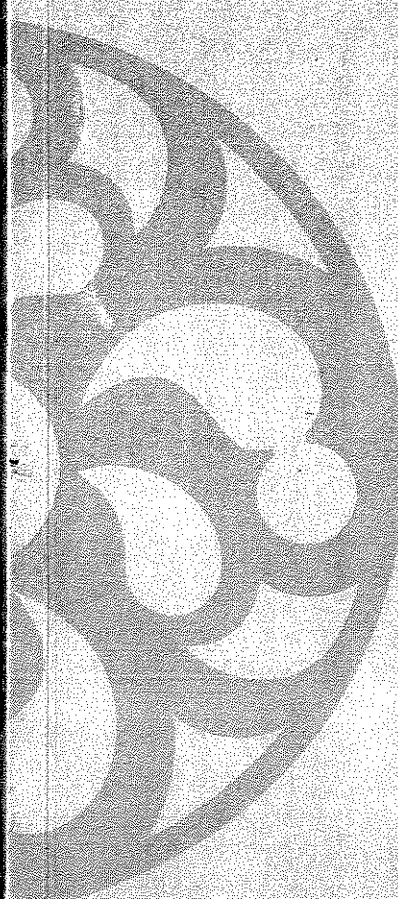


MARCELO REBELO DE SOUSA
ANDRÉ SALGADO DE MATOS

Direito Administrativo Geral

Introdução
e princípios
fundamentais

Tomo I



DIREITO ADMINISTRATIVO GERAL

13

MARCELO REBELO DE SOUSA
Professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa
ANDRÉ SALGADO DE MATOS
Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa

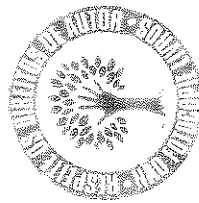
Direito Administrativo Geral

Tomo I

Introdução e princípios fundamentais



Biblioteca Nacional - Catalogação na Publicação
Nome: Marcelo Rebelo de, 1948-; e outro
Direito administrativo geral: introdução
e princípios fundamentais/Marcelo Rebelo de Sousa,
André Salgado de Azevedo. -- 2. ed. -- (Temis)
1. ed. p. -- ISBN 972-20-2672-0
I - Sousa, André Salgado
I - Azevedo, André Salgado
C 343.312.9 (075.8)



Publicações Dom Quixote
Rua Caimar dos Reis
Urbanização da Moura - Loulé A-7 - 8
Portugal (Lisboa - Portugal)

Reservados todos os direitos
de acordo com a legislação em vigor

A. J. 2004, Marcelo Rebelo de Sousa,
André Salgado de Azevedo
e Publicações Dom Quixote.

Design
Arbiter Henrique V. Azeite
com Rita Martins

Revisão
Teresa Pereira

1.ª edição
Outubro de 2004

Depósito legal
n.º 216/8/2004

Paginuação
Segundo Capítulo

Impressão e acabamento
Gráfica Manuel Barbosa & Filhos

ISBN: 972-20-2672-0

Nóta prévia

Tres palavras apenas para explicar esta edição.

Uma primeira, para justificar a matéria abordada. Nela se discute o direito administrativo geral, o que, naturalmente, exclui domínios específicos, bem como o direito processual administrativo, em regra designado por direito administrativo. Por outro lado, este livro é apenas uma introdução ao direito administrativo e à matéria dos seus princípios fundamentais, deixando para o Tomo II a organização administrativa e para o Tomo III a actividade da administração pública.

Uma segunda palavra, para sublinhar a forma de tratamento de temas. À indole escrita de lições recolhidas do ensino, ora substituídas, ora completadas por preocupações pedagógicas e discurso mais virado para a investigação científica. Das primeiras permanece a procura da síntese e da objectividade na exposição das ideias. Da segunda avulta o desejo de abertura de temas para reflexões, assim como de proposta bibliográfica que acompanha essa abertura.

Finalmente, resulta da própria autoria da obra que ela é, sobretudo, um diálogo universalizante entre duas gerações, muito diversas de doutrinas administrativas, com formações diferentes mas visões teóricas susceptíveis de convergir em posições comuns. *De novo, e mesmo de novo, com a obra de 1994*. Trata de mera colaboração do docente mais jovem na actualização de um livro antes publicado pelo menos jovem, mas de co-autoria em obra nova, visto que são repensadas e redefinidas questões e posições adoptadas no passado. Nessa indemonstrável influência do direito administrativo alemão, nessa medida, representa uma experiência usual em doutrinas estrangeiras, entre nos pouco comum, ao menos em manuais, cursos ou livros de ensino universitário, na área jurídica. E, de entanto, porventura ainda há quem

tificamente estimulante do que o diálogo intergeracional e nada de mais conforme à lógica da missão educativa e à inerente exigência académica de transmissão do testemunho do que a publicação de obras formativas, em que a sucessão geracional é assumida como dado natural na própria elaboração e actualização no tempo.

Lisboa, Setembro de 2004

Marcelo Rebelo de Sousa
André Salgado de Matos

Notas de leitura

As siglas e abreviaturas utilizadas estão descodificadas na lista constante do início do livro.

As remissões para partes do presente livro fazem-se mediante indicação do parágrafo e do número de margem.

A bibliografia geral consta do início do livro. A bibliografia específica sobre cada uma das matérias consta do final do parágrafo em que são versadas.

Ao longo do texto fazem-se apenas as referências bibliográficas estritamente indispensáveis para o esclarecimento do leitor. As referências completas das obras citadas ao longo do texto podem ser encontradas na bibliografia geral ou na bibliografia do respectivo parágrafo.

As indicações bibliográficas, que não pretendem ser exaustivas, estão organizadas por ordem de nacionalidade e por ordem alfabética. Privilegiaram-se as obras de referência, as mais recentes, aquelas que tratam a título principal as matérias abordadas, bem como as mais adequadas à aprendizagem por alunos do segundo ano jurídico.

Assinalam-se com um asterisco (*) as obras recomendadas em razão da importância da matéria, do seu interesse pedagógico, da sua acessibilidade e/ou do seu carácter sintético, o que não implica um juízo acerca do mérito académico ou científico de qualquer das obras citadas.

Nas indicações bibliográficas de cada parágrafo, a não ser excepcionalmente, não se referem manuais ou obras de carácter geral, que estão indicados na lista bibliográfica geral.

Siglas e abreviaturas

AAVV	Autores vários
Ac.	Acórdão
ADA	Anuário de Direito do Ambiente
ADR	Apêndice ao Diário da República
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APSR	American Political Science Review
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
art.	Artigo
AS	Análise Social
ATC	Acórdãos do Tribunal Constitucional
BauR	Baurecht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra
BICAM	Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CA	Código Administrativo
CA	Il Corriere Amministrativo
CADA	Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos
CC	Código Civil (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966, última alteração pelo Decreto-Lei n.º 199/2003, de 10 de Setembro).
CC	Comissão Constitucional
CJA	Cadernos de Justiça Administrativa
CP	Código Penal (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, última alteração pelo Decreto-Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro)
CPA	Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro)
CPC	Código de Processo Civil (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de Dezembro de 1961, última alteração pelo Decreto-Lei n.º 199/2003, de 10 de Setembro)

CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, alterado pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro)
CRC	Código do Registo Civil (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de Junho, última alteração pelo Decreto-Lei n.º 113/2002, de 20 de Abril)
CRCom	Código do Registo Comercial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de Dezembro, última alteração pelo Decreto-Lei n.º 273/91, de 13 de Outubro)
CRP	Constituição da República Portuguesa de 2 de Abril de 1976 (na versão da Lei Constitucional n.º 1/2001, de 12 de Dezembro)
CRPred	Código do Registo Predial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de Julho, última alteração pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março)
CT	Código do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto)
CTF	Ciência e Técnica Fiscal
CVDT	Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados
CVRC	Convenção de Viena sobre Relações Consulares (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 183/72, de 30 de Maio)
CVRD	Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 482/95, de 27 de Março de 1968)
DA	Direito Administrativo
DDC	Documentação e Direito Comparado
diss.	Dissertação de mestrado inédita
diss. dout.	Dissertação de doutoramento inédita
DJ	Direito e Justiça
DJAP	Dicionário Jurídico da Administração Pública
DL	Democracia e Liberdade
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Diário da República
DV	Die Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ED	Enciclopedia del Diritto
EDFAAP	Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Pública (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro)
EuR	Europarecht
Fisc.	Fiscalidade
GARL	Gazeta dos Advogados da Relação de Luanda
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz [Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de Maio de 1949, última revisão em 26 de Julho de 2002]
HLR	Harvard Law Review
IGT	Inspeção-Geral do Trabalho
JBL	Juristische Blätter
JEVG	Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung

LAL	Lei das Autarquias Locais (aprovada pela Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, na versão da Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro)
Leg-	Legislação
LOG	Lei Orgânica do XV Governo Constitucional (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 120/2002, de 3 de Maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 20/2004, de 22 de Janeiro)
LOSTA	Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 407/68, de 8 de Setembro de 1956)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OD	O Direito
OIT	Organização Internacional do Trabalho
org.	Organização
PCC	Pareceres da Comissão Constitucional
PrCE	Projecto de Tratado que institui uma Constituição Para a Europa
RA	Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana
RAP	Revista de Administração Pública
RCM	Regimento do Conselho de Ministros do XV Governo Constitucional (aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 91/2002, de 3 de Maio, alterado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 66/2003, de 2 de Maio)
RDA	Revista de Direito Administrativo
RDES	Revista de Direito e Estudos Sociais
RDP	Revista de Direito Público
RDP	Revue de Droit Public
REDP	Revue Européenne de Droit Public
relat.	Relatório de mestrado inédito
RFDUC	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RGIMOS	Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, última alteração pela Lei n.º 109/2001, de 14 de Dezembro)
RISA	Revue Internationale de Sciences Administratives
RJ	Revista Jurídica
RJIGT	Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 310/2003, de 10 de Dezembro)
RJUE	Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro)
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RMP	Revista do Ministério Público
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
RTDP	Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico
RTh	Rechtstheorie

SHS Schriftenreihe der Hochschule Speyer
 SI Scientia Iuridica
 TC Tribunal Constitucional
 TCA Tribunal Central Administrativo
 TCE Tratado que Institui a Comunidade Europeia
 TJCE Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
 UE União Europeia
 VerwArch Verwaltungsarchiv
 VVDStRL Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
 WüRw Württembergische Zeitschrift für Verwaltung und Verwaltungswissenschaften

Bibliografia geral

1. Portugal

a) Manuais e lições académicas

- *D. Freitas do Amaral, *Curso de direito administrativo*, Coimbra, I, ¹1994; II (col. L. Torgal), 2001
- D. Freitas do Amaral, *Direito administrativo*, Lisboa, III, 1989; IV, 1988
- M. Caetano, *Manual de direito administrativo*, Coimbra, I, ¹⁰1973; II, ¹¹1972
- M. Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977; Lisboa, 1996
- J. Caupers, *Introdução ao direito administrativo*, Lisboa, ⁷2003
- *J. M. Sêrvulo Correia, *Noções de direito administrativo*, I, Lisboa, 1982
- J. Figueiredo Dias/F. P. Oliveira, *Direito administrativo*, Coimbra, 2003
- G. da Fonseca, *Direito administrativo (sumários desenhados)*, Lisboa, 1993
- A. Marques Guedes, *Direito administrativo*, Lisboa, 1957
- M. Esteves de Oliveira, *Direito administrativo*, I, Coimbra, 1980
- A. Rodrigues Queiró, *Lições de direito administrativo*, 2 vols., Coimbra, 1959; I, Coimbra, ²1976
- R. Ehrhardt Soares, *Direito administrativo*, Coimbra, 1978
- R. Ehrhardt Soares, *Direito administrativo*, Coimbra, s.d.
- M. Rebelo de Sousa, *Lições de direito administrativo*, I, Lisboa, ⁴1999
- b) Legislação anotada
- D. Freitas do Amaral/J. Caupers/J. Martins Claro/J. Raposo/M. G. Dias Garcia/P. Siza Vieira/V. Pereira da Silva, *Código de Procedimento Administrativo anotado*, Coimbra, ⁴2003
- J. M. Santos Borelho/A. J. Pires Esteves/J. Cândido de Pinho, *Código do Procedimento Administrativo anotado*, Coimbra, ⁵2002
- *M. Esteves de Oliveira/P. Costa Gonçalves/J. Pacheco de Amorim, *Código de Procedimento Administrativo comentado*, Coimbra, ²1997

- A. M. Rebordão Montalvo, *Código do Procedimento Administrativo anotado e comentado*, Coimbra, 1992
- E. Brandão Ferreira Pinto/G. F. Dias Pereira da Fonseca, *Código do Procedimento Administrativo anotado e comentado*, Porto, ³1996
- A. F. de Sousa, *Código de Procedimento Administrativo anotado*, Lisboa, 1993

c) Relatórios pedagógicos e programas lectivos

- D. Freitas do Amaral, *Relatório sobre o programa, os conteúdos e métodos do ensino de uma disciplina de direito administrativo*, Lisboa, 1985
- M. J. Estorninho, *Contratos da administração pública* (tesouro de autonomização curricular), Coimbra, 1999
- M. J. Estorninho, *Direito administrativo. «Roteiro» das aulas práticas*, Lisboa, 1997
- P. Otero, *Direito administrativo. Relatório de uma disciplina apresentado no concurso para professor associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1998
- F. de Quadros, *Direito administrativo I, 2.º ano, turno da noite. Programa da disciplina*, Lisboa, 1991

d) Dicionários e enciclopédias

- Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 7 vols. e 2 sup., Lisboa, ²1990-2001

e) Revistas especializadas

- Cadernos de Justiça Administrativa
- Pólis – Revista de Estudos Jurídico-Políticos
- Revista de Administração Local

f) Jurisprudência

- Diário da República (Apêndice, Supremo Tribunal Administrativo – Seções de Contencioso Administrativo)
- Diário da República (Apêndice, Supremo Tribunal Administrativo – Tribunal Pleno)
- Boletim do Ministério da Justiça
- Acórdãos Doutrinários do Supremo Tribunal Administrativo*
- Collecção de Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo e do Tribunal Central Administrativo*
- D. Freitas do Amaral/J. Caupers/J. Martins Claro, *Jurisprudência administrativa*, 2 vols., Lisboa, 1990
- <http://www.dgsi.pt>

- <http://www.sta.mj.pt>
- <http://www.tca.mj.pt>

2. Alemanha

a) Manuais e lições académicas

- N. Acherberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 1986
- N. Acherberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Schaffers Grundriss des Rechts und der Wirtschaft, Heidelberg, ³1988
- U. Barts, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, ²2002
- H.-P. Bull, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, ²2000
- S. Deterberck, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munique, ²2002
- H.-U. Erichsen/D. Ehlers (coord.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin/Nova York, ²2002
- H. Faber, *Verwaltungsrecht*, Tübingen, ²1995
- E. Finkel/W. Sundermann-J. Vahle, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Hamburg, ²2002
- E. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, ²1928
- E. Forsthoef, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts I*, Munique, ²1973 (trad. castelhana da 5.ª ed., *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958)
- E. Gremulla/N. Jaworsky/R. Müller-Ur, *Verwaltungsrecht*, Colonia/Berlin/Bona, Munique, ²1998
- V. Götz, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munique, ²1997
- H. Hofmann/J. Gerke, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Colonia, ²2002
- P.-M. Huber, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, ²1997
- J. Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Colonia/Berlin/Bona/Munique, ²2003
- W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin, ²1931
- H.-J. Koch/R. Rubel, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Frankfurt, ²1992
- R. Loeser, *System des Verwaltungsrechts*, 2 vols., Berlin, ²1997
- H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munique, ²2002 (trad. francesa parcial, *Droit administratif allemand*, Paris, 1995)
- F. Mayer/E. O. Kopp, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munique, ²1985
- O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2 vols., Heidelberg, 1924 (versão francesa da 1.ª ed., pelo autor, *Droit administratif allemand*, 4 vols., Paris, 1904; trad. argentina da versão francesa, *Derecho administrativo alemán*, 4 vols., Buenos Aires, ²1982)
- K. Obermayer, *Grundsätze des Verwaltungsrechts und Verwaltungsprozessrechts*, Munique, ²1988
- E.-J. Peine, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, ²2002
- G. Püttner, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Studienbuch*, Düsseldorf, ²1995
- D. Schmalz/H. Hofmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht I*, Colonia, ²1988
- W. Schmidt, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, Frankfurt, ²1982
- W. Schmidt, *Staats- und Verwaltungsrecht*, Frankfurt, ²1999
- E. Schmade-Asmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsgebot. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungswissenschaftlichen Spartenbildung*, Munique, ²1998

R. Schweichardt (org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Estugarda/Berlin/Colônia, 1995

H.-D. Spöhl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munique, I, 1997; II, 1998

M. Wallerath, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Sieburg, 1992

A. Witem, *Grundriß des Verwaltungsrechts*, Colônia, 1994

H.-J. Wolff/O. Bachof, *Verwaltungsrecht*, Munique, I, 1974; II, 1976; III, 1978

*H.-J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, *Verwaltungsrecht*, Munique, I, 2000, II, 2000, III, 2004

b) Legislação anotada

K. Finkelburg/C. L. Lässig, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Düsseldorf, 1979

H. J. Krack/J. D. Busch/W. Clausen, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Colônia/Berlin/Bona/Munique, 2003

*F. O. Kopp/U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Munique, 2003

H. Meyer/H. Borgs-Maciejewski, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Frankfurt, 1992

K. Obermayer/F. Ehlers/C. Link, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Neuwied, 1999

P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Munique, 2001

c) Revistas especializadas

Archiv des öffentlichen Rechts

Baden-württembergisches Verwaltungsblatt

Bayerische Verwaltungsblätter

Die öffentliche Verwaltung

Die Verwaltung

Deutsches Verwaltungsblatt

Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

Verwaltungsarchiv

Wirtschaft und Verwaltung

Württembergische Zeitschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege

d) Jurisprudência

Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

<http://www.bundesverwaltungsgericht.de>

3. Itália

a) Manuais e lições académicas

R. Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, 2 vols., Milão, 1978

F. Bassi, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milão, 1995

F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Pádua, 1960

E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Pádua, 1983

E. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, 2 vols., Milão, 2001

F. Caringella/F. Del Giudice/L. Delpino, *Diritto amministrativo*, Nápoles, 2003

E. Caserta, *Compendio di diritto amministrativo*, Milão, 2002

S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milão, 1995

S. Cassese (org.), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milão, 2000

G. Corso, *L'attività amministrativa*, Turim, 1999

F. D'Agostino, *Manuale di diritto amministrativo*, Milão, 2000

G. Falcon, *Lineamenti di diritto pubblico*, Pádua, 1993

*R. Galli, *Corso di diritto amministrativo*, Pádua, 1996

M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, 2 vols., Milão, 1993

V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Turim, 1997

V. Italia/G. Landi/G. Porezza, *Manuale di diritto amministrativo*, Milão, 2001

M. Mazzaroli/G. Pericu/A. Romano/F. A. Roversi Monaco/F. G. Scola, *Diritto amministrativo*, 2 vols., Bolonha, 2001

E. Picozza, *Linee guida di diritto amministrativo*, Pádua, 1999

G. Rossi, *Introduzione al diritto amministrativo*, Turim, 2000

A. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 2 vols., Nápoles, 1989

*G. Santaniello (org.), *Trattato di diritto amministrativo*, Milão, 32 vols, em curso de publicação (in, 1988)

D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Un'introduzione*, Bolonha, 2000

*P. Viga, *Diritto amministrativo*, Milão, I, 1993; II, 1992; III, 1988; IV, 1999

G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, 6 vols, Milão, 1958-1959

b) Dicionários e enciclopédias

Enciclopedia del Diritto, Milão, 46 vols., 1957-1995

Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 34 vols., 1988-1997

Digesto IV Discipline Pubbliche, Turim, 15 vols., 1987-1999

c) Revistas especializadas

Amministrazione e Politica

Diritto Processuale Amministrativo

Foro Amministrativo

Funzione Amministrativa

d) Jurisprudência

A. Pagano (org.), *Repertorio ragionato di giurisprudenza amministrativa e appendice normativa*, Nápoles, 2003
<http://www.giustizia-amministrativa.it>

4. Espanha

a) Manuais e lições académicas

- J. M. Boquera Oliver, *Derecho administrativo*, I, Madrid, 1996
L. Coscolluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, 1997
R. Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, I-1, 1995; I-2, 1994
*E. García de Enterría/J.-R. Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, I, 1997; II, 1993
F. Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 2 vols., 2002
F. González Navarro, *Derecho administrativo español*, Pamplona, I, 1993; II, 1994
J. A. López Pellicer, *Lecturas de derecho administrativo*, Barcelona, I-1, 1993; I-2, 1992; II, 1989
R. Martín Mateo, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, 1994
S. Martín-Retortillo Baquet, *Programa de derecho administrativo*, 2 vols., Madrid, 1989
J. L. Martínez López-Muñiz, *Introducción al derecho administrativo*, Madrid, 1986
L. Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo*, 2 vols., Pamplona, 1996
R. Parada, *Derecho administrativo*, Madrid, I, 1998; II, 1998; III, 1998
J. P. Parada Vázquez, *Derecho administrativo*, Madrid, I, 1995; II, 1995; III, 1993
L. Parejo Alfonso/A. Jiménez Blanco/L. Ortega Álvarez, *Manual de derecho administrativo*, I, Barcelona, 1996
M. Quiroga de Abarca, *Temas - resúmenes de derecho administrativo*, 2 vols., Madrid, 1994
J. A. Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo*, Madrid, 1990
*J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, I, 2002; II, 2002
J. L. Villar Palasí/J. L. Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo*, Madrid, I, 1992; II, 1993; III, 1983

b) Legislação anotada

J. González Pérez/F. González Navarro, *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, 2 vols., Madrid, 2003

c) Dicionários e enciclopédias

Enciclopédia Jurídica Básica, 4 vols., Madrid, 1995

d) Revistas especializadas

Revista de Administración Pública
Revista Española de Derecho Administrativo
Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (anteriormente, sobre o nome de Revista de Estudios de la Vida Local)
Documentación Administrativa
Revista de Derecho Urbanístico
Revista Vasca de Administración Pública
Revista Andaluza de Administración Pública
Revista Aragonesa de Administración Pública

e) Jurisprudência

Colación Legislativa de España (Jurisprudencia)
Repertorio de Jurisprudencia Anual

5. França

a) Manuais e lições académicas

- M. Rougevin-Bauille/R. D. de Saint-Marc/D. Cabertoulle, *Leçons de droit administratif*, Paris, 1989
F.-P. Bérault, *Le droit administratif français*, Paris, 1968
G. Braibant/B. Stirn, *Le droit administratif français*, Paris, 1999
*R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris, I, 2000; II, 1999
*C. Debbaesch, *Institutions de droit administratif*, Paris, 3 vols., 1998
G. Dupuis/M.-J. Guedon/P. Chétien, *Droit administratif*, Paris, 1998
J.-M. de Forges, *Droit administratif*, Paris, 1999
A. de Laubadère/J. C. Venezia/Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, I, 1999; II, 1995; III, 1990
G. Lebreton, *Droit administratif général*, I, Paris, 1996
J. Morand-Deviller, *Cours de droit administratif*, Paris, 1997
J. Moreau, *Droit administratif*, Paris, 1989
J. Rivero/J. Waline, *Droit administratif*, Paris, 1998 (trad. portuguesa da ed. de 1975, *Direito administrativo*, Coimbra, 1981)
G. Vedel/P. Delvolvé, *Droit administratif*, 2 vols., Paris, 1992

Índice

b) Revistas especializadas	
Études et Documents	
L'Actualité Juridique. Droit Administratif	
Revue Française de Droit Administratif	
Revue du Droit Public et de la Science Politique	
Revue Européenne de Droit Public	
c) Jurisprudência	
<i>Recueil des Arrêts du Conseil d'État</i>	
M. Long/P. Weil/G. Braubant/P. Delvolvé/B. Genevois, <i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative française</i> , Paris, 1 ^a 2003	
http://www.conseil-etat.fr	
http://www.legifrance.gouv.fr	
6. Brasil	
a) Manuais e lições académicas	
C. Ribeiro Bastos, <i>Curso de direito administrativo</i> , S. Paulo, 1996	
T. O. Cavalcanti, <i>Tratado de direito administrativo</i> , Rio de Janeiro/S. Paulo, 5 vols., 1964	
Aguar Dias, <i>Direito administrativo</i> , S. Paulo, 1996	
E. Ferreira de Faria, <i>Curso de direito administrativo positivo</i> , Belo Horizonte, 1997	
L. V. Figueiredo, <i>Curso de direito administrativo</i> , S. Paulo, 2001	
D. Gasparini, <i>Direito administrativo</i> , S. Paulo, 2003	
J. Cretella Júnior, <i>Tratado de direito administrativo</i> , 10 vols., Rio de Janeiro, 1966-1972	
J. Cretella Júnior, <i>Curso de direito administrativo</i> , Rio de Janeiro, 1997	
R. C. Lima, <i>Princípios de direito administrativo brasileiro</i> , S. Paulo, 1987	
A. Maia Luz, <i>Elementos de direito administrativo</i> , S. Paulo, 1992	
H. Lopes Meirelles, <i>Direito administrativo brasileiro</i> , S. Paulo, 2001	
C. A. Bandeira de Mello, <i>Elementos de direito administrativo</i> , S. Paulo, 1993	
C. A. Bandeira de Mello, <i>Curso de direito administrativo</i> , S. Paulo, 1998	
O. A. Bandeira de Mello, <i>Princípios gerais de direito administrativo</i> , Rio de Janeiro, 1969; II, 1974	
D. Moreira Neto, <i>Curso de direito administrativo</i> , Rio de Janeiro, 1996	
M. S. Z. Di Pietro, <i>Direito administrativo</i> , S. Paulo, 1999	
b) Jurisprudência	
http://www.stf.gov.br	
PARTE I – Introdução à administração pública e ao direito administrativo	29
§ 1 – Importância prática e teórica do direito administrativo e do seu estudo	29
§ 2 – A administração pública	32
I. A função administrativa	32
1. O Estado e as suas funções	32
2. Fronteiras entre a função administrativa e as demais funções do Estado	35
II. Os vários sentidos de administração	38
1. A administração pública em sentido material	38
a) <i>Tarefas da administração pública</i>	38
b) <i>Âmbito material da administração pública</i>	40
c) <i>Características típicas da administração pública em sentido material</i>	40
d) <i>Diferenças incidências da administração pública na esfera social</i>	41
2. A administração pública em sentido orgânico	43
a) <i>Características típicas da administração pública em sentido orgânica</i>	43
b) <i>Administração pública através de privados</i>	45
3. A administração pública em sentido formal	46
§ 3 – O direito administrativo	49
I. Conceito, âmbito, características e função	49
1. Conceito de direito administrativo	49
2. Âmbito do direito administrativo	50
a) <i>Âmbito normativo-material</i>	50
b) <i>Direito administrativo geral e direitos administrativos especiais</i>	50
3. Características do direito administrativo	52
4. Função do direito administrativo	55
II. Fontes do direito administrativo	57
1. Construção	58
2. Direito internacional	59
3. Direito comunitário	60
4. Lei	61
5. Regulamentos	62
6. Costume	62
7. Jurisprudência, «direito circulatório» e doutrina	63
8. A hierarquia das fontes de direito administrativo	65
III. O direito administrativo na ordem jurídica	68
1. O direito administrativo e o direito público	68
a) <i>Direito constitucional</i>	68
b) <i>Direito internacional</i>	69
c) <i>Direito penal</i>	70
d) <i>Direito judicial</i>	72
2. O direito administrativo e o direito privado	75
a) <i>Direito civil</i>	75
b) <i>Direito comercial</i>	77
c) <i>Direito do trabalho</i>	78

3. Direitos transversais.....	80
4. Aplicação do direito privado à administração.....	80
IV. A ciência do direito administrativo.....	82
1. Objecto.....	82
2. A evolução da ciência do direito administrativo em Portugal.....	83
3. Ciências auxiliares da ciência do direito administrativo.....	87
4. Método da ciência do direito administrativo.....	88

§ 4 – Condicionantes histórico-culturais e políticas da função administrativa, da administração pública e do direito administrativo.....

I. Tipos históricos de Estado, função administrativa, administração pública e direito administrativo.....	96
1. Estado pré-constitucional.....	96
2. Estado liberal de direito.....	97
3. Estado social de direito.....	102
4. Estados de não-direito.....	106
II. Formas de Estado, função administrativa, administração pública e direito administrativo.....	107
III. Sistemas de direito, função administrativa, administração pública e direito administrativo.....	108
IV. Sistema de governo, função administrativa, administração pública e direito administrativo.....	113
V. Sistema de partidos, função administrativa, administração pública e direito administrativo.....	113
VI. Integração europeia, função administrativa, administração pública e direito administrativo.....	114

§ 5 – Função administrativa, administração pública e direito administrativo em Portugal.....

I. Aspectos históricos.....	117
II. O regime administrativo português actual.....	122

PARTE II – Princípios fundamentais

§ 6 – O princípio da separação de poderes.....	129
I. Aspectos gerais.....	129
II. Separação entre administração e jurisdição.....	130
1. A reserva de jurisdição perante a administração.....	130
2. A reserva de administração perante a jurisdição.....	131
III. Separação entre administração e legislação.....	132
1. A reserva de legislação perante a administração.....	132
2. A reserva de administração perante a legislação.....	133

§ 7 – Os princípios da organização e do funcionamento da administração pública.....

I. Princípio da desburocratização.....	136
II. Princípio da aproximação da administração às populações.....	137
III. Princípio da descentralização.....	138
1. Conteúdo.....	139
2. Modalidades de descentralização.....	140
3. Vantagens e desvantagens da descentralização.....	141
4. Descentralização e subsidiariedade.....	142

IV. Princípio da desconcentração.....	143
1. Conteúdo.....	143
2. Modalidades de desconcentração.....	144
3. Vantagens e desvantagens da desconcentração.....	145
V. Princípio da unidade da acção administrativa.....	145
VI. Princípio da participação dos particulares na gestão da administração pública.....	147
1. Princípio da colaboração da administração pública com os particulares.....	147
2. Princípio da participação dos interessados na gestão da administração pública.....	150

§ 8 – Os princípios de juridicidade da actividade administrativa: o princípio da legalidade.....

I. Noções fundamentais.....	153
II. Evolução histórica.....	153
1. O princípio da legalidade no Estado liberal.....	154
2. O princípio da legalidade no Estado social.....	156
III. A preferência de lei.....	157
1. Conteúdo.....	157
2. Fundamento da preferência de lei.....	158
3. Consequências da preferência de lei.....	159
4. Problemas da preferência de lei.....	159
IV. A reserva de lei.....	160
1. A reserva de lei como precedência de lei.....	160
2. Fundamentos da reserva de lei.....	161
3. A reserva de lei restritiva de direitos fundamentais.....	163
4. A reserva de lei em matéria de administração prestacional.....	164
5. A precedência total de lei.....	167
6. A reserva de lei como reserva de densificação normativa.....	170
7. Reserva de densificação normativa e abertura das normas.....	171
V. Mudança ou esvaziamento do princípio da legalidade da administração?.....	172

§ 9 – O princípio da legalidade e a margem de livre decisão administrativa.....

I. Aspectos gerais.....	176
1. Noção.....	176
2. Fundamentos da margem de livre decisão.....	177
3. Consequências da margem de livre decisão.....	178
II. Discricionariedade.....	180
1. Noção e modalidades.....	180
2. Estrutura e funcionamento da discricionariedade.....	181
III. Margem de livre apreciação.....	183
1. Concretização de conceitos indeterminados.....	183
2. Liberdade avaliativa.....	187
3. Outras situações de margem de livre apreciação?.....	188
IV. Relações entre as várias técnicas de abertura das normas de competência.....	189
V. Margem de livre decisão e autovinculação.....	191
VI. Limites da margem de livre decisão.....	194
1. Vinculações legais.....	195
2. Limites iminentes da margem de livre decisão.....	197
3. Redução a zero da margem de livre decisão.....	197

§ 10 – Os restantes princípios de juridicidade da actividade administrativa como limites iminentes da margem de livre decisão	207
i. Princípio da prossecução do interesse público	207
ii. Princípio do respeito pelas posições jurídicas subiectivas dos particulares	213
iii. Princípio da proporcionalidade	207
iv. Princípio da imparcialidade	209
1. Conceito	209
2. As garantias preventivas de imparcialidade	211
v. Princípio da boa fé	213
1. Princípio da primazia da materialidade subiectiva	213
2. Princípio da tutela da confiança	216
vi. Princípio da igualdade	218
vii. Princípio da justiça	221
viii. Princípios de alance procedimental	223
1. Princípio da decisão	223
2. Princípio da gratuidade	228
Índice analítico	233

Parte I INTRODUÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AO DIREITO ADMINISTRATIVO

§ 1 – Importância prática e teórica do direito administrativo e do seu estudo

Embora o leigo nem sempre disso se aperceba, a importância do direito administrativo na sociedade contemporânea dificilmente pode ser exagerada. Por assim ser, não é excessivo dizer-se que o direito administrativo nos acompanha durante toda a vida e, em cada dia dela, de manhã até à noite. Com efeito, embora de forma quase insensível para os menos atentos, o direito administrativo regula directamente grande parte dos aspectos essenciais da vida em comunidade: o fornecimento da água, do gás e da electricidade que utilizamos de manhã antes de sair de casa, para a escola ou para o emprego; a actividade da empresa de transportes públicos que nos transporta até lá ou, se nos deslocarmos de automóvel ou a pé, a nossa circulação, por esses meios, na via pública; as comunicações por telefone, fax e *internet*, que nos põem em contacto com próximos e afastados, a qualquer instante; os horários dos estabelecimentos comerciais em que fazemos as nossas compras, bem como as condições do seu funcionamento; a prestação de serviços, por parte de entidades públicas e privadas, em âmbitos como a educação, o ensino, a saúde, a segurança pública; os impostos que pagamos como forma de financiar as entidades públicas na prossecução das suas finalidades. É também ao direito administrativo que pertence o tratamento jurídico de uma enorme variedade de matérias que, pela sua actualidade premente, enchem diariamente as primeiras páginas dos jornais: os licenciamentos polémicos de obras de construção; a poluição do ambiente; a exploração de hospitais públicos por entidades privadas; a construção e exploração de auto-estradas; o pagamento de indemnizações por prejuízos provocados a particulares por entidades públicas.

2 Se grande é a importância prática do direito administrativo, não menor é a sua relevância teórica. Embora o direito constitucional, do ponto de vista da hierarquia das fontes normativas que constituem o seu objecto de estudo, goze de uma indiscutível primazia, é no direito administrativo que se encontra a generalidade dos quadros conceptuais fundamentais de todo o direito público, incluindo o direito constitucional. Mais, na sociedade actual, a disciplina do direito administrativo abarca mesmo campos que, tradicionalmente, eram entendidos como reservados ao direito privado: por exemplo, os direitos reais – um dos milenares ramos do direito civil, que se ocupa essencialmente da propriedade e de outros direitos sobre coisas corpóreas – não podem hoje ser compreendidos sem as normas de direito do urbanismo, do ordenamento do território e do ambiente, que são precisamente ramos de direito administrativo especial (*infra*, 3-7).

3 Tendo em conta a enorme importância que o direito administrativo assume, quer teórica, quer prática, não estranhará que se acentue a essencialidade da disciplina que o estuda no âmbito de uma licenciatura em direito: é na disciplina de direito administrativo que o candidato a jurista formará o essencial dos seus quadros mentais jurídico-públicos, necessários, não apenas para a aquisição e compreensão dos conhecimentos básicos de todo o universo das áreas científicas do direito público, mas também para uma apreensão mais correcta e não desligada do seu tempo das restantes áreas jurídicas.

