o órgão recorrido concordar com o pedido do particular, e não quiser passar pela “vergonha” do seu superior hierárquico reformar a sua decisão, pode alterá-la. Portanto, o mecanismo do art. 137º que permite a modificação de actos administrativos anuláveis, é um mecanismo que está directamente relacionado com o art. 172º n.º 2. Assim como a revogação de actos inválidos ou de actos válidos – art. 140º e art. 141º – também é um mecanismo que é muitas vezes accionado através deste recurso hierárquico – art. 172º n.º 2 – porque o administrado recorre hierarquicamente e o superior hierárquico notifica o subalterno para que ele diga se mantém ou não a sua decisão. O subalterno pode poupar o superior de decidir, se decidir reformar a sua decisão em conformidade com o pedido do recorrente.
- Para além disso, o superior hierárquico pode rejeitar liminarmente o recurso hierárquico se se verificar alguma das situações previstas no art. 173º. Mal recebe o recurso, o superior hierárquico vai verificar se estão preenchidos estes requisitos do art. 173º, ou seja, se ele tem ou competência ou não para revogar o acto; se o acto é ou não susceptível de recurso; se o recorrente tem legitimidade para recorrer; se o recurso está ou não em tempo; ou se há qualquer outra causa que possa obstar ao conhecimento do recurso. Por exemplo, imaginemos que há impossibilidade superveniente do objecto – aí poderíamos aplicar a alínea e) do art. 173º.
- Se decidir não rejeitar liminarmente o recurso, tem de tomar uma decisão final nos termos do art. 174º. Essa decisão deve ser tomada no prazo de trinta dias, com base no princípio da remessa do processo ao órgão competente para dele conhecer. Ou seja, quem tem o processo é o subalterno, o órgão recorrido, que tem de fazer subir o processo ao órgão superior hierárquico – só quando o

processo for remetido ao superior hierárquico é que se passa a contar este prazo de trinta dias. O que pode suscitar algumas dúvidas quando a remessa e a recepção não correspondam ao mesmo dia. Por exemplo, imaginemos que o documento é remetido por correio postal e se extravia - isto pode gerar algumas dificuldades na contagem do prazo.

- Esta decisão em sede de recurso hierárquico é uma decisão administrativa como qualquer outra, que também deve obediência ao dever de fundamentação - como aliás, decorre expressamente do art. 174º - que permite ainda, nos termos do n.º2, determinar a realização de nova instrução ou de diligências complementares.

Conclusão

Portanto, a regra é a de que a reclamação não suspende os prazos para impugnação no tribunal administrativo, e, o recurso hierárquico também não suspende o prazo - a não ser quando seja recurso hierárquico necessário. É discutível a constitucionalidade das normas que consagram o recurso hierárquico necessário, embora o CPA ainda admita essa possibilidade.

Os prazos para impugnação através destes dois mecanismos: 15 dias no caso da reclamação (art. 172º), 30 dias no caso do recurso hierárquico.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Esta matéria já foi abordada em aulas práticas, a propósito da simulação de concurso para celebração de contrato administrativo.

Chama-se a atenção para a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos (CCP) em 2008, o que significa que as disposições que constavam dos art. 178º a 189º do CPA foram expressamente revogadas pelo CCP.

Aliás, o CCP introduziu algumas alterações que também se reflectem no resumo do relatório de Direito Administrativo do Prof. Paulo Otero (adoptado em 1998) e

portanto estes apontamentos estão algo desfasados face à realidade do CCP, nomeadamente quanto aos vários procedimentos de escolha para celebração de contrato administrativo.

Vamos agora abordar as linhas gerais do procedimento de celebração de contratos administrativos – matéria que será continuada na próxima aula pelo Prof. Paulo Otero.

Importa desde já fazer a distinção entre:

- Decisão de contratar
- Decisão de adjudicação
- Celebração de contrato administrativo.