4 Até muito recentemente, o plano dos cursos de direito nas universidades portuguesas era produzido, essencialmente, de dois vectores fundamentais: um, com raízes numa tradição centenária – para não dizer milenar –, acentuada no liberalismo oitocentista e confirmada no século passado, que privilegiava o estudo das matérias de direito privado; outro, de índole formativa, acentuado no período revolucionário de 1974/1976 e, mais em geral, no intervencionismo do Estado social, que privilegiava o estudo das matérias *lato sensu* jurídico-económicas, quando não mesmo puramente económicas. No meio destes dois vectores, e em relativa cegueira para com a realidade socio-política subjacente ao fenómeno jurídico, ficava grandemente prejudicado o estudo das disciplinas de direito público – ressalvadas as de direito criminal e de direito processual –, estudo aquele, no essencial relegado para disciplinas anuais de direito constitucional e direito administrativo.

Nos últimos anos, em grande medida devido à pujança demonstrada pela doutrina jurídico-pública, a realidade conheceu alguma mudança

sensível: por exemplo, na Faculdade de Direito de Lisboa, a par de uma cadeira anual de direito administrativo, colocada no segundo ano, existem já cadeiras semestrais de contencioso administrativo, direito do urbanismo, direito do ambiente, direito da função pública e dos contratos administrativos. Esta evolução permite aligeirar a clássica disciplina de direito administrativo, tradicionalmente sobrecarregada com matérias como o direito autárquico, de polícia, da função pública e do domínio público e ainda o contencioso administrativo. O resultado é a sua redução – como o título deste livro indica – a uma verdadeira cadeia de *direito administrativo geral*, que está para os sub-ramos do direito administrativo como a teoria geral do direito civil para os direitos das obrigações, reais, da família e das sucessões.

O estudo do direito administrativo suscita, ao candidato a jurista, algumas dificuldades: trata-se de uma disciplina extensa, que exige estudo regular e incide sobre matérias de tal modo interligadas que o desconhecimento de uma única delas pode pôr em causa a apreensão de todas as restantes; para mais, está ainda por descobrir uma sequência ideal de exposição dos vários capítulos do direito administrativo, pelo que o estudante terá que se resignar a só compreender cabalmente algumas matérias introdutórias quando já estiver mais avançado nos seus conhecimentos. Por outro lado, o estudo do direito administrativo tem como vantagem e incentivo a circunstância de incidir sobre realidades conhecidas de quem quer que esteja minimamente ciente do mundo em que vive, ao contrário de outras disciplinas que, pelo menos ao primeiro contacto, se apresentam como mais herméticas; e o seu aprofundamento tem o alicante de permitir compreender melhor fenómenos do quotidiano sobre os quais apenas se tem, em geral, uma visão empírica.

Em suma, a complexidade da matéria mais não é do que um reflexo do intrincado das relações sociais num tempo em que elas exigem acrescido protagonismo do poder político, mesmo quando reduzido a tarefas meramente reguladoras de enquadramento infra-estrutural. Mas essa complexidade é mais do que compensada pela clareza que a indagação no domínio versado pode introduzir no entendimento do papel de todos e cada um na sociedade em que nos inserimos.

§ 2 — A administração pública

I. A função administrativa

1. O Estado e as suas funções

1 Como é sabido, o Estado-colectividade define-se como o povo fixado em determinado território, no qual institui, por autoridade própria, um poder político relativamente autónomo. Este poder político prossegue fins diversificados que, contemporaneamente, abrangem a segurança, individual e colectiva, interna e externa, a justiça, comutativa e distributiva, e o bem-estar económico, social e cultural. Ora, por um lado, a realização destes fins exige a existência de entes jurídicos incumbidos da sua prossecução (Estado-aparelho); por outro, implica o desenvolvimento de actividades ou funções (funções do Estado), que se localizam em planos diversos, de tal modo que, entre elas, é possível estabelecer relações de primazia e subordinação.

2 Assim, e antes do mais, o poder político estabelece, numa Constituição material, as normas (regras e princípios) essenciais que regem os elementos e as principais estruturas do Estado, bem como os seus fins, a organização e actuação das entidades públicas, as suas relações com os cidadãos e as destes entre si (função constituinte); em momentos posteriores, torna-se necessário — de forma subordinada à função constituinte e, nessa exacta medida, condicionada pelos limites por ele previstos — rever a Constituição, de modo a adaptá-la ao devir colectivo (função de revisão constitucional). A Constituição, incorporando as alterações introduzidas pela sua revisão, circunscreve o desempenho das restantes funções do Estado, que podem, por sua vez, desdobrar-se em dois patamares: o das funções primárias e o das funções secundárias do Estado, sendo estas condicionadas pelas primeiras.

3 As funções (primárias) são a função política e a função legislativa. Ambas estão situadas em plano de paridade constitucional (Afonso Queiró); ambas partilham da essência do político, que reside na realização das opções sobre a definição e prossecução dos interesses essenciais da colectividade; ambas assumem, por isso mesmo, um carácter tendencialmente inovatório. Por isso, em certo sentido, também a função legislativa pode-

ria, em última análise, reconduzir-se a um conceito amplo de função política — o que é mesmo defendido por alguns autores.

4 No entanto, ambas as funções devem ser distinguidas no plano analítico: a função política traduz-se na prática de actos que respeitam, de modo directo e imediato, ao poder político e às relações deste com outros poderes do Estado; assim, os actos políticos não visam projectar-se, de modo directo e imediato, para fora do universo público, muito menos sobre os cidadãos, disciplinando a vida social. Alguns deles são actos com relevância jurídica nacional e internacional, como é o caso dos actos concernentes ao relacionamento do Estado com demais sujeitos de direito (por exemplo, a celebração de tratados, o estabelecimento de relações diplomáticas ou a declaração de guerra); outros são actos meramente dotados de relevância nacional e repercutem-se no funcionamento do sistema de governo. Dentro destes últimos é ainda possível distinguir aqueles que se revestem de projecção indirecta ou mediata, por actos legislativos interpostos, na esfera dos cidadãos (por exemplo, os programas de Governo e os planos económico-sociais não contidos em leis), daqueles que se reportam apenas às relações entre órgãos do poder político do Estado (por exemplo, as moções de confiança e de censura e o acto de dissolução da Assembleia da República).

5 Já a função legislativa consiste essencialmente na actividade permanente e de carácter político de definição de princípios e elaboração de preceitos com eficácia externa, tipicamente com carácter regulador da vida colectiva e, portanto, com vocação primacial de incidência directa e imediata nos cidadãos; tais princípios e preceitos devem conter-se em actos que, no direito português, revestem determinadas formas taxativamente previstas na Constituição (art. 112.º, n.º 1 CRP). São precisamente estes dois aspectos — a vocação de incidência directa e imediata nas esferas jurídicas dos membros da colectividade e o carácter taxativo das formas de lei — que apartam, material e formalmente, a função legislativa da função política.

6 As funções secundárias do Estado-colectividade são a função jurisdiccional e a função administrativa. A chave do carácter secundário das funções jurisdiccional e administrativa reside na sua subordinação às funções primárias, que se traduz no seu afastamento das escolhas essenciais da colectividade política, na necessidade de que as suas decisões encontrem um

fundamento em tais escolhas e de que não as contrariem, e ainda na necessidade de que essas decisões se reconduzam de forma valorativamente coerente ao conjunto sistemático formado pelas decisões constitucionais, políticas e legislativas vigentes.

Quando se fala em funções secundárias não se quer, portanto, exprimir a ideia segundo a qual o seu exercício se limitaria à mera *execução* de decisões previamente adoptadas no exercício das funções primárias. Esta concepção, cara ao pensamento liberal (por exemplo, para Montesquieu, os tribunais eram apenas «a boca que pronuncia as palavras da lei»), deve hoje ter-se por completamente ultrapassada: a falência do modelo positivista da subsunção e a sua substituição por uma teoria da interpretação jurídica que aceita o relevo da realidade na determinação do sentido com que as normas valem para o caso concreto (*infra*, 3-87), bem como a crescente existência de espaços de livre decisão do juiz ou do administrador, intencionalmente abertos pelo normador legal ou constitucional (por exemplo, a discricionariedade: *infra*, 9-10 ss.), contribuíram para que as funções secundárias do Estado seja hoje reconhecida verdadeira criatividade, em detrimento do carácter meramente executivo que antes se lhes assacava. (*pensamento liberal*)

57 Ao contrário do que sucede com as demais funções do Estado, a CRP define, no seu art. 202.º, 2, a *função jurisdiccional*: esta consiste na administração da justiça, que por sua vez compreende a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, a dirimição de conflitos de interesses públicos e privados e a repressão da violação da legalidade democrática. A função jurisdiccional traduz-se, portanto, na implementação da Constituição, das leis e dos demais actos normativos vigentes na ordem jurídica, mediante a sua interpretação, desenvolvimento e concretização, o esclarecimento da sua aplicação no tempo e no espaço, a apreensão da conformidade constitucional e *lato sensu* legal dos actos das entidades públicas e dos cidadãos, designadamente – mas não apenas – através da dirimição de conflitos entre interesses privados, entre interesses públicos e entre interesses públicos e privados. Para a concepção teleológico-material de Afonso Queiró, aceite quase sem reservas pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, o que caracteriza fundamentalmente o acto da função jurisdiccional é a circunstância de que ele «não apenas pressupõe mas é necessariamente praticado para resolver uma

«questão de direito»», com a finalidade de obter a reintegração da «paz jurídica».

8 Quanto à função administrativa, existem basicamente duas ópticas através das quais se pode proceder à sua definição. Tradicionalmente, era adoptado um critério negativo: a função administrativa abrangia as actividades públicas que não se pudessem reconduzir às restantes funções do Estado. Mas a *função administrativa* pode ser definida de modo positivo: ela compreende a actividade pública contínua tendente à satisfação das necessidades colectivas em cada momento seleccionadas, mediante prévia opção constitucional e legislativa, como designios da colectividade política – ou seja, os interesses públicos contingentes. A actividade em que se consubstancia a função administrativa é multiforme, abrangendo designadamente a produção de bens e a prestação de serviços, bem como as actuações que visem a obtenção e gestão dos recursos materiais e humanos a alojar ao seu desenvolvimento; o seu âmbito concreto varia em função dos interesses públicos que em cada momento histórico sejam constitucionais e legislativamente considerados relevantes, o que por sua vez depende de diversos factores socioculturais e políticos: por exemplo, se, no Estado social actual, se entende caber na função administrativa a efectivação de prestações de tipo assistencial ou de solidariedade social aos cidadãos, já no Estado liberal, pelo contrário, se entendia que cabia essencialmente à função administrativa apenas a preservação da ordem e da segurança públicas.

2. Fronteiras entre a função administrativa e as demais funções do Estado

9 A função administrativa distingue-se da função constituinte e da função de revisão constitucional: ao projectarem-se no traçado dos fundamentos da ordenação da existência colectiva, cabe as estas últimas um papel definatório do recorte das restantes funções do Estado, incluindo a função administrativa; a relação entre as funções constituinte e de revisão e a função administrativa é, portanto, do tipo sujeito-objeto. Para mais, paradigmaticamente, as escolhas formuladas no exercício das duas primeiras funções não surgem, em regra, exteriorizadas com um grau de den-

10 sidade que torne possível a sua implementação directa e imediata; por este motivo, entre as funções constituinte e de revisão constitucional e a função administrativa está normalmente interposta a função legislativa, que assume o papel de concretizar as grandes opções constitucionais através da densificação dos interesses públicos a prosseguir pela função administrativa. Isto não significa, no entanto, que o exercício da função administrativa não deva atender às opções constitucionais: pelo contrário, no Estado social de direito, tal exercício está inequivocamente submetido a um imperativo de congruência normativa e valorativa com a Constituição.

10 A função administrativa também se acha separada da função política e da função legislativa pois, como já se viu, a primeira é uma função secundária, enquanto as últimas são funções primárias. Para além do mais, ao contrário da função administrativa, a função política não tem uma vocação de projecção, ainda que mediata, nos membros da colectividade; e, mesmo na parte em que assume uma tal vocação, ela visa a realização de escolhas que respeitam a interesses colectivos essenciais, que depois virão a enformar as leis e que a função administrativa deve respeitar.

11 Mais complexa é, por vezes, a distinção prática entre função legislativa e função administrativa: com efeito, ambas as funções do Estado podem ser exercidas mediante actos jurídicos — a lei (*infra*, 3-28) e o regulamento (*infra*, 3-29; tb. t. III) — a primeira tipicamente e o segundo necessariamente caracterizados, do ponto de vista estrutural, pela generalidade e pela abstracção; para complicar os dados do problema, discute-se actualmente se a lei, fora de matérias relativas a direitos, liberdades e garantias e com respeito pelo princípio da igualdade, pode assumir um conteúdo individual e concreto, circunstância em que se aproximará estruturalmente de um outro acto jurídico próprio do exercício da função administrativa — o acto administrativo (*infra*, t. III). Perante situações de fronteira, pode questionar-se a conformidade constitucional da prossecução de uma dada função do Estado mediante a adopção, por um determinado órgão, de um acto jurídico público com determinada forma.

Sem embargo do inelutável fenómeno da perda de materialidade (no sentido clássico de generalidade, abstracção e carácter inovatório) da lei no Estado contemporâneo, aquilo que distingue a função legislativa da função administrativa é o conteúdo político daquela: sempre que, impondo-se uma disciplina imediata da vida social, estiver em causa uma escolha

política, no sentido de envolver interesses colectivos essenciais — e independentemente de vir a consubstanciar-se numa decisão pública estruturalmente individual e concreta —, estar-se-á no domínio da função legislativa. É a ela que cabe definir quais são as necessidades colectivas, quais são, dentre elas, as que reclamam satisfação administrativa e quais os critérios essenciais dessa satisfação; ao invés, sempre que, tratando-se de reger a vida social, se tenha de implementar prévias escolhas políticas, procedendo à satisfação das necessidades colectivas previamente definidas, seleccionadas e ordenadas, tal é o campo da função administrativa. Quer isto significar, em resumo, que não são do foro da função administrativa a definição de necessidades colectivas, a selecção daquelas que a administração pública deve satisfazer, nem sequer a ordenação de prioridades ou o traçado dos grandes princípios materiais, orgânicos e formais a que tal satisfação deve obedecer.

12 A função administrativa é, tal como a função jurisdicional, uma função subordinada do Estado. O essencial da distinção entre ambas reside no plano dos objectivos prosseguidos por cada uma das funções: ambas aplicam a Constituição e as leis; mas, ao passo que para a função administrativa a aplicação da Constituição e das leis é um meio ou, pelo menos, coexiste com a satisfação das mais diversas necessidades colectivas, para a função jurisdicional tal aplicação é, ao mesmo tempo, um meio e um fim. A essência do jurisdicional consiste na realização da paz jurídica; já na função administrativa, a afirmação da prevalência do interesse público concreto, impondo amiúde o sacrifício de outros interesses, é feita *arru-* *vés* da aplicação da Constituição e das leis, mas visa garantir aquele primeiro interesse, consistente na satisfação de uma necessidade colectiva individualizada e que não se confunde com a realização do direito, antes a pressupondo. Acessoriamente, o exercício da função administrativa e o exercício da função jurisdicional distinguem-se pelo facto de este último só de forma muito marginal compreender a prática de actos materiais, que todavia estão presentes com apreciável relevo no primeiro.

As diferenças materiais entre as funções administrativa e jurisdicional têm consequências ao nível orgânico: como consequência da natureza e do fim da função jurisdicional, o seu exercício é constitucionalmente cometido aos tribunais, que são órgãos independentes (art. 203.º CRP), imparciais e tendencialmente passivos, tendo por titulares pessoas singu-

lares dotadas de um estatuto de inamovibilidade e de irresponsabilidade, concebido para garantir as suas independência e imparcialidade; ao invés, a função administrativa é tipicamente exercida por órgãos não apenas estaduais (e nem sequer apenas públicos) normalmente caracterizados pela interdependência, pela iniciativa e pela parcialidade, cujos titulares são amovíveis e responsáveis pela realização, nos termos normativamente definidos, dos interesses públicos cuja prossecução lhes está confiada (sobre estas características, mais desenvolvidamente, *infra*, 2-29 ss.).

II. Os vários sentidos de administração

- 13 Associada à ideia de função administrativa está a noção de administração pública. No entanto, a expressão não é unívoca, cabendo distinguir entre um sentido material, um sentido orgânico e um sentido formal.

I. A administração pública em sentido material

a) Tarefas da administração pública

- 14 A administração pública em sentido material corresponde à actividade concreta em que se traduz o exercício da função administrativa do Estado – ou seja, a actividade administrativa. Como já se viu, a função administrativa compreende a satisfação das necessidades colectivas através da produção de bens e da prestação de serviços (em sentido amplo) e nas actividades acessórias para tal indispensáveis (*supra*, 2-8). Tal traduz-se em diversas tarefas administrativas, que se podem aglutinar em cinco grandes grupos.

- 15 Primeiro, a manutenção da ordem e segurança públicas através da prevenção e repressão de actividades danosas ou perigosas para a colectividade estadual. Esta tarefa está geralmente associada à actividade militar e policial mas transcende-a em muito, abrangendo, por exemplo, a fiscalização das condições de segurança nos aeroportos e o combate a ameaças à saúde pública; abrange ainda o exercício de importantes faculdades sancionatórias de cariz para-jurisdicional (*infra*, 3-49 ss.). É esta a tarefa administrativa típica da administração liberal oitocentista, mercê do

entendimento minimalista então vigente acerca da extensão admissível da interferência pública na sociedade (*infra*, 4-6); mas ela veio a alargar-se apreciavelmente no Estado social, conhecendo uma expansão dramática na viragem para o século XXI, com a problemática das medidas anti-terroristas ou de prevenção contra epidemias de propagação universal.

- 16 Segundo, a efectivação de prestações aos particulares, quer através da atribuição directa e individual de benefícios (subsídios, bolsas, participações), quer através do funcionamento de serviços públicos (escolas, hospitais, transportes). Trata-se da tarefa administrativa típica do Estado social providencial, mercê do radical alargamento dos fins do Estado então verificado (*infra*, 4-13). Nas últimas três décadas, esta tarefa tem conhecido diversas graduações de intensidade, ocasionalmente mais reduzida em homenagem a orientações político-legislativas neo-liberais, menos intervencionistas ou estritamente de contenção financeira, forçada por patamares fiscais relativamente rígidos.

- 17 Terceiro, a directão da vida social, nas suas diversas dimensões, de acordo com os critérios estabelecidos pela Constituição e pela lei. Esta tarefa abrange, por exemplo o estabelecimento de parâmetros de ordenamento do território e de protecção do ambiente, a implementação de programas de incentivo à criação cultural, as actuações em que se traduz a regulação económica. Esta tarefa tem sido associada por alguns autores à administração pública do Estado social pós-providencial (*infra*, 4-19); embora intensificada neste momento histórico, ela não constitui, em bom rigor, uma verdadeira novidade.

- 18 Quarto, a obtenção de recursos materiais indispensáveis ao desenvolvimento das actividades administrativas principais (administração fiscal), designadamente através da cobrança de impostos, taxas e contribuições especiais.

- 19 Quinto, a gestão de meios materiais e humanos, designadamente através da administração do património público (parte dele obtido através da administração tributária) e das actividades destinadas a assegurar o funcionamento regular do aparelho administrativo.

- 20 A primeira e a quarta tarefas administrativas traduzem-se geralmente em actuações conotadas com a administração agressiva, enquanto a segunda e a terceira se efectivam, respectivamente, mediante actuações da administração prestacional e infra-estrutural (*infra*, 2-25).

b) Âmbito material da administração pública

21 O âmbito material da administração pública – ou seja, o espectro das realidades sobre as quais incide – não é imutável, antes variando em função dos interesses públicos que, em cada momento, se entende, constitucional e legislativamente, deverem ser administrativamente prosseguidos (*supra*, 2-8). Actualmente, uma vez que vigora em Portugal um modelo de Estado social que assume como fim a conformação da vida colectiva de acordo com um determinado modelo social, a actividade administrativa espraia-se por todos os sectores daquela, designadamente a segurança e o bem-estar económico, social e cultural. Assim, a administração pública abrange, *inter alia*, a polícia e as forças armadas, a tributação, o ordenamento do território, o urbanismo, o ambiente, a educação, a saúde, a economia, o trabalho, a cultura e o património cultural, etc.

c) Características típicas da administração pública em sentido material

22 As características típicas da administração pública em sentido material derivam da própria essência da função administrativa, das suas tarefas e do seu âmbito.

Assim, a administração pública em sentido material está permanentemente vinculada à *prosecução do interesse público* (art. 266.º, 1 CRP). Não é concebível a *prosecução*, por parte da administração pública, de interesses privados, ainda que colaterais. A actividade administrativa pode certamente redundar em escolhas coincidentes com os interesses particulares dos seus destinatários, mas tais interesses particulares não podem constituir a finalidade visada pela administração com a realização de tal escolha. Esta afirmação é válida mesmo para a actividade administrativa exercida por pessoas colectivas públicas compostas por entes privados (por exemplo, determinadas associações públicas: *infra*, t. II) e para a actividade administrativa exercida por pessoas colectivas verdadeiramente privadas (por exemplo, os concessionários de serviços públicos: *infra*, t. II). Uma actuação administrativa que prossiga interesses privados é ilegal (*infra*, 10-4).

Por outro lado, os interesses públicos a prosseguir pela administração pública não são quaisquer uns, mas apenas *os interesses públicos concretos especificamente definidos pela Constituição e pela lei*. A actividade administrativa não pode visar a *prosecução* de outros interesses, ainda que públicos, diferentes daqueles definidos por cada uma das normas que conferem

a competência para agir, nem lhe cabe qualquer papel de eleição normativa autónoma dos interesses públicos que lhe competirá prosseguir. A administração pública tem, portanto, uma *natureza heterónoma*, decorrente do carácter subordinado da função administrativa.

A administração pública em sentido material é ainda uma actividade de *conformação social*. Isto significa que – ao invés do que se passava no período liberal, em que pontificava o ideal de uma administração minimalista e o menos possível intrusiva na esfera jurídica dos cidadãos (*infra*, 4-6) – a actividade administrativa incide hoje potencialmente sobre a totalidade da vida colectiva, com o objectivo de enquadrar e transformar a textura social de acordo com os fundamentos definidos pela Constituição e pela lei. Significa também que a actividade administrativa, ao contrário do que se passa com a actividade jurisdicional, é essencialmente *virada para o futuro*; a dimensão prospectiva da actividade administrativa revela-se sobretudo na administração infra-estrutural (*infra*, 2-25).

Por fim, a actividade administrativa é por natureza *continua e ininterrupta*. Tal deve-se à própria essência dos interesses públicos que lhe cabe prosseguir, que, não sendo perpétuos ou sequer imutáveis, se projectam todavia no tempo e reclamam satisfação permanente. Esta é uma característica que individualiza a actividade administrativa em relação às demais actividades públicas: enquanto a legislação e a jurisdição permitem, ao menos em tese, paragens temporárias no seu exercício, a administração não tolera qualquer intermitência, sob pena de irremediável frustração dos interesses públicos que lhe cumpre prosseguir. Desta característica da administração pública retira-se habitualmente um *princípio da continuidade dos serviços públicos*, do qual decorrem implicações juspositivas relevantes, designadamente ao nível da suplência (*infra*, t. II), da substituição (*infra*, t. II), da gestão de órgãos colegiais dissolvidos (*infra*, t. II) e do sequestro dos contratos administrativos (*infra*, t. III).

d) Diferentes incidências da administração pública na esfera social

25 A actividade administrativa não provoca sempre o mesmo tipo de incidência na esfera social. Segundo este prisma, pode distinguir-se entre administração agressiva (*Eingriffswaltung*), administração prestacional (*Leistungswaltung*) e administração infra-estrutural (*Infrastrukturverwaltung*).

A administração agressiva traduz-se em actuações intromissivas na esfera jurídica dos particulares e restritivas dos seus direitos e interesses; a administração prestacional traduz-se na atribuição de vantagens aos particulares; a administração infra-estrutural traduz-se na programação da prossecução futura do interesse público. Enquanto as administrações agressiva e prestadora envolvem o estabelecimento de relações pontuais e bilaterais com particulares individualmente determinados, a administração infra-estrutural caracteriza-se por envolver o estabelecimento de relações jurídicas duradouras entre a administração pública e os particulares, que são muitas vezes em pluralidade indeterminável.

Exemplos de manifestações da administração agressiva: uma expropriação, a liquidação de um imposto, a demolição de uma casa que ameaça ruína. Exemplos de manifestações da administração prestacional: uma licença de construção, a atribuição e o pagamento do subsídio de desemprego. Exemplos de manifestações da administração infra-estrutural: um plano urbanístico, um plano de um parque natural, um plano de ordenamento da orla costeira.

26 A distinção entre administração agressiva, prestadora e infra-estrutural não deve, contudo, ser levada demasiadamente longe: ela serve para identificar diferentes tipos de incidência da actuação administrativa na esfera dos particulares e assim melhor caracterizar e explicar a administração pública em sentido material; não serve para proceder a qualquer classificação das formas de actividade administrativa e muito menos tem, por si só, qualquer consequência no plano do respectivo regime jurídico.

Existem diversos motivos para que assim seja.

Primeiro, uma mesma medida administrativa pode assumir simultaneamente dimensões prestadora, agressiva e infra-estrutural, seja em relação ao mesmo particular (um alvará de licença de construção é um acto de prestação porque permite o exercício de uma actividade pretendida pelo particular, de agressão na medida em que a sua entrega pressupõe o pagamento de uma taxa pelo interessado e infra-estrutural enquanto contenha um programa de obrigações que o seu titular se vincula a cumprir de modo a assegurar a tradução prática das opções fundamentais do planeamento urbanístico), seja em relação a diferentes particulares («A escolaridade obrigatória é uma agressão do poder paternal, (também) uma prestação em relação aos alunos e, simultaneamente, parte da protecção da educação; a detenção de um infractor em flagrante delito é uma agressão contra o agente, uma prestação em favor da vítima e, simultaneamente, parte da preservação da "segurança" [...] o plano de instalação de uma central de tratamento de lixo serve a protecção do ambiente, é uma prestação em relação aos empresários e uma agressão em relação aos moradores»: Faber, *Verwaltungsrecht*, 169).

Segundo, mesmo quando não seja a mesma medida administrativa a envolver simultaneamente estas três dimensões da actividade administrativa, administração agressiva, prestadora e

«A estrutura condicionam-se e pressupõem-se mutuamente: a obtenção de recursos através da cobrança de impostos (administração agressiva) é indispensável para a posterior atribuição de vantagens directas aos particulares (administração prestacional) e para a implementação das decisões de planificação (administração infra-estrutural); as decisões de planificação (administração infra-estrutural) podem constituir simultaneamente condição da permissão de exercício de direitos (administração prestacional) e fontes dos seus limites (administração agressiva).

Terceiro, existem medidas administrativas de incidência ambígua: por exemplo, uma decisão que atribui a um particular uma vantagem menor ou diferente daquela que foi solicitada é uma agressão, mas muito dificilmente pode ser considerada puramente prestacional.

A distinção em causa tem assim carácter meramente heurístico e não hermenéutico (assim, Rachof, «Aussprache über: Verwaltung und Verwaltungsgeschichte», VVDStRL 195(6), 174, afirmava tratar-se apenas de «etiquetas para diversas esferas da actividade de administração», motivo pelo qual é de rejeitar qualquer modelo expositivo das matérias de direito administrativo que nela seja estruturalmente assente (como é o caso do manual de direito administrativo de Helko Faber).

A distinção entre agressão, prestação e infra-estruturação assume, no entanto, relevância no que toca à compreensão do instituto da reserva de lei, cujas exigências, mercê do seu fundamento garantístico, variam consoante o tipo de incidência predominante – mas não uma rígida classificação conceptual! – da actuação administrativa legalmente habilitada na esfera dos cidadãos (*infra*, 8-39).

2. A administração pública em sentido orgânico

A administração pública em sentido orgânico é o conjunto de pessoas colectivas que exercem a função principal a função administrativa. Neste sentido, é possível identificar as notas distintivas da administração pública no confronto com os segmentos do aparelho público encarregues de prosseguir as restantes funções do Estado, bem como proceder à sua caracterização.

a) *Características típicas da administração pública em sentido orgânico*
As características típicas da administração pública em sentido orgânico podem reconduzir-se ao plano orgânico-institucional e ao plano orgânico-pessoal.

Do ponto de vista orgânico-institucional, a administração pública caracteriza-se pela sua heterogeneidade, pluralidade e atipicidade, interdependência, iniciativa e parcialidade.

30 Enquanto as funções constituinte e de revisão constitucional, política, legislativa e jurisdicional são prosseguidas apenas por entes públicos, a administração pública em sentido orgânico – embora nuclearmente consagrada por pessoas colectivas públicas – abrange também, actualmente, pessoas colectivas de direito privado, mercê de um fenómeno de crescente privatização do exercício da função administrativa. Daqui decorre a *heterogeneidade* orgânico-institucional da administração pública.

31 Para mais, se as restantes funções do Estado são exercidas por órgãos pertencentes a pessoas colectivas – tipicamente o Estado, mas também as regiões autónomas –, a Administração pública em sentido orgânico abrange, para além do Estado-administração, pessoas colectivas exclusivamente incumbidas do exercício, a título principal, da função administrativa. Assim, todas as outras funções do Estado encontram-se cometidas a um número *exíguo e constitucionalmente tipificado* de órgãos do poder político: as funções *política e legislativa* são desempenhadas pelo Chefe do Estado, pelo parlamento, pelo Governo e pelos correspondentes órgãos regionais e a função *jurisdicional* é exercida em princípio apenas pelos tribunais. Mas a complexificação e a especialização da função administrativa conduziram à criação ou ao aproveitamento de uma pluralidade, potencialmente ilimitada e subtraída a qualquer delimitação constitucional apriorística, de entidades que asseguram o respectivo exercício.

32 A administração pública é *interdependente*, o que significa que os entes administrativos não actuam em abstracção uns dos outros e que existem faculdades de intervenção de uns sobre os outros, traduzidas em relações de supra e infra-ordenação na prossecução do interesse público. Entre os órgãos de uma mesma pessoa colectiva, a interdependência traduz-se tipicamente na hierarquia administrativa, que confere aos superiores o poder de dirigir a actividade dos subalternos e comete a estes o dever de obedecer aos primeiros (*infra*, t. II). Nas relações entre pessoas colectivas diferentes, a interdependência administrativa traduz-se em modalidades menos intensas de intervenção, designadamente através da fixação dos fins a prosseguir (superintendência: *infra*, t. II) e do mero controlo da actividade desenvolvida (tutela: *infra*, t. II). A existência de entes administrativos não interdependentes – isto é, independentes – é rigorosamente excepção e só deve ser admitida quando tal seja estritamente necessário

para a prossecução de interesses públicos específicos e devidamente justificados (*infra*, t. II).

A administração pública é também *activa*, ou seja, em regra, os seus órgãos encontram-se juridicamente adstritos a prosseguir o interesse público por sua própria iniciativa, sem necessidade de aguardar por solicitações externas (existem, contudo, situações em que a actuação administrativa depende de iniciativa particular: *infra*, t. III).

A administração pública é ainda, em certo sentido, *parcial*. Isto não significa que, ao actuar, a administração deva tomar arbitrariamente partido por um dos interesses em confronto no caso concreto – pelo contrário, no que respeita à sua posição perante os particulares, ela está adstrita ao princípio da imparcialidade (*infra*, 10-20 ss.). A parcialidade da administração pública decorre da necessidade de prossecução dos interesses públicos colocados a seu cargo, que a transforma por definição em *parte interessada* em todas as situações em que deva intervir (designadamente por confronto com os tribunais que, nos litígios que são chamados a resolver, ocupam uma posição *supra partes*).

Do ponto de vista orgânico-pessoal, a administração pública caracteriza-se pela amovibilidade e pela responsabilidade dos seus titulares. A inamovibilidade e a irresponsabilidade (por exemplo, dos juizes: art. 216.º, 1, 2 CRP) só fazem sentido enquanto garantias de independência; ora, como vimos, esta não é característica típica dos entes administrativos.

A amovibilidade significa que os titulares dos órgãos e agentes administrativos não gozam de qualquer garantia de permanência indefinida nos cargos que ocupam; pelo contrário, eles são, em regra, livremente amovíveis em função do interesse público, embora sempre nos termos da lei.

Como regra, os titulares de órgãos e agentes administrativos respondem disciplinar, civil e criminalmente, nos termos da lei, pelo modo como desempenham as suas funções; para além disso, enquanto órgão superior da administração pública (art. 182.º CRP), o Governo responde ainda politicamente, embora em diferentes moldes, perante o Presidente da República e a Assembleia da República (arts. 190.º-191.º CRP).

b) Administração pública através de privados

Nos tempos mais recentes, a administração pública em sentido orgânico tem vindo a sofrer um processo de descaracterização. Com efeito,

tradicionalmente, a administração pública era constituída apenas por pessoas colectivas públicas integralmente submetidas a um regime de direito administrativo. Actualmente, o exercício da função administrativa encontra-se também distribuído por pessoas colectivas que, embora de criação e/ou controlo públicos, se revestem de forma jurídica privada (paradigmáticamente, sociedades anónimas) e mesmo por pessoas colectivas puramente privadas (em especial associações e fundações), em ambos os casos fundamentalmente disciplinadas pelo direito privado (em especial pelos direitos civil, comercial e do trabalho) e sujeitas a um regime de controlo público substancialmente diferente do aplicável às entidades públicas.

Sem prejuízo de se poder identificar um núcleo essencial do conceito de administração pública em sentido orgânico, que integre apenas pessoas colectivas públicas, o fenómeno da administração pública (em sentido material) através de privados não pode deixar de traduzir-se num correspondente alargamento da administração pública em sentido orgânico. A questão não é irrelevante, designadamente para efeitos de aplicação dos princípios fundamentais de direito administrativo e do regime dos direitos, liberdades e garantias: as pessoas colectivas sob forma jurídica privada que exercem a função administrativa fazem parte da administração e, portanto, estão sujeitas a um mínimo de vinculações normativas de direito público, do qual fazem parte aqueles princípios (*infra*, 3-70) e a vinculação aos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, 1 CRP) em termos substancialmente diferentes daqueles aplicáveis aos simples particulares.

3. A administração pública em sentido formal

39 O terceiro e último sentido de administração pública é de índole formal, existindo duas perspectivas diferentes e antagónicas conducentes à sua definição.

Na doutrina portuguesa, o sentido formal de administração pública exprime usualmente os modos de actuação da administração pública em sentido orgânico, quando exerce a administração pública em sentido material e usa poderes de autoridade que lhe dão supremacia sobre os cidadãos – ou seja, quando usa formas típicas que individualizam a sua actuação em relação à da generalidade dos operadores jurídicos, mediante preter-

gativas em geral vedadas àqueles nas relações jurídicas que estabelecem entre si. Embora a administração pública se caracterize, em qualquer ordem jurídica, por formas específicas de actuação, este sentido formal da administração pública assume especial relevância em determinados regimes administrativos, como o português, nos quais o modelo de relacionamento entre a administração pública e os particulares não se pauta tipicamente pela paridade (*infra*, 5-14).

Na doutrina alemã, o sentido formal de administração pública traduz 40 as actuações da administração pública em sentido orgânico, independentemente de dizerem ou não respeito ao exercício da administração pública em sentido material (poderá, portanto, ocorrer uma administração pública em sentido formal e não em sentido material, assim como o inverso, por exemplo quando esteja em causa a prática de actos materialmente administrativos por parte de órgãos inseridos em outros poderes do Estado: *infra*, t. III).

Bibliografia sobre o § 2: Sobre a administração pública em geral, D. Freitas do Amaral, «Administração públicas», DJAP 1.º sup. (1998), 13; F. Alves Correia, «Administração pública», in *Alguns conceitos de direito administrativo*, Coimbra, 1998, 11; J. P. Fernandes, «Serviço público», DJAP VII (1996), 390; E. Becker, «Die Vollziehende Gewalt nach der demokratischen Verfassung des Grundgesetzes», SHS 50 (1972), 497; M. Bullinger, «Verwaltung im Rhythmus von Wirtschaft und Gesellschaft», JZ (1991), 53; W. Damkowski, «Die Entstehung des Verwaltungsbegriffs. Eine Wortstudie», Colónia, 1969; H. Dreier, «Zur "Eigenschaftlichkeit" der Verwaltung», DV (1992), 137; H. Faber, «Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft», in *Festschrift Helmut Ridder*, Luchterhand, 1998, 291; J. von Oertzen (org.), *Rechtsstaatliche Verwaltung im Aufbau*, Baden-Baden, 1, 1992, II, 1993; H. Peters, *Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt*, Krefeld, 1965; N. Wimmer, «Der juristische und der verwaltungswissenschaftliche Verwaltungsbegriff», *Die Verwaltung* (1975), 141-158. Sobre a administração pública em sentido material, J. J. Gomes Canotilho, «O direito constitucional passa, o direito administrativo passa também», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, 705; M. J. Estorninho, *A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*, Lisboa, 1996, 97-108; J. Loureiro, «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção e tecnociência – algumas questões juspublicísticas», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, 797; J. L. Saldanha Sanchez, «A regulação: história breve de um conceito», ROA (2000), 5; V. Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, 99-135; R. Ehrhardt Soares, *Interesse público, legitimidade e mérito*, Coimbra, 1955, 43-98; *idem, *Direito público e sociedade técnica*, Coimbra, 1969, *passim*, esp. 39-143; idem, «Actividade administrativa», DJAP I (1990), 111; O. Bachof, «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», VVDStRL 30 (1972), 193-244; P. Badura, «Auftrag und Grenzen der Verwaltung im

§ 3 – O direito administrativo

I. Conceito, âmbito, características e função

1. Conceito de direito administrativo

O direito administrativo é um ramo de direito, correspondendo, portanto, a um complexo de princípios e regras com um objecto específico; esse objecto é a função administrativa. Portanto, o direito administrativo pode ser definido como o *direito comum da função administrativa*.

Enquanto direito da *função administrativa*, o direito administrativo não regula apenas a actuação da administração pública em sentido orgânico. Regula, para além disso, a actuação de todos os sujeitos jurídicos, ainda que não integrantes daquela, que exercem a função administrativa (*infra*, t. II), e ainda a actuação de todo e qualquer sujeito jurídico, quando e na medida em que se interseccione com o exercício da função administrativa (por ex., a actuação de um particular adstrito ao cumprimento de deveres cuja imposição caiba assegurar no exercício de tal função).

Por outro lado, enquanto direito *comum* da função administrativa, o direito administrativo é aquele que se aplica na ausência de uma permissão de aplicação de qualquer outro complexo normativo. Isto significa que não se trata do direito *exclusivo* da função administrativa: esta pode ainda ser regulada por normas de outros ramos de direito, designadamente de direito privado (*infra*, 4-69 ss.).

Alguns autores, como em Portugal Sêrvulo Correia, definem antes o direito administrativo como o direito estatutário comum da administração pública em sentido orgânico (concepção estatutária do direito administrativo). Não se questiona que o estatuto comum da administração pública esteja contido em normas de direito administrativo, mas tal só ocorre porquanto a administração pública exerce a função administrativa. É por isso que o mesmo ramo de direito contém o estatuto comum de todas as entidades, ainda que não administrativas, que exercem a função administrativa. Por outro lado, o direito administrativo, designadamente quando tenha por objecto a actuação de particulares não incumbidos do exercício da função administrativa, mas que com ela se interseccione, assume um âmbito regulatório que ultrapassa em muito o da mera definição do estatuto da administração pública.

sozialen Rechtsstaat», DÖV (1968), 446; W. Brohm, «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», VVDStRL 30 (1972), 1; idem, «Zur Einteilung: Strukturprobleme der planenden Verwaltung», JuS (1977), 500; E. Forsthof, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Eszugarda/Berlin, 1938; idem, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Eszugarda, 1959; D. Grimm/E. Hagenah, *Staatsaufgaben*, Baden-Baden, 1994; G. Hermes, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, Tübingen, 1998; M. Hofmann/K. Zapotoczky/H. Strunz (org.), *Gestaltung öffentlicher Verwaltungen*, Heidelberg, 1993; J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin, 1983; idem, «Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat», in J. Isensee/P. Kirchhof (org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, III, Heidelberg, 1996, 3; S. Rolles/W. Volkert, *Aufgaben und Organisation der öffentlichen Verwaltung*, Eszugarda, 1992; K. Sobczak/U. Karpen (org.), *Probleme der Leistungsverwaltung, besonders im Bereich von Wissenschaft und Technologie*, Hamburg, 1994; R. Wahl (org.), *Praxis und Vorgänge*, Bonn, 1995; H. F. Zacher, «Das soziale Staatsziel», in J. Isensee/P. Kirchhof (org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, I, Heidelberg, 1995, 1045. Sobre a função administrativa no quadro das funções do Estado, J. J. Gomes Canotilho/V. Moreira, *CRP anotada*, Coimbra, 1992, sub art. 205.º, 792; A. Salgado de Matos, *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*, Coimbra, 2004, 36-43; J. Castro Mendes, «Art. 206.º (Função jurisdicional)», in J. Miranda (org.), *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977, 395; J. Miranda, «Funções do Estado», DJAP IV (2001), 416; idem, *Manual de direito constitucional*, V, Coimbra, 1997, 7-42; idem, «Tribunais, juizes e Constituição», ROA (1999), 5; A. Valsadas Preto, «Jurisdição», DJAP V (1993), 319; A. Rodrigues Queirós, «Actos de governo e contencioso de anulação», BFDUC 45 (1969), 1; *idem, «A função administrativa», RDES, 24 (1977), 1; A. Rocha Saraiva, *Constituição jurídica do Estado*, Coimbra, 1912; M. Rebelo de Sousa, *Direito constitucional I – Introdução à teoria da Constituição*, Braga, 1979, 235-259; idem, *Orgânica judicial, responsabilidade dos juizes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1992, esp. 8-10; M. Rebelo de Sousa/S. Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, Lisboa, 2000, 28-31, 39-54, 137-148; L. Parejo Alfonso, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1993. Sobre a administração pública em sentido orgânico, M. G. Ferreira Pinto Dias Garcia, «Organização administrativa», DJAP VI (1994), 235; A. Rodrigues Queirós, «Administração pública», DJAP II (1990), 243; idem, «Autoridades administrativas», DJAP II (1990), 627. Sobre a administração através de privados: M. J. Estomiuho, *A fuga para o direito privado*, Lisboa, 1996; P. Otero, *Liberdade e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Lisboa, 1998; C. Branco de Moraes, «A relevância do direito público no regime jurídico das fundações privadas», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, s.d., 553 (esp. 577-594).

2. Âmbito do direito administrativo

a) Âmbito normativo-material

3 Enquanto direito comum da função administrativa, o direito administrativo abrange normas incidentes sobre três realidades diferentes.

Primeira, a organização administrativa, ou seja, o modo de estruturação institucional das pessoas colectivas, órgãos e serviços da administração pública em sentido orgânico. Exemplos de normas organizativas: os princípios constitucionais da descentralização e da desconcentração (art. 267.º, 2 CRP), as regras que instituem pessoas colectivas integradas na administração pública e definem as suas atribuições, bem como aquelas que estabelecem a composição e competência dos órgãos administrativos (por exemplo, as normas dos arts. 39.º, 183.º, 199.º, 235.º, 236.º, 239.º, 241.º, 244.º-247.º, 250.º-253.º, 257.º-261.º CRP).

4 Segunda, o funcionamento da administração, isto é, os processos de formação das decisões administrativas. Exemplos de normas funcionais: aquelas que regulam o funcionamento interno dos órgãos colectivos (arts. 14.º-28.º CPA) e aquelas que disciplinam os vários actos e formalidades que compõem os procedimentos administrativos (em geral, arts. 54.º-113.º, 158.º-177.º CPA).

5 Tercera, o relacionamento da Administração com os particulares e os moldes em que ele se processa, designadamente através do exercício, pela Administração, de poderes de autoridade ou da sua submissão a especificas vinculações impostas pelo interesse público e ao respeito das posições jurídicas subjectivas dos particulares. Exemplos de normas relacionais: todas aquelas que especificamente regulam aspectos relativos à actividade administrativa externa, através de regulamentos (arts. 114.º-119.º CPA), actos administrativos (arts. 120.º-157.º CPA), contratos administrativos (arts. 178.º-189.º CPA) e actos materiais (arts. 151.º CPA).

b) Direito administrativo geral e direitos administrativos especiais

6 O direito administrativo é susceptível de divisão entre um tronco comum – o direito administrativo geral – e disciplinas especializadas – os direitos administrativos especiais.

O direito administrativo geral compreende os princípios fundamentais da organização e da actividade administrativa, bem como a disciplina

comum das matérias da organização, do procedimento, da actividade e da responsabilidade civil administrativas. As normas de direito administrativo que não sejam, ou na medida em que não sejam, objecto de regulação especial.

Os direitos administrativos especiais cobrem sectores específicos da actividade administrativa. Exemplos de direitos administrativos especiais são o direito autárquico, o direito militar, o direito de polícia, o direito económico, o direito da função pública, o direito da contratação pública, o direito agrícola, o direito financeiro, o direito fiscal, o direito da energia, o direito das telecomunicações, o direito da educação, o direito da saúde, o direito da segurança social, o direito do urbanismo e o direito do ambiente. Os direitos administrativos especiais contêm regimes divergentes, e em alguns casos mesmo antagonísticos, em relação àqueles que resultariam do direito administrativo geral, em razão da especificidade dos seus objectos. Por exemplo, o regime da hierarquia militar e policial é parcialmente diferente do seu regime geral; as normas que disciplinam o funcionamento dos órgãos autárquicos não coincidem com as que disciplinam o funcionamento da generalidade dos órgãos colectivos; o procedimento para emissão de uma licença de construção tem muitas diferenças em relação ao procedimento administrativo geral; os contratos de empreitadas de obras públicas regem-se por normas parcialmente diferentes do regime geral da contratação pública.

Os critérios de autonomização dogmática dos direitos administrativos especiais não são uniformes. Em alguns casos (direitos autárquico, militar, de polícia e da função pública) o critério de autonomização é eminentemente institucional, decorrendo das especificidades da regulação de determinados sectores da organização administrativa ou do estatuto dos seus agentes; noutros (como sucede nos restantes exemplos enunciados), o critério de autonomização é de índole material, decorrendo das características próprias do modo de exercício da função administrativa em determinados sectores da vida social. No entanto, esta separação não é estanque, cumulado-se frequentemente especificidades institucionais e materiais no mesmo ramo de direito administrativo especial.

Nos últimos anos afirmaram-se como objecto de disciplinas científicas autónomas conjuntos normativos resultantes da imbricação entre alguns

direitos administrativos especiais e outras normas jurídico-públicas não administrativas e até jurídico-privadas, respeitantes às matérias por aquelas reguladas; sucedeu assim, por exemplo, com o direito económico, o direito do urbanismo ou o direito do ambiente. É uma evolução inevitável em face da complexidade crescente da vida social e da assunção de novas tarefas por parte do Estado, que põe em evidência o carácter artificial de uma separação rígida entre ramos de direito e mesmo entre direito público e direito privado e que, como tal, coloca aos juristas, eles próprios cada vez mais especializados, desafios de elevada complexidade.

Muitos outros sectores da vida social são parcialmente regulados por disposições de direito administrativo (por exemplo, o direito bancário, da bolsa, dos seguros, dos transportes e do consumo), mas de carácter excessivamente fragmentário para que se possa, pelo menos para já, falar em ramos de direito administrativo especial autónomos (sobre isto, *infra*, 4-68).

3. Características do direito administrativo

10 a) O direito administrativo é direito público. A qualificação de um determinado ramo de direito como público ou privado é de ordem eminentemente histórico-cultural, pelo que sempre resistirá a uma completa redução lógico-racional. Contudo, atendendo ao critério do interesse prosseguido, aquele que mais satisfatoriamente explica a separação entre direito público e privado, a natureza pública do direito administrativo aparece como evidente, uma vez que ele incide sobre um objecto — a função administrativa — dominado pela ideia de prossecução do interesse público (*supra*, 2-8). Nem o critério da natureza dos sujeitos, nem o critério da sua posição, permitiriam explicar cabalmente a natureza pública do direito administrativo: o primeiro, porque estão também em causa sujeitos de direito privado, quer aqueles que exercem a função administrativa, quer aqueles que, não o fazendo, com ela se interseccionam na sua actuação (*supra*, 3-1); o segundo, porque as normas de direito administrativo que tenham cariz organizativo e funcional não envolvem o exercício de poderes de autoridade sobre particulares e ainda porque nem sempre as entidades administrativas se relacionam com terceiros, ao abrigo do direito administrativo, em posição de *ius imperii* (por exemplo, quando se trate

de relações externas entre diferentes entidades administrativas equi-ordenadas).

b) O direito administrativo é conjunturalmente mutável. Como todo o direito público, também o direito administrativo está em mais acentuada dependência em relação às grandes concepções e também às estruturas políticas, económicas, sociais e culturais do seu tempo, do que o direito privado, no qual são detectáveis linhas de continuidade apreciavelmente resistentes a diversos momentos de viragem. No entanto, para além das flutuações doutrinárias e ideológicas a que está sujeito o direito constitucional, do qual intimamente depende (*infra*, 3-43 ss.) o direito administrativo é ainda vulnerável a mutações acerca da interpretação do interesse público nos sucessivos momentos históricos, dentro da margem não tolhida pela Constituição (por exemplo, uma mesma Constituição instituída de uma economia de mercado é compatível com opções legislativas por um sector público forte, por uma privatização formal de segmentos da administração pública ou pela sua privatização material num regime de regulação, cada uma delas implicando um direito administrativo substancialmente diferente).

c) O direito administrativo é recente. Embora em todas as civilizações e épocas históricas tenha existido um conjunto de tarefas públicas a que hoje poderíamos chamar função administrativa, bem como normas jurídicas aplicáveis ao seu exercício, o direito administrativo que hoje conhecemos é um produto da Revolução Francesa (*infra*, 4-10). Constituinte hoje dado assente que o direito administrativo liberal não rompeu integralmente com a ordem jurídica do antigo regime, sendo mesmo detectáveis alguns pontos de continuidade (*infra*, 4-8 ss.), a Revolução Francesa marca ainda assim o momento fundacional do direito administrativo moderno e um entendimento radicalmente novo dos seus sentido e alcance, em contraste flagrante com os vários ramos do direito privado, particularmente com o direito civil, cuja matriz fundacional básica se reconduz directa e, nalguns institutos e regimes jurídicos, ininterruptamente ao direito romano de há mais de dois mil anos.

Como consequência da juventude — pouco mais de duzentos anos — o direito administrativo é ainda muito marcado pelas suas origens, existindo institutos e regimes jurídicos, bem como concepções doutrinais, apenas compreensíveis à luz da história. Cabe à doutrina exercer a sua aten-

ção sobre tais situações, de modo a discernir se se trata de legados aceites do passado ou de ideias que só mediante repetição acrítica sobreviveram à inevitável mutabilidade da realidade social e do direito que a regula (e que, compreendida a sua essência, poderiam mesmo vir a revelar-se antagónicas em relação ao modelo de administração pública vigente).

13 d) O direito administrativo é fragmentário. Isto significa que não regula de forma rigorosamente (mas apenas tendencialmente) global o exercício da função administrativa. Por outras palavras, o direito administrativo regula fragmentos do seu objecto e não a sua totalidade. Historicamente, a fragmentariedade do direito administrativo explica-se pela circunstância de ter surgido mediante um processo de lenta emancipação em relação ao direito privado, então o direito comum; todavia, de um direito especial ou mesmo excepcional em relação ao direito comum, o direito administrativo evoluiu para um verdadeiro direito comum da função administrativa (*supra*, 3-1). Sem prejuízo da aplicação do direito privado a alguns segmentos da função administrativa, a fragmentariedade do direito administrativo tem actualmente mais que ver com o permanente surgimento de novos sectores da vida social carentes de regulação, ao qual o legislador não consegue muitas vezes responder senão com atraso, imperfeitamente, amígdre através de regimes jurídicos esparsos. Enquanto a consequência tradicional da fragmentariedade era a aplicação subsidiária do direito privado, hoje em dia ela só é admitida muito restritamente (*infra*, 3-71).

14 e) O direito administrativo é intencionalmente lacunar e aberto. Esta característica decorre da flexibilidade das diferentes configurações do interesse público nos casos concretos. Tornando-se impossível antecipar integralmente tais configurações, as normas de direito administrativo muitas vezes deixam propositadas margens de liberdade à administração pública (e aos demais entes incumbidos da prossecução da função administrativa), quer na fixação dos pressupostos da sua actuação, quer na definição dos seus efeitos. Tais margens de liberdade traduzem-se no carácter lacunar da previsão das normas jurídicas e na abertura da sua estatuição (*infra*, 8-40, 9-1). Quando actue no exercício de uma liberdade legalmente conferida, a administração pública encontra-se limitada pelos princípios e pelas regras jurídicas vigentes, impendendo sobre ela um dever de recondução valorativa das suas decisões à unidade do sistema jurídico.

f) O direito administrativo é apenas parcialmente codificado. A evolução milenar e paulatina do direito privado permitiu a existência de uma consolidação normativa e científico-dogmática, na base da qual se puderam – particularmente no direito civil, mas também nos direitos comercial e do trabalho, entre outros – construir textos normativos caracterizados pelo tratamento globalizante e sistemático de um determinado conjunto de normas jurídicas dotado de unidade intrínseca. Algumas das características do direito administrativo acima enunciadas – a juventude, a mutabilidade conjuntural e a natureza fragmentária – colocam resistências acentuadas à sua codificação. Embora com progressos recentes, a parte geral do direito administrativo português (abrangendo, em termos mesmo assim incompletos, a actividade administrativa) ainda hoje está apenas sectorialmente codificada no CPA. É no direito administrativo especial (*supra*, 3-6 ss.) que se registam os maiores avanços em termos de codificação, designadamente no direito autárquico (domínio em que a tradição codificadora nacional remonta ao século XIX e em que se imporia mesmo uma maior integração dos diplomas vigentes), no direito urbanístico e no direito do património cultural.

A codificação oferece vantagens evidentes de clareza e de certeza, mas implica porventura os senões da rigidez e da falta de adaptabilidade normativa em áreas de rápidas mutações tecnológicas, económicas, sociais e culturais, como são muito frequentemente aquelas com as quais lida o direito administrativo. Mesmo no âmbito relativamente consensual do procedimento administrativo, a codificação foi alvo de alguma desconfiança doutrinária [veja-se as críticas contidas em R. Ehrhardt Soares, «Codificação do procedimento administrativo hoje», DJ (1992), 17].

4. Função do direito administrativo

A doutrina divide-se entre partidários de concepções objectivistas e activistas da função do direito administrativo. A discussão surge, em termos genéricos, a propósito da essência deste ramo de direito, mas reaparece a propósito de institutos jurídico-administrativos específicos, como a audiência dos interessados (*infra*, t. III) e a fundamentação dos actos administrativos (*infra*, t. III); tem também implicações extensas no modelo do contencioso administrativo.

As concepções objectivistas tradicionais têm raízes na própria origem histórica do direito administrativo, que, tanto em França como na Ale-

manha, surgiu como estatuto de privilégio da administração pública, destinado a colocá-la ao abrigo dos regimes igualitários do direito privado (*infra*, 4-10). Nesta medida, acentuava-se a essência autoritária da acção administrativa e o carácter exorbitante dos poderes que a ordem jurídica lhe conferia: a função do direito administrativo seria precisamente a de possibilitar o exercício de poderes de autoridade pela administração pública, de modo a permitir-lhe impor os interesses públicos que visasse prosseguir sobre os interesses privados que com ele concretamente se confrontassem. No Estado social de direito, tal concepção, primeiro pré-democrática, depois antidemocrática e autoritária, deve considerar-se afastada pela configuração do estatuto constitucional da administração pública e pela consagração de inúmeros direitos fundamentais dos cidadãos oponíveis à administração, conducentes a uma inevitável relativização do interesse público. Modernamente, os defensores de teorias objectivistas afirmam que, embora naturalmente com respeito pelas posições jurídicas subjectivas dos particulares, o direito administrativo visa primordialmente conferir à administração pública os meios necessários para que ela prossiga da melhor forma os interesses públicos que lhe são cometidos. Tais meios poderão ou não implicar o exercício de poderes de autoridade, bem como implicar limites específicos tendentes a manter a actuação da administração pública dentro das fronteiras tidas por desejáveis.

18 Pelo contrário, os autores que sustentam teses subjectivistas consideram que a função do direito administrativo é a de garantir a preservação das posições jurídicas dos particulares perante a actuação administrativa, à qual – para além da supremacia que lhe é prototipicamente reconhecida por lei, em homenagem aos interesses públicos que prossegue – se associa, por vezes, uma tendência quase imanente para a adopção de comportamentos autoritários, limitadores das esferas individuais e nas franjas da juridicidade. As teses subjectivistas surgiram historicamente como reacção contra as posições objectivistas tradicionais.

19 Os termos da clivagem entre objectivistas e subjectivistas não têm sido muito esclarecedores, com objectivistas a imputarem a subjectivistas a defesa de um liberalismo demagógico e os últimos a assacarem aos primeiros a preservação de uma visão arcaica do direito administrativo sob a aparência de maior democraticidade. Na verdade, a discussão está inquinada por novos e velhos fantasmas acerca das posições recíprocas do Esta-

do e da sociedade, devendo antes atribuir-se ao direito administrativo uma função verdadeiramente *mixta*, objectiva e subjectiva.

A visão puramente objectiva é insustentável perante a consagração de direitos fundamentais dos particulares (art. 268.º CRP), que encontram concretização e desenvolvimento em normas legislativas ordinárias de direito administrativo (por ex., arts. 61.º-70.º e 124.º-126.º CPA) e perante o estabelecimento da vinculação da administração pública aos direitos fundamentais em geral, designadamente aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos de natureza análoga (arts. 17.º e 18.º, 1 CRP), que acarreta, nomeadamente, a nulidade dos actos administrativos que violem o seu conteúdo essencial [art. 133.º, 2.º d) CPA; *infra*, t. III]. A visão puramente subjectiva deixa na sombra a ideia fundamental de prossecução do interesse público, inerente à função administrativa, e comete o erro de ver a administração pública democraticamente legitimada do Estado social de direito como um prolongamento da administração autoritária e anti-democrática do Estado liberal. O direito administrativo não é, assim, apenas da administração ou apenas dos cidadãos, mas de ambos; a sua função é a de permitir a prossecução do interesse público no respeito das posições jurídicas subjectivas dos particulares (cfr. art. 266.º, 1 CRP e art. 4.º CPA).

II. Fontes do direito administrativo

A expressão «fontes de direito» é polissémica e, utilizada no sentido tradicional que a faz equivaler aos modos de produção e revelação do direito, não muito rigorosa. Hoje é objecto de consenso praticamente universal que a norma jurídica não se confunde com o seu texto e que a estrutura da normatividade se constitui a partir de uma concorrência do texto da norma e da realidade concreta que se reconduz ao seu espaço semântico (*infra*, 3-87); assim, fonte de direito não seria apenas o facto gerador do texto normativo mas todo e qualquer facto constituinte da normatividade, mesmo na decisão de casos concretos. Por comodidade de expressão, utiliza-se de seguida a expressão fonte de direito no sentido restrito, e apenas parcial, de modo de produção de enunciados normativos.

1. Constituição

- 21 A relevância da Constituição para o direito administrativo do Estado liberal não era significativa: para além da inexistência de uma verdadeira parâmetricidade dos textos constitucionais, estes disciplinavam essencialmente apenas o estatuto e os mecanismos de inter-relação dos órgãos políticos do Estado, bem como alguns direitos fundamentais dos indivíduos, cuja oponibilidade ao Estado era ainda limitada pela sua visão como substancialmente subordinados ao poder (*infra*, 4-10).
- 22 No Estado social, a Constituição é a primeira das fontes de direito e, também, a primeira das fontes do direito administrativo. Não só o núcleo essencial do direito administrativo está sediado na Constituição, como muito poucas são as normas constitucionais sem relevância para o direito administrativo; e existem mesmo diversas partes e títulos da CRP que praticamente só contêm normas de direito administrativo (vejam-se, por exemplo, a Parte II sobre organização económica e os Títulos VIII, IX e X da Parte III, relativa à organização do poder político, respectivamente incidindo sobre o poder local, a administração pública e a defesa nacional).

- 23 Assim, a Constituição acolhe os princípios fundamentais de natureza organizativa (art. 267.º CRP), funcional (art. 267.º CRP) e relacional (arts. 266.º, 268.º CRP) do direito administrativo. Para além disto, estabelece de forma directa a estrutura global da Administração pública portuguesa [art. 199.º, d) CRP], regulando também a composição, o funcionamento, a natureza, a função, as competências e o estatuto dos titulares de diversos órgãos administrativos (Governo: arts. 182.º-201.º CRP; Provedor de Justiça: art. 22.º CRP; Alta Autoridade para a Comunicação Social: art. 39.º CRP; Ministério Público: art. 219.º-220.º CRP; órgãos das regiões autónomas: arts. 225.º-234.º CRP; órgãos das autarquias locais: arts. 235.º-262.º CRP). Estabelece também o estatuto dos particulares perante a Administração, designadamente as suas garantias jurisdicionais (art. 268.º, 4, 5 CRP). Para além do mais, convém ter em conta que os preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias e direitos análogos a estes vinculam todas as entidades públicas e, logo, a Administração (arts. 17.º e 18.º, 1 CRP) e que é esta que vem a ser chamada, após concretização legislativa, a desenvolver as actividades tendentes

tes à satisfação da generalidade dos direitos económicos, sociais e culturais (Título III da Parte I CRP).

O núcleo essencial do direito administrativo integra a Constituição não apenas formal mas também material, cuja proeminência substancial na ordem jurídica portuguesa é ainda maior [art. 288.º, d), f), n), o CRP].

2. Direito internacional

A CRP consagrou um sistema de recepção automática e plena do direito internacional na ordem interna portuguesa e, implicitamente, o primado do direito internacional sobre o direito ordinário interno (art. 8.º CRP); é discutida na doutrina a eventual supremacia de determinadas normas de direito internacional, designadamente as de *jus cogens*, sobre o próprio direito constitucional, mas essa posição não deve ter-se por correcta. Em determinados casos é a própria Constituição que determina a irrelevância da contradição entre o direito internacional e o direito constitucional (art. 277.º, 2 CRP); mas isto confirma, e não infirma, o primado de princípio do direito constitucional (*infra*, 3-37).

As normas de direito internacional, criadas por costume ou convenção internacionais ou por decisão de organização internacional, podem disciplinar directamente o exercício da função administrativa na ordem interna. Noutros casos, essa disciplina é apenas indirecta: das normas de direito internacional que vinculam o Estado português decorre a imposição de os seus órgãos internamente competentes adoptarem actos normativos de direito administrativo.

Por exemplo, a CVRD e a CVRC contêm diversas disposições directamente aplicáveis nas ordens internas dos Estados signatários com relevância para o exercício das respectivas funções administrativas, designadamente relativas à definição dos poderes das autoridades públicas perante as missões diplomáticas e os postos consulares. Já as Convenções n.º 150 (1978, aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 58/80, de 30 de Julho) e 151 (1978, aprovada pela Lei n.º 17/80, de 15 de Julho) da OIT apenas adstringem os Estados que nela sejam partes à adopção de determinadas medidas legislativas relativas, respectivamente, às actividades da administração pública no domínio da política nacional do trabalho e à protecção dos direitos e condições de emprego dos funcionários públicos.

3. Direito comunitário

26

Dentro do direito de fonte internacional, o direito comunitário tem assumido especial relevância, pelo volume de produção normativa, pela extensão e importância das matérias que regula e pelo seu elevado grau de institucionalização, abrangendo mecanismos efectivos de garantia.

Algumas disposições de direito comunitário originário podem considerar-se fontes de direito administrativo interno, nos termos já explicitados a propósito do direito internacional em geral (por exemplo, os arts. 87.º-93.º TCE). No entanto, muito maior relevância tem assumido, para estes efeitos, o direito comunitário derivado. O TCE prevê como fonte de direito comunitário derivado directamente aplicável nas ordens jurídicas internas dos Estados-membros o regulamento (art. 249.º, § 2 TCE), tendo a directiva apenas o alcance de obrigar os Estados-membros à adopção de actos normativos de direito interno que tornem efectivos os fins por ela estabelecidos (art. 249.º, § 3 TCE) e sendo a decisão (art. 249.º, § 4 TCE), apesar de dotada de aplicabilidade directa, um tipo de acto individual e concreto. Todavia, as decisões têm na prática assumido por vezes conteúdo normativo; e a jurisprudência do TJCE, acompanhada pela generalidade dos tribunais nacionais dos Estados-membros, desenvolveu a teoria do efeito directo (vertical, nas relações entre Estado e cidadãos; em certas situações, horizontal, nas relações entre cidadãos) e até, mais raramente, da aplicabilidade directa das directivas suficientemente claras e precisas que não tenham sido atempadamente transpostas pelos Estados-membros [Ac. TJCE 4/12/1974 (*Van Duyn*), Rec. 1974, 1337 (12), e jurisprudência posterior]. À luz dos termos inequívocos do art. 249.º TCE e do art. 8.º, 3 CRP, as decisões normativas e as directivas com efeito directo teriam, à primeira vista, uma cobertura jurídica no mínimo duvidosa, o que não impediu a generalização da sua aceitação: ao fim e ao cabo estar-se-ia perante a relevância, sem precedente na maioria das ordens jurídicas europeias continentais, do papel da jurisprudência, particularmente do TJCE, na criação do direito comunitário. A grande parte dos regulamentos, directivas com efeito ou aplicabilidade directos e decisões normativas diz respeito ao exercício da função administrativa dos Estados-membros, pelo que constitui fonte de direito administrativo.

60

O projecto de Tratado que Institui uma Constituição para a Europa contempla uma modificação substancial do quadro de fontes de direito comunitário derivado. Estabelece-se uma distinção entre actos legislativos (art. 33.º PrCE) e não legislativos (art. 34.º PrCE) da UE, englobando os primeiros a lei e a lei-quadro europeias e os segundos o regulamento e a decisão europeus, as recomendações e os pareceres. A lei europeia é genérica, obrigatória em todos os seus elementos e directamente aplicável (art. 32.º, 1, § 2 PrCE), ao passo que a lei-quadro europeia se limita a vincular os Estados-membros destinatários quanto ao resultado a alcançar, sem vincular quanto à forma e aos meios de o obter (art. 32.º, 1, § 3 PrCE). O regulamento é genérico e tanto pode ser obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável como vincular os Estados-membros destinatários apenas quanto ao resultado a alcançar e não quanto à forma e aos meios de o obter (art. 32.º, 1, § 4 PrCE). A decisão europeia pode ser genérica ou individual e é obrigatória em todos os seus elementos (art. 32.º, 1, § 5 PrCE). As recomendações e os pareceres não são vinculativos (art. 32.º, 1, § 6 PrCE). De acordo com esta nova caracterização, poderão ser considerados fontes de direito administrativo interno as leis europeias e os regulamentos (estes se dotados de aplicabilidade directa) e as decisões normativas.

A aprovação de uma «Constituição Europeia» só poderá vir confirmar 27

uma realidade já hoje indesmentível: a incidência do direito comunitário nos direitos administrativos dos Estados-membros é de tal monta que vários autores falam já numa verdadeira «comunitarização» ou «europeização» dos direitos administrativos nacionais.

Na parte geral do direito administrativo português actual, este fenómeno faz-se sentir sobretudo na disciplina das relações entre o Estado e as empresas públicas (o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, alterou mesmo o conceito de empresa pública até então vigente na legislação portuguesa de modo a adequá-lo ao conceito comunitário), no direito da concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho) e no regime da contratação pública; neste último, têm origem em directivas comunitárias, ou são por elas fortemente condicionadas, o regime da realização de despesas públicas emergentes de contratação pública (Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho), o regime das empreitadas e concessões de obras públicas (Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março), o regime da contratação pública nos sectores da água, energia, transportes e telecomunicações (Decreto-Lei n.º 223/91, de 9 de Agosto). Alguns sectores do direito administrativo especial já sofreram também uma forte influência comunitária: é o caso do direito do ambiente.

4. Lei

Em termos estatísticos, a principal fonte primária do direito adminis- 28

trativo português é indubitavelmente a lei (abrangendo a lei da Assembleia da República, o decreto-lei e o decreto legislativo regional: art. 112.º, 1 CRP). É a lei que concretiza e desenvolve os interesses públicos

61

primariamente definidos na Constituição e estabelece os termos concretos da sua prossecução; mais precisamente, é a lei que confere à Administração a habilitação normativa de que ela necessita para poder agir (*infra*, 8-18 ss.). A estruturação e as competências dos órgãos do Estado e dos outros milhares de pessoas colectivas administrativas, o estatuto dos seus funcionários e agentes, a disciplina do procedimento administrativo, da contratação pública e da responsabilidade civil administrativa, o regime administrativo do exercício de um enorme número de actividades privadas (construção civil, comércio, turismo, circulação automóvel, caça, etc.), constam de normas legais. Algumas dessas normas, mas não todas, e nem sequer a maioria (*supra*, 3-15), estão codificadas (por exemplo, no CPA e em diversos códigos de ramos de direito administrativo especial). Grande parte das normas de direito administrativo é de fonte legal; e grande parte da legislação em vigor diz certamente respeito a matérias de direito administrativo.

5. Regulamentos

29 Os regulamentos são actos normativos emitidos por órgãos administrativos no exercício da função administrativa; na medida em que tenham eficácia externa vinculativa constituem, portanto, fontes de direito. Podem limitar-se a complementar, desenvolver, executar ou concretizar actos legislativos anteriores; mas também podem conter disciplinas normativas inovatórias, como sucede paradigmaticamente com os regulamentos independentes e autónomos (*infra*, t. III). Em todo o caso, não incorporam decisões essenciais para a colectividade política, o que os aparta da lei (*supra*, 3-28); e estão sujeitos ao princípio da legalidade, o que significa que têm que se fundamentar numa lei habilitante e que têm como limites a Constituição, o direito internacional e comunitário e a lei, que não podem contrariar (*infra*, 8).

6. Costume

30 Numa definição clássica, o costume consiste numa prática reiterada com convicção de juridicidade. A sua importância varia consoante os sis-

temas de direito: nos sistemas de matriz romano-germânica, por muito intensa que seja a profissão de fé teórica na relevância do costume, é reduzida a sua relevância prática (*infra*, 4-29). No entanto, não se exclui a sua admissibilidade enquanto fonte de direito e, em consequência, como fonte de direito administrativo. O costume pode ser ter grau constitucional, infra-constitucional e, dentro deste, mesmo infra-legal (não se excluindo, portanto, a relevância de um costume em paridade hierárquica com o regulamento administrativo).

Se a relevância do costume em geral na ordem jurídica portuguesa é faticamente reduzida – excepto quando de origem internacional –, muito mais o será no direito administrativo: por força do princípio da legalidade (*infra*, 8-18 ss.), o costume não pode servir como fundamento da actuação administrativa, pelo que a sua operatividade se circunscreve a aspectos periféricos.

7. Jurisprudência, «direito circulatório» e doutrina

Como se sabe, ao contrário do que sucede no sistema de *common law*, 31 na ordem jurídica portuguesa a jurisprudência não é normalmente fonte de direito. No entanto, existem actos jurisprudenciais dotados de força de lei, como os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional (art. 282.º CRP) aos quais é forçoso reconhecer o papel de fonte (negativa) de direito. O Tribunal Constitucional declarou inconstitucional com força obrigatória geral a norma do art. 2.º CC, na medida em que permitia a emissão de assentos com eficácia externa (Ac. TC 743/96, DR1, 18/7/1996); por este motivo não podem considerar-se actualmente como verdadeira fonte de direito os acórdãos proferidos pelos tribunais superiores para uniformização de jurisprudência quanto à interpretação de normas jurídicas, que são modificáveis e dotados de eficácia meramente interna (arts. 732.º-A, 732.º-B CPC, arts. 437.º-448.º CPP, art. 148.º CPTA). No entanto, estes acórdãos são publicados na I série do DR (os dos TCA na II série) e assumem enorme importância prática pois, embora não constituindo precedente, permitem aos destinatários das normas por si interpretadas conhecer o sentido provável com que os tribunais as aplicarão no futuro.