Quando dizemos que o contrato administrativo é um negócio jurídico tipicamente bilateral, não estamos a querer dizer que não haja vinculações unilaterais na Administração Pública que são prévias à celebração do contrato. Quer isto dizer que só depois do contrato estar assinado é que passa a ser um negócio jurídico bilateral. Na fase do procedimento de contratação pública ainda vigora o domínio, o império da Administração Pública. Nomeadamente, a decisão de adjudicação é o típico acto administrativo praticado em sede de procedimento de contratação. Portanto, temos um contrato administrativo que é bilateral que só entra em vigor a partir do momento em que é assinado. Mas, há várias decisões administrativas prévias à celebração do contrato, daí que tenhamos discutido em aula prática a polémica de saber se as grandes obras públicas podem ou não ficar em “água de bacalhau”. Porque é que se decidiu assinar o contrato de construção do TGV entre o Poceirão e Gaia? Porque já tinha havido decisão administrativa de adjudicação. E...

Uma coisa é a decisão de contratar – que é aquela decisão que vocês tomaram, enquanto participantes na simulação, quando decidiram lançar o concurso. Quando se decide abrir um concurso público, ou quando se decide um ajuste directo, é tomada

uma decisão administrativa, de celebração de um contrato. Mas ainda não se está a escolher o contratante. E isso é uma decisão administrativa – a decisão de contratar.

Depois disso temos a decisão de adjudicação. Depois de cumprido todo o procedimento de contratação pública, a Administração Pública mediante o parecer do júri, no caso dos concursos públicos, toma a decisão de adjudicar ou não adjudicar o contrato. E isto é um acto administrativo.

Mas depois ainda é preciso assinar, celebrar o contrato administrativo. E só depois de celebrar o contrato administrativo é que se procede à sua execução – à execução das cláusulas do contrato administrativo.

Quanto à decisão de contratar há a salientar o seguinte: desde logo, tem havido uma grande evolução da legislação portuguesa e no entendimento doutrinário sobre o que são contratos administrativos.

Na decisão de contratar tem de se escolher qual o contrato que se vai celebrar. Nos termos do antigo art. 178º do CPA, havia um elenco taxativo - este por acaso até nem era taxativo - de contratos administrativos nos quais se enquadravam a empreitada de obras públicas, a concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, concessão de exploração de domínio público, etc.

Portanto, elencava-se taxativamente os contratos que a Administração Pública podia celebrar, mas utilizava-se a expressão “designadamente” que constitui uma grande evolução face à posição doutrinária do Prof. Marcello Caetano e face à versão originária do Código Administrativo de 1936-1940.

Nos termos do Código Administrativo de 1936-1940, que perfilhava o entendimento do Prof. Marcello Caetano, só eram contratos administrativos aqueles contratos em que os particulares se substituíam à Administração na prossecução de actividades de interesse público.

Queria isto dizer que vários dos contratos celebrados pela Administração Pública não podiam ser considerados contratos administrativos. Por exemplo, um contrato de exploração de um bem do domínio público – a exploração de marina ou de

uma zona balnear – esse contrato não visava no fundo a prossecução do interesse público, mas sim a prossecução primordial do interesse privado da pessoa que explorava a marina, que tinha uma finalidade lucrativa, mas que queria utilizar um bem do domínio público. E portanto, a concepção tradicional do Prof. Marcello Caetano levava a não incluir alguns contratos administrativos no conceito de contrato administrativo. E o Código Administrativo de 1936 fixava taxativamente quais os contratos que eram classificáveis como contratos administrativos.

A partir de 1992, com o CPA deixou de haver um elenco fechado de contratos administrativos com a utilização do advérbio “designadamente” e a partir do CPA passou a ser necessário verificar se o contrato celebrado entre a Administração e o particular versa sobre uma relação jurídico-administrativa. Temos pois de verificar se existe ou não um poder de autoridade por parte da Administração ou se se está a prosseguir um interesse público, e não um interesse meramente privado.

O CCP mantém-se nessa linha entendendo que não existe propriamente uma cláusula típica, taxativa de contratos administrativos. Significa isto que a Administração Pública obviamente, goza de alguma amplitude na definição dos contratos a celebrar.

Para terminar deixa-se a seguinte ideia:

Na celebração de contratos administrativos, a Administração Pública apesar de tudo renuncia a várias das suas prerrogativas típicas de autoridade pública – por exemplo, renuncia ao privilégio da autotutela declarativa, ou seja, se houver dúvidas quanto à interpretação de cláusulas do contrato, a Administração não pode unilateralmente fixar a sua interpretação sobre o contrato administrativo – cabe aos tribunais administrativos dirimir divergências quanto à interpretação. Não se verifica a autotutela declarativa na interpretação e na execução de contratos administrativos.

Por outro lado, também não existe o privilégio da execução prévia – não há autotutela executiva, ou seja, a Administração não pode unilateralmente dizer: “este contrato administrativo tem de ser executado nestes termos e se não o for, eu procedo coercivamente à sua execução” - mais uma vez, compete aos tribunais administrativos

dirimir eventuais dúvidas quanto à completa ou deficiente execução desses mesmos contratos administrativos.

Aula nº 21

24/05/2010

Existem 2 mecanismos ao dispor da administração para efeitos de contratação pública. Por um lado o contrato de direito administrativo, e por outro lado o contrato de direito privado da administração pública.

Ou seja, a administração pública pode recorrer à via contratual por duas opções, ou celebra contrato de direito administrativo ou de direito privado. Já sabemos que os contratos de direito privado celebrados pela administração pública, não são exactamente idênticos aos contratos de direito privado que os particulares celebram, são contratos de direito privado administrativizados. E onde está essa administrativização? Referindo-nos ao CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS, aprovado pelo DL 18/2008 de 29 de Janeiro, com a última alteração feita em 2 de Outubro de 2009 através do DL 278/2009. No seu artigo 1º vem a definição do seu âmbito de aplicação.

Artigo 1.º

Âmbito

1 – O presente Código estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos

contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

2 – O regime da contratação pública estabelecido na parte II do presente Código é aplicável à formação dos contratos públicos, entendendo -se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código.

3 – A parte II do presente Código é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, aos procedimentos destinados à atribuição unilateral, pelas entidades adjudicantes referidas no artigo seguinte, de quaisquer vantagens ou benefícios, através de acto administrativo ou equiparado, em substituição da celebração de um contrato público.

4 – À contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.

5 – O regime substantivo dos contratos públicos estabelecido na parte III do presente Código é aplicável aos que revistam a natureza de contrato administrativo.

6 – Sem prejuízo do disposto em lei especial, reveste a natureza de contrato administrativo 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 em qualquer uma das seguintes categorias:

- a) Contratos que, por força do presente Código, da lei ou da vontade das partes, sejam qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público;*
- b) Contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos;*
- c) Contratos que confirmam ao co-contratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções dos órgãos do contraente público;*
- d) Contratos que a lei submeta, ou que 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.*

Não é fácil, este artigo 1º dá para fazer uma tese, e por isso mesmo é complexo na sua interpretação, queria apenas sublinhar o nº2 e o nº3, para chamar a atenção para o facto de independentemente da natureza do contrato ser administrativo ou contratos de direito privado da administração pública, a verdade é que o procedimento de feitura desses contratos é regulado pelo CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS. Por outras palavras, a parte segunda do CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS é aplicável a todos os contratos públicos, que são aqueles que são celebrados por entidades públicas, sejam contratos administrativos ou contratos de direito privado. E a parte segunda vai do artigo 16º ao artigo 277º, todas estas disposições são aos dois tipos de contrato. O que importa é a entidade que o celebra, porque os contratos celebrados por entidade pública, estão sempre sujeitos a 3 princípios fundamentais, enumerados no nº 4 do artigo 1º do CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: o **princípio da transparência; princípio da igualdade, e o princípio da concorrência**. Por outras palavras todos os contratos celebrados pela administração pública, independentemente do direito que rege esses contratos são contratos públicos, e por isso sujeitos à transparência à igualdade, e à concorrência. E sujeitos também às regras procedimentais do CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS. E então o que diferencia, à luz do CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS, os contratos de direito administrativo dos contratos de direito privado? O que diferencia é a parte terceira, ou seja o regime substantivo que começa no artigo 278º e ss, só é aplicável aos contratos de direito administrativo.

Concluindo, independentemente de o contrato ser contrato de direito privado ou contrato administrativo, temos uma 1ª regra fundamental, que é a de que toda a contratação da administração pública está sujeita aos princípios da transparência, da igualdade, e da concorrência, 2ª regra fundamental toda a contratação pública está sujeita às regras procedimentais definidas na parte segunda do CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS, 3ª regra fundamental, o regime substantivo que está na parte terceira, só é aplicável aos contratos de direito administrativo. É aqui na parte terceira que está a diferença entre os contratos de direito privado e os contratos de direito administrativo.