32 Algo de semelhante se passa, no domínio da Administração, em relação ao vulgarmente chamado «direito circularório», composto por actos (com denominações diversas: ofícios, circulares, ofícios-circulares) mediante os quais os superiores hierárquicos fixam, vinculativamente para os subalternos, o sentido do exercício da margem de livre decisão administrativa em casos tipificados (autovinculação: *infra*, 9-29) ou a interpretação de normas no âmbito de vinculação jurídica (*infra*, 8-40). Mesmo quando são objecto de publicitação (o que só acontece, normalmente, com os chamados ofícios-circulares), por força do art. 112.º, 6 CRP, estes actos têm mera eficácia interna e não constituem parâmetros de legalidade externa da actuação administrativa (embora possam constituir parâmetros da sua legalidade interna, designadamente para efeitos disciplinares: *infra*, t. II); não são, portanto, fontes de direito. Mas a sua relevância prática pode ser fundamental no planeamento do futuro por parte dos particulares a quem as normas em causa possam afectar: especialmente nos domínios da administração de massas (exemplos: administrações fiscais, registal e notarial) o «direito circularório» tem especial dimensão e é frequente que o funcionário que em concreto aplica a lei a conheça apenas através do despacho pelo qual o superior hierárquico o vinculou a adotar determinada interpretação normativa.

33 Também a doutrina não é, no sistema jurídico português, fonte de direito. A sua importância prática varia em função da sua capacidade de influenciar a jurisprudência, a administração e até o legislador. Directa ou indirectamente, o direito administrativo do Estado Novo foi, no essencial, obra de Martello Cactano, cujas concepções doutrinais fundamentais reproduzia; a sua influência sobre a jurisprudência dos tribunais administrativos era esmagadora, o que assegurava, em regra, a aplicação do direito administrativo nos termos em que tinha sido gizado pelo seu autor ou inspirador material. Actualmente não pode afirmar-se que o direito administrativo português seja produto das concepções doutrinais de um ou outro autor, o pluralismo da literatura jus-administrativa é muito maior e a permeabilidade jurisprudencial à doutrina muito menor. O modo mais directo, mas mesmo assim mediato, de influência da doutrina na interpretação e aplicação do direito administrativo é a junção aos autos processuais de pareceres de jurisconsultos que sustentam a posição de uma das partes e a atestam com a autoridade académica dos seus autores (possibilidade genericamente admitida na lei

portuguesa: art. 525.º CPC, *ex vi* do art. 1.º CPTA para os tribunais administrativos). O art. 88.º CPA permite também genericamente a junção de pareceres no contexto de procedimentos administrativos.

8. A hierarquia das fontes de direito administrativo

34 As fontes de direito administrativo (como as fontes de direito em geral) não coexistem em abstracção mútua. A unidade da ordem jurídica postula uma *hierarquia das fontes de direito*. Trata-se de uma hierarquia dos modos de produção de enunciados normativos e não de uma hierarquia de normas; mas, em todo o caso, a sua consequência é a prevalência das normas produzidas por uma fonte de hierarquia superior sobre as normas produzidas por uma fonte de hierarquia inferior.

35 No topo da hierarquia das fontes de direito administrativo está a Constituição. A prevalência da Constituição sobre todas as restantes fontes de direito interno resulta do art. 3.º, 3 CRP. A prevalência da Constituição sobre as fontes de direito internacional decorre da competência do Tribunal Constitucional para fiscalizar a constitucionalidade de «quaisquer normas» (art. 282.º, 1 CRP) e só admite um recuo quanto à inconstitucionalidade orgânica ou formal, por violação de disposição constitucional não fundamental, de tratados regularmente ratificados, desde que as suas normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte (art. 277.º, 2 CRP).

36 Abaixo da Constituição situam-se as fontes de direito internacional, cuja prevalência sobre as fontes de direito interno (primado do direito internacional) decorre do art. 8.º CRP. A CRP não autonomiza o direito comunitário do direito internacional, devendo as fontes de direito comunitário derivado reconduzir-se ao conceito de «decisões de organizações internacionais» do art. 8.º, 3, existindo portanto um primado do direito comunitário sobre o direito interno, sucessivamente afirmado desde o célebre acórdão *Costa contra Enel* [Ac. TJCE 15/7/1964, Rec. 1974, 1141] e em vias de obter consagração no art. 10.º, 1 PECE. A dependência do primado em relação àquilo que se «encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos» (art. 8.º, 3 CRP) torna problemática a aceitação da relevância das decisões normativas e do efeito directo das

directivas (*supra*, 3-26). De entre as fontes de direito internacional, é geralmente aceite a primazia do *jus cogens* (arts. 53.º, 64.º CVDIT), bem como a dos tratados constitutivos de organizações internacionais sobre os actos dos seus órgãos (o que abrange a prevalência do direito comunitário originário sobre o derivado). O problema das relações entre as várias fontes de direito internacional e o direito comunitário não está ainda satisfatoriamente resolvido (contudo, o princípio *pacta sunt servanda*, é aceite implicitamente pelo art. 300.º TCE e expressamente pelo art. III-225.º, 2.º PrCE).

Recentemente, o TJCE afirmou a prevalência do direito comunitário sobre o direito constitucional dos Estados-membros, o que os tribunais constitucionais de alguns destes têm aceite com maior ou menor reticência, desde que assegurado o respeito dos direitos e princípios constitucionais fundamentais (é o caso dos tribunais constitucionais federal alemão e italiano); e alguma doutrina tem também sugerido a prevalência sobre a Constituição das normas de *jus cogens* internacional. O art. 8.º CRP (na versão da revisão constitucional de 1997) não consente, por enquanto, tais interpretações, cujo sucesso futuro dependerá essencialmente da capacidade efectiva de afirmação das ordens jurídicas comunitária e internacional (mais provável no primeiro caso do que no segundo) e das reacções das jurisdições constitucionais internas. Em todo o caso, poderá ser o próprio direito constitucional interno a tornar o problema, se vier a estabelecer os termos em que situa a primazia do direito comunitário e do direito internacional.

De entre as fontes internas infraconstitucionais, a lei (abrangendo as leis da Assembleia da República, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais: art. 112.º, 1.º CRP) é hierarquicamente superior. A superioridade hierárquica das leis em relação aos regulamentos administrativos decorre directamente do princípio da legalidade, designadamente na sua dimensão de preferência de lei (arts. 3.º, 2.º, 266.º, 2.º CRP; *infra*, 8-10 ss.).

Subordinados às leis estão os regulamentos administrativos. De entre os múltiplos regulamentos administrativos, aqueles emitidos por órgãos de pessoas colectivas que exerçam poderes de supremacia (superintendência, tutela: *infra*, 7-25; tb. t. II) prevalecem sobre aqueles emitidos por órgãos de pessoas colectivas a eles sujeitos; aqueles emitidos por órgãos de pessoas colectivas que prossigam um leque mais vasto de atribuições (*infra*, t. II) prevalecem sobre aqueles emitidos por órgãos de pessoas

colectivas que prossigam um leque menos vasto de atribuições; aqueles emitidos por órgãos hierarquicamente superiores (*infra*, 7-19, 7-25; tb. t. II) prevalecem sobre aqueles emitidos por órgãos hierarquicamente inferiores; dentre os regulamentos emitidos pelo mesmo órgão, prevalecem os de forma mais solene (por exemplo, um decreto regulamentar prevalece sobre um despacho normativo: art. 201.º, 3.º CRP).

Quanto ao costume, a sua hierarquia será aquela correspondente ao grau de dignidade da matéria sobre o qual incide (*supra*, 3-30), partilhando da correspondente força normativa.

A hierarquia das fontes de direito não é susceptível de resolver todas as possíveis antinomias normativas que possam ocorrer na ordem jurídica. Assim, as leis de revisão constitucional têm o mesmo grau hierárquico da Constituição originária, mas estão-lhe subordinadas, mercê da existência de limites materiais de revisão constitucional (alguns dos quais explicitados no art. 288.º CRP). As leis de desenvolvimento e os decretos-leis autorizados estão subordinados, respectivamente, às leis de bases e às leis de autorização legislativa (art. 112.º, 2.º). As leis reforçadas prevalecem sobre as leis ordinárias comuns (art. 112.º, 3.º CRP). Os princípios fundamentais das leis gerais da República prevalecem sobre os decretos legislativos regionais (art. 112.º, 4.º CRP). Em todos estes casos são razões de forma ou de função, mas não de hierarquia, que justificam as relações de prevalência e subordinação.

No plano da vigência dos actos jurídicos, a consequência das relações de prevalência entre fontes de direito não é uniforme. Quanto ao direito interno, a hierarquia das fontes, bem como as restantes relações de prevalência, acarreta, em princípio, a invalidade do acto jurídico de hierarquia inferior (quanto à inconstitucionalidade, art. 3.º, 3.º CRP). Quando estejam em causa fontes de ordens jurídicas distintas (interna e internacional), uma vez que nenhuma delas constitui fundamento de validade dos actos jurídicos da outra, a consequência só pode ser a mera ineficácia.

Note-se que a hierarquia e a prevalência das fontes de direito, bem como a depreciação sofrida pelos actos que violem actos hierarquicamente superiores ou prevalentes, nada dizem acerca da competência para fixar as consequências de tal violação. Assim, por exemplo, uma lei inconstitucional é inválida, mas daí não se segue necessariamente que ela possa ser desaplicada pela administração (*infra*, 8-15 ss.).

III. O direito administrativo na ordem jurídica

1. O direito administrativo e o direito público

a) *Direito constitucional*

43 Direito constitucional e direito administrativo são dois ramos de direito público, pelo que têm inevitavelmente pontos de contacto. Mais: o critério de delimitação do âmbito do direito administrativo (as normas que disciplinam o exercício da função administrativa) é de índole material, enquanto o critério de delimitação do âmbito do direito constitucional (as normas que pertencem à Constituição formal) é eminentemente formal; assim, uma vez que a Constituição contém as normas fundamentais de todos os sectores da ordem jurídica — e, logo, também do direito administrativo — existem inúmeras normas de direito constitucional que também são normas de direito administrativo (*supra*, 3-21 ss.). Este conjunto de normas é geralmente designado por direito constitucional administrativo ou «Constituição administrativa».

44 A atitude científica moderna perante as relações entre direito administrativo ordinário e direito constitucional está sintetizada na expressão de Fritz Werner: o direito administrativo é direito constitucional concretizado, o que significa que pode, em última análise, reconduzir-se à concretização de opções constitucionais. Por vezes, tais opções assumem a forma de imposições específicas de legislação, como sucede quando o art. 267.º, 5 CRP impõe a existência de uma lei sobre procedimento administrativo; outras vezes, operam através de limites estabelecidos à actividade legislativa, como os decorrentes do art. 268.º, 4, 5 CRP em matéria de contencioso administrativo. Mesmo quando não tenha o seu conteúdo determinado por normas constitucionais e ainda que ele seja deste ponto de vista aparentemente neutro, o direito administrativo ordinário acaba por traduzir o modelo de relacionamento entre Estado e cidadãos plasmado na Constituição.

45 Sem embargo, a prática demonstra a parcial actualidade das célebres palavras de Otto Mayer a propósito das relações entre o direito administrativo alemão imperial e a Constituição de Weimar («O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece»). Com efeito, o voluntarismo constitucional esbarra por vezes na institucionalização arreigada

dos modelos que pretende erradicar, revelando um paradoxal enfraquecimento da força normativa da Constituição. Isto pode ser ilustrado com dois exemplos retirados da realidade constitucional portuguesa actual: desde a sua versão originária que o art. 267.º, 1 CRP impõe a existência de uma lei reguladora do processamento da actividade administrativa, mas o CPA, que deu cumprimento à injunção constitucional, só entrou em vigor em 1992; desde 1982, o legislador de revisão constitucional estabeleceu sucessivas directrizes claras no sentido da subjectivação funcional do sistema de contencioso administrativo herdado do regime anterior (alargamento dos meios processuais, sobretudo cautelares, modificação dos critérios de impugnabilidade de actos administrativos) e só em 2004 entrou em vigor uma reforma da legislação do contencioso administrativo que concretiza as injunções constitucionais.

b) *Direito internacional*

46 Direito internacional é o direito constante de fontes internacionais; o critério de delimitação do seu âmbito é, pois, tal como sucede com o direito constitucional, de índole formal, pelo que normas de direito internacional podem simultaneamente constituir normas de direito administrativo (*supra*, 3-25). No entanto, a maioria esmagadora das normas de direito administrativo é de origem interna, o que corresponde ao estágio actual de disciplina da função administrativa dos diversos Estados pelos seus próprios poderes políticos.

47 Um outro ponto de contacto entre direito internacional e direito administrativo é o chamado direito administrativo internacional, ou seja, o ramo do direito internacional composto pelas normas que disciplinam o exercício da função administrativa de sujeitos internacionais não estaduais (em especial, as organizações internacionais), designadamente no que respeita à sua organização e funcionamento e ao estatuto dos seus funcionários e agentes. O direito administrativo internacional é tanto mais complexo e desenvolvido quanto maior for o grau de institucionalização do sujeito de direito internacional em causa: o direito administrativo europeu, relativo ao exercício da função administrativa da UE, aproxima-se já do direito administrativo de uma entidade confederal ou para-federal.

c) Direito penal

48 O direito penal é o ramo de direito público que se ocupa da determinação dos pressupostos da responsabilidade criminal e da sua exclusão, bem como das consequências jurídicas dos ilícitos criminais; distingue-se facilmente do direito administrativo por não disciplinar o exercício da função administrativa. A distinção tem também sido feita com base na ideia de que o direito penal é essencialmente repressivo enquanto o direito administrativo é essencialmente preventivo, mas esta visão é simplista: ao direito penal não presidem apenas finalidades de repressão, mas também de prevenção geral ou especial; e no direito administrativo está também presente um desígnio repressivo. Existem, assim, afinidades entre o direito penal e o direito administrativo no âmbito do chamado direito administrativo sancionatório.

49 As afinidades entre ambos são especialmente evidentes no direito contravençional, que disciplina o regime de determinadas infracções a normas de direito administrativo, às quais correspondiam sanções de natureza penal aplicadas por entidades administrativas; por isso, o direito contravençional é, por vezes, chamado direito penal administrativo. O direito contravençional, florescente no início do século XX, foi sendo absorvido pelo direito penal primário ou abrangido pelo movimento de descriminalização, pelo que é hoje praticamente uma curiosidade histórica, mas ainda subsistem algumas contravenções na ordem jurídica portuguesa (o que, à luz das garantias fundamentais de processo penal, se afigura de conformidade constitucional duvidosa).

50 Após a II Guerra Mundial, a necessidade de punir condutas cuja valoração como ilícita só foi imposta pela emergência do Estado social de direito, mas às quais se recusava dignidade penal, bem como um movimento de purificação do direito penal mediante a sua redução ao núcleo essencial repressivo de condutas dotadas de maiores implicações éticas, convergiram para a criação de um novo ramo de direito sancionatório, a que se chamou direito de mera ordenação social (*Ordnungsrecht*). Estruturalmente, as normas do direito de mera ordenação social são idênticas às do direito penal e a teoria do primeiro é decalcada da do segundo; a distinção entre ambos aparece, assim, como meramente formal: o direito penal sanciona crimes mediante a aplicação de penas que, no limite, podem sempre ser reconduzidas à prisão, enquanto o direito de mera

ordenação social sanciona contra-ordenações mediante a aplicação de coimas pecuniárias que, em atenção à menor dignidade ético-jurídica da infracção, nunca podem ser convertidas em privação da liberdade. Já os mecanismos de aplicação do direito penal e do direito de mera ordenação social são radicalmente diferentes: enquanto as penas criminais são exclusivamente aplicadas pelos tribunais, as coimas são, em primeira linha, aplicadas pela administração; com faculdade de recurso para os tribunais. Trata-se de uma situação de exercício administrativo da função jurisdicional, que levanta delicados problemas de separação de poderes, mas que pode, em última análise, ser constitucionalmente justificado pela circunstância de as contra-ordenações protegerem essencialmente bens jurídicos a que correspondem interesses públicos administrativos (*infra*, 6-6). Assim, existindo uma distinção qualitativa entre os bens salvaguardados por normas penais e normas de mera ordenação social, a fronteira entre o direito penal e o direito de mera ordenação social acaba por revelar-se como obedecendo também a critérios substanciais.

Direito administrativo sancionatório é igualmente o direito disciplinar, composto pelas normas que definem os pressupostos da responsabilidade disciplinar e da sua exclusão, bem como as consequências jurídicas das infracções disciplinares; a responsabilidade disciplinar administrativa constitui essencial, embora não exclusivamente, uma garantia da hierarquia administrativa e o poder disciplinar é um dos poderes paradigmáticos do superior hierárquico sobre os seus subalternos (*infra*, t. II). Existe uma evidente afinidade estrutural entre o direito disciplinar e o direito penal e grande parte dos princípios do primeiro são decalcados do segundo.

Além destas áreas de fronteira ou de interacção, outras existem entre os universos jurídico-penal e jurídico-administrativo. As regras de direito criminal tutelam interesses essenciais para a colectividade, que muitas vezes coincidem com interesses públicos que compete à administração pública prosseguir. Assim, o direito penal reprime condutas lesivas de interesses públicos fundamentais nos âmbitos fiscal, do ambiente, do património cultural, do urbanismo, da circulação rodoviária, da actividade económica, entre outros. Existem também normas que tipificam infracções criminais específicas de titulares de órgãos, funcionários ou agentes administrativos, visando reprimir desvios particularmente graves da prossecução

do interesse público; em determinadas circunstâncias, é ainda criminalizada a desobediência dos particulares a ordens de entidades administrativas. O grau de maior proximidade material entre direito penal e direito administrativo dá-se quando as normas incriminadoras não se limitam a tutelar interesses públicos administrativos, indo ao ponto de remeter para actos unilaterais da administração (regulamentos ou actos administrativos) a definição parcial das circunstâncias da infracção (acessoriedade administrativa do direito penal).

53 Uma última modalidade de influência do direito administrativo sobre o direito penal situa-se no campo das causas de exclusão da responsabilidade criminal. Quanto ao âmbito interno da administração, no actual direito português a obediência a ordens hierárquicas não exclui a ilicitude da conduta (art. 271.º, 3 CRP, art. 36.º, 2 CP) mas pode excluir a culpa do agente (art. 37.º CP) e, por essa via, a sua responsabilidade penal. Modernamente, discute-se também, sobretudo no direito alemão, se a circunstância de alguém desenvolver uma actividade ao abrigo de um acto administrativo permissivo pode levar à exclusão da ilicitude da sua conduta, no caso de esta ser penalmente típica (efeito justificador dos actos administrativos: *infra*, t. III).

d) Direito judiciário

54 O direito administrativo tem por objecto a função administrativa, pelo que não se confunde com o direito judiciário, que disciplina a função jurisdicional do Estado, incluindo as matérias da organização, do funcionamento e da actuação dos tribunais. O principal ramo do direito judiciário é o direito processual e um dos ramos do direito processual é o direito processual administrativo (ou direito do contencioso administrativo), que disciplina a actividade dos tribunais administrativos.

55 Tradicionalmente, o direito processual administrativo era um capítulo do direito administrativo. A razão de ser disto é simples: como os tribunais administrativos não eram verdadeiros tribunais e sim órgãos administrativos (*infra*, 4-8), o processo nos tribunais administrativos era um procedimento administrativo; distinguia-se então o processo administrativo «gracioso» (hoje designado por procedimento administrativo), que prototipicamente terminava com uma conduta administrativa, do processo administrativo «contencioso» (que corresponde ao processo jurisdicio-

nal administrativo actual), em que essa conduta era submetida ao controlo de um «tribunal» administrativo (teses monistas do processo administrativo). Esta perspectiva está totalmente ultrapassada: apesar de existirem inquestionáveis ligações entre o procedimento administrativo e o processo jurisdicional, ambos têm uma natureza radicalmente diferente e, uma vez que os tribunais administrativos estão hoje integrados no poder judicial, são conduzidos por autoridades que exercem diferentes funções do Estado. O direito processual administrativo não é, portanto, direito administrativo; a relação entre ambos é da mesma natureza da que ocorre entre o direito civil e o direito processual civil.

A relação entre direito processual administrativo e direito administrativo pode ser abordada de quatro prismas: o da influência do primeiro sobre o segundo, o da dependência de certos aspectos do direito processual em relação à administração pública, o da afinidade estrutural entre o direito judiciário e o direito administrativo e o da afinidade material entre determinados actos praticados no âmbito do aparelho judiciário e os actos da administração.

56 A influência do direito processual administrativo sobre o direito administrativo revela-se na circunstância de um número singularmente elevado de aspectos do segundo ter a sua origem no primeiro (por exemplo, o conceito alegadamente substantivo de acto administrativo definitivo e executório, que dominou a teoria geral do direito administrativo durante a segunda metade do século XX, nasceu de um critério processual de impugnabilidade dos actos administrativos, tal como, de resto, o próprio conceito de acto administrativo se autonomizou e começou por ser estudado como via de acesso ao «contencioso administrativo»). É por isso que se pode dizer que, embora em natureza idêntica, a relação entre direito processual administrativo e direito administrativo tem, no entanto, uma intensidade superior àquela que ocorre entre outros ramos de direito processual e de direito substantivo. A razão de ser desta maior intensidade é simples de explicar e reside na origem pretoriana do direito administrativo (*infra*, 4-10). Em França, a influência dos tribunais administrativos na criação do direito administrativo faz-se sentir de modo muito intenso ainda hoje (decisões do Conselho de Estado com mais de um século são citadas pela doutrina e aplicadas na prática como tendo força de lei). Em Portugal, o direito administrativo sempre foi, no essencial, de criação legislativa, pelo que a

influência da jurisprudência sobre os regimes substantivos não é em natureza ou grau substancialmente diversa daquela que ocorre noutros ramos de direito; todavia, muitos dos conceitos e regimes actuais de direito administrativo têm origem em decisões dos tribunais administrativos franceses dos séculos XIX e XX (é o caso do conceito e de traços fundamentais de regime do contrato administrativo).

Em muitos aspectos, o direito processual cruza-se com a actividade da administração pública. Por exemplo, a execução coerciva das sentenças dos tribunais só pode fazer-se através do uso da força, ou seja, no limite, através da polícia, que é um dos sectores da administração pública (*supra*, 2-21). Também o processo penal, sobretudo na fase de investigação, está estreitamente ligado à actividade de polícia, e o Ministério Público, principal titular da acção penal, é uma entidade administrativa, embora com um estatuto especial (*infra*, t. II).

Estruturalmente, o direito judiciário é muito semelhante ao direito administrativo: enquanto o segundo regula a organização, o funcionamento e a actividade da administração (*supra*, 3-3 ss.), o primeiro regula a organização, o funcionamento e a actividade dos tribunais. Esta proximidade decorre da circunstância de ambos terem como objecto a disciplina do exercício de uma função do Estado por parte de órgãos especificamente concebidos para tal. As semelhanças são particularmente evidentes entre o direito processual e o direito do procedimento administrativo (particularmente entre o processo penal e os procedimentos administrativos sancionatórios, o que levou o art. 32.º, 10 CRP a estender aos segundos as garantias fundamentais que no primeiro são reconhecidas ao arguido), uma vez que tanto o processo jurisdicional como o procedimento administrativo são sucessões ordenadas de actos e formalidades que visam a formação de decisões públicas. As comparações devem, no entanto, ficar por aqui, pois a história da doutrina do direito administrativo do século XX mostra onde podem conduzir as assimilações entre institutos do direito administrativo e do direito processual (por exemplo, no que toca à equiparação entre o acto administrativo e a sentença e à construção da figura do «caso decidido» dos actos administrativos à imagem do efeito de caso julgado das sentenças, com origem em Otto Mayer, que contaminaram as construções dogmáticas da doutrina alemã do direito administrativo até aos nossos dias).

O aparelho judiciário apresenta também muitas semelhanças com o aparelho administrativo do Estado. Por exemplo, está estruturado em serviços organizados segundo uma *lógica* hierárquica e integra um funcionalismo próprio, com um estatuto de direito público. O funcionamento interno dos tribunais implica, portanto, a prática de actos materialmente administrativos (ordens e instruções de serviço, nomeações, classificações e promoções de funcionários, aplicação de sanções disciplinares). Estes actos seguem o mesmo regime dos actos administrativos praticados por órgãos da administração (art. 2.º, 1 CPA), inclusivamente no que respeita à sua impugnação contenciosa [art. 4.º, 1 c) ETAF] (*infra*, t. III).

2. O direito administrativo e o direito privado

a) *Direito civil*

Enquanto direito público, o direito administrativo aparta-se de todo o direito privado pela prevalência do interesse público subjacente ao seu conteúdo normativo (*supra*, 3-10). Historicamente, o direito administrativo nasceu mesmo como direito excepcional em relação ao direito civil (o direito privado comum), que se entendia como dominado por um ideal de igualdade intersubjectiva incompatível com a prossecução, se necessário unilateral e coerciva, do interesse público pela administração (*infra*, 4-10); a ideia de excepcionalidade legitimava, no entanto, a aplicação ao exercício da função administrativa do direito civil, enquanto direito-regra, em tudo aquilo que não estivesse regulado pelo direito administrativo.

Já não sendo hoje um direito excepcional em face do direito civil e sim o direito comum da função administrativa (*supra*, 3-1), o direito administrativo constitui um corpo de regras e princípios autónomo, que praticamente dispensa a aplicação de normas de outros ramos de direito (*infra*, 3-69 ss.). No entanto, a natureza ainda fragmentária do direito administrativo leva a que, por vezes, sejam as suas próprias normas a remeter a disciplina de certos aspectos do exercício da função administrativa para normas de direito civil [por exemplo, o art. 185.º, 2, 3 b) CPA].

As relações entre o direito administrativo e o direito civil podem ainda analisar-se do prisma da influência mútua entre os dois ramos de direito. Assim, ao direito civil, cuja longa evolução lhe assegura o lugar de reposi-

tório comum de conceitos e institutos jurídicos de toda a ordem jurídica, podem ser creditadas, por exemplo, as bases do conceito de contrato administrativo (*infra*, t. III) e da teoria da responsabilidade civil da administração (*infra*, t. III), bem como o princípio da boa fé (*infra*, 10-29 ss.). Por outro lado, a teoria do acto administrativo (*infra*, t. III) influenciaria a construção da figura do acto (e particularmente do negócio) jurídico unilateral do direito civil; a teoria da imprevisão (*infra*, t. III), nascida no direito dos contratos administrativos, foi transposta para o direito civil e viria a desembocar no instituto da alteração de circunstâncias (art. 437.º CC); paradoxalmente, a disciplina normativa de alguns contratos administrativos, como o de empreitada de obras públicas (*infra*, t. III), atingiu já um tal grau de depuração que está hoje em posição de influenciar a disciplina normativa dos contratos homólogos de direito civil (as partes nos contratos civis de empreitada elegem frequentemente como regime jurídico aplicável o das empreitadas de obras públicas e a doutrina discute mesmo se este último não deverá aplicar-se subsidiariamente, no caso de lacunas do primeiro, mesmo na ausência de expressão determinação negocial).

61 A transição do Estado liberal de direito para o Estado social de direito – e portanto, de uma administração mínima para uma administração que intervém em domínios anteriormente considerados como reservados à sociedade (*infra*, 4-6, 4-13) – implicou necessariamente que normas de direito administrativo tivessem passado a regular domínios da vida que anteriormente eram regulados apenas por normas de direito privado. Isto aconteceu sobretudo no direito comercial e no direito do trabalho (*infra*, 3-63, 3-66), mas também no direito civil: por exemplo, as normas do CC sobre direitos reais não podem sequer ser compreendidas caso não se tenham em consideração os condicionamentos, limites e restrições de direito administrativo que impendem sobre tais direitos (por exemplo, a necessidade de autorização ou licenciamento para construção, os limites ao poder de construir impostos pelos planos de gestão territorial e as restrições, que podem ir até à extinção de direitos, impostas pelas expropriações e requisições por utilidade pública). Esta convergência entre direito público e direito privado na regulação dos mesmos segmentos da vida social levanta problemas altamente complexos, designadamente o de saber se a permissão administrativa do exercício de uma determinada activi-

dade por um particular tem necessariamente um efeito de exclusão da ilicitude de eventuais efeitos danosos daquela resultantes (problema do eventual efeito conformador de relações jurídicas privadas pelos actos administrativos: *infra*, t. III).

Estas situações acrescem aos tradicionais campos de interacção entre direito administrativo e direito civil, em que actividades desenvolvidas ao abrigo de normas de direito civil desencadeiam a intervenção de autoridades administrativas, de modo a assegurar interesses públicos fundamentais: por exemplo, determinados factos pessoais reais ou negociais têm que ser obrigatoriamente praticados (por ex., art. 875.º CC) e/ou registados (por ex., art. 1.º, 1 CRC, art. 2.º, 1 CRPred, art. 3.º CRCCom) perante entidades administrativas (notários e conservadores do registo) que asseguram a respectiva fé pública.

b) Direito comercial

Enquanto direito por excelência de enquadramento das actividades mercantis numa economia capitalista, o direito comercial liberal estava nos antipodas do direito administrativo: a separação entre o Estado e economia era uma consequência inevitável da separação entre Estado e sociedade; a interferência da administração no funcionamento do mercado levaria, no ideário liberal, à perturbação do equilíbrio para o qual a sociedade tendia por natureza (*infra*, 4-6). Esta lógica foi invertida nas experiências anti-liberais do século XX, em que o mercado era tido por incompatível com a prossecução pelo Estado de determinados interesses colectivos ou nacionais (*infra*, 4-20 ss.); mesmo no Estado Novo português, a economia de mercado coexistia com uma forte presença pública na economia, traduzida, designadamente, na fixação de preços administrativos e no condicionamento industrial, bem como na existência dos organismos corporativos e de coordenação económica; o direito administrativo surgia assim a estabelecer limites, por vezes muito acentuados, à liberdade dos agentes económicos.

O regime económico que, em Portugal, emergiu após a revolução de 1974 estava marcado por uma visão marcadamente colectivista da economia; após as nacionalizações de 11 de Março de 1975, acentuou-se uma tendência, que já vinha do regime político anterior, para o alargamento do sector empresarial do Estado e, portanto, para a sua intervenção directa na

economia, favorecida por leis que vedavam amplos sectores à iniciativa privada. As empresas públicas passaram assim a exercer actividades anteriormente típicas apenas dos comerciantes e, mesmo, parcialmente regidas pelo direito comercial.

65 A liberalização do regime económico, que se verificou sobretudo após a revisão constitucional de 1989, aproximou Portugal das restantes economias de mercado de tipo ocidental. A intervenção pública na economia diminuiu drasticamente, embora ainda subsista, sobretudo na figura das sociedades comerciais de capitais públicos, hoje também consideradas empresas públicas, sujeitas fundamentalmente a um regime de direito comercial mas também reguladas em parte pelo direito administrativo (*infra*, t. II). Para além de pontos de contacto com o direito administrativo, comuns àqueles que com ele mantêm o direito civil (por exemplo, a sujeição de alguns actos jurídicos à intervenção notarial ou registal), o direito comercial cruza-se com o direito administrativo quando este estabelece condicionamentos (licenciamento, autorização ou concessão) ao exercício de determinadas actividades comerciais (por exemplo, o regime do licenciamento industrial instituído pelo Decreto-Lei n.º 69/2003, de 10 de Abril) e lhes fixa termos e limites (por exemplo, quanto a horários de funcionamento de estabelecimentos comerciais: Decreto-Lei n.º 48/96, de 15 de Maio), bem como nas situações em que a lei atribui a órgãos administrativos o poder de fiscalizar o exercício de actividades comerciais (Inspeção Geral das Actividades Económicas: Decreto-Lei n.º 269-A/95, de 19 de Outubro). A interferência pública tende a limitar-se hoje, em regra, ao necessário para assegurar a preservação de determinados interesses públicos fundamentais (a saúde pública, a protecção dos consumidores, o respeito das regras de concorrência) — ou seja, a ser uma actividade eminentemente de *regulação*.

c) *Direito do trabalho*

66 Tal como hoje o conhecemos, o direito do trabalho é um ramo de direito de autonomização recente, pois a teoria económica liberal era avessa à disciplina dos vínculos laborais mediante um quadro de princípios diverso daquele do direito civil: o CC ainda o refere entre os contratos civis em especial, embora remetendo a sua disciplina para lei especial (art. 1152.º-1153.º CC). O Estado social de direito veio dar tradução jurídica

a uma preocupação crescente de protecção do trabalhador, parte tida como mais fraca na relação laboral. O direito do trabalho cruza-se frequentemente com o direito administrativo, na medida em que incumbe à administração o controlo das limitações jurídicas impostas à configuração interprivada das relações laborais por determinados interesses públicos. É o que se passa com o registo de determinados contratos de trabalho (por exemplo, os contratos com praticantes desportivos: art. 6.º da Lei n.º 28/98, de 26 de Junho; os contratos de trabalho no domicílio: art. 5.º do Decreto-Lei n.º 440/91, de 14 de Novembro), com a fiscalização das condições de efectivação das prestações laborais e do respeito pela legislação laboral em geral, que incumbe à IGT (Decreto-Lei n.º 102/2000, de 2 de Junho), bem como, num plano diferente, com as restrições impostas ao exercício do direito à greve quando estejam em causa sectores de actividade essenciais (591.º-606.º CT).

Outro ponto de contacto entre o direito administrativo e o direito do trabalho é o direito da função pública. Tendo por objecto o exercício da função administrativa, o direito da função pública é direito administrativo especial, mas apresenta enormes afinidades estruturais com o direito do trabalho, uma vez que disciplina a relação jurídica materialmente laboral que se estabelece entre determinadas pessoas colectivas integrantes da administração pública (a CRP refere-se aos «trabalhadores da função pública»: art. 269.º, 1 CRP). Na verdade, muitas normas aplicam-se simultaneamente à função pública e às relações laborais privadas (por exemplo, as relativas aos direitos fundamentais dos trabalhadores: arts. 53.º-57.º CRP; diversas normas reguladoras do contrato individual de trabalho: art. 5.º do diploma preambular do CT) e, noutros casos, embora com fontes diferentes, são substancialmente idênticas as soluções dadas a problemas idênticos pelo direito da função pública e pelo direito do trabalho. Actualmente, o direito do trabalho é já aplicável às relações de emprego numa parte da administração pública (designadamente, no âmbito administração estadual indirecta e, em particular, das empresas públicas); a crescente pressão para a aceitação da sua aplicação às relações de emprego no âmbito do próprio Estado traduz-se na discussão acerca da generalização do recurso ao contrato de trabalho de direito privado na administração pública em domínios que não envolvam o exercício directo e imediato de poderes de autoridade.

3. Direitos transversais

68 A ultrapassagem da separação liberal entre Estado e sociedade e a emergência do Estado social de direito (*infra*, 4-14) conduziram ao aparecimento de sectores da vida social objecto de regulação, quer por normas de direito privado, quer por normas de direito público (*supra*, 3-9). Esta realidade, que traduz uma confluência ou concorrência de interesses públicos e interesses privados numa disciplina jurídica, deu origem à autonomização de ramos de direito transversais, no sentido de atravessarem diversos ramos de direito de fronteiras tradicionalmente delimitadas, como o direito civil, o direito penal e o direito administrativo. Exemplos eloquentes destes novos ramos de direito são o direito do urbanismo e o direito do ambiente, que incorporam normas de raiz milenar dos direitos reais e normas de direito administrativo (especial: *supra*, 3-6 ss.) e penal nascidas com o Estado social de direito. A autonomia destes ramos de direito é meramente funcional e não estrutural; e não teve como consequência a superação das fronteiras entre aqueles de que parte. Assim, é frequente continuar a estudar-se apenas o direito administrativo, penal ou civil do ambiente ou do urbanismo, por vezes sem grande atenção aos complexos normativos oriundos de sectores diferentes da ordem jurídica. As tentativas de abordagem integrada destes direitos transversais esbarram, por vezes, em dificuldades quase inultrapassáveis – ou, pelo menos, indistigáveis – suscitadas pelo carácter não racional mas histórico-cultural da separação de ramos de direito e pelo seu desenvolvimento legislativo descoordenado. Estas afirmações aplicam-se também, ainda que de forma para já menos intensa, a outras áreas de confluência privatística e administrativa, da banca e dos seguros aos transportes e ao consumo.

4. Aplicação do direito privado à administração

69 O exercício da função administrativa implica, prototipicamente, que a administração pública aja ao abrigo de normas jurídicas que assegurem a primazia do interesse público, mediante a atribuição de poderes e a adscrição a vinculações especiais; este direito comum da função administra-

tiva é o direito administrativo (*supra*, 3-1). No entanto, ocorrem por vezes situações em que o interesse público não é tratado pela ordem jurídica como primando sobre os interesses particulares com ele relacionados, mas antes como estando situado no mesmo plano que estes; se o interesse público em causa não se sobrepõe aos interesses privados envolvidos, estamos em face de actividade de gestão privada da administração pública, regida pelo direito privado. Por vezes sustenta-se que a paridade no tratamento dos interesses públicos e privados em presença existe como consequência da disciplina de determinado segmento da função administrativa pelo direito privado, mas não é assim: essa paridade é um *presuposto* da regulação pelo direito privado. O que sucede é, por vezes, ser a própria lei a formular o resultado da ponderação entre interesses públicos e privados e a determinar directamente a sujeição da actividade administrativa ao direito privado.

70 Outra questão é a de saber se, fora dos casos em que a lei expressamente o determine, a administração dispõe de uma qualquer discricionariedade de escolha entre submeter-se ao direito público ou ao direito privado. Nas situações em que a prossecução do interesse público implique a sua primazia, mesmo que apenas potencial, sobre os interesses privados em presença, a administração não pode subtrair-se ao direito administrativo; só nas restantes situações pode a administração optar entre a submissão ao direito administrativo ou ao direito privado. Os pressupostos dessa liberdade são, no entanto, totalmente vinculados, pelo que será ilegal uma decisão administrativa de actuar segundo o direito privado quando da ponderação entre os interesses públicos e privados em presença resulte a necessária supremacia dos primeiros.

De qualquer modo, tenha-se em atenção que o direito privado aplicável à função administrativa nunca é idêntico ao direito privado aplicável às puras relações interprivadas. Com efeito, a actuação administrativa é sempre conformada por numerosos princípios constitucionais e legais (*infra*, 8, 9-39, 10) e por normas de direito administrativo que definem o fim a prosseguir, a competência subjectiva e objectiva para a prática dos actos e, eventualmente, a forma e as formalidades que estes devem respeitar (*infra*, 9-37; e está sempre limitada pelos direitos fundamentais, em termos não inequivocamente coincidentes com os aplicáveis à actividade privada (art. 18.º, 1 CRP).

71 Questão diferente é a de saber qual o eventual papel do direito privado no âmbito da actividade administrativa de gestão pública, designadamente se, atento o carácter fragmentário, aberto e lacunar do direito administrativo, as suas normas poderão aplicar-se subsidiariamente ao exercício da função administrativa. Como se viu, a aplicação subsidiária do direito privado (mais concretamente, civil) à função administrativa era a consequência lógica das concepções que viam o direito administrativo como um direito excepcional ou especial em relação ao direito privado. Sendo hoje o direito administrativo o direito comum da função administrativa (*supra*, 3-1), não existe qualquer fundamento genérico para uma tal aplicação subsidiária. Assim, o direito privado só será subsidiariamente aplicável à actividade administrativa de gestão pública na medida em que tal seja expressamente determinado por normas de direito administrativo [por exemplo, art. 185.º, 2, 3, b) CPA] ou, quando muito, quando possam extrair-se delas, não apenas princípios de direito privado, mas princípios aplicáveis em todos os sectores da ordem jurídica e, no fundo, parte da teoria geral do direito.

72 Seja qual for o seu título (actividade de gestão privada ou remissão legal), as normas de direito privado aplicáveis ao exercício da função administrativa têm, no entanto, que ser sistemática e teleologicamente integradas, devendo ser entendidas à luz daquelas outras que disciplinam o seu estatuto comum — as normas de direito administrativo. Assim, a interpretação das normas de direito privado pode conduzir a resultados muito diversos daqueles a que se chegaria caso se tratasse da regulação de relações interpretadas. Por isso, alguma doutrina alemã (já com acolhimento em alguma doutrina e jurisprudência administrativa portuguesa) fala, a este propósito e com propriedade, num *direito privado administrativo* (por ex., Maria João Estorninho, *A fuga para o direito privado*, 121-137).

IV. A ciência do direito administrativo

1. Objecto

73 A ciência do direito administrativo é o capítulo da ciência do direito que tem por objecto o direito administrativo. Por extensão, a ciência do

direito administrativo ocupa-se igualmente do direito privado administrativo (*supra*, 3-72). Tradicionalmente, por razões históricas (*supra*, 3-55), cobria ainda o direito processual administrativo, tendência ultrapassada pela evolução legislativa e científica das últimas décadas, que culminou na sua integral autonomização enquanto ramo de direito.

2. A evolução da ciência do direito administrativo em Portugal

Depois do início do ensino do direito público português, sob forte 74 influência francesa, em 1853, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, foi criada a disciplina de «Direito administrativo e princípios da administração», em cuja regência se notabilizaram Justino António de Freitas (*Instituições de direito administrativo português*, Coimbra, 1857, 2.ª ed. 1861) e José Frederico Laranjo (*Princípios e instituições de direito administrativo*, Coimbra, 1888). A passagem do século marcou a viragem no sentido das orientações positivistas sociológicas então dominantes em França (em 1901, a disciplina passou mesmo a denominar-se temporariamente «Ciência da administração e direito administrativo»); foi nesta fase que Guimarães Pedrosa publicou o seu *Curso de ciência da administração e direito administrativo* (Coimbra, 1908). Durante todo este período, a ciência do direito administrativo demonstrou uma evolução incipiente, uma escassa emancipação em relação a influências estrangeiras e uma recorrente promiscuidade com outras ciências sociais, designadamente a sociologia e a política. Característica foi também a ausência de qualquer teorização ou sequer sistematização da matéria da actividade administrativa, com os temas estudados a cingirem-se essencialmente à organização administrativa e ao contencioso administrativo.

Foi sob a influência da escola realista francesa, mas com abertura a 75 outros contributos, que surgiram, em Coimbra como na recém-criada Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1918), os primeiros estudos monográficos significativos de direito administrativo, publicados por professores como João Tello de Magalhães Collaço (*Concessões de serviços públicos. Sua natureza jurídica*, Coimbra, 1914; *A desobediência dos funcionários administrativos e a sua responsabilidade criminal*, Coimbra, 1917), Domingos Fêzas Vital (*A situação dos funcionários*, Coimbra, 1915; *Garan-*

tias jurisdicionais da legalidade na administração pública: França, Inglaterra e Estados Unidos, Bélgica, Alemanha, Itália, Suíça, Espanha e Brasil, Coimbra, 1938) e Martinho Nobre de Melo (*Teoria geral da responsabilidade do Estado. Indemnizações pelos danos causados no exercício das funções públicas*, Lisboa, 1914; *O estatuto dos funcionários. Estatuto legal*, Coimbra, 1915). O período, que coincide no essencial com a I República e partilha do seu fervilhar intelectual, é marcado por uma abertura ao estudo de novos temas, como a actividade administrativa e a responsabilidade civil da administração; foi, contudo, marcado pela falta de manuais de referência.

76 Esta falta viria a ser suprida por Marcello Caetano, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, figura que, desde 1933 até meados dos anos setenta, dominou o ensino, a elaboração doutrinária escrita, a anotação crítica à jurisprudência e a legislação fundamental no domínio do direito administrativo (*Do poder disciplinar no direito administrativo português*, Coimbra, 1932; *Manual de direito administrativo*, Coimbra, 1937-1973). Um jurista naturalista com forte componente positivista sociológica, temperada, em certa fase da sua obra, pela moda do positivismo normativista, e sempre com- pensada pela atracção da teoria geral do direito civil (sobretudo visível na primeira fase e no final da sua carreira como administrativista), as suas influências iniciais foram de origem francesa e italiana, mas subalternizou-as, a partir dos anos cinquenta, na procura de uma teorização autónoma para a realidade portuguesa. Cabe-lhe, entre outros, o mérito de ter sistematizado pela primeira vez toda a parte geral do direito administrativo português, legando quadros de raciocínio que se mantiveram actuais mesmo quando as concepções de fundo que integravam deixaram de o ser.

77 Marcello Caetano deixou na sua escola discípulos como (cronologica- mente e apenas na área do direito administrativo) Armando Marques Guedes (*A concessão. Estudo de direito, ciência e política administrativa. I – Natureza jurídica da concessão*, Coimbra, 1954; *O processo burocrático*, Lisboa, 1969), André Gonçalves Pereira (*Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa, 1962), Alberto Xavier (*O processo administrativo gracioso*, Lisboa, 1967; *Conceito e natureza do acto tributário*, Coimbra, 1972), Rui Machete (*Contribuição para o estudo das relações entre o processo administrativo gracioso e o contencioso*, Lisboa, 1969), José Manuel Sérvulo Correia (*Teoria da relação jurídica de seguro social*, Lisboa, 1968; *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987), Augusto de Athayde (*Poderes unilaterais da*

administração sobre o contrato administrativo, Rio de Janeiro, 1981), Jorge Miranda [«As associações públicas no direito português», RFDUL 27 (1986), 57], Fausto de Quadros (*Os conselhos de disciplina na administração consultiva portuguesa*, Lisboa, 1974; *A nova dimensão do direito administrativo. O direito administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra, 1999), José Robin de Andrade (*A revogação dos actos administrativos*, Coimbra, 1969) e, como aluno do seu último ano de ensino, Marcelo Rebelo de Sousa (*O pedido e a causa de pedir no recurso administrativo contencioso*, diss., Lisboa, 1972; *A natureza jurídica da universidade no direito português*, Lisboa, 1992).

Entretanto, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 78 sobressaíram neste período os nomes de Afonso Rodrigues Queiró e Rogério Ehrhardt Soares. O primeiro manifestou especial abertura à doutrina alemã, orientando-se num sentido mais dogmático-normativo, com raízes axiológicas, imprimindo à escola de Coimbra uma dimensão filosófica, um distanciamento da mera construção baseada no direito positivo e uma aproximação a novas correntes teóricas (*O poder discricionário da administração*, Coimbra, 1944; *Teoria dos actos de governo*, Coimbra, 1948). O segundo prosseguiu essa via, introduzindo na doutrina nacional problemáticas novas, sobretudo relacionadas com o advento do Estado social de direito (*Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955; *Direito público e sociedade técnica*, Coimbra, 1969). Referência merecem ainda Luiz da Cunha Valente, autor de uma brilhante tese de doutoramento hoje votada a um injusto esquecimento (*A hierarquia administrativa*, Coimbra, 1939) e, em plano menor, João de Melo Machado, autor da primeira monografia portuguesa de carácter geral sobre o contrato administrativo (*Teoria jurídica do contra- to administrativo*, Coimbra, 1936).

O administrativista mais destacado de Lisboa nos anos setenta a noventa 79 (na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e, depois, na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa) foi Diogo Freitas do Amaral. Ainda que num contexto diverso, também ele ensinou, doutrinou, criticou a jurisprudência e assumiu papel de relevo na elaboração legislativa, tendo procurado assegurar a continuidade da escola de direito administrativo de Lisboa na tradição de Marcello Caetano, de quem foi discípulo directo no domínio do direito administrativo. Inserem-se na nova geração de administrativistas formada sob a sua égide autores (alguns dos quais vieram a manifestar visões do direito admi-

nistrativo significativamente diversas da sua) como João Caupers (*A administração periférica do Estado*, Lisboa, 1994), Maria da Glória Dias Garcia (*Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Lisboa, 1994), Vasco Pereira da Silva (*Para um contencioso administrativo dos particulares*, Coimbra, 1989), *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996), Paulo Otero (*Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, Coimbra, 1992), *O poder de substituição em direito administrativo. Enquadramento dogmático-constitucional*, Lisboa, 1995; *Legalidade e administração pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2004) e Maria João Estorninho (*Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, 1990; *A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*, Coimbra, 1996). Os temas de eleição têm-se situado na área do direito administrativo geral, embora, mais recentemente, com maior desenvolvimento do estudo dos direitos administrativos especiais; em relação à fase anterior é detectável uma maior abertura à influência de direitos administrativos estrangeiros, particularmente o alemão.

Em Coimbra, a escola de Afonso Queiró e Rogério Soares foi continuada por J. J. Gomes Canotilho (*O problema da responsabilidade civil do Estado por actos lícitos*, Coimbra, 1974), Vital Moreira (*Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra, 1997; *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra, 1997), José Carlos Vieira de Andrade (*O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra, 1991) e Fernando Alves Correia (*As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*, Coimbra, 1982; *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, 1989). As evoluções mais recentes evidenciam uma certa convergência com a escola de Lisboa na maior atenção ao estudo do direito administrativo português positivo, com um acentuado interesse pelos direitos administrativos especiais (direito do ambiente, direito do urbanismo).

Mais recentemente, a ciência do direito administrativo tem florescido também no Porto: assim, na Universidade Católica, com Mário Aroso de Almeida (*Sobre a autoridade do caso julgado das sentenças de anulação de actos administrativos*, Coimbra, 1994; *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Coimbra, 2002) e na Universidade do Porto, com Luís Filipe Colaço Antunes (*A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*, Coimbra, 1989; *O procedimento administrativo de audição de impacto ambiental. Para uma tutela preventiva do ambiente*, Coimbra, 1998).

3. Ciências auxiliares da ciência do direito administrativo

Determinadas ciências que não a do direito administrativo podem auxiliar os cultores desta na compreensão do seu objecto. Assim, são ciências auxiliares da ciência do direito administrativo disciplinas científicas como a história e a filosofia da administração pública, a ciência e a filosofia política, a economia e as finanças públicas e, em especial, as ciências da administração.

As ciências da administração (*public administrative sciences*) abrangem, por sua vez, diversas disciplinas. A ciência da administração em sentido restrito, ou teoria da administração, estuda empírica e indutivamente a administração pública, em sentido orgânico e material. A sociologia da administração estuda as relações entre os fenómenos administrativos e os outros fenómenos sociais. A psicologia administrativa estuda os comportamentos dos concretos titulares dos órgãos e dos agentes administrativos. A política administrativa, da qual é parte a chamada reforma da administração, é o capítulo da ciência política que se ocupa do enquadramento da administração nos fenómenos políticos ou do poder político em geral. A legística administrativa debruça-se sobre a feitura e aplicação da legislação em matéria administrativa. A administração comparada compara, a nível microscópico como a nível microscópico, diversas realidades estaduais e infra-estaduais em matéria administrativa.

A visão das ciências da administração com esta amplitude é predominantemente anglo-saxónica, de inspiração sociológica, empirista e indutiva (com origem em Woodrow Wilson), curiosamente com afinidades em relação a algumas perspectivas germânicas, enraizadas nas ciências camaras e em construções filosóficas e sociológicas independentes do fenómeno jurídico, mesmo quando não o desconhecendo (como sucede com a obra monumental de Lorenz von Stein, geralmente considerado o pai das ciências da administração europeias); outra é já a aproximação estritamente sociológica de Max Weber. Diferente é a perspectiva francesa das ciências da administração, amiúde cultivadas em ligação à ciência do direito administrativo, perspectiva essa mais abstracta, deductiva e conceptual (por exemplo, Bonnin, Vivien, Laferrière, em França, e Romagnosi e, mais tarde, Orlando, em Itália). No entanto, ao longo do século XX, sobretudo na sua segunda metade, ocorreu uma certa convergência de enfoques, da teoria da administração à sociologia, à economia, à geografia, à psicologia e à política administrativas (por exemplo, na Alemanha,

N. Luhmann, Morstein Marx; em França, G. Langrod, J. Chevalier, D. Loschak, G. Timsit; em Itália, S. Cassese).

83 Em Portugal, a visão francesa dominou entre os anos trinta e sessenta do século vinte (com relevo para Marcello Caetano). A partir daqui multiplicaram-se os estudos de ciências da administração provenientes dos campos da economia, sociologia, ciência política e administração pública, impulsionados pela criação do Instituto Nacional de Administração. Os anos noventa do século XX trouxeram um novo interesse da doutrina jurídica portuguesa pelo estudo das ciências da administração, de que foram exemplos primeiros os trabalhos de João Caupers (*A administração periférica do Estado*, Lisboa, 1994) e António Cândido de Oliveira (*Direito das autarquias locais*, Coimbra, 1993).

4. Método da ciência do direito administrativo

84 Nada existe no direito administrativo que imponha, em geral, uma perspectiva do fenómeno jurídico-administrativo diferente daquela do direito como um todo. A concepção aqui adoptada é a do direito como tradução de valores num sistema aberto de regras e princípios, cuja aplicação depende de operações de concretização casuística. Deste entendimento decorre que o direito tem uma dimensão axiológica, uma dimensão estrutural, uma dimensão volitiva ou política e uma dimensão normativa; a sua validade pode, assim, ser axiológica, empírica ou formal, conforme decorra das dimensões axiológica, estrutural ou normativa.

85 Uma tal uniformidade não se pode afirmar em relação ao método da interpretação jurídica, uma vez que existe uma ligação indissociável entre os métodos científicos e os seus objectos: apesar de todos os ramos de direito serem dimensões do jurídico, pelo que alguma semelhança há-de existir entre os respectivos métodos, o direito administrativo apresenta especificidades estruturais que se estendem ao método da ciência que o tem por objecto.

86 Isto bastaria para excluir a aplicabilidade ao direito administrativo do método jurídico tradicional, para o qual a interpretação é um processo da extração de sentidos pré-contidos nas disposições normativas, distinta da subsumção de factos às respectivas previsões. Esta concepção, em si mesma hoje largamente contestada para os restantes ramos de direito, é, por maioria de razão, inadequada para um direito fragmentário, principioló-

gico, com intencionais espaços de abertura (*infra*, 8-40, 9) e que, por tais motivos, remete parcialmente as respectivas soluções para o caso concreto. A ciência do direito administrativo reclama, assim, um método capaz de captar as múltiplas configurações que os princípios e regras de direito administrativo podem assumir no caso concreto e que permita reconduzir ao sistema os resultados das ponderações casuísticas efectuadas. Mas isso não significa cair na tópica, pois esta, na sua consagração absoluta, envolve a negação da sistematicidade e a incontrolabilidade racional do processo interpretativo, que contrariam o imperativo de segurança dos métodos decorrente do princípio do Estado de direito e levam, em última análise, à dissolução da interpretação e do próprio direito como ciência.

O método correcto da ciência do direito administrativo deve, portanto, ultrapassar o conceito de subsumção e lograr a abertura do processo interpretativo ao caso concreto, sem deixar de satisfazer as exigências de clareza, controlabilidade e segurança dos seus resultados. Isto implica, em vez de mera interpretação no sentido tradicional, uma concretização consuetiva dos sentidos normativos através de elementos retirados do enunciado textual das normas (que é limite e ponto de partida da interpretação) e do caso concreto, operação que pode passar por uma ponderação entre princípios colidentes. A interpretação não é um momento, mas um procedimento no decurso do qual são invocados e considerados pró e contra-argumentos. O resultado interpretativo correcto será aquele que se mostre susceptível de gerar consenso entre os participantes (*H. Ehmke*, «Prinzipien der Verfassunginterpretation», 181: «todos os pensantes racionais e justos») de um procedimento discursivo ideal, implementado de acordo com as condições e regras do discurso prático-racional jurídico; pode, pois, afirmar-se que a «interpretação é argumentação» (*R. Alexy*, «Juristische Interpretation», 78).

Por fim, a ciência do direito administrativo não pode ser alheia aos fluxos bidireccionais que se estabelecem entre as ordens jurídicas constitucionais e administrativas: problemas como a estrutura da administração pública, a teoria das pessoas colectivas e dos órgãos administrativos, o princípio da legalidade e os demais princípios constitucionais de direito administrativo, a teoria geral do acto jurídico-público, a separação e interdependência de poderes e, em geral, todos os temas que se suscitam a propósito das relações entre a Administração, a lei e a Constituição, não

podem ser satisfatoriamente resolvidos através de ópticas parcelares. Assim, a afirmação das escolhas constitucionais deve ser vivificada na elaboração da dogmática administrativa mediante a evocação permanente do primado constitucional.

Bibliografia sobre o § 3: Sobre o direito administrativo em geral, D. Freitas do Amaral, «Direito administrativos», DJAP IV (1991), 17; F. Alves Correia, «Direito administrativos», in *Alguns conceitos de direito administrativo*, Coimbra, 1998, 25; H. Bauer, «Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?», DV 25 (1992), 301; H. Faber, «Die allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsgeetz», in F. Zehner (org.), *Festschrift für H.-E. Folz*, Vienna, 2003, 53; P. Häberle, «Auf dem Weg zum Allgemeinen Verwaltungsrecht», BayVBl (1977), 442; J. Masing, «Stand und Entwicklungstendenzen eines Regulierungsverwaltungsrechts», in H. Bauer (org.), *Ins publicum europaeum*, Estugarda, 2002, 161; E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsgeetz. Grundlagen und Aufgaben der verfassungsrechtlichen Systembildung*, Munique, 1998; J. Chevalier, *Le droit administratif en mutation*, Paris, 1993, **Sobre o âmbito do direito administrativo, M. Taggart (org.), *The province of administrative law*, Oxford, 1999. **Para uma panorâmica dos direitos administrativos especiais**, F. Alves Correia, *Manual de direito do urbanismo*, Coimbra, 2001; J. M. Sêrvulo Correia, «Policia», DJAP 6 (1994), 393; L. S. Cabral de Moncada, *Direito económico*, Coimbra, 2000; A. F. Neves, *Relação jurídica de emprego público. Movimentos fractais. Diferença e repetição*, Coimbra, 1999; I. Neves, *Direito da segurança social. Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, Coimbra, 1996; J. L. Saldanha Sanches, *Manual de direito fiscal*, Coimbra, 2002; V. Pereira da Silva, *Verde cor de direito. Lições de direito do ambiente*, Coimbra, 2002; M. J. Tomé, «Direito de segurança social», DJAP 1.º sup. (1998), 439; C. Blanco de Moraes/A. Araújo/A. Leirão, *O direito da defesa nacional e das forças armadas*, Lisboa, 2000, 27, 407, 439; M. A. Vaz, *Direito económico. A ordem económica portuguesa*, Coimbra, 1998; B. Bender/R. Sparwasser/R. Engel, *Unweltsrecht*, Heidelberg, 4.ª ed.; W. Brohm, *Öffentliches Baurecht*, Munique, 2002; K. Finckelburg/K.-M. Orloff, *Öffentliches Baurecht*, Munique, 1994; M. Kloepper, *Unweltsrecht*, Munique, 1998; B. Pieroth/B. Schlink/M. Kriesel, *Pelizer- und Ordnungsrecht*, Munique, 2002; J. Wolff, *Unweltsrecht*, Munique, 2002; P. Dell'Anno, *Manuale di diritto ambientale*, Milão, 1995; N. Assini (org.), *Manuale di diritto urbanistico*, Milão, 1991; J.-B. Aubry/H. Pénit-Marquet, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Paris, 1992. **Sobre as características do direito administrativo**, M. P. Gomes de Carvalho, *Codificação em direito administrativo*, Lisboa, 1935; A. Rodrigues Queirós, «Codificação», DJAP II (1990), 453; R. Ehrhardt Soares, «A propósito de um projecto legislativo: o chamado Código do Procedimento Administrativo Gracioso», RJ 115 (1982), in 14; idem, «Codificação do procedimento administrativo hoje», DJ (1992), 17; idem, «A administração pública e o procedimento administrativo», SI (1992), 195; M. Rebelo de Sousa, «Um código autárquico para o ano 2000?», in *ATAM – XVII Colóquio Nacional*, Póvoa de Varzim, 1997, separata. **Sobre a função do direito administrativo**, J. C. Vieira de Andrade, *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra, 1992, 65; L. F. Colaço Antunes, *Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração. Tradição e reforma*, Coimbra, 2000; idem, *O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI. Algumas questões*, Coimbra, 2001, esp. 11; P. Machete, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, Lisboa, 1996, esp. 505; V. Pereira da Silva, *Para um concetionamento administrativo dos particulares. Esboço de uma teoria subjunctiva do recurso***

directo de amulação, Coimbra, 1989. Sobre as fontes do direito administrativo em geral, J. C. Vieira de Andrade, «O ordenamento jurídico-administrativo português», in AAVV, *Conteúdo administrativo*, Braga, 1986, 33. Sobre a Constituição, D. Freitas do Amaral: «Direitos fundamentais dos Administrados», in Jorge Miranda (org.): *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986, 9; J. Robert, «Droit administratif et droit constitutionnel», RDP 4 (1998), 971. Sobre o direito comunitário, J. M. Albuquerque Calheiros, «Algumas breves considerações sobre o princípio da interpretação conforme do direito interno face às diretivas comunitárias», DDC 45/46 (1991), 7; P. Pita e Cunha, *A Constituição europeia: um olhar crítico sobre o projeto*, Coimbra, 2003; P. Pita e Cunha/N. Ruiz, «O ordenamento jurídico comunitário e o direito interno português», ROA (1995), 341; A. M. Guerra Martins, *O projeto de Constituição europeia. Contribuição para o debate sobre o futuro da União*, Coimbra, 2003; A. D'Oliveira Martins, «A europeização do direito administrativo português», in *Estudos de homenagem a Cunha Rodrigues*, II, Coimbra, 2001, 999; E. de Quadros, *A nova dimensão do direito administrativo. O direito administrativo português na perspectiva comunitária*, Coimbra, 1999; M. Rebelo de Sousa, «A transposição de diretivas comunitárias para a ordem jurídica nacional», Leg. 4/5 (1992), 69; J. L. Cruz Vilaça, «A propósito dos efeitos directos das diretivas na ordem jurídica dos Estados-membros», CJA 30 (2001), 3; S. Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluss*, Tübingen, 1999; E. Klein, «Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedsstaaten», Der Staat (1994-I), 39; K. H. Ladeu, *The europeanisation of administrative law: transforming national decision-making procedures*, Aldershot, 2002; E. Schimide-Aßmann, «Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts», in *Festschrift P. Lerche*, München, 1993, 513; idem, «Die Europäisierung des Verwaltungsrechts», in E. Schimide-Aßmann et al., *Festschrift 50 Jahre Bundesverwaltungsgerichts*, Colonia, 2003, 487; J. Schwarze (org.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluß*, Baden-Baden, 1996; J. Ziller, «Droit administratif et droit communautaire: du bon usage du principe de subsidiarité», in *Mélanges René Chapus*, Paris, 1992, 681; S. Cassese, «L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali», RIDUPC (1993), 329 [= «Der Einfluss des gemeinschaftsrechtlichen Verwaltungsrechts auf die nationalen Verwaltungrechtssysteme», Der Staat (1994), 25]; M. P. Chiti (org.), *Pubblica amministrazione e integrazione europea*, Firenze, 1997. Sobre o regulamento, J. M. Coutinho de Abreu, *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*, Coimbra, 1987; J. M. Ferreira de Almeida, «Regulamento administrativo», DJAP VII (1996), 194; L. Pereira Coutinho, «Regulamentos independentes do Governo», in Jorge Miranda (org.): *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, III, 1979; L. Cabral de Moncada, *Lei e regulamento*, Coimbra, 2002, 987-1026; A. Rodrigues Queiró, «Teoria dos regulamentos», RDES 27 (1980), 1; 1 (1982), 5. Sobre o «direito circularatório», J. L. Saldanha Sanches, *A quantificação da obrigação tributária. Divergências de cooperação, autoavaliação e análise administrativa*, Lisboa, 2000, 155-166; C.-F. Menger, «Verwaltungsrichtlinien – autonome Rechtsetzung durch die Exekutive?», SHS 50 (1972), 299; F. Ossenbühl, *Verwaltungsverordnungen und Grundgesetz*, Bad Homburg/Berlin/Münich, 1968; L. Osterloh, «Typisierende Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht – BriefGE 78, 214», JuS (1990), 1000; H.-H. Schefler, «Wachsende Bedeutung der Verwaltungsvorschriften», DÖV (1980), 236; W. Rüdiger-Schenke, «Der Rechtsschutz des Bürgers gegen Verwaltungsvorschriften», DÖV (1979), 622; A.-H. Rupp, «Die „Verwaltungsvorschriften“ im grundgesetzlichen Normsystem. Zum Wandel einer verfassungsrechtlichen Institution», JuS (1975), 609; W. Schmidt, *Gesetzvollziehung durch Rechtssetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften und zur „Selbstbindung der Verwaltung“*, Bad Homburg/Berlin/Zürich, 1969; J. Wolf, «Die Kompetenz der Verwaltung

zur "Normsetzung" durch Verwaltungsvorschriften", DÖV (1992), 849; M. S. Giannini, "Circolare", ED VII (1960), 1; E. Carelani, *Aspetti e attualità delle circolari normative della pubblica amministrazione*, RTDP (1993), 999; idem, *Contributo allo studio delle direttive interorganiche*, Turim, 1999. Sobre o costume, A. Rodrigues Queiró, "O costume não é fonte imediata de direito administrativo", RLJ 3227 (1962), 223; idem, "Fontes não voluntárias de direito administrativo", RDES (1976), 1; idem, "Costume", DJAP III (1990), 277. Sobre a jurisprudência, J. M. Cardoso da Costa, "A jurisprudência constitucional portuguesa em matéria administrativa", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, 177. Sobre a hierarquia das fontes de direito administrativo, A. Cordeiro, "Hierarquia das fontes de direito", DJAP IV (1991), 84; M. L. Duarte, "O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, s.d., 667; A. Salgado de Matos/J. Taborda da Gama, "O prazo para o exercício do direito à restituição dos emolumentos notariais indevidamente cobrados", Fisc. 9 (2002), 103; A. Rodrigues Queiró, "A hierarquia das normas de direito administrativo português", BFDUC 58-II (1982), 775; M. Rebelo de Sousa/S. Galvão, *Introdução ao estudo do direito*, Lisboa, 2000, 180-184; Th. Schilling, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlin, 1991, esp. 49-188. Sobre as relações entre direito administrativo e direito constitucional, L. F. Colaço Antunes, *O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI. Algumas questões*, Coimbra, 2001, 123; J. J. Gomes Canotilho, "O direito constitucional passa, o direito administrativo passa também", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, 705; V. Moreira, "Constituição e direito administrativo (a "Constituição administrativa" portuguesa)", in J. M. Antunes Varela/D. Freitas do Amaral/J. Miranda/J. J. Gomes Canotilho (org.), *Ab uno, ad omnes. 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, 1141; V. Pereira da Silva, *O conteúdo administrativo como "direito constitucional concretizado" ou "ávida por concretizar"?*, Coimbra, 1999; G. Dürig, "Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat", JZ (1953), 193; O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1924, VI; F. Werner, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", DVBl. (1959), 527; J. Robert, "Droit administratif et droit constitutionnel", RDP 4 (1998), 971. Sobre as relações entre direito administrativo e direito penal, particularmente quanto à acessoriedade administrativa do direito penal e ao efeito justificador dos actos administrativos, T. Quintela de Brito, ADA (1995), 331; M. Carmona, *O acto administrativo com efeito conformador de relações jurídicas entre particulares*, diss., Lisboa, 2002, 60-76; M. F. Palma, "Direito penal do ambiente. Uma primeira abordagem", in D. Freitas do Amaral/M. Tavares de Almeida (org.), *Direito do ambiente*, Oeiras, 1994, 431; R. Breuer, "Konflikte zwischen Verwaltung und Strafverfolgung", DÖV (1987), 169; idem, "Probleme der Zusammenbarkeit zwischen Verwaltung und Strafverfolgung auf dem Gebiet des Umweltschutzes", AoR (1990), 448; idem, "Verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Umweltschutz. Vom ersten zum zweiten Umweltschutzgesetz", JZ (1994), 1077; M. G. Faure/J. C. Oudijk, "Die strafrechtliche Überprüfung von Verwaltungsakten im Umweltrecht", JZ (1994), 86; M. Gerhardt, "Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht", BayVbl. (1990), 549; G. Heine, "Verwaltungsakzessoriat des Umweltschutzrechts", NJW (1990), 2425; H. D. Jarass, "Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht", VVDStRL (1991), 238; C. Marx, *Die behördlichen Genehmigungen im Strafrecht*, Baden-Baden, 1993; K. Sach, *Genehmigung als Schutzschild*, Berlin, 1994; H. Samson, "Konflikte zwischen öffentlichem und strafrechtlichen Umweltschutz", JZ (1988), 800; G. Wagner, *Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit*, Colonia/Berlin/Bona/Munich, 1989, 22-39; W. Winkelbauer,