Queria apenas referir que na semana passada uma aluna defendeu, e foi aprovada, uma tese de mestrado à luz da qual à luz do CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS tinham deixado de existir contratos de direito privado da administração pública. E o

argumento que ela utilizou o primeiro é a aproximação de tal forma do regime dos contratos de direito privado aos contratos de direito administrativo pelas mesmas regras procedimentais, pelos mesmos princípios fundamentais, aproximação pela aplicação aos contratos de direito privado da ideia de prossecução do interesse público e por isso do regime material da parte terceira; e por outro lado porque à luz do ETAF, a fatia substancial do controlo contencioso dos contratos de direito privado não está hoje a cargo dos tribunais comuns, mas a cargo dos tribunais administrativos. E por isso de alguma forma, a tese foi esta: desapareceram os contratos de direito privado da administração pública, porque o CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS, acabou por mandar aplicar-lhes o regime que é de natureza (imperceptível). A tese é da Dra. Sofia Caetano Martin.

- ❖ Vamos agora tentar saber os *processos de escolha dos co-contratantes*. Como é que a administração pública escolhe com quem vai contratar. É naturalmente uma questão fundamental porque a administração pública não goza da liberdade que o particular tem na escolha do seu parceiro no contrato. Vou vender o meu imóvel a quem? Vou comprar o meu apartamento a quem? Naturalmente que os privados gozam nas relações entre si de total liberdade. Mas a administração pública tem regras para a escolha do co-contratante. Os procedimentos para a escolha do co-contratante vêm no artigo 16º, apenas uma referência para chamar a atenção que o Código dos Contratos Públicos só se aplica aos procedimentos iniciados depois da sua entrada em vigor, o que significa que a todos os contratos públicos celebrados antes daquela data continuam a ser regidos pelos artigos 178º a 189º do cpa, apesar de terem sido revogados.

❖

Artigo 16.º

Procedimentos para a formação de contratos

1 – Para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adoptar um dos seguintes tipos de procedimentos:

- a) Ajuste directo;
- b) Concurso público;
- c) Concurso limitado por prévia qualificação;
- d) Procedimento de negociação;
- e) Diálogo concorrencial.

2 – Para os efeitos do disposto no número anterior, consideram -se submetidas à concorrência de mercado, designadamente, as prestações típicas abrangidas pelo objecto dos seguintes contratos, independentemente da sua designação ou natureza:

- a) Empreitada de obras públicas;
- b) Concessão de obras públicas;
- c) Concessão de serviços públicos;
- d) Locação ou aquisição de bens móveis;
- e) Aquisição de serviços;
- f) Sociedade.

- ❖ Voltando ao artigo 16º, vejamos primeiro o *ajuste directo que vem regulado nos artigos 112 e seguintes* do Código dos Contratos Públicos, que é um meio através do qual a entidade adjudicante, a entidade pública, convida directamente, uma ou

várias entidades à sua escolha, para apresentar uma proposta para com elas negociar aspectos do conteúdo do contrato a celebrar. O essencial é isto, é a administração pública que escolhe directamente com quem vai negociar. Obviamente, que o ajuste directo tem limites sob pena de pôr em causa todos os restantes procedimentos de escolha. Tem limites que se prendem com as matérias, e tem limites que se prendem com os valores da contratação. Podem encontrar a disciplina da matéria, nos artigos 112º a 129º do Código dos Contratos Públicos.

- ❖ Segundo processo de escolha do co-contratante é o concurso público. Diria que o concurso público é a forma normal de escolha do co-contratante. O concurso público que vem *regulado nos artigos 130º e seguintes*. Através do concurso público a administração pública publica um anúncio no jornal em que fixa as condições em que aceita propostas, que serão depois objecto de apreciação da administração pública, sob critérios definidos pela própria administração e de acordo com o quadro legal definido nos citados artigos 130º a 161º do Código dos Contratos Públicos.
- ❖ Pode a administração pública optar por terceira processo que é o concurso limitado por pré-qualificação. Matéria regulada nos *artigos 162º a 191º*, aqui há 2 fases. Há uma fase de apresentação de candidaturas e qualificação dos candidatos, e uma segunda fase em que se procede à análise das propostas e respectiva adjudicação.
- ❖ Há uma quarta modalidade, o designado procedimento de negociação, previsto nos artigos 193º a 203º. Que é isto do procedimento de negociação. A administração pública abre uma fase de apresentação de candidaturas, qualifica os candidatos, que apresentam propostas, mas essas propostas são versões iniciais, porque as negociações visam, precisamente, determinar uma proposta final. No fundo, a fase de negociação visa que as propostas inicialmente apresentadas, possam ter evolução favorável, obviamente à administração pública. Nós temos uma proposta que não é fechada, mas sim aberta à negociação, que no final se tornará uma proposta fechada. Imagine-se que a administração pública tem uma proposta do concorrente A e do concorrente B, para a fase das negociações. A administração pública chegou a uma conclusão quer relativamente ao concorrente A quer ao B, e vai analisar as versões finais das propostas. E esta fase dessa análise vai determinar se a adjudicação se faz a A ou a B. Queria salientar que a fase de negociação é um procedimento autónomo, mas também é possível a negociação em situações de ajuste directo, ou de concurso público. É possível ajuste directo com fase de negociação, e concurso público com fase de negociação. E mais, a negociação pode incidir sobre 3 tipos de propostas: propostas válidas e aprovadas; propostas inválidas mas aprovadas; e, propostas válidas e inadequadas. O que significa isto? Significa que não é possível a negociação ocorrer em presença de proposta válida e adequada, com uma proposta inválida. Mas é possível existir negociação se todas as propostas forem inválidas mas algumas forem adequadas. Porque o objectivo da negociação é melhorar ou até de sanar a ilegalidade dessas mesmas propostas. Mas

como é que isso se compatibiliza com os casos que conduzem à exclusão liminar dos concorrentes quando as propostas são inválidas? É verdade que há casos tipificados na lei, em que a ilegalidade conduz à exclusão, mas pode suceder que a ilegalidade não seja facilmente detectável, sejam situações de ilegalidade ou irregularidade oculta que à medida da análise da proposta se vai vendo se vai analisando. E isso tem situação por duas razões: uma prende-se com a transposição das directivas da U.E. que estão subjacentes ao Código dos Contratos Públicos, identificadas no seu preâmbulo (directiva 2004/17/CE); outra razão é a da economia processual. Pois se é possível melhorar propostas, como sabem em Direito Administrativo, no âmbito dos actos administrativos não há um princípio geral de aproveitamento dos actos inválidos (expresso através da reforma e da conversão)? Ora se isso é possível para os actos unilaterais, também é possível para os contratos. Para quê abrir novo concurso, e perder mais tempo se é possível ajustar aquelas pequenas irregularidades, ou aquelas situações que transformam aquela proposta menos adequada em proposta mais adequada. O que não é possível é uma negociação com propostas regulares e irregulares. Só assim se garante a igualdade. Não é possível a concorrência à luz do princípio da legalidade, de uma proposta regular com uma irregulares. Mas pode acontecer que uma proposta irregular seja mais adequada que uma proposta regular. É que o juízo de regularidade é um juízo de validade, um juízo de adequação ou inadequação é um juízo de mérito. Prende-se com a conveniência da proposta com a prossecução do interesse público. Para que servirá a negociação? Serve fundamentalmente para flexibilizar as respectivas propostas. Se as propostas fossem imutáveis, então nunca seria possível, a negociação. (inaudível)... introduz uma derrogação no princípio da intangibilidade das propostas. Sempre que há negociação a lei habilita que a proposta possa ser, no fundo, alterada, por isso é que a lei fala no artigo 194º alínea b) e c), em versões iniciais e versões finais das propostas. Cá temos a flexibilização das propostas.

- ❖ Por último, o *diálogo concorrencial*, que vem referenciado nos artigos 204º e seguintes, que é também uma forma de flexibilização, na escolha do co-contratante conforme previsto dos *artigos 204º a 218º* do Código dos Contratos Públicos.