"Die Verwaltungsabhängigkeit des Umweltschutzrechts", DÖV (1988), 723. Sobre o direito disciplinar, L. Vasconcelos Abreu, *Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o processo penal*, Coimbra, 1993. Sobre a influência do direito privado na construção do direito administrativo, S. Martín-Retortillo Baquer, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, 1996. Sobre as relações entre direito administrativo e direito privado, J. Caupers, "Situação jurídica comparada dos trabalhadores da administração pública e dos trabalhadores abrangidos pela legislação reguladora do contrato individual de trabalho", RDES (1989), 243. Sobre os problemas suscitados pela convergência de regulações jurisdiccionais e jusprivadas e, em particular, sobre o efeito dos actos administrativos nas relações jurídicas privadas, M. Carmona, *O acto administrativo com efeito conformador de relações jurídicas entre particulares*, diss., Lisboa, 2002; J. J. Gomes Canotilho, "Actos autoritativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais", RFEDUC (1993), 1; idem, "Relações jurídicas poligonais. Ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo", RJUA 1 (1994), 55; F. P. Oliveira, "As licenças de construção e os direitos de natureza privada de terceiros", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, 991; R. Bartschperger, "Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts", VerwArch (1969), 35; R. Breuer, "Baurechtlicher Nachbarschutz", DVBl. (1983), 431; G. Gaentzsch, "Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts", NVwZ (1986), 601; J. W. Gerlach, "Die Grundstrukturen des privaten Umweltrechts im Spannungsverhältnis zum öffentlichen Recht", JZ (1988), 161; H. D. Jarass, "Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht", VVDStRL (1991), 238; P. Kirchhof, *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung*, Heidelberg/Karlsruhe, 1978; K. Kleinlein, "Neues zum Verhältnis von öffentlichem und privatem Nachbarrecht", NVwZ (1982), 668; P. Marburger, "Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts", in *Verhandlungen des sechzigsten Deutschen Juristentages – Gutachten C. I. Munique*, 1986, C1; F. Ossenbühl, "Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht", DVBl. (1990), 963; F.-J. Peine, "Öffentliches und privates Nachbarrecht", JuS (1987), 169; idem, "Privatrechtsgestaltung durch Anlagenehmigungen", NJW (1990), 2442; P. Preu, *Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichen Dienstschutzes*, Berlin, 1992; J. Schapp, *Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Nachbarrecht*, Berlin, 1978; K. M. Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliches Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*, Berlin, 1992; M. Schröder, "Öffentliches und privates Nachbarrecht oder: Einheit der Umwelt-Rechtsordnung", in K. Schmidt (org.), *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung*, Berlin, 1994, 99; A. Seidel, *Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Nachbarschutz*, Munique, 2000; G. O. Van Veldhuizen, *Die privatrechtsgehaltene Wirkung des öffentlichen Rechts im Umweltschutzrecht*, Frankfurt, 1994; G. Wagner, *Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit*, Colonia/Berlin/Bona/Munich, 1989; J. Egge Fernández, *Acción negatoria, inmisión y defensa de la propiedad*, Madrid, 1994. Sobre os registos e notariado, M. Esteves de Oliveira, "A publicidade, o notariado e o registo públicos de direitos privados", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, 471. Sobre a aplicação do direito privado à administração, M. J. Estorninho, *A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*, Coimbra, 1996; M. G. Dias Garcia, "As transformações do direito administrativo na utilização do direito privado pela administração pública. Reflexões sobre o lugar do direito no Estado", in AAVV, *Os caminhos da privatização da administração pública. IV Coló-*

quiu *Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra, 2001, 345; P. Otero, *Liberdade e inovação na conformação do sector empresarial do Estado*, Coimbra, 1998; Th. von Danwitz, «Nom Verwaltungsprivatrecht zum Verwaltungsgesellschaftsrecht», *AoR* 120 (1995), 601; Chr. Gusy, «Die Bindung privatrechtlichen Verwaltungshandels na das öffentliche recht», *DÖV* (1984), 872; W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (org.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandels*, Baden-Baden, 1994; K. König/N. Dose (org.), *Instrumente und Formen staatlichen Handelns*, Colónia, 1993; J. Lehmann, *Bürgerlich-rechtliche Probleme der öffentlichen Verwaltung: eine anspruchsbewusste Darstellung des BGB*, Eschwege, 2000; E. Ossenbühl, «Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht», *DÖV* (1971), 513; idem, «Öffentliches recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung», *DVBl.* (1974), 541; H. de Wall, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübinga, 1999; S. González-Varas Ibáñez, *El derecho administrativo privado*, Madrid, 1996; idem, *Die Verwaltung in Privatrechtsform in Spanien und Deutschland*, Frankfurt, 2002; R. R. Ortega, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Madrid, 1998; J. C. Laguna de Paz, «La renuncia de la administración pública al derecho administrativo», *RAP* 136 (1995), 201; S. Martin Retortillo, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960; idem, «Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo», *RAP* 140 (1996), 25; J. M. Sala Arquer, «Huida al derecho privado y huida del derecho», *REDA* 75 (1992), 399; S. del Saz, «Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva constitucional», *AAVV, Nuevas perspectivas del derecho administrativo*, Madrid, 1992, 101; idem, «La huida del derecho administrativo. Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RDA* 133 (1994), 57; C. Debbasch, «Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun?», in *Mélanges René Chapus*, Paris, 1992, 127. Sobre a ciência do direito administrativo em geral, E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Munique, 1998. Sobre a evolução da ciência do direito administrativo, R. Chancelle de Machete, «Considerações sobre a dogmática administrativa no moderno Estado social», in *Estudos de direito público e ciência política*, Lisboa, 1991, 403; A. Pereira, «Como nasceram os direitos administrativos», *RDA* 15 (1971), 215; O. Bachof, «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», *VVDStRL* 30 (1972), 1; M. Engert, *Die historische Entwicklung der Rechtsinstitute Verwaltungsakte*, Frankfurt, 2002; R. Schmidt-De Caluwe, *Der Verwaltungsgate in der Lehre Otto Meyers: staatsrechtliche Grundlagen, dogmatische Ausgestaltung und deren verfassungsdiege Vergleichbarkeit*, Tübinga, 1999. Sobre a evolução da ciência do direito administrativo em Portugal, D. Freitas do Amaral, «No primeiro centenário do seu nascimento: vida e obra do Prof. João Tello de Magalhães Collaço», *OD* (1994), 11; idem, *Relatório sobre o programa os conteúdos e métodos do ensino de uma disciplina de direito administrativo*, Lisboa, 1985; J. M. Sêrvulo Correia, *Direito administrativo II (conteúdos administrativos). Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de ensino*, Lisboa, 1993; M. Reis Marques, «Références françaises et allemandes dans la formation du droit administratif portugais», *JEVG* (2/1990), 235; P. Otero, *Direito administrativo. Relatório de uma disciplina apresentado no concurso para professor associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1998; F. de Quadros, «Portugab», in E. V. Heyen, *Geschichte der Verwaltungswissenschaften*, Lus Commune 18 (1982), 161; M. Rebelo de Sousa, «O acto administrativo no ensino do professor Marcello Cactano», in *Administração pública e direito administrativo em Portugal*, Lisboa, 1992, 5. Sobre as ciências auxiliares do direito administrativo, em particular as ciências da administração, J. Cau-

pers. *Importância e dificuldades da ciência da administração comparada: contributo para a compreensão dos conceitos básicos da ciência da administração norte-americana*, Lisboa, 1990; idem, *Ciência da administração. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, Lisboa, s.d.; idem, «Ciência da administração», *DJAP* 2.º sup. (2001), 74; idem, *Introdução à ciência da administração pública*, Lisboa, 2002; K. König, «Verwaltungswissenschaft in der internationalen Entwicklung», *WerArch.* (2003), 267; N. Luhmann, *Theorie der Verwaltungswissenschaften*, Berlin, 1966; F. Morstein Marx, *Das Dilemma des Verwaltungsmannes*, Speyer, 1965; G. Pürner, *Verwaltungslehre*, Munique, 2000; W. Thiem, *Einführung in die Verwaltungshere*, Colónia/Berlin/Bonn/Munique, 1995; idem, *Verwaltungslehre*, Colónia, 1984; idem, *Einführung in die Verwaltungslehre*, Colónia, 1995; ISAP, *L'administration nella storia moderna*, Milão, 1985; S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bolonha, 1971; J. Chevalier/D. Loschak, *Science administrative*, 2 vols., Paris, 1978; G. Langrod, «Science et enseignement de l'administration publique», *RISA* (1954/3), 549; G. Timsit, *Theorie de l'administration*, Paris, 1986. Sobre o método jurídico em geral, no direito público e no direito administrativo, M. Domingues de Andrade, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, Coimbra, 1987; E. J. Bronze, *A metodologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra, 1994; M. Cactano, «O problema do método no direito administrativo português», in *Estudos de direito administrativo*, Lisboa, 1974, 117; A. Menezes Cordeiro, «Tendências actuais da interpretação da lei: do juiz automático aos modelos de decisão jurídica», *RJ* 9/10 (1987), 7; J. Lanego, «A discussão sobre os princípios jurídicos», *RJ* (1985), 103; idem, «Fundamentação 'material' e justiça da decisão. A meta de "decisões materialmente justas" e os seus limites», *RJ* 8 (1986) 69; idem, «Hermenêutica e jurisprudência. O alcance da recepção da hermenêutica filosófica para uma concepção de "jurisprudência de valoração"», *RJ* 6 (1986), 61; idem, «Razão e argumentação. A decisão racional no direito e na política. Parte A. A fundamentação racional das normas», *RJ* 4 (1984), 87; A. Castanheira Neves, *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, 2 vols., Coimbra, 1995; idem, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, 1993; idem, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I. Coimbra, 2003; R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt, 1995; idem, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1996; idem, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt, 1991; idem, *Begriff und Geltung des Rechts*, Frankfurt/Freiburg/Munique, 1992; E.-W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt, 1992; idem, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt, 1991; C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, 1983 (trad. portuguesa, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa, 1996); H. Ehnke, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», in R. Dreier/F. Schwegmann (org.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Konferenz*, 104; K. Engisch, *Der Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1968; E. Forsthoft, «Die Umbildung des Verfassungsgesetzes», in H. Barion/E. Forsthoft/W. Weber (org.), *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern*, Berlin, 1994, 35; Chr. Gusy, «"Wirklichkeit" in der Rechtsdogmatik», *JZ* (1991), 213; N. Hoerster, «Vorurteil, Konsens und Rechtsauslegung», *JuS* (1985), 665; K.-H. Ladeur, «"Abwägung" – eines neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse», *ARSP* 69 (1983), 463; K. Larenz/C.-W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin/Heidelberg, 1995; F. Müller, *Juristische Methodik*, Berlin, 1997; Th. Viehweg, *Topik*

und Jurisprudenz. *Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. München, 1974; R. Dworkin, *Taking rights seriously* (1977), reimp., Londres, 1994; idem, *Law's empire*, Cambridge, 1986; A. Aarnio/R. Alexy/A. Peczenik, «The foundation of legal reasoning», RTh 12-2 (1981), 134; 12-3 (1981), 257; 12-4 (1981), 423; A. Peczenik, «Principles of Law. The search for legal theory», RTh 2-1 (1971), 17; idem, «Rationality of legal justification», ARSP 68 (1982), 137; J. Wróblewski, «Legal syllogism and rationality of judicial decision», RTh 5-1 (1974), 33; idem, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid 1988.

§ 4 – Condicionantes histórico-culturais e políticas da função administrativa, da administração pública e do direito administrativo

1 A função administrativa, a administração pública que a exerce e o direito administrativo que a disciplina variam de conteúdo e amplitude atendendo aos tipos e às formas de Estado e, mais genericamente, às famílias de direito em que se integra a ordem jurídica de cada Estado considerado; e também podem não ser indiferentes aos sistemas de governo, aos sistemas eleitorais e aos sistemas de partidos vigentes.

1. Tipos históricos de Estado, função administrativa, administração pública e direito administrativo

1. Estado pré-constitucional

2 Já antes do Estado moderno e do Estado contemporâneo existiam realidades com alguma similitude com aquilo a que hoje se chama função administrativa, administração pública e direito administrativo. Assim, desde a antiguidade oriental que determinadas necessidades colectivas (segurança externa e interna, circulação de pessoas e bens, realização de obras destinadas à generalidade dos membros da colectividade) eram objecto de satisfação colectiva e que, para assegurar essa satisfação, se formaram instituições duradouras e se mobilizaram recursos humanos amplos. Com menor dimensão humana e projecção geográfica verificou-se nas cidades gregas o mesmo fenómeno de uma incipiente administração pública encarregada de garantir a satisfação de necessidades colectivas. Mas foi em Roma (e, mais marcadamente, na Roma imperial) que se afirmou a preocupação de criar um Estado assente numa expressão territorial e num poder político complexo, provendo a amplas necessidades colectivas como as de defesa, segurança interna, comunicações, abastecimento de água, infra-estruturas de resíduos, funcionamento de mercados, ensino, cultura e até lazer; a Administração imperial conheceu uma implantação local, o que não sucedera com os impérios orientais. De comum, no entanto, a toda a antiguidade, deve ser evocado um factor socioeconómico e politicamente relevante: a

§ 4 – Condicionantes histórico-culturais e políticas da função administrativa, da administração pública e do direito administrativo

escravatura, que perduraria até ao século I DC e proporcionaria uma mão-de-obra utilizada nas infra-estruturas e nos trabalhos de fomento público.

A pulverização do poder político com o feudalismo medieval, mesmo quando acompanhada da génese dos primeiros Estados europeus na baixa Idade Média, levou à quase ausência de administração pública estadual, sendo as necessidades colectivas satisfeitas, no quadro das relações de vassalagem, por instituições religiosas, ou ainda no âmbito da administração local, sobretudo municipal. O Estado moderno arrancou, nalguns casos, com o Estado estamental, no qual as ordens ou estramentos – clero, nobreza, burguesia – presentes nas Cortes, limitavam o poder real. A administração pública estadual era então incipiente, até porque muitas necessidades colectivas eram satisfeitas pelos municípios e pelas corporações. O Estado moderno evoluiu, para o Estado absoluto e, depois, a partir do século XVIII, para o Estado de polícia.

Quer na monarquia absoluta do Estado absoluto, quer no despotismo

esclarecido do Estado de polícia, deu-se um crescimento acentuado da dimensão do Estado, que implicou o apagamento das autonomias locais e ainda de instituições sociais, como a Igreja. A concentração do poder no monarca fez dele simultaneamente o supremo legislador, o supremo juiz e o supremo administrador, pelo que não existia separação orgânica entre a função legislativa e a função administrativa e entre esta e a função jurisdicional (sistema do administrador-juiz). No Estado absoluto o monarca não estava vinculado pelo direito, que podia derogar no caso concreto (prerrogativa régia), e os súbditos dependiam da sua graça, não podendo opor ao poder público direitos subjectivos que ele tivesse que respeitar (embora sempre tenham existido meios graciosos de autocontrolo dos poderes públicos que, todavia, enquanto garantias dos particulares, eram quase meramente nominais e de pouca efectividade prática). No Estado de polícia, ao lado do Estado autonomizou-se o Fisco (*Fiskus*), entidade pública que entrava em relações jurídicas de carácter patrimonial com os particulares, limitada pelo direito e à qual aqueles podiam opor, mesmo jurisdicionalmente, as suas posições jurídicas subjectivas; mas, em tudo o restante, a actuação do poder público não se distinguia substancialmente da do Estado absoluto.

2. Estado liberal de direito

O Estado liberal, surgido das revoluções de entre o final do século XVIII e o início do século XIX, nasceu sob a bandeira da afirmação de uma esfe-

ra social e das esferas individuais perante o poder público e, portanto, da sua limitação política e jurídica. Como reacção contra a inoponibilidade de posições jurídicas subjectivas ao Estado, a concentração de poder e a prerrogativa régia, próprias do Estado absoluto e de polícia, o Estado liberal afirmou os direitos fundamentais dos cidadãos, o princípio da separação de poderes e o princípio da legalidade. A afirmação liberal dos direitos fundamentais significava que a liberdade e a propriedade dos cidadãos (e não quaisquer direitos de cariz social) constituíam limites à actividade dos poderes públicos. Sob inspiração de Montesquieu, o princípio da separação de poderes foi entendido em termos rígidos, significando isto que cada função do Estado deveria ser exercida por órgãos diferentes do aparelho estadual e que cada um deles deveria exercer apenas uma daquelas funções. Influenciado pelas teses da soberania popular de Rousseau, o princípio da legalidade significava que a lei, expressão da vontade geral, constituía limite e fundamento da actividade administrativa. Poderá facilmente verificar-se que estes bastiões jurídicos do Estado liberal correspondem no essencial às aspirações de segurança e previsibilidade da burguesia mercantil e depois industrial então emergente como estrato social dominante, que justificadamente considerava a estrutura jurídica do Estado pré-constitucional incompatível com o regime económico que pretendia instaurar.

5 Por reacção contra a subjugação da sociedade pelo Estado no período pré-constitucional, a ideologia liberal procedeu a uma separação entre Estado e sociedade. Assim, o liberalismo político e económico oitocentista identificava o óptimo social e económico com o respeito por uma esfera de autonomia da sociedade e do mercado, que tenderiam naturalmente para um equilíbrio que qualquer interferência estatal perturbaria (Adam Smith: a economia é governada por uma «mão invisível»). O Estado liberal tinha portanto fins mínimos (fundamentalmente, garantir a segurança interna e externa e a justiça comutativa) e não lhe cabia qualquer intervenção em matéria económica, social e cultural.

6 Em coerência, a administração do Estado liberal era igualmente excludente, competindo-lhe apenas reprimir, através de actos unilaterais de autoridade, os excessos da livre iniciativa dos cidadãos; por isso, era vista fundamentalmente como uma administração agressiva (*supra*, 2-25): as prestações que assegurava respeitavam a necessidades colectivas de segu-

rança e envolviam a restrição dos direitos dos cidadãos; se a administração liberal efectuasse prestações económicas, sociais e culturais é de crer que elas seriam consideradas como verdadeiras agressões estatais da esfera social. Isto não impediu, no final do período liberal, a emergência de fenómenos embrionários de administração prestacional (*supra*, 2-25).

7 Do ponto de vista organizativo, se o carácter democrático do Estado liberal não seria avesso a uma verdadeira descentralização administrativa, a isso se opôs o carácter centralista da administração napoleónica, cujo modelo foi exportado, com maior ou menor sucesso, para o restante continente europeu. Muitas vezes, o municipalismo romântico não encontrou tradução no plano jurídico-político: em Portugal, por exemplo, os municípios oitocentistas foram quase sempre emanações do Estado, submetidos ao controlo de um magistrado administrativo estadual e obedecendo a um rígido modelo organizativo.

Visto a partir do presente, o edifício jurídico-público do Estado liberal evidencia múltiplas contradições internas.

Assim, em nome do princípio da separação de poderes, os revolucionários franceses vieram a considerar que «julgar a administração é ainda administrar» (Laferrrière), tendo isto como consequência prática a subtracção da administração ao controlo dos tribunais. Numa primeira fase (1789-1799), de rigorosa continuidade com o Estado pré-constitucional, o único controlo da actividade administrativa era assegurado pelos próprios órgãos da administração activa (sistema do *administrador-juíz*); posteriormente (1799-1872), os órgãos de topo da administração activa passaram a decidir em matéria contenciosa sob consulta obrigatória, embora não vinculativa, de um órgão administrativo especificamente instituído para tal, o Conselho de Estado (sistema da *justiça reservada*; i. é, à administração activa); finalmente (a partir de 1872), e muito por responsabilidade do prestígio granjeado pelo Conselho de Estado, passou a caber-lhe a última palavra em matéria contenciosa (sistema da *justiça delegada*; i. é, no Conselho de Estado).

Note-se que, mesmo nesta última fase de evolução da justiça administrativa liberal, os órgãos de controlo da administração continuavam a ser órgãos administrativos, embora independentes: o princípio da separação de poderes levou, assim, paradoxalmente, à concentração do poder administrativo e do poder de controlar a administração, que parece hoje evi-

dentemente jurisdicional, em órgãos da mesma natureza. Mais: o princípio da separação de poderes foi entendido como impedindo os chamados «tribunais administrativos» de fazer mais do que anular as condutas administrativas (*contentioso de mera anulação*). A razão de ser deste limite era a de que a possibilidade de condenação da administração à adopção de condutas (*contentioso de plena jurisdição*) equivaleria a permitir aos órgãos de controlo da administração que exercessem a função administrativa; argumento que poderia fazer algum sentido caso aqueles órgãos fossem verdadeiros tribunais mas que era incongruente tratando-se de órgãos da própria administração.

9 Três motivos contribuíram para o entendimento distorcido da separação de poderes no Estado liberal: em república, a desconfiança dos revolucionários franceses em relação aos tribunais, que tinham contribuído para a queda do antigo regime, que continuavam, no período pós-revolucionário, nas mãos dos antigos titulares, em geral oriundos da nobreza, e que se temia viessem a opor-se do mesmo modo à nova administração revolucionária; em monarquia constitucional, a afirmação do poder do rei como chefe do executivo (quando não, também titular do poder moderador) e a afirmação de limites à sindicabilidade dos seus actos, em continuidade com o Estado pré-constitucional; em geral, o mito segundo o qual a administração seria totalmente heterodeterminada e meramente executiva das decisões legislativas terá porventura contribuído em parte para que o controlo jurisdicional da actividade administrativa não fosse visto como verdadeira necessidade. As contradições do modelo liberal da separação de poderes radicam em circunstâncias específicas ou predominantemente francesas, mas foram exportadas, juntamente com o direito administrativo, para as ordens jurídicas continentais. O relatório preambular da Reforma de Mouzinho da Silveira, que introduziu em Portugal o sistema administrativo moderno, assumia mesmo explicitamente que «a autoridade administrativa é independente da judiciária: uma delas não pode sobrestar na acção da outra, nem pode pôr-lhe embaraço, ou limite: cada uma pode reformar os seus próprios actos». As consequências foram, em muitos casos, duradouras: por exemplo, em Portugal só desde 1974 os tribunais administrativos deixaram de ser órgãos administrativos e só desde 2004 a lei ordinária consagrou expressamente a possibilidade de eles condenarem a administração à adopção de condutas legalmente devidas

(v. respectivamente, o Decreto-Lei n.º 250/74, de 12 de Junho, que integrou organicamente os tribunais administrativos no Ministério da Justiça, e os arts. 66.º-71.º CPTA).

10 O entendimento liberal da separação de poderes marcou a origem do próprio direito administrativo: a criação de «tribunais administrativos» não foi acompanhada pela criação legislativa imediata de um novo ramo de direito, tendo a progressiva introdução de especialidades de regime da função administrativa em relação aos decorrentes do direito comum, considerados como excessivamente iguais, sido primeiramente obra da actividade daqueles mesmos tribunais e só posteriormente objecto de acolhimento legislativo. Era previsível que a actividade de tribunais administrativos inseridos na administração viesse a ser, pelo menos numa primeira fase, claramente pró-administrativa; assim, o direito administrativo nasceu do desiderato de colocar a administração pública numa posição de supremacia relativamente aos particulares e a sua primeira função foi a de conferir um estatuto privilegiado à administração (Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, 28, chama a este circunstancialismo o «pecado original» do direito administrativo).

11 Também o princípio da legalidade do liberalismo não estava isento de incongruências. Em rigor, o fundamento democrático do princípio da legalidade importaria, quer a proibição de a actividade administrativa contrariar a lei (preferência de lei), quer a necessidade de toda e qualquer acção administrativa ter fundamento na lei (reserva de lei). Mas, quer a preferência de lei, quer a reserva de lei foram entendidas res-
trictivamente.

A preferência de lei foi entendida exclusivamente como preferência da lei parlamentar e não abrangia, para tais efeitos, a Constituição. Com efeito, em contraste com a sua hipervalorização simbólica, a Constituição foi desvalorizada, em todas as experiências liberais europeias continentais, enquanto efectivo parâmetro normativo da actuação dos poderes públicos, incluindo o administrativo; a isto não serão estranhas a mitificação da lei parlamentar ordinária enquanto expressão da vontade geral e a circunstância de as Constituições mais estáveis do período liberal terem sido outorgadas pelos monarcas.

Mais complexo foi, contudo, o tratamento da reserva de lei: ela foi entendida como abrangendo apenas a actuação administrativa que ofen-

desse a liberdade e a propriedade dos cidadãos, o que deixava à administração uma larga esfera de *discretionariedade livre de lei*: naquilo que não implicasse ofensa à liberdade e à propriedade individuais e desde que não contrariasse a lei, a administração podia fazer o que entendesse. Este entendimento do princípio da legalidade radicava na separação liberal entre sociedade e Estado (*supra*, 4-5) e na dupla legitimidade do poder político nas monarquias constitucionais oitocentistas: não se admitia que a vontade popular expressa em lei fosse contrariada pela administração e só mediante o auto-consentimento dos cidadãos, expresso pelos seus representantes eleitos, podia a administração interferir na esfera social (ou seja, em tudo o que dissesse respeito à esfera social prevalecia a legitimidade democrática); em tudo o mais, a administração, chefiada pelo monarca, gozava de liberdade, baseada num título próprio e independente de legitimidade do poder (ou seja, em tudo o que dissesse respeito à esfera estatal prevalecia a legitimidade dinástica). O entendimento restrito do princípio da legalidade foi especialmente teorizado na monarquia dualista alemã e foi à sua sombra que a administração imperial assumiu um papel preponderante na estruturação dos primeiros esquemas proto-providenciais significativos (como o sistema de segurança social de Bismarck).

12 A evolução do Estado liberal trouxe também a dissolução da convicção juracionalista, sob a qual nasceu, de que a subordinação dos poderes públicos à legalidade objectiva e a sua limitação pelos direitos dos cidadãos era fundada em princípios jurídicos decorrentes da natureza humana, e por isso universais e intemporais, dos quais o direito positivo consituiria mera declaração. Ao Estado liberal *de direito* sucederia um Estado liberal *de (mera) legalidade*, de inspiração positivista normativista, que abstraiu de qualquer tentativa de legitimação substancial, e que permitiu, assim, a apropriação nominal e o esvaziamento material da estrutura jurídica do Estado de direito pelas experiências antiliberais, autoritárias e totalitárias, do século XX (*infra*, 4-20 ss.).

3. Estado social de direito

13 Com o fim da I Guerra Mundial esvaiu-se a ideia optimista liberal de uma sociedade auto-ordenada: perante uma Europa em escombros tor-

nou-se evidente que o impulso estatal era essencial para a reconstrução do tecido social. Ao invés das constituições liberais, as constituições do pós-guerra (de que é paradigma a Constituição alemã de Weimar: 1919) afirmam-se como verdadeiros parâmetros de juridicidade da actividade dos poderes públicos e contêm projectos de transformação social. A par dos catálogos de direitos fundamentais clássicos (ou seja, direitos contra agressões do Estado), passam a ter dignidade constitucional direitos económicos, sociais e culturais (ou seja, direitos a prestações positivas do Estado), ao que corresponde necessariamente uma mutação dos fins públicos: aos tradicionais fins do Estado liberal, que se mantêm, acrescem a promoção do bem-estar económico, social e cultural dos cidadãos e a dimensão redistributiva na realização da justiça social. O alargamento dos fins públicos projecta-se, por sua vez, nas características típicas da administração do Estado social: ele implica um alargamento corresponsivo das tarefas administrativas e da própria administração em sentido orgânico, a quem incumbirá em última análise efectuar as prestações em matéria de direitos económicos, sociais e culturais que venham a ser legislativamente concretizadas; e implica também a evolução de uma administração meramente agressiva para uma administração prototipicamente prestacional, que já não actua só através de actos unilaterais de autoridade mas também mediante formas contratuais de natureza pública.

14 O Estado social de direito não é um modelo político antiliberal, pois não representa uma ruptura total com o Estado liberal e sim a sua reformulação e aprofundamento. A ideia de separação entre Estado e sociedade é recusada e em seu lugar é afirmada a missão estadual de transformação da sociedade num sentido mais justo, que aliás não diverge no essencial daquele preconizado por algumas correntes presentes na génese e na vigência do liberalismo oitocentista; mas não são negados a representatividade política (embora com nova expressão democrática), os direitos fundamentais de defesa dos indivíduos perante os poderes públicos, ou a sua primazia de princípio perante os interesses colectivos. Do mesmo modo, a estrutura jurídica do Estado liberal é aceite, ampliada e actualizada às novas necessidades, bem como expurgada de algumas contradições intrínsecas.

15 Assim, o princípio da separação de poderes foi objecto de uma profunda reexatuação. A assunção de poderes legislativos (ou, pelo menos, de

extensos poderes normativos) pelos governos, anteriormente reduzidos ao exercício das funções política e administrativa, e a instituição de mecanismos de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade — verdadeiras exigências do Estado social (a última nascida no liberalismo norte-americano e doutrinalmente reivindicada durante a segunda metade do século XIX em diversos países europeus) — vieram pôr em crise o entendimento liberal rígido da separação de poderes: em vez de constituir um modelo mecânico e apriorístico, quase uma inevitabilidade filosófica ou doutrinária, o princípio passou a ser entendido como um esquema flexível e historicamente mutável de distribuição racional do poder pelos órgãos públicos (*infra*, 6-3). A ideia de que constitui função jurisdicional o controlo jurídico do exercício do poder público trouxe como consequência inevitável a transformação dos até então impropriamente chamados tribunais administrativos em verdadeiros tribunais; a afirmação plena dos direitos fundamentais dos particulares implicou o progressivo alargamento dos mecanismos meramente cassatórios de controlo da administração liberal até se chegar a uma vasta panóplia de meios jurisdicionais que abrangem providências cautelares, acções de plena jurisdição para a condenação à prática de actos administrativos, actos materiais e regulamentos e processos de execução coerciva de sentenças contra a própria administração. Esta evolução encontra ainda hoje resistências: em França, por exemplo, a natureza jurisdicional do Conselho de Estado é obra da sua própria jurisprudência e não de qualquer diploma legal; e, embora apenas com a consequência da limitação dos poderes dos tribunais administrativos e já não a da sua inserção na administração, continua a fazer doutrina a ideia de que, em certos aspectos, «julgar a administração ainda é administrar» (*supra*, 4-8).

16 Todas estas modificações não podiam deixar de se traduzir ao nível da função do direito administrativo: este deixou de ser visto apenas como estatuto de privilégio da administração, tendo evoluído para um verdadeiro direito comum da função administrativa (*supra*, 2-1) que, se reconhece forçosamente a particular autoridade da administração enquanto poder público, também lhe impõe o respeito dos direitos dos cidadãos e a adscrição a vinculações específicas (o direito administrativo do Estado social de direito tem, por isso, uma função mista: *supra*, 3-16 ss.).

17 Também o princípio da legalidade sofreu transformações. Ao entendimento liberal restrito da *preferência de lei* contrapõe-se hoje o conceito de

bloco de legalidade, segundo o qual a actividade administrativa se encontra limitada, não apenas pela lei ordinária, mas por todos os factos normativos que se imponham como seus parâmetros por força da estruturação da ordem jurídica, a começar na Constituição e a acabar nos próprios regulamentos administrativos (*infra*, 8-11). Também a *reserva de lei* foi alargada: o liberalismo oitocentista entendeu-a restritivamente por força da separação entre Estado e sociedade e do dualismo de fontes de legitimidade do poder político (*supra*, 4-11), mas a primeira desapareceu (*supra*, 4-14) e o segundo dissolveu-se com a queda dos impérios e outras formas monocráticas ou autocráticas similares, a legitimidade democrática alargou-se a todas as esferas do poder público, incluindo a administração, desaparecendo assim o fundamento próprio de legitimidade que lhe permitia agir à margem da lei. Actualmente, a reserva de lei abrange, portanto, todas as esferas da actividade administrativa, e não apenas aquelas que contendam com a liberdade e a propriedade dos cidadãos (*infra*, 8-31 ss.).

18 Dentro do Estado social de direito, sobretudo na Europa ocidental das décadas de sessenta e setenta do século XX, é possível autonomizar o Estado-providência, em que o poder político chama a si a satisfação directa de um leque muito ambicioso de necessidades colectivas, com um desígnio acentuado de igualdade que vai para além da mera garantia de parâmetros mínimos de bem-estar económico, social e cultural. Para o efeito, por exemplo, criaram-se sistemas públicos de ensino, de saúde e de segurança social ambiciosos, exigindo fortíssima contribuição fiscal dos cidadãos (embora, no tocante à intervenção no domínio dos direitos económicos e sociais dos cidadãos, se tenha sempre ficado longe da amplitude da incidência administrativa que se verificava nos Estados que se propunham consagrar um regime económico socialista).

19 Nas décadas de oitenta e noventa do século XX assistiu-se à verificação de que o custeio dos sistemas instituídos pelo Estado-providência recai sobre a generalidade dos cidadãos e não apenas sobre os mais favorecidos, como se admitira ser possível, bem como à obsolescência de algumas facetas dos sistemas prestacionais instituídos e à sua incapacidade para lidar com fenómenos como a globalização económica, a integração em espaços regionais, como o europeu, e a pressão dos novos excluídos sociais (por exemplo, desempregados tecnológicos, jovens sem primeiro emprego, inigrantes, suburbanos, toxicodependentes). Perante as novas realidades, é curta a mar-

gem de escolha dos poderes políticos, limitados entre fronteiras inferiores constituídas por mínimos de bem-estar económico, social e cultural colectivamente exigidos e fronteiras superiores que traduzem a carga fiscal tolerável pelos eleitorados.

Apesar de, por vezes, inspirado em concepções neo-liberais, o tão debatido Estado social pós-providência (ou «Estado pós-social de direito») não corresponde a qualquer regresso ao Estado liberal, pois os particulares não prescindem de garantia estadual quanto a patamares mínimos na satisfação de necessidades colectivas. Mas se os fins do Estado revelam uma continuidade fundamental em relação ao Estado-providência, é impossível negar a emergência de novos paradigmas, como o da administração infra-estrutural (em que a regulação e o planeamento substituem a intervenção directa do Estado na vida social), bem como o regresso a velhos instrumentos liberais, de que é exemplo a concessão (vista como modo privilegiado de transferir para privados o exercício de funções que continuam a ser consideradas como públicas e de assegurar simultaneamente a primazia do interesse público). Interessante será saber se a evolução iniciada vai prosseguir, com que metas e com que intensidade, ou se corresponde a um reajustamento que terminará sem a descaracterização essencial do modelo de Estado de que se partiu.

4. Estados de não-direito

20 A crise do Estado liberal deu origem, além do Estado social de direito (*supra*, 4-13 ss.), ao Estado socialista e ao Estado fascista. São comuns aos três o alargamento dos seus fins, incluindo a justiça redistributiva e a garantia de patamares mínimos de bem-estar económico, social e cultural, bem como a definição de novos sentidos e alcances para as funções política e legislativa e o reforço qualitativo e quantitativo da função administrativa e da administração pública. No entanto, existem diferenças essenciais entre os três tipos de Estado: enquanto o Estado social continua e aprofunda, com novas dimensões de democraticidade, a tradição representativa do Estado de direito liberal, os restantes são antiliberais, antidemocráticos e totalitários, manifestando por isso oposição à concepção ocidental dos direitos fundamentais; ou seja, são Estados de não-direito.

Assim, no Estado socialista, coexistem um regime político ditatorial 21 (ditadura do proletariado) e a construção de um regime económico socialista, definido pela apropriação colectiva dos meios de produção e pela gestão em função de interesses também colectivos, determinando o apogeu dos direitos e liberdades individuais ou a sua subordinação radical àqueles interesses. A função administrativa e a administração pública atingem a expressão máxima, envolvendo a actuação do Estado como produtor, distribuidor e consumidor determinante.

No Estado fascista convergem um regime político ditatorial com um 22 regime económico capitalista condicionado, protegido e controlado pelo poder político do Estado. Ainda que ficando aquém do que sucede nos Estados ditos de legalidade socialista, a função administrativa e a administração pública assumem um papel muito amplo não só em termos agressivos como em termos prestacionais. Não é de estranhar que tenha sido no período nacional socialista que surgiu a primeira teorização significativa da administração prestacional (E. Forsthoof, *Die Verwaltung als Leistungsträger*), que paradoxalmente viria a ter uma influência determinante na doutrina europeia continental do pós-guerra.

O Estado fascista, enraizado da Europa ocidental e de alguma América 23 latina, conhece manifestações recorrentes noutras latitudes e longitudes; o Estado socialista, desaparecido na Europa central e oriental, subsiste contudo, em ruptura ou com feições atenuadas, na Ásia e em África (particularmente na República Popular da China, onde a «ditadura do proletariado» tem vindo a coexistir com a gradual introdução do regime económico capitalista, e na Coreia do Norte).

II. Formas de Estado, função administrativa, administração pública e direito administrativo

A concreta forma de Estado também condiciona a administração 24 pública, especialmente em sentido orgânico, mas com inevitáveis reflexos ao nível material.

Assim, em Estados compostos ou complexos, como os Estados fede- 25 rais, o exercício da função administrativa acha-se repartido entre o poder político soberano da federação e os poderes políticos dos Estados federa-

dos, pelo que existe uma pluralidade de administrações públicas estaduais, além da administração pública federal; é o que se passa, por exemplo, nos Estados Unidos, na Suíça, na República Federal Alemã ou na Federação Russa.

26 Em Estados unitários regionais existem regiões dotadas de autonomia política, legislativa e administrativa; por este motivo, apesar de existir uma única administração pública estadual, existem, além desta, administrações públicas regionais; é o que acontece em Estados como Portugal, a Itália ou a Espanha.

27 Por fim, nos Estados unitários simples não existe qualquer administração pública que tenha por base um fenómeno de autonomia política, podendo quando muito a administração pública estadual ser complementada por outras a que estejam subjacentes autonomias de menor intensidade e diferente projecção (por exemplo, administração autárquica, com ou sem autarquias supramunicipais, como as regionais, desprovidas embora de atribuições políticas e legislativas).

28 As diferenças de forma de Estado implicam também uma diversidade de consequências ao nível dos modelos de relacionamento entre entidades públicas administrativas, designadamente entre a Federação e os Estados federados ou entre o Estado e os eventuais entes autónomos.

III. Sistemas de direito, função administrativa, administração pública e direito administrativo

29 Relevante para o enquadramento de uma concreta ordem jurídica administrativa é também o sistema jurídico em que se insere. Circunscrevendo-nos ao mundo ocidental contemporâneo, é corrente a distinção entre o sistema anglo-saxónico (ou de *common law*) e o sistema romano-germânico. Um e outro tiveram matriz greco-romana e judaico-cristã e são essencialmente capitalistas; embora com designações divergentes, em ambos existe Estado de direito, vigora o império da lei, são reconhecidos e garantidos os direitos fundamentais e, em graus diversos, o pluralismo dos poderes públicos. Em todo o caso, muito os separa, quer no plano estritamente institucional e normativo, quer no plano sociocultural.

Sumariamente, o sistema anglo-saxónico caracteriza-se, no quadro das fontes de direito, pelo importante papel do costume e, mercê da regra do precedente, da jurisprudência, bem como pela consequente relativização da lei; a sociedade civil afirma o seu controlo sobre o poder político do Estado e o respeito generalizado do direito está radicado na cultura cívica. O sistema romano-germânico privilegia a lei como modo de criação do direito e, consequentemente, minimiza o papel do costume e circunscreve a função criativa da jurisprudência; nele é sensível um ascendente do poder político do Estado sobre a sociedade civil, e a frequente mitificação do direito legislado como fórmula quase mágica de resolução de problemas sociais contrasta, paradoxalmente, com o menor enraizamento cultural da sua observância.