Pois bem, a administração pública tem aqui os instrumentos de escolha do co-contratante quer no domínio dos contratos de direito administrativo, quer dos contratos de direito privado. E chega ao fim e escolhe. O acto jurídico pelo qual escolhe a escolha do co-contratante, é acto de adjudicação. Claro que aqui há fases de um procedimento especial que envolve desde logo a existência de uma comissão, um relatório com uma proposta que tem de ser objecto de audiência prévia pelos interessados. A administração pública propõe adjudicar a A, mas antes de o fazer deverá em audiência prévia, consultar os interessados. Essa audiência prévia deve respeitar o dever de fundamentação. Porque escolhe o A e não o B. Só depois de realizada a audiência prévia e elaborada a fundamentação, se pode dizer que o

relatório está completo. E aí é que se poderá dizer que a decisão final sobre a adjudicação. Mas ainda não é a celebração do contrato. Essa é uma fase posterior. E pode ainda suceder que a celebração do contrato não seja feita com a entidade destinatária da adjudicação. Por exemplo, essa entidade não cumpriu as formalidades subsequentes, ou cumprindo não compareceu no dia e na hora marcada para a celebração do contrato. Há casos desses e não são académicos, são reais. Como deve a.p. resolver esta situação? Em princípio deverá ser chamado à celebração o concorrente que se segue na lista de classificação das propostas. Com a celebração do contrato termina a fase de elaboração, para passarmos à fase de execução do contrato. E esta fase de execução remete-nos para o regime substantivo. Aqui sim, em sede de execução saber se vamos para um contratos de direito privado ou contratos de direito administrativo. Tudo tem a ver com a aplicação do regime do artigo 278º e seguintes.

Quais são os princípios que animam a execução do contratos de direito administrativo?

Diria que o primeiro princípio será o princípio da estabilidade contratual, que não se confunde com o princípio da estabilidade das regras procedimentais. O que é o princípio da estabilidade das regras procedimentais? É o princípio segundo o qual as normas que definem os termos da formação de um contrato, não podem ser alteradas durante a formação de um contrato (Não se alteram as regras durante o jogo). Significa que as peças do procedimento (art. 40º 41º e 42º) que se prendem com a formação do contrato: programa do procedimento e caderno de encargos. Alguém me saberá dizer (...inaudível ...), estas regras traduzem uma manifestação da auto-vinculação administrativa. Que levanta um problema jurídico muito interessante que é este: que deverá a administração pública fazer se a meio do procedimento da formação se apercebe que há uma norma que é inválida? Deverá sacrificar a confiança e a estabilidade à reposição da legalidade, ou pelo contrário deve continuar com a vigência da norma em causa, mesmo tendo consciência que essa norma é inválida? Como vêem não é fácil, qualquer que seja a solução, porque existem bons argumentos em qualquer dos sentidos. No limite, poderá a administração pública anular o procedimento mediante a verificação da invalidade de tal dimensão, que não resta outra hipótese senão anular o procedimento. Todavia, há aqui um risco, que é a responsabilidade da administração pública, em face das despesas que os concorrentes tiveram com a apresentação das propostas. Como vêem há sempre esta dualidade de situações sobre a actuação da administração pública como repor a legalidade sem violar a igualdade, a transparência, a concorrência?

Este princípio da estabilidade das regras procedimentais, não é confundível com o princípio da estabilidade contratual, previsto no artº 279º. É o contrato que define as regras que vão proteger essa mesma contratação. Há no entanto excepções. Casos em que o princípio geral da estabilidade contratual pode ser alterado. Como é que ele pode ser alterado? Poder ser alterado por acordo entre as partes, ainda que o acordo tenha limites. Pode ser alterado por decisão judicial ou decisão arbitral. O tribunal considera

que a cláusula X é inválida. Pode por último ser objecto de alteração por acto unilateral da administração pública. A administração goza aqui de auto-tutela declarativa. Veremos em que casos, e como, a administração pública goza dessa auto-tutela.