A evolução política diversificada explica, assim, dois sistemas administrativos diferentes. Na sociedade britânica, o lastro do Estado estatal, a sua resistência à concentração do poder real, o peso da administração local e o carácter não revolucionário das transformações sociais justificaram a prevalência inicial de um estatuto tendencialmente igualitário da administração pública em relação aos particulares, jurisdicionalmente garantido. Já a sociedade francesa viveu uma ruptura revolucionária com o Estado absoluto, que gerou uma administração centralizada, vista como o principal instrumento de mudança social e que, inicialmente, se quis o mais possível imune ao controlo dos tribunais, tidos por conservadores da ordem anterior (*supra*, 4-7 ss.). Com base nestas diferenças, e tomando como paradigma os sistemas britânico e francês, o publicista francês Maurice Hauriou desenvolveu, em finais do século XIX, a sua célebre classificação dos sistemas de administração em dois tipos: a *administração judiciária*, própria dos sistemas jurídicos de *common law*, e a *administração executiva*, própria dos sistemas jurídicos romano-germânicos.

Os sistemas de administração judiciária caracterizam-se-iam essencialmente pela submissão da administração pública a um estatuto jurídico semelhante ao dos particulares – ou seja, pela submissão da administração ao direito comum e não a um direito administrativo. Esta circunstância acarretaria, por sua vez, uma série de outras: a administração dependeria de uma permissão dos tribunais para executar coercivamente as suas decisões que atinjam particulares; a administração estaria sujeita aos tribunais comuns e não a quaisquer tribunais especiais; os tribunais gozariam de

poderes de plena jurisdição na garantia das posições jurídicas subjectivas dos particulares perante a administração, o que significa que os particulares poderiam utilizar contra a administração meios jurisdicionais de eficácia jurídica similar à daqueles que lhes são reconhecidos nas suas relações com outros particulares. Do ponto de vista institucional, vigoraria a descentralização, nomeadamente territorial, existindo um poder local forte e dotado de autonomia efectiva, encarregado da satisfação de parte apreciável das necessidades colectivas a cargo da administração.

32 Os sistemas de administração executiva caracterizam-se-iam essencialmente pela submissão da administração pública a um estatuto jurídico diferente do aplicável aos particulares, que asseguraria a sua posição de autoridade – ou seja, pela submissão da administração pública ao direito administrativo e não ao direito comum. Daqui decorreria uma série de outras características: a administração gozaria de poderes de supremacia sobre os cidadãos, designadamente o poder de definir unilateralmente o direito aplicável nas relações com os particulares (*privilege du préalable*, privilégio da decisão prévia) e o poder de executar coercivamente as suas decisões, independentemente de decisão jurisdicional (*privilege de l'exécution d'office*, privilégio da execução prévia); o controlo da legalidade da actuação administrativa caberia aos tribunais administrativos (na sua génese verdadeiros órgãos administrativos) e não aos tribunais comuns e, por força de um entendimento rígido do princípio da separação de poderes (*supra*, 4-8 ss.), resumir-se-ia, em princípio, à possibilidade de anular decisões anteriormente adoptadas pela administração, estando-lhes vedada a possibilidade de dirigir injunções aos órgãos administrativos, como poderiam fazer em relação a qualquer particular. Em matéria de organização administrativa, o Estado disporia de um peso dominador dentro da administração, contrastando com o escasso relevo da administração local, dentro de uma lógica centralizadora herdada do império napoleónico.

33 Existe por vezes a tendência para sacralizar a distinção entre sistemas de administração judiciária e de administração executiva, chegando-se mesmo por vezes ao extremo conceptualista de afirmar que, por um determinado regime administrativo ser de administração judiciária ou executiva, ele deve necessariamente ter as características que pretensamente lhes correspondem. Esta perspectiva esquece que a distinção entre administração judiciária e administração executiva representa uma simplificação da realidade através da sua redução a modelos, cuja concretização no estado puro é provavelmente impossível. Ignora também que se trata de uma proposta doutrinal com mais de cem anos e, portanto, desactualizada, formu-

lada por um jurista francês que tinha, necessariamente, um determinado pré-entendimento acerca da administração pública e do direito administrativo (caracteristicamente, Hauriou considerava o sistema de administração executiva superior ao de administração judiciária – ou seja, o francês superior ao britânico). Note-se, por exemplo, que os regimes administrativos alemães coevos de Hauriou, assim como os diversos regimes administrativos portugueses que se sucederam durante o século XIX – que não eram certamente de administração judiciária –, apresentavam muitas diferenças em relação ao modelo puro de administração executiva; note-se também que, mesmo em França, desde o final do século XIX que os tribunais comuns reivindicam, com a acitação do tribunal de conflitos, o estatuto de guardiões dos direitos e liberdades fundamentais dos particulares contra os abusos da administração, tendo competência para julgar os litígios emergentes de situações em que aquela tenha actuado a descoberto de qualquer habilitação jurídica e, portanto, comportando-se como qualquer particular (teoria da *voie de fait*).

34 Mesmo admitindo a existência de diferenças significativas à partida, ao longo de todo o século XX assistiu-se a uma convergência entre os sistemas de direito anglo-saxónico e romano-germânico, impulsionada em parte, na Europa, pela emergência de um direito comunitário vasto e pormentizado, directamente aplicável ou obrigatoriamente transponível para os direitos nacionais. A multiplicação das leis no sistema anglo-saxónico, por um lado, e a valorização da jurisprudência e a indeterminação na lei no sistema romano-germânico, por outro, são alguns sinais da confluência em curso. Do mesmo modo ocorre uma aproximação dos regimes administrativos concretos.

Assim, na Grã-Bretanha, paradigma dos regimes ditos de administração judiciária, existe já um corpo de normas jurídicas dotado de unidade e sistematicidade que regula o exercício da função administrativa, que é mesmo estudado e ensinado sob a designação de direito administrativo (*administrative law*). Existem também tribunais administrativos (*administrative tribunals*); a circunstância de não se tratarem de órgãos jurisdicionais e sim de órgãos administrativos independentes e imparciais com competência para a revisão de determinadas decisões da administração não serve como argumento para os distinguir dos tribunais administrativos dos regimes de administração executiva, uma vez que também estes foram, até muito recentemente, órgãos da administração (*supra*, 4-8, 4-15). Evoluções semelhantes registam-se em outros Estados com sistemas jurídicos de *common law* [por exemplo, em diversos Estados dos Estados Unidos vigoram códigos de procedimento administrativo (*administrative procedure codes*)].

Por seu turno, nos Estados com regimes ditos de administração executiva, existe indiscutivelmente uma área de sujeição da administração pública ao direito privado (*supra*, 3-69 ss.) e aos tribunais comuns. Deixou de ser indiscutível a existência de um privilégio inalienável à administração de executar as suas decisões independentemente de decisão jurisdicional (*infra*, t. III). As garantias dos particulares perante a administração foram reforçadas com a ampliação das providências cautelares e a possibilidade de injunções jurisdicionais à administração, podendo hoje mesmo afirmar-se que, em alguns Estados, como Portugal e a Alemanha, os meios jurisdicionais ao dispor dos particulares contra a administração permitem a produção dos efeitos jurídicos idênticos aos admissíveis nas relações inter-privadas, apenas com as limitações impostas por um entendimento renovado e constitucionalmente adequado do princípio da separação de poderes (*infra*, 6-7). A descentralização administrativa vai também corrigindo os excessos centralistas vindos do passado (*infra*, 7-5 ss.).

35 Nos dias de hoje, a distinção entre administração judiciária e administração executiva faz, portanto, cada vez menos sentido, devendo as diferenças de regime administrativo imputar-se mais às diferenças ainda subsistentes de sistemas jurídicos e de culturas jurídico-políticas. Tais diferenças — mais de grau do que de natureza — são relativas à extensão da descentralização, à extensão da autotutela executiva da administração, aos tribunais competentes para o controlo da actividade administrativa; sobretudo, mantêm-se uma divergência cultural nuclear quanto à melhor forma de assegurar o bem comum, entre uma visão de prevalência da sociedade civil e uma visão de supremacia do poder político do Estado.

Mas, porventura mais útil do que qualificar um concreto regime administrativo como de administração executiva ou judiciária, será identificar e estudar as soluções diferentes nele consagradas — por exemplo, quanto à sujeição da administração ao direito comum ou ao direito administrativo em determinadas matérias, à subordinação da administração ao controlo dos tribunais comuns ou dos tribunais administrativos, à extensão dos poderes dos tribunais no controlo da administração — independentemente de uma visão preconcebida acerca das características de que esse regime pretensamente se deverá revestir em virtude da classificação que em momento anterior se lhe faça corresponder.

IV. Sistema de governo, função administrativa, administração pública e direito administrativo

36 Outra condicionante do direito administrativo e da administração pública é o sistema de governo. Tomando em consideração apenas os sistemas de governo democrático, nos sistemas representativos a função administrativa incumbe essencialmente a entidades encimadas pelo Chefe do Estado ou pelo Governo, com ou sem relações com outros órgãos de soberania, ao passo que, nos sistemas semidirectos ou referendários, os cidadãos participam nas principais decisões administrativas através do referendo; é o caso da Suíça.

Dentro dos sistemas de governo democrático representativo existem diferenças apreciáveis, para estes efeitos, entre os sistemas presidencialistas, parlamentares e semipresidenciais. Nos primeiros, a administração pública estadual depende do presidente, que é simultaneamente Chefe do Estado e Chefe do Governo, ainda que seja, nalgumas facetas, sujeita a controlo parlamentar (como acontece nos Estados Unidos, com a intervenção do Senado na designação de altos funcionários e com a acção das comissões do Congresso para acompanhamento de tarefas administrativas). Nos segundos, a administração pública estadual depende do Governo, que responde perante o Parlamento pelo seu desempenho administrativo (assim sucede no Reino Unido e na maioria dos Estados da União Europeia). Nos terceiros, dependendo a administração pública estadual do Governo, este responde perante o Chefe do Estado e o Parlamento (como se verifica actualmente em França e em Portugal).

V. Sistema de partidos, função administrativa, administração pública e direito administrativo

37 Nalguns Estados, o sistema de partidos assume, também ele, papel determinante nos contornos da administração pública e, portanto, no exercício da função administrativa. Essa é a situação típica dos sistemas de partido único ou hegemónico, que determinam o domínio administrativo desse partido. Mas também pode ser o caso de Estados em que prevalece a regra da electividade dos responsáveis administrativos ou da par-

tidarização da administração pública em obediência à vontade eleitoral. O paradigma são os EUA, onde a sucessão de executivos tem como decorréncia a substituição de responsáveis administrativos em função da orientação do Presidente e do Governador eleitos. Nesta medida, a administração pública norte-americana, a nível federal e estadual (só para referir estes), projecta o sistema bipartidário perfeito e este o sistema eleitoral de representação maioritária. Diversamente, a tradição europeia é, em tese, a de separar a orientação partidária dos Governos da administração pública, tida por apartidária ou suprapartidária. No entanto, tem-se assistido, em Estados europeus, à generalização da sintonia entre as principais chefias administrativas e o Governo, o que quer dizer que os sistemas eleitorais e de partidos se reflectem, imediatamente, na direcção da administração pública central. E o mesmo tende a ocorrer no plano da administração pública local, com a interferência determinante dos respectivos executivos na escolha dos responsáveis administrativos.

VI. Integração europeia, função administrativa, administração pública e direito administrativo

38 A integração europeia constitui uma recente mas significativa condicionante da função administrativa, da administração pública e do direito administrativo nos Estados-membros da UE. A incidência da integração europeia faz-se sentir sobretudo ao nível das fontes de direito (*supra*, 3-26 ss.). O direito comunitário começou por ser de dominante influência francesa, que ainda se faz sentir com uma expressão sem equivalência na evolução da dogmática administrativa; mais recentemente, contudo, aquele tem vindo a mudar de modo a acompanhar a tendência geral das doutrinas e jurisprudências dos Estados-membros da UE que é, na restante Europa continental, de manifesto ascendente germânico. A integração europeia tem, assim, contribuído também para, de forma indirecta, expor os diversos direitos administrativos internos à influência de ordens jurídicas estrangeiras.

A influência do processo de integração europeia não resume, contudo, a este aspecto: a integração numa união económica e monetária, com exigências de convergência orçamental (como acontece actualmente com o

pacto de estabilidade e crescimento) tem inevitáveis consequências sobre o dimensionamento da administração pública em sentido orgânico e em sentido material, impondo reformas que estão na ordem do dia em diversos Estados-membros.

Por outro lado, a integração europeia tem acentuado a governamentalização dos sistemas de governo dos Estados-membros, efeito de índole sobretudo político-legislativa que acaba, contudo, por se projectar nas fronteiras da actuação governamental administrativa, e não apenas na matéria da transposição de directivas.

Bibliografia sobre o § 4: Uma visão compreensiva sobre a evolução do Estado de direito encontra-se em J. Reis Novais, *Contributo para uma teoria do Estado de direito*, Coimbra, 1987; idem, «Estado de direitos», DJAP IV (1991), 250; M. Rebelo de Sousa, «Estado de direito», Polis 2 (1984), 1185; D. Basta/W. Krawietz/D. Müller (org.), *Rechtsstaat: Ursprung und Zukunft einer Idee*, Berlin, 1993. Sobre a evolução da função administrativa, da administração pública e do direito administrativo desde o Estado pré-constitucional, M. Caetano, «Tendências do direito administrativo europeu», in *Estudos de direito administrativo*, Lisboa, 1974, 429; M. G. Dias Garcia, *Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Lisboa, 1994; F. Burdeau, *Histoire de l'Administration française. Du 18^{ème} au 20^{ème} Siècle*, Paris, 1994; idem, *Histoire du droit administratif*, Paris, 1995. Em geral sobre função administrativa, administração pública e direito administrativo no Estado pré-constitucional, P. Otero, «Revolução liberal e codificação administrativa», in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, s.d., 601. Sobre o Estado de direito, M. J. Estominko, *A fuga para o direito privado. Contribuição para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*, Lisboa, 1996, 23-80; N. Figueira, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, 1989, 143-265; *V. Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, 11-144; P. Badura, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, Tübingen, 1966; H. H. Rupp, «Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft», in J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, I, Heidelberg, 1995, 1187; R. Eberhard Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, 43-98; idem, *Direito público e sociedade técnica*, Coimbra, 1969; idem «Princípio da legalidade e administração constitutiva», BFUDUC 57 (1981), 169. Especificamente sobre o Estado liberal de direito, P. Castro Rangel, «A separação de poderes em Montesquieu», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, 347; E. García de Enterría, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, 1994. Especificamente sobre o Estado social de direito, P. Castro Rangel, *Concretização, programação e direito do ambiente*, Coimbra, 1994; J. L. Saldanha Sanchez, *A segurança jurídica no Estado social de direito. Conceitos indeterminados, analogia e retroactividade no direito tributário*, Lisboa, 1985; idem, «A regulação: história breve de um conceito», ROA (2000), 5; O. Bachof, «Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates», VVDStRL 12 (1954), 37; idem, «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», VVDStRL 30 (1972), 193-244; E. Becker, «Die vollziehende Gewalt nach der demokratischen Verfassung des Grundgesetzes», SHS 50, 497; W. Brohm, «Die

Dogmática des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», VVDStRL 30 (1972), 1; idem, «Zur Einführung: Strukturprobleme der planenden Verwaltung», JuS (1977), 500; E. Fogtschhof, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Eszgarda/Berlin, 1938; idem, *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, Munique, 1971; G. Habermann, *Der Wohlfahrtsstaat. Die Geschichte eines Ibrwegs*, Frankfurt/Berlin, 1994; G. Hermes, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, Tübinga, 1998; M. Hofmann/K. Zaporozky/H. Strunz (org.), *Gestaltung öffentlicher Verwaltungen*, Heidelberg, 1993; J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin, 1983; idem, «Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaate», in J. Isensee/P. Kirchhof (org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, III, Heidelberg, 1996, 3; C.-F. Mengert, *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz*, Tübinga, 1953; R. Wahl (org.), *Prävention und Vorsorge*, Bona, 1995; K. Zeidler, «Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik Deutschland seit dem Grundgesetz», *Der Staat* (1962), 321. Sobre os Estados de não-direito, J. H. Herz, «German administration under the nazi regime», APSR 40 (1946), 682; F. Morstein Marx (org.), *Government in the Third Reich*, Nova Iorque, 1937; Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR (org.), *Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1988; M. Lesage, *L'administration soviétique*, Paris, 1981. Sobre o sistema de partidos, M. Rebelo de Sousa, *Os partidos políticos no direito constitucional português*, Braga, 1983, esp. 522-549. Sobre os regimes administrativos romano-germânicos, A. V. Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, Paris, 1996. Sobre o regime administrativo britânico, J. M. Sérvulo Correia, «O controlo jurisdicional da administração no direito inglês», in *Estudos de direito público em honra do Professor Marcello Caetano*, Lisboa, 1973, 107; J. Alder, *Constitutional and administrative law*, Londres, 1989; S. H. Bailey/B. L. Jones/A. R. Mowbray, *Cases and materials on administrative law*, Londres, 1992; H. Barnett, *Constitutional and administrative law*, Londres, 1995; P. Cane, *An introduction to administrative law*, Oxford, 1999; P. P. Craig, *Administrative law*, Londres, 1994; H. Fenwick, *Constitutional and administrative law*, Londres, 1995; D. Foulkes, *Introduction to administrative law*, Londres, 1990; D. Galligan, *Discretionary powers*, Oxford, 1986; J. F. Garner/B. L. Jones, *Administrative law*, Londres, 1989; P. Greer, *Transforming central government*, Buckingham, 1994; J. Kingdon, *Local government and politics in Britain*, Londres, 1991; C. Harlow/R. Rawlings, *Law and administration*, Londres, 1984; N. Hawke, *An introduction to administrative law*, Oxford, 1989; Justice/Public Law Project, *A Matter of public interest*, Londres, 1998; O. Hood Phillips/P. Jackson, *Constitutional and administrative law*, Londres, 1978; G. Richardson/H. Genn (org.), *Administrative law and government action*, Oxford, 1994; S. A. De Smith/R. Brazier, *Constitutional and administrative law*, Harmondsworth, 1998; H. Wade/C. Forsyth, *Administrative law*, Oxford, 1994; E. C. S. Wade/A. W. Bradley, *Constitutional and administrative law*, Londres, 1985; D. C. M. Yardley, *Principles of administrative law*, Londres, 1986. Sobre o regime administrativo norte-americano, A. C. Anan Jr./N. T. Mayton, *Administrative law*, St. Paul, Minnesota, 1993; S. G. Breyer/B. Stewart, *Administrative law and regulatory policy problems*, Boston, 1993; K. C. Davis, *Administrative law treatise*, Minnesota, 1994; C. F. Edley Jr., *Administrative law*, New Haven, 1990; E. Gellhorn/B. Buse, *Administrative law and process*, Nova Iorque, 1995; D. Hall, *Administrative law*, Nova Iorque, 1993; R. J. Pierce/S. A. Shapiro/P. R. Verkuil, *Administrative law and process*, Nova Iorque, 1992; B. Schwarz, *Administrative law*, Boston, 1991. Análises de cada um dos «sistemas de administração» por autores nacionais de Estados com regimes administrativos diferentes podem encontrar-se em L. Neville Brown/J. S. Bell, *French administrative law*, Oxford, 1993; S. Rose-Ackerman, «American administrative law under siege: is Germany a model?», HLR 107 (1994-6), 1279-1302; D. Ley, «Les déve-

loppements récents du droit administratif anglais», in *Mélanges René Chapus*, Paris, 1992; J. V. Gonzalez Garcia, *El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América*, Madrid, 1996. V. ainda as perspectivas comparatistas de G. Knoll, *Grundzüge eines europäischen Standards für den einstweiligen Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte: paradigmatische Regelungen des einstweiligen Rechtsschutzes in Deutschland, Frankreich, im Vereinigten Königreich sowie in der EMRK und der Europäischen Gemeinschaft*, Berlin, 2002; J. Beaton/T. Tindimas, *New directions in european public law*, Oxford, 1999; W. Wade/H. Ragnernahm/P. L. Strauss, *Administrative law. The problem of justice*, 1 (*Anglo-American and Nordic Systems*), Milão, 1991; idem, *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, Paris, 1993; M. Fromont, «La convergence des systèmes de justice administrative en Europe», RTDP (2001), 125; M. P. Chiti, *Administrative comparative law*, REDP (1992-1) 11-37. Em geral sobre os sistemas jurídicos anglo-saxónicos, J. Oliveira Ascensão, *As fontes de direito no sistema jurídico anglo-americano*, Lisboa, 1974; F. J. Bronze, «continentalização do direito inglês ou «insularização» do direito continental? (Proposta para uma reflexão macro-comparativa do problema)», Coimbra, 1982. Sobre a influência da integração europeia, M. Rebelo de Sousa, «A integração europeia pós-Maastricht e o sistema de governo dos Estados-membros», AS 198/199 (1992), 789; especificamente sobre a «europeização do direito administrativo», v. a bibliografia indicada no § 3 a propósito do direito comunitário como fonte de direito administrativo.

§ 5 – Função administrativa, administração pública e direito administrativo em Portugal

I. Aspectos históricos

Em termos históricos, também em Portugal a Idade Média correspondeu a uma fase de apagamento da administração estadual, ao papel relevante da administração local e da Igreja e instituições a ela ligadas, como as misericórdias, na satisfação de necessidades colectivas. Contudo, logo a partir da crise de 1383-1385 se reforçou a centralização e concentração do poder real, facilitadas pelo apoio de uma burguesia urbana e letrada e pela debilidade dos anteriores laços feudais. Este processo culminou, ainda no século XV, no perecimento do Estado estamental, na complexificação da administração estadual (sobretudo com a expansão ultramarina) e no controlo uniformizador exercido sobre as autarquias locais e as instituições de origem ou patrocínio religioso. No reinado de D. Manuel I, sobretudo com as Ordenações Manuelinas e o Regimento dos Oficiais das Cidades, Vilas e Lugares Destes Reinos (que reformou os forais, esvaziando a autonomia local), assistiu-se à formalização de um controlo estadual já presente nas Ordenações Afonsinas.

2 O Estado absoluto durou em Portugal até ao século XIX e conheceu, a partir do século XVII, uma sofisticação de estruturas da administração estadual, que atingiu a sua expressão mais acabada com as reformas pombalinas, já em pleno despotismo iluminado. Assim, desde a agricultura, o comércio e a indústria (com as companhias majestáticas) até ao ensino (com o apagamento do papel da Igreja e o desenvolvimento da universidade pública) e ao acentuar da crise da administração local, passando pela subordinação da nobreza, tudo contribuiu para a concentração e centralização administrativas. Simultaneamente, tal como sucedera desde os primórdios da nacionalidade, as funções legislativa, administrativa e jurisdicional não estavam organicamente separadas. As garantias dos subditos eram nominais, precárias e esvaziadas na prática pela existência da prerrogativa régia, embora se tivessem reforçado progressivamente quanto à administração de cariz patrimonial.

3 Com a Revolução de 1820 chegaram os princípios administrativos enformadores do Estado liberal emergente da Revolução Francesa. Assim, com o advento das Constituições escritas (1822, 1826, 1838 e, já em República, 1911) deu-se a consagração dos direitos civis e políticos dos cidadãos e a separação dos poderes do Estado, nomeadamente entre o poder administrativo e o poder jurisdicional. Apesar da forte influência francesa, a administração continuou a ser controlada pelos tribunais comuns até 1932, ocasião da reforma administrativa de Mouzinho da Silveira, cujo relatório preambular considerava como «a mais bela e útil descoberta moral do século passado» a separação entre as funções administrativas e jurisdicionais (Decretos n.ºs 22, 23 e 24, de 16 de Maio de 1832, só aplicados após o termo da guerra civil, em 1834, colectivamente conhecidos como «Decretos da [Ilha] Terceira»). O Decreto n.º 23 da reforma introduziu em Portugal um regime administrativo de inspiração francesa, dotado, designadamente, de tribunais administrativos (os Conselhos de Prefeitura) que, tal como os do modelo original, não eram verdadeiramente órgãos jurisdicionais e sim administrativos.

4 O Estado liberal experimentou, em Portugal, avanços e recuos múltiplos até 1851, mas os seus princípios fundamentais perduraram, ainda quando mitigados (por exemplo, na Carta Constitucional, a separação de poderes seria atenuada pelo poder moderador do monarca, e os sucessivos Códigos Administrativos oscilaram entre maior e menor centralização

administrativa). Os particulares viram os seus direitos incipientemente protegidos pelo direito administrativo e por tribunais administrativos (a partir de 1845, Conselho de Estado, redominado como Supremo Tribunal Administrativo em 1870, inicialmente no sistema de «justiça reservada», com lenta transição para o de «justiça delegada» e progressivo alargamento do âmbito competencial às impugnações dos actos praticados por órgãos da administração estadual). Contudo, como reflexo da ausência de qualquer pacificação política ou doutrinal em torno da questão do controlo da administração, verificou-se uma cíclica oscilação entre os modelos dos tribunais judiciais (1835-1842), dos «tribunais administrativos» (1834-1935, 1842-1846, e de 1848 em diante, embora com alguns períodos intermitentes de modelo híbrido) ou mesmo, em períodos de maior turbulência política, parcial ou totalmente do «administrador-juiz» (como sucedeu entre 1846 e 1848). A partir dos anos sessenta e setenta do século XIX, ampliou-se progressivamente a intervenção económica, social e cultural do poder político do Estado, com o alargamento da administração pública estadual e com a associação de privados ao exercício da função administrativa (em especial através das concessões na metrópole e nas colónias).

Durante o liberalismo oitocentista, o essencial da influência francesa traduziu-se, assim, na importação do sistema de administração executiva, com os seus traços fundamentais do estatuto de privilégio da administração pública, do relevo crescente do direito administrativo, da precariedade na defesa dos direitos dos particulares e do papel e natureza dos tribunais administrativos; mesmo a centralização administrativa, de feição napoleónica, viria a afirmar-se paulatinamente, primeiro através da uniformização artificial do estatuto das autarquias locais e depois mediante o seu controlo acrescido por parte do Estado: a solidez da sua autonomia era tão fraca que não admira que, em 1836, o Governo de Passos Manuel tenha podido extinguir, por decreto, 498 municípios de uma só vez.

A I República, apesar de alguns propósitos sociais, não se afastou no essencial dos traços do Estado liberal do fim da Monarquia, com destaque para a crescente, ainda que lenta, amplificação da função administrativa, a centralização administrativa e a insuficiência das garantias dos particulares, a que se juntou uma crónica instabilidade político-constitucional. O período trouxe ainda um recrudescimento do debate acerca da existên-

cia de tribunais administrativos: o aumento drástico das recusas de homologação governamental das consultas do STA criou mesmo o terreno propício à reinstauração, entre 1924 e 1930, do sistema de controlo da administração pelos tribunais judiciais.

6 A própria natureza do Estado Novo, constitucionalizado em 1933, condicionaria a função administrativa, a administração pública e o direito administrativo durante mais de quarenta anos, tendo conduzido em linha recta à consagração, pela primeira vez em Portugal, de um Estado social. As profundas mudanças operadas nas décadas de vinte, trinta e quarenta do século XX traduziram-se num empolamento do carácter autoritário da administração pública, em função do regime ditatorial vigente, acompanhado de um muito sensível alargamento da administração presicional, mercê da existência de um Estado dirigista e planeador, que se socorria da estrutura corporativa e dos organismos de coordenação económica. Mas algumas características da função administrativa, da administração pública e do direito administrativo no Estado Novo corresponderam ao aproveitamento, e em alguns casos ao aprofundamento, de características marcadamente autoritárias já presentes ou insinuadas no Estado liberal: esbatimento das fronteiras entre legislação e administração e entre administração e jurisdição, devido à assunção de poderes legislativos pelo Governo, acompanhada de uma desvalorização radical do parlamento, e à subsistência de tribunais administrativos (reinstaurados em 1930, com recriação definitiva do STA em 1933) integrados na administração; fortes centralização e concentração administrativas, visíveis, por exemplo, na redução das autarquias locais a meros desdobramentos do Estado; deficiência genérica das garantias dos particulares, traduzidas na escassez de meios processuais, na limitada impugnabilidade dos actos administrativos e no carácter restrito do processo de execução de sentenças contra os órgãos do Estado. A partir da década de cinquenta do século XX, a forçada abertura da economia portuguesa restringiu alguns traços da intervenção do Estado na sociedade, mas persistiram as demais características, apenas com ligeiros passos no sentido da descentralização no Ultramar, da denarcação das funções do Estado e do alargamento das garantias dos particulares, sobretudo a partir da revisão constitucional de 1971. Em toda esta fase, o direito administrativo afirmou-se como ramo de direito pujante, mas traduzia naturalmente as concepções de fundo domi-

nanter acerca do Estado, da função administrativa e da administração pública.

7 A revolução de 1974 e a CRP de 1976 introduziram um Estado de direito democrático e um regime económico de transição para o socialismo. O primeiro trouxe a definitiva autonomização da função administrativa em relação às restantes funções do Estado e a consequente jurisdicionalização dos tribunais administrativos, o reforço das garantias dos particulares, a regionalização político-administrativa dos Açores e da Madeira e a proclamação da descentralização e da desconcentração administrativas. O segundo implicou as nacionalizações e as expropriações, das quais resultou a extensão muito significativa da administração pública em sentido orgânico, que ficou assim a meio caminho entre aquilo que seria próprio de um Estado-providência e aquilo que se esperaria de um Estado socialista, embora com um atraso de quase uma década em relação ao apogeu do Estado-providência na generalidade das democracias europeias. Com a descolonização, foram reabsorvidos pela administração pública portuguesa funcionários públicos vindos do ultramar e imperativos de justiça social obrigaram transitoriamente a adicionais encargos para a administração. A integração de Portugal nas Comunidades Europeias, a partir de 1985, acelerou a falência da transição para o socialismo, visível entre 1977 e a revisão constitucional de 1982, e evidenciou a crise do providencialismo estradual. Desde a revisão constitucional de 1989, assistiu-se a um processo reprivatizador no sector público económico e a um debate sobre a amplitude do sector público administrativo. Em 1998, uma proposta de regionalização do continente não reuniu a maioria dos votos em referendo nacional, continuando por concretizar esta injunção constitucional (art. 255.º, 256.º CRP). A institucionalização do Estado de direito democrático e as vicissitudes que o rodearam ao longo de vinte e cinco anos traduziram-se numa crise apreciável da administração pública portuguesa, sujeita a inflexões de regime jurídico e a alterações estatutárias, contrastantes com a permanência de uma cultura administrativa ainda muito marcada pela herança dos anos sessenta e setenta do século XX.

II. O regime administrativo português actual

8 Enquanto o sistema administrativo é um modelo abstracto, passível de diferente concretização de acordo com as especificidades da cada Estado, o regime administrativo corresponde à precipitação do sistema administrativo em certas coordenadas temporais e espaciais. Assim, o regime administrativo é o conjunto de princípios e de regras que caracterizam o exercício da função administrativa num determinado Estado e num dado momento histórico. Por outro lado, a compreensão do regime administrativo supõe a noção de como se estrutura a administração pública, internamente e na relação com os particulares, e ainda de como se perfila o direito administrativo.

Os traços mais relevantes do regime administrativo português são os seguintes:

9 a) O Estado-colectividade é um Estado social de direito (ou um Estado de direito democrático, na expressão do art. 2.º CRP). É um Estado de direito na medida em que atende à primazia dos direitos liberdades e garantias, consagra a separação de poderes e os princípios da constitucionalidade e da legalidade da actuação do poder político do Estado. É um Estado social porque o regime político democrático converge com um regime económico capitalista, embora temperado pela intervenção do poder político do Estado, visando corrigir assimetrias ou desigualdades, designadamente no exercício dos direitos económicos, sociais e culturais. O tipo de Estado explica, por um lado, os limites decorrentes da primazia dos direitos fundamentais e da natureza do regime político (Estado de direito) e, por outro, a amplitude da função administrativa e da administração pública (Estado social). Tal amplitude tem conhecido variações, desde o modelo colectivista pós-revolucionário até ao momento, actualmente ainda em curso, de privatização de entidades e actividades até durante muito tempo concebidas como exclusivamente administrativas. Contudo, os dados disponíveis em 1999 apontavam para a existência, na administração pública portuguesa, de mais de cinco mil e quinhentas pessoas colectivas de direito público, mais de cinquenta e cinco mil serviços administrativos e mais de seiscentos e cinquenta mil funcionários e agentes administrativos, mantendo-se uma tendência para o crescimento destes números.

b) O Estado português é um Estado unitário regional periférico [arts. 106.º, 288.º, o) CRP]; não existe, portanto, uma pluralidade de entes dotados de soberania na ordem interna mas sim regiões periféricas com autonomia administrativa, política e legislativa. Esta forma de Estado justifica a existência e a estrutura das administrações públicas regionais dos Açores e da Madeira.

c) O sistema de governo português é semipresidencial. O sistema de governo determina que a administração pública estadual dependa do Governo e não do Presidente da República, respondendo o governo pela sua actuação administrativa perante a Assembleia da República e, mais limitadamente, perante o Presidente da República (arts. 190.º CRP).

d) O sistema de partidos vigente, propendendo para um multipartidarismo rígido, conduziu a uma politização e a uma partidização da administração pública tanto ou mais intensa do que durante o século XIX: sendo os partidos políticos débeis, recorrem à administração pública para empregar pessoal para cuja contratação não têm meios. Isto levou à criação de camadas sobrepostas de clientelas partidárias, em que as chefias sofrem uma rotação estritamente dependente da mudança de Governo, sem que isso implique a rejeição global dos níveis inferiores. A fórmula daqui resultante, a meio caminho entre a substituição maciça e rotativa de pessoal dirigente administrativo e a da continuidade da carreira administrativa, impermeável às vicissitudes da governação, comete à administração pública um papel político de ponte de diálogo e factor de dirimção de conflitos entre dois universos partidários.

e) O direito português integra-se na família romano-germânica. 13 Daqui decorre a predominância do direito escrito e o apagamento do costume, a só muito recente valorização da jurisprudência (embora não como fonte de direito) e a propensão para o raciocínio jurídico de tipo abstracto-sistemático.

f) Admitindo que esta terminologia faz ainda hoje algum sentido, o 14 regime administrativo português pode qualificar-se como de administração executiva mitigada. A função administrativa é comumente exercida ao abrigo de um direito próprio (*supra*, 2-1), cuja aplicação última compete a tribunais administrativos; a administração pública portuguesa surge como poder, sendo dotada de competências unilaterais de actuação imperativa (acto e regulamento administrativo: *infra*, t. III) e de meios próprios

de actuação consensual (contrato administrativo: *infra*, t. III), bem como de autotutela executiva (*infra*, t. III). Contudo, a evolução do regime administrativo-português nas últimas décadas afastou-o progressivamente do sistema de administração executiva, designadamente mercê da descentralização administrativa (*infra*, 7-5 ss.); da expansão da actividade de gestão privada da administração pública e sua crescente sujeição ao direito privado administrativo (*supra*, 3-69 ss.); da restrição da autotutela executiva administrativa (*infra*, t. III); da flexibilização do entendimento do princípio da separação de poderes (*supra*, 4-15, 6-1 ss.), traduzida na jurisdicionalização dos tribunais administrativos e no alargamento das garantias jurisdicionais dos particulares contra a administração pública, envolvendo mesmo a sua condenação à prática de actos devidos e a sua sujeição a injunções de natureza cautelar (*supra*, 4-15). Ainda assim, a cultura dominante de prevalência do poder político do Estado sobre a sociedade civil está, sem dúvida, muito mais próxima da influência francesa.

15 *g*) O Estado português é membro da UE. Isto implica que o exercício da função administrativa seja parcialmente regulado por normas jurídicas constantes de actos de direito comunitário e, no momento presente, condicionado pelas exigências de convergência orçamental que acarretam uma importante compressão da administração prestacional (em sentido orgânico e material).