1º ponto, a estabilidade e a alteração das circunstâncias. É possível que exista uma modificação dos pressupostos ou das condições de facto que existiam à data da celebração ou das condições presumíveis que existiriam no momento posterior à data da celebração do contrato. A administração pública pode com base na alteração das circunstâncias proceder a uma modificação dos termos do respectivo contrato. Já agora nesta alteração de circunstâncias pode ser motivada por efeitos imprevistos pelas partes, designada teoria da imprevisão, por exemplo, era suposto, construir a auto-estrada num prazo de x meses, mas o inverno foi muito rigoroso e foi impossível trabalhar. Há aqui uma alteração do respectivo plano, ou a alteração das circunstâncias pode ser decorrente da vontade de uma das partes, por exemplo, incumprimento ilícito dos deveres contratuais, a entidade privada foi negligente e não colocou os seus homens a tempo de concluir um determinado troço da auto-estrada. A alteração de circunstâncias vem prevista no artigo 312º alínea a). A modificação pode ser determinada por uma intervenção unilateral da administração pública, prevista no artigo 312º b) que se designa por modificação unilateral do conteúdo das prestações.

Artigo 312.º

Fundamentos

O contrato pode ser modificado com os seguintes fundamentos:

- a) Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato;*
- b) Por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.*

A administração pública por razões de interesse público modificar o conteúdo das prestações. Ligado com as excepções ao princípio da estabilidade, temos **o princípio do equilíbrio financeiro**, que diz que todo o contrato da administração pública, tem uma determinada previsão que assenta em custos e receitas. Há uma determinada relação de equilíbrio, que quem contrata com a administração pública, espera vir a obter mais-valias financeiras, ninguém contrata para perder. Não obstante, o equilíbrio financeiro tem de acautelar o risco do respectivo contrato. O risco é assumido no contrato no sentido de saber se o risco corre a favor da administração pública ou contra. Quem suporta o risco será a entidade que contrata com a administração pública, ou a própria administração pública? Se o risco corre por conta do particular, não há lugar a equilíbrio financeiro. O equilíbrio financeiro pressupõe que não nos encontremos na zona de risco a cargo do particular. Se o particular não fez bem as contas, e tem prejuízo em vez de lucro, fez mal as contas. **O equilíbrio financeiro, matéria prevista no artigo 282º e 314º**, pressupõe que exista uma alteração do equilíbrio, da equação financeira, que estava na génese do contrato, não devendo ser o particular a suportar o acréscimo de custos. O direito à reposição do equilíbrio financeiro é um direito que tem

o particular que contrata com a administração pública, de exigir da administração que ela reponha esse mesmo equilíbrio financeiro. E quais são as causas que determinam o equilíbrio financeiro? Podem ser alteração de circunstâncias imputáveis ao contraente público ou podem ser razões de interesse público. Qualquer das situações previstas no artº 314º.

Artigo 282.º

Reposição do equilíbrio financeiro do contrato

1 – Há lugar à reposição do equilíbrio financeiro apenas nos casos especialmente previstos na lei ou, a título excepcional, no próprio contrato.

2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, o co -contratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o co -contratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos.

3 – A reposição do equilíbrio financeiro produz os seus efeitos desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos referidos no número anterior, sendo efectuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato.

4 – A reposição do equilíbrio financeiro efectuada nos termos do presente artigo é, relativamente ao evento que lhe deu origem, única, completa e final para todo o período do contrato, sem prejuízo de tal reposição poder ser parcialmente diferida em relação a quaisquer efeitos específicos do evento em causa que, pela sua natureza, não sejam susceptíveis de uma razoável avaliação imediata ou sobre cuja existência, incidência ou quantificação não exista concordância entre as partes.

5 – Na falta de estipulação contratual, o valor da reposição do equilíbrio financeiro corresponde ao necessário para repor a proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato e é calculado em função do valor das prestações a que as partes se obrigaram e dos efeitos resultantes do facto gerador do direito à reposição no valor dessas mesmas prestações.

6 – A reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato.

Artigo 314.º

Consequências

1 – O co -contratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro, segundo os critérios estabelecidos no presente Código, sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja:

a) A alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do co -contratante; ou

b) Razões de interesse público.

2 – Os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.

Veremos na próxima aula o princípio da intervenção exorbitante da administração pública. Como é que a administração pública tem poderes exorbitantes que permitem diferenciar os contratos de direito administrativo dos contratos de direito privado.