16 *h*) Além dos traços referidos, o regime administrativo português incorpora determinados princípios fundamentais. Princípio fundamental atinente ao recíproco posicionamento e à limitação mútua dos poderes do Estado é o princípio da separação de poderes (art. 2.º CRP; *infra*, 6). Os princípios fundamentais da organização e do funcionamento da administração pública (acolhidos no art. 267.º CRP e nos arts 7.º e 8.º CPA) são o princípio da desburocratização (*infra*, 7-2 ss.), o princípio da aproximação da administração às populações (*infra*, 7-4), o princípio da descentralização, cobrindo o princípio da subsidiariedade (*infra*, 7-5 ss.), o princípio da desconcentração (*infra*, 7-16), o princípio da unidade da acção administrativa (*infra*, 7-24 ss.), o princípio da participação dos particulares na gestão da administração pública (*infra*, 7-26 ss.), abrangendo o princípio da colaboração da administração pública com os particulares (*infra*, 7-27 ss.) e o princípio da participação na formação das decisões que lhes digam respeito (*infra*, 7-32). Os princípios fundamen-

tais da actividade administrativa (consagrados no art. 266.º CRP e nos arts. 3.º-6.º-A, 9.º, 11.º CPA) são o princípio da legalidade (*infra*, 8), o princípio da prossecução do interesse público (*infra*, 10-1 ss.), o princípio do respeito pelas posições jurídicas subjectivas dos particulares (*infra*, 10-8 ss.), o princípio da proporcionalidade (*infra*, 10-14 ss.), o princípio da imparcialidade (*infra*, 10-20 ss.), o princípio da boa fé (*infra*, 10-29 ss.), o princípio da igualdade (*infra*, 10-37 ss.), o princípio da justiça (*infra*, 10-41 ss.), o princípio da decisão (*infra*, 10-44) e o princípio da gratuidade (*infra*, 10-54 ss.).

Bibliografia sobre o § 5: Sobre a evolução histórica da função administrativa, da administração pública e do direito administrativo em Portugal, H. da Gama Barros, *História da administração pública em Portugal*, 5 vols., Lisboa, 1885-1934; C. Beirante, *Descentralização. Municipalismo e cooperativismo de Herculano a Sérgio*, Lisboa, 1978; M. Caetano, *Estudos de história da administração pública portuguesa*, Coimbra, 1994; idem, *Os antecedentes da reforma administrativa de 1842 (Mouzinho da Silveira)*, Lisboa, 1967; M. G. Dias Garcia, *Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Lisboa, 1994; idem, *Do Conselho de Estado ao actual Supremo Tribunal Administrativo*, Lisboa, 1995. Sobre o regime administrativo português actual, D. Freitas do Amaral, «A evolução do direito administrativo português nos últimos dez anos», in *Contencioso administrativo. Breve curso constituído por lições proferidas na Universidade do Minho*, Braga, 1986, 1; J. C. Vieira de Andrade, «O ordenamento jurídico-administrativo português», in AAVV, *Contencioso administrativo*, Braga, 1986, 33; P. Otero, *O poder de substituição em direito administrativo. Enquadramento dogmático-constitucional*, 2 vols., Lisboa, 1995; V. Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996; M. Rebelo de Sousa, «Estado», DJAP IV (1991), 210; idem, *O Sistema de governo português*, Lisboa, 1992; idem, «Um retrato actual da administração pública portuguesa», in *Administração pública e direito administrativo em Portugal*, Lisboa, 1992, 27; idem, «A administração e os cidadãos. Desafios em Portugal», *ibidem*, 59.



Parte II
PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Cada ramo jurídico tem a encabêçá-lo princípios fundamentais, cuja 1
compreensão é essencial para o estudo das matérias que disciplina. No
caso do direito administrativo, praticamente todos os princípios funda-
mentais, cumulativamente orgânico-funcionais e substanciais, apenas
orgânico-funcionais ou apenas substanciais, encontram-se consagrados na
CRP, alguns deles constituindo mesmo limites materiais explícitos de revi-
são constitucional [embora com formulação mais restrita, o princípio da
separação de poderes: art. 288.º, j) CRP]. Estes princípios constituem tra-
ços caracterizadores do regime administrativo português (*supra*, 5-16).

§ 6 – O princípio da separação de poderes

1. Aspectos gerais

O entendimento apriorístico, rígido e mecanicista da separação de 2
poderes prevalecente no Estado de direito liberal está hoje ultrapassado
(*supra*, 4-8 ss., 4-15 ss.), mas o princípio está longe de ter deixado de ser
relevante: a própria Constituição, que, no texto original, já tinha acolhi-
do um princípio de separação e interdependência dos órgãos de soberania
[arts. 111.º, 1, 288.º, j) CRP], passou mesmo, após a revisão de 1997, a
referir-se-lhe expressamente enquanto fundamento do Estado de direito
democrático (art. 2.º CRP).

A pluralidade de modelos de divisão de competências dos órgãos do
poder político típico do Estado social implica que seja de cada concreta
Constituição que se tenha que partir para a descoberta do entendimento
do princípio da separação de poderes que lhe subjaz; ou seja, não há já um
«esquema patente da separação de poderes» (O. Bachof, «Die Prüfungs-

und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz», in *Weg zum Rechtsstaat*, s.l., 1979, 207)-baseado numa coincidência total entre separação orgânica e separação funcional, que limite imanentemente o poder constituinte e possa aplicar-se sem mais a qualquer ordem jurídica.

3 Actualmente, o princípio da separação de poderes pode desdobrar-se em duas dimensões, uma negativa e outra positiva.

A dimensão negativa é herdada do Estado liberal e dita a prevenção da concentração e do abuso do poder, mediante a divisão orgânica e o controlo mútuo dos poderes. Assim, *prima facie*, a dimensão negativa do princípio da separação de poderes impõe que, quando no exercício de uma função do Estado para o qual estejam constitucionalmente habilitados, os órgãos do poder político não possam praticar actos que se reconduzam a outra função do Estado (para a caracterização das funções do Estado, *supra*, 2-1 ss.). Nada diz, contudo, acerca da concreta repartição de competências entre esses órgãos.

Segundo a contemporânea concepção positiva da separação de poderes enquanto princípio organizativo de optimização do exercício das funções do Estado, esta exige uma *estrutura orgânica funcionalmente correcta* do aparelho público, aferida por referência às ideias de aptidão, responsabilidade e legimação: as funções do Estado devem ser distribuídas pelos órgãos mais adequados em função da sua natureza e da dos seus serviços, da forma e dos procedimentos da sua actuação e da sua legitimação, de modo a que decidam de forma responsável e que pelas suas decisões possam ser responsabilizados.

4 Todavia, tratando-se a separação de poderes de um princípio e não de uma regra constitucional, o seu entendimento *prima facie* poderá ter que ser comprimido na presença de outro princípio com maior peso concreto (*supra*, 3-87); por este motivo não é possível definir *a priori* «núcleos duros» do princípio da separação de poderes.

II. Separação entre administração e jurisdição

1. A reserva de jurisdição perante a administração

5 No quadro constitucional, não pode haver dúvidas de que são os tribunais os órgãos cuja posição funcional assegura a maior adequação e legi-

timidade para o exercício da função jurisdicional: são, os mais preparados para se pronunciarem acerca de questões jurídicas, uma vez que são constituídos por titulares com preparação especializada e ocupam uma posição de imparcialidade e independência, ao contrário dos órgãos administrativos, cujos titulares podem nem ser juristas, e que são por natureza parciais (*supra*, 2-34). Em conformidade, o art. 202.º, 1 CRP estabelece uma reserva de função jurisdicional em favor dos tribunais (= reserva de jurisdição); estes não são apenas órgãos de soberania que administram a justiça em nome do povo; são os órgãos de soberania que administram a justiça em nome do povo.

6 Contudo, existe uma zona cinzenta em que o exercício de uma função materialmente jurisdicional surge em ligação estreita com o exercício da função administrativa. Pense-se, por exemplo, no julgamento em primeira instância de processos contra-ordenacionais (arts. 33.º-58.º RGIMOS), na aplicação de penas disciplinares (arts. 35.º-84.º EDAAP) e na fixação de indemnização por nacionalizações (art. 14.º da Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro). É relativamente consensual na doutrina e na jurisprudência que, pelo menos em algumas destas situações, não funciona uma reserva absoluta de jurisdição, no âmbito da qual seria proscrita qualquer intervenção por parte dos restantes poderes do Estado, mas apenas uma reserva relativa de jurisdição, no âmbito da qual se admite que a lei permita a órgãos administrativos que exerçam em primeiro grau poderes materialmente jurisdicionais, com sujeição a posterior controlo jurisdicional, necessariamente de plena jurisdição. Os actos que a administração pratique nestas condições são um híbrido de actos administrativos e jurisdicionais, a que se pode chamar actos administrativos judicativos (*infra*, -t, III).

Fora destas situações, é inconstitucional, por violação do princípio da separação de poderes, qualquer lei que invista a administração do exercício da função jurisdicional (por ex., a situação abordada no Ac. TC 963/96, DRI 9/10/1996, 3544).

2. A reserva de administração perante a jurisdição

7 Ao contrário do que sucede com a função jurisdicional, a Constituição não reserva expressamente a função administrativa aos órgãos administra-

tivos. No entanto, os tribunais só estão habilitados a «reprimir a violação da legalidade democrática» (art. 202.º, 2 CRP) e não a fiscalizar o mérito da actuação pública (*infra*, 9-6 ss.); por isso, a reserva de administração perante os tribunais está naquela parte da sua actividade que se situa para além das vinculações legais e dos limites jurídicos que lhes são impostos (*infra*, 9-35 ss.). Trata-se da margem de livre decisão administrativa, cujo exercício os tribunais podem controlar precisamente apenas na medida em que tenha envolvido a violação de um qualquer parâmetro de confiabilidade jurídica (*infra*, 9-35). Embora tudo isto já decorresse implicitamente da Constituição, o art. 71.º CPTA explicitou a determinação de que os tribunais administrativos respeitem a «formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa».

Ainda que seja possível identificar as situações típicas de margem de livre decisão (discrecionabilidade e margem de livre apreciação: *infra*, 9-10 ss., 9-16 s.), a extensão da reserva de administração perante os tribunais varia, mesmo na aplicação das mesmas normas, consoante os peso e configuração que os princípios constitucionais limitadores da liberdade administrativa assumam no caso concreto. Se apenas restar uma possibilidade de actuação juridicamente conforme, será mesmo possível um controlo jurisdicional total da conduta administrativa comissiva ou omissiva (redução da margem de livre decisão a zero: *infra*, 9-40 ss.).

III. Separação entre administração e legislação

1. A reserva de legislação perante a administração

8 A reserva de legislação perante a administração é assegurada pelo princípio da legalidade (*infra*, 8), que nesta estrita medida surge como princípio concretizador da separação de poderes. A preferência de lei assegura que os actos de administração não revoguem ou deroguem os actos legislativos, sendo antes estes a prevalecer sobre os primeiros (*infra*, 8-10 ss.); a reserva de lei assegura que a administração não realize escolhas primárias e, portanto, do domínio da função legislativa (*infra*, 8-18 ss.).

A emissão de regulamentos, desde que legalmente conformes, não corresponde ao exercício administrativo da função legislativa: os regulamen-

tos são puros actos da função administrativa (*infra*, t. III) e não constituem, portanto, sequer «legislação material».

2. A reserva de administração perante a legislação

9 No direito português é indiscutível a existência de reservas específicas de administração perante o legislador, consagradas em favor de entes da administração autónoma, algumas das quais são objecto de garantia constitucional (arts. 76.º, 2, 225.º, 3, 228.º, 241.º CRP): nestes casos a reserva de administração impede mesmo a emissão de legislação para além do estritamente exigido pela reserva de lei.

Já a questão de saber se existe uma reserva *geral* de exercício da função administrativa em favor da administração pública, oponível perante o poder legislativo, constitui um dos problemas mais complexos contemporaneamente suscitados pelo princípio da separação de poderes (geralmente, é dele que se fala quando é utilizada a expressão abreviada «reserva de administração»). As dificuldades põem-se sobretudo a propósito das relações entre Governo e Assembleia da República, particularmente em situações de minoria parlamentar; mas, no sistema constitucional português, podem também suscitar-se a propósito da separação intra-governamental de poderes.

Na doutrina e na jurisprudência portuguesas, a opinião maioritária é a de que não existem limites à função legislativa decorrentes de uma zona irreduzível do poder administrativo; nada impediria, portanto, a lei de assumir conteúdos e funções típicas de actos de administração, como actos e regulamentos administrativos, e mesmo de interferir com a vigência de contratos administrativos.

Perante uma lei da Assembleia da República que pretendia adstringir o Governo a praticar por decreto-lei o acto materialmente administrativo de cessação de intervenção do Estado nas empresas, a CC começou por sustentar a existência de uma reserva geral de administração em face do legislador, fundada no princípio da separação de poderes (PCC 16/79, 8, 205). Mas o Tribunal Constitucional foi-se afastando sucessivamente deste entendimento (Ac. TC 31/786, ATC 8, 261; Ac. TC 461/87, ATC 10, 214) até que, mais recentemente, defendeu claramente, por duas vezes, a inexistência de uma reserva geral de administração: no primeiro caso, tratava-se de uma lei da Assembleia da República que impunha ao Governo a alteração do número de vagas de acesso ao ensino superior para o ano lectivo em curso, já anteriormente

fixado por este último órgão ao abrigo das suas competências de tutela sobre as universidades públicas (Ac. TC 1/97, DRI, 5/3/1997, 966); no segundo, o problema era o de uma lei da Assembleia da República que envolvia a modificação do regime de cobrança de portagens constante do contrato de concessão da auto-estrada do oeste celebrado pelo Governo (Ac. TC 24/98, DR2, 19/12/1998, 2274). A primeira decisão foi desenvolvidamente criticada por J. Reis Novais, *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*, Lisboa, 1997.

12 Tal solução, tudo visto e reponderado, não é, contudo, satisfatória. A inexistência de quaisquer limites à função legislativa perante a administração é totalmente incompatível com o princípio da separação de poderes. A mais intensa legitimidade democrática do legislador e a necessidade de controlo parlamentar do executivo (Ac. TC 11/97) não são argumentos em contrário da reserva de administração, pois o significado último do princípio da separação de poderes é precisamente o de evitar que a distribuição do poder pelo aparelho público conduza a situações de onipotência. A inequívoca dessubstancialização do conceito de lei no Estado social de direito também não permite justificar a recusa de uma reserva de administração, pois uma coisa é admitir que a lei pode ter um conteúdo individual e concreto quando traduza escolhas de primeiro grau e, portanto, de natureza política, e outra muito diversa é sustentar que pode descer ao nível da pura administração. A levarem-se tais argumentos até às últimas consequências, e por absurdo, a Assembleia da República poderia na prática gerir através de leis os serviços do Estado-administração e da sua administração directa e indirectamente dependente em vez de um Governo minoritário, e um Governo maioritário poderia, sem receio de apreciação parlamentar, exercer as suas competências administrativas integralmente por decreto-lei. Ambas as situações são inverosímeis, mas só a afirmação de uma reserva geral de administração permite a conclusão de que são claramente inconstitucionais.

13 A existência de uma reserva geral de administração fundamenta-se no entendimento do princípio da separação de poderes como comando de optimização da distribuição orgânica das funções: efectivamente, tendo em conta as suas características orgânico-pessoais e orgânico-institucionais (*supra*, 2-29 ss.), a administração é mais apta e encontra-se mais legitimada para exercer, de modo auto-responsável, a função administrativa. No que respeita ao Governo, há ainda a ter em conta o seu papel de órgão

de condução da política geral do país e de órgão superior da administração pública (art. 182.º CRP), que ficaria em perigo caso se admitisse a interferência da Assembleia da República em tais matérias; isto para já não falar na própria lógica da sua responsabilidade perante o Presidente da República e a própria Assembleia da República, que ficaria esvaziada no primeiro caso e sem sentido no segundo. Em consequência, o princípio da separação de poderes veda *prima facie* qualquer intervenção do legislador em matérias que envolvam o exercício da função administrativa; no entanto, por força da natureza principiológica da separação de poderes, a extensão exacta da reserva de administração não pode ser definida aprioristicamente.

A reserva de administração veda, por exemplo, a substituição do legislador à administração na decisão de matérias que a Constituição ou a lei tenham configurado como devendo ser objecto de decisão administrativa, ou a revogação ou modificação de decisões administrativas já tomadas; era o que se passava nas situações a que se referiram os Acs. TC 1/97 e 24/98. A reserva de administração não impede, naturalmente, o legislador de modificar o regime legal de exercício do poder administrativo nas matérias em causa, predeterminando assim a conduta da administração, por força do princípio da legalidade; mas daqui não pode extrair-se um argumento por identidade ou maioria de razão a favor da reserva de administração, ao contrário do que pretende o Tribunal Constitucional (Ac. TC 1/97).

Bibliografia sobre o § 6: Sobre o princípio da separação de poderes em geral. *J. Reis Novais, *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*, Lisboa, 1997; N. Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, 1989; idem, «A separação dos poderes na Constituição de 1976. Alguns aspectos», in J. Miranda (org.), *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986, 143; idem, «Separação dos poderes», Polis, V (1987), 682; P. Cas- tro Rangel, *Reserva de jurisdição. Sentido dogmático e sentido jurisprudencial*, Porto, 1997; D. Merten (org.), *Gewaltenteilung im Rechtsstaat*, SHS 106 (1997); H. Peters, *Die Gewaltenteilung in moderner Sicht*, Colónia/Opladen, 1954; W. Weber, «Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem», in *Festschrift C. Schmidt*, Berlin, 1994, 253; W. R. Wiegé, «Das System der Gewaltenteilung im Grundgesetz», Jura (1996), 436; *G. Zimmer, *Funktion-Kompetenz-Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes*, Berlin, 1979; E. Bassi, «Il principio di la separazione dei poteri», RTDP (1965), 27; Ch. Einsenmann, «L'Esprit des Lois» et la séparation de pouvoirs, in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933, 165. Sobre a reserva de jurisdição em face da administração, J. Oliveira Ascensão, «A reserva constitucional de jurisdição», QD 123 (1991), 465; *J. C. Vieira de Andrade, «A reserva do juiz e a intervenção ministerial em matéria de fixação das indemnizações por nacionalizações», SJ 274/275 (1998), 213; J. J. Gomes Canotilho/P. Caneelas de Castro, «Constitucionalidade do sistema de liquidação efectiva administrativa de estabelecimentos bancários», Revista da Banca 23 (1992), 57; J. P. Cardoso da Costa, «A fixação das indemnizações por nacionalizações e o prin-

cípio da reserva de juízo», CTF (1995), 133; idem, «O recurso para os tribunais judiciais da aplicação de coimas pelas autoridades administrativas», CTF 366 (1992), 39; J. J. Almeida Lopes, «Princípios constitucionais da separação de poderes, da “reserva de juízo” e do Estado de direito democrático: Evolução do contencioso tributário aduaneiro», RDP, 6 (1989), 57; A. Cândido de Oliveira, «A EDP, os municípios e o Governo. Tutela administrativa – reserva de jurisdição», CJA 9 (1998), 21; M. Rebelo de Sousa, «As indemnizações por nacionalizações e as comissões arbitrais em Portugal», ROA 49 (1989), 363; idem, «Comissões arbitrais, indemnizações e privatizações», DJ (1991), 91; S. Munõz Machado, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, 1989. Sobre a reserva de administração em face da jurisdição, v. a bibliografia indicada no § 9. Sobre a reserva de legislação em face da administração, v. a bibliografia indicada no § 8. Sobre a reserva de administração em face da legislação, L. Pereira Coutinho, «As duas subtracções. Esboço de uma reconstrução da separação entre as funções de legislar e de administrar», RFJUL (2000), 99; J. Reis Novais, *Separación de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República, Separación de poderes e límites da competencia legislativa da Asamblea da República*, Lisboa, 1997; N. Piçarra, «A reserva de administração», OD 122 (1990), II, 325; III-IV, 571; M. Rebelo de Sousa: «10 questões sobre a Constituição, o Orçamento e o Plano», in J. Miranda (org.): *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986, 115; Chr. Degenhart, «Der Verwaltungsvorbehalt», NJW (1984), 2184; A. Janssen, *Über die Grenzen des Legislativen Zugriffsrechts*, Tübingen, 1990; H. Maurer, «Der Verwaltungsvorbehalt», VVDStRL (1985), 135; F. Schnapp, «Die Verwaltungsvorbehalt», VVDStRL (1985), 172; D. Valano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milão, 1996.

§ 7 – Os princípios da organização e do funcionamento da administração pública

1 O princípio da separação de poderes respeita ao posicionamento do aparelho institucional da administração pública perante os órgãos que exercem as restantes funções do Estado (*supra*, 6). Mas existem também princípios incidentes sobre a estruturação interna da administração e o processamento da sua actividade. Apesar da sua imediata projecção organizativa e/ou funcional, estes princípios correspondem ao objectivo último de assegurar que a organização e o funcionamento da administração não sejam alheios aos particulares, tornando mais plausível que a actividade administrativa respeite as posições jurídicas subjectivas daqueles. Os princípios organizativos e funcionais da administração pública têm, portanto, uma função mista, permitindo, por um lado, a melhor prossecução do interesse público (dimensão objectiva, mais intensa nos princípios da desburocratização, da aproximação da administração às populações, da descentralização e da desconcentração: *infra*, 7-2, 7-4, 7-5, 7-16) e a protecção das posições jurídicas subjectivas dos

particulares (dimensão subjectiva, mais visível no princípio da participação dos interessados na gestão da administração pública: *infra*, 7-32). Do mesmo modo, os princípios organizativos e funcionais da administração pública estão indissolivelmente ligados aos princípios da actividade administrativa (*infra*, 9).

Uma vez que a organização administrativa e o processamento da actividade administrativa são matérias da reserva de lei (*infra*, 8-34 ss.), os princípios constitucionais que lhes respeitem vinculam, em primeira linha, o legislador. Contudo, por vezes, a lei estabelece mecanismos para a concretização de tais princípios pela administração, que igualmente está sempre adstrita a promover a adopção das soluções que melhor os concretizem no exercício da sua margem de livre decisão (*infra*, 9).

1. Princípio da desburocratização

O princípio da desburocratização está consagrado no art. 267.º, 2.º CRP e no art. 10.º CPA. Ele relaciona-se, de modo inevitável, com o princípio da prossecução do interesse público (*infra*, 10-1) e com o princípio do respeito pelas posições jurídicas subjectivas dos particulares (*infra*, 10-8): sem desburocratização é menor a eficiência das decisões administrativas e aumentam as potencialidades de lesão das posições jurídicas subjectivas dos particulares.

O imperativo de desburocratização incide, quer sobre a estruturação administrativa, quer sobre o procedimento administrativo. No primeiro plano, a desburocratização contra-indica estruturas desnecessariamente complexas, duplicações de atribuições ou competências, distanciamento excessivo entre as entidades administrativas e os particulares e entre os órgãos de instrução e de decisão e os seus destinatários. No segundo plano, a desburocratização opõe-se a procedimentos administrativos demasiado longos, lentos e formalizados e, portanto, não vocacionados para a adopção de decisões eficientes.

Como exemplos de concretizações legislativas do princípio da desburocratização vejam-se: o art. 57.º CPA, que estabelece um dever de celeridade administrativa, que inclui o dever de recusar e evitar formalidades impertinentes e dilatorias; o art. 58.º CPA, que estabelece um prazo geral

para a conclusão dos procedimentos administrativos; o art. 2.º, e) do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, segundo o qual os serviços da administração devem «privilegiar os procedimentos mais simples, rápidos, expeditos e económicos» (e ainda os arts. 13.º, 15.º-17.º, 19.º-22.º, 24.º-26.º, 28.º, 30.º-32.º e 35.º deste diploma); e o Decreto-Lei n.º 28/2000, de 13 de Março (que atribui competência para certificação de fotocópias a diversos serviços da administração pública).

O desiderato de desburocratização tem também levado a sucessivas projecções no plano organizativo (por vezes, paradoxalmente, elas próprias geradoras de burocratização): assim, o Decreto-Lei n.º 4/97, de 9 de Janeiro criou uma Rede Interministerial de Modernização Administrativa; a Resolução do Conselho de Ministros n.º 1/98, de 9 de Janeiro, permite a celebração de protocolos de modernização na administração estadual; a Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2000, de 30 de Maio criou o Fórum da Modernização Administrativa Autárquica; a Lei 4/2004, de 15 de Janeiro, estabeleceu um conjunto de normas a que deve obedecer a administração directa do Estado.

II. Princípio da aproximação da administração às populações

4 O princípio da aproximação da administração às populações está também contido no art. 267.º, 1 CRP e no art. 10.º CPA. A aproximação da administração pública relativamente às populações assenta no pressuposto de que as necessidades colectivas são melhor satisfeitas através de pessoas colectivas, órgãos e serviços administrativos próximos daqueles que as experimentam. Proximidade significa, por um lado, a existência de entidades administrativas mais próximas dos particulares; por outro, de órgãos e serviços, dentro de cada entidade administrativa, com mais fácil conhecimento das necessidades concretas que lhes cabe satisfazer; e implica, ainda, a possibilidade de participação dos particulares na formação das decisões que lhes dizem respeito. O princípio da aproximação da administração às populações desdobra-se assim, respectivamente, nos princípios da descentralização (*infra*, 7-5), da desconcentração (*infra*, 7-16) e da participação dos particulares na gestão da administração (*infra*, 7-32). É a própria Constituição que associa explicitamente os quatro princípios (art. 267.º, 1, 2 CRP).

III. Princípio da descentralização

1. Conteúdo

5 O princípio da descentralização decorre do art. 267.º, 2 CRP. Trata-se aqui exclusivamente da descentralização administrativa e não da política ou legislativa, que, no direito português, existe quanto às regiões autónomas (arts. 225.º, 3, 228.º CRP).

A descentralização administrativa exige que o exercício da função administrativa seja cometido a diversas pessoas colectivas além do Estado-administração. Por oposição, impede a centralização, ou seja, que tal exercício caiba apenas ao Estado-administração; e aponta ao legislador um caminho para a estruturação da administração pública, no sentido de, *prima facie*, lhe impor a manutenção e mesmo o aprofundamento (não a restrição) da descentralização administrativa já atingida. É esse o alcance da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, que enquadra a futura transferência de atribuições e competências para as autarquias locais e para os seus órgãos.

6 Em alguns casos, a existência de certas categorias de pessoas colectivas, integradas na administração autónoma (*infra*, t. II) é mesmo constitucionalmente garantida (embora não o seja a existência de toda e qualquer pessoa colectiva reconduzível a tais categorias, salvo no caso das regiões autónomas dos Açores e da Madeira); é o caso das regiões autónomas [arts. 225.º, 288.º, o) CRP], das autarquias locais [arts. 235.º, 288.º, n) CRP], das universidades públicas (art. 76.º, 2 CRP) e das associações públicas (art. 267.º, 1, 4 CRP). No entanto, algumas das pessoas colectivas correspondentes a formas de descentralização têm a sua existência dependente do legislador: é o caso daquelas que integram a administração directa e indirectamente dependente do Estado, que, por prosseguirem fins deste, podem por ele ser livremente criadas ou extintas, desde que seja assegurada a satisfação das necessidades colectivas a que correspondem as suas atribuições.

7 Mas o princípio da descentralização não pode ser entendido num sentido meramente formal: não basta que, além do Estado, outras pessoas colectivas exerçam a função administrativa, é necessário que essas pessoas colectivas e os seus órgãos sejam investidos pela lei de atribuições e com-

petências que permitam efectivamente a aproximação da administração relativamente às populações e que lhes sejam afectados os recursos humanos e financeiros necessários suficientes para que possam prosseguir aquelas atribuições e exercer aquelas competências. E é sobretudo aqui que a concretização legislativa do princípio da descentralização se tem revelado mais deficitária, e precisamente onde ela é constitucionalmente garantida, como sucede com as autarquias locais e as universidades públicas.

2. Modalidades de descentralização

8 O fenómeno unitário da descentralização pode assumir diferentes con-
figurações.

A descentralização pode ser territorial, traduzida na existência de pessoas colectivas de base territorial (como as regiões autónomas e as autarquias locais: *infra*, t. II) e não territorial (por vezes designada como devolução de poderes). Esta última pode traduzir-se no cometimento a pessoas colectivas de direito privado de tarefas materialmente administrativas (pessoas colectivas de interesse público: *infra*, t. II).

9 A descentralização pode também ser institucional, expressa na existência de pessoas colectivas de substrato patrimonial (como os institutos públicos: *infra*, t. II) ou associativa, traduzida na existência de pessoas colectivas de substrato associativo (como as associações e as universidades públicas: *infra*, t. II).

10 A descentralização pode ainda ser de primeiro ou segundo grau: a de primeiro grau resulta directa e imediatamente da Constituição ou da lei; a de segundo grau resulta de um acto de administração habilitado por lei. Um exemplo de descentralização de segundo grau é o da criação, pelos municípios, de empresas públicas municipais e intermunicipais (Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto). Sublinhe-se que a descentralização de primeiro grau operada por lei e a descentralização de segundo grau conhecem limites constitucionais. Assim, seria inconstitucional a conversão, por via legislativa, das grandes áreas metropolitanas bem como das comunidades urbanas e das comunidades intermunicipais (Leis n.º 10/2003 e n.º 11/2003, ambas de 13 de Maio) em autarquias locais de base electiva directa. É também, pelo menos, discutível se a descentralização de segundo grau pode ser de natureza terri-

rial: por força do estabelecimento constitucional de uma reserva de lei na criação de novas formas de organização territorial autárquica (art. 235.º, 3.º CRP), a lei não pode permitir a descentralização de segundo grau que se traduza na criação de novas pessoas colectivas de base territorial; mas já não suscita reservas que a lei possa habilitar a prática de actos de administração pelos quais uma pessoa colectiva pública transfira atribuições para outra pessoa colectiva pública territorial já existente: é o caso da delegação de poderes intersubjectiva (*infra*, t. II) prevista nos arts. 37.º, I e 66.º LAL.

Em todas as modalidades de descentralização, o ente descentralizado 11 pode ser de fins gerais ou de fim específico (estando na primeira situação as autarquias locais e, embora sem natureza autárquica, as grandes áreas metropolitanas e as comunidades urbanas, e na segunda os institutos públicos, as associações públicas e, nelas, por exemplo, as comunidades intermunicipais).

3. Vantagens e desvantagens da descentralização

A descentralização administrativa apresenta diversas vantagens: as 12 maiores eficiência e celeridade em abstracto da administração; a sua maior democraticidade; possibilitada pela proximidade das pessoas colectivas pública em relação aos problemas concretos a resolver; a especialização administrativa; a facilitação da participação dos interessados na gestão da administração; a limitação do poder público através da sua repartição por uma multiplicidade de pessoas colectivas (há mesmo quem fale, a este propósito, em *separação vertical de poderes*).

Também se lhe podem apontar alguns inconvenientes, como a proliferação de centros de decisão, de patrimónios autónomos e de exigências de gestão financeira, bem como o alargamento do número de servidores públicos, muitos deles sem qualificações técnicas para o exercício de funções com apreciável nível de especialização. Estas desvantagens traduzem-se em dificuldades de controlo e em riscos de ineficiências em concreto, que são mais evidentes nos casos em que os titulares dos órgãos não têm de estar necessariamente preparados para responsabilidades de gestão administrativa, como sucede quando são designados por eleição (por exemplo, autarcas locais, dirigentes de associações públicas e membros dos órgãos de gestão de

universidades ou faculdades públicas). A Constituição foi particularmente sensível a estes perigos, tendo mesmo explicitado como limites à descentralização os poderes de tutela e superintendência, traduções do princípio da unidade da acção administrativa (art. 267.º, 2 CRP) (*infra*, 7-24; tb. t. II).

13 Em termos relativos, as vantagens superam os inconvenientes, quer no plano dos princípios, quer no da sua concretização; os limites da descentralização mantêm os seus inconvenientes dentro do aceitável, ao passo que a obtenção das suas vantagens é incompaginável com soluções que a afastem em termos peremptórios.

4. Descentralização e subsidiariedade

14 Genericamente, a subsidiariedade exprime a ideia de que o poder público (ou um determinado poder público) só deve actuar quando os objectivos da sua actuação não possam ser suficientemente realizados por um ente menor, também público ou privado. O princípio remonta pelo menos à doutrina social da Igreja, relevando neste caso para efeitos de delimitação recíproca das esferas do Estado e da sociedade. A Constituição alemã consagrou o princípio da subsidiariedade de modo a proteger os *Länder* de eventuais arremetidas da Federação (art. 72, 2 GG). Mais recentemente, com um propósito similar, o direito comunitário utilizou-o para delimitar as esferas de competência dos órgãos da UE em face dos Estados-membros (art. 5.º, § 2 TCE). A revisão constitucional de 1997 introduziu o princípio da subsidiariedade no art. 6.º CRP.

15 O alcance do princípio da subsidiariedade no quadro dos princípios constitucionais da organização administrativa não é autónomo daquele que assume o princípio da descentralização, pois dele já decorre a necessária distribuição do exercício da função administrativa por diversas instâncias infra-estaduais (*supra*, 7-5). O que a subsidiariedade acrescenta é um *critério* de descentralização: esta deverá assegurar que as atribuições e competências administrativas sejam prosseguidas e exercidas pelo nível de administração melhor colocado para o fazer com maiores racionalidade, eficácia e proximidade em relação aos cidadãos. É neste sentido que o art. 6.º CRP associa claramente a subsidiariedade à descentralização, e que o art. 2.º, 2 da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro (que delinea o quadro

da transferência de atribuições e competências estaduais para as autarquias locais) estabelece que «a descentralização administrativa assegura a concretização do princípio da subsidiariedade».

Deve, porém, notar-se que o princípio da subsidiariedade não está constitucionalmente consagrado em termos tão explicitamente protectores dos entes menores como sucede, por exemplo, no TCE. Avultará assim acrescidamente, a dupla dimensão que lhe é imanente: o princípio da subsidiariedade pode fundamentar, quer a descentralização, quer a centralização administrativas, consoante os resultados da aplicação do seu critério a uma concreta competência administrativa.

IV. Princípio da desconcentração

1. Conteúdo

O princípio da desconcentração está consagrado no art. 267.º, 2 CRP. 16 A desconcentração administrativa exige que as competências para a prossecução das atribuições de uma pessoa colectiva sejam repartidas por diversos órgãos. Por oposição, impede a concentração, que restringe a um único órgão as competências decisórias para a prossecução das atribuições da pessoa colectiva em que está integrado; e aponta ao legislador um caminho para a estruturação da administração pública, no sentido de, *prima facie*, lhe impor a manutenção e mesmo o aprofundamento (não a restrição) da desconcentração administrativa já atingida. A Constituição regula expressamente uma forma de desconcentração (a hierarquia administrativa: arts. 199.º, d), 271.º, 2, 3 CRP) e prevê outra (a delegação de poderes: art. 11.º, 2 CRP); para além disso, todas as disposições constitucionais que se refiram a diversos órgãos da mesma pessoa colectiva pressupõem a desconcentração administrativa (por exemplo, o art. 182.º CRP, que considera o Governo o órgão superior da administração pública, e o art. 183.º, 1, 2 CRP, que discrimina os diversos membros, também eles órgãos, que integram ou podem integrar o Governo).

17 A desconcentração distingue-se facilmente da descentralização administrativa, na medida em que respecta à repartição de competências por órgãos de cada pessoa colectiva, enquanto a última se reporta à divisão de atribuições entre pessoas colectivas. Teoricamente pode, assim,

haver centralização com concentração (se o Estado for a única pessoa colectiva que exerce a função administrativa e se, dentro dele, o Governo detiver todas as competências de decisão), centralização com desconcentração (se o Estado for a única pessoa colectiva que exerce a função administrativa mas, dentro dele, existir uma repartição de competências decisórias por vários órgãos), descentralização com concentração (se existirem várias pessoas colectivas que exercem a função administrativa mas cada uma delas tiver apenas um órgão com competências decisórias) e descentralização com desconcentração (se existirem várias pessoas colectivas que exercem a função administrativa e se, dentro delas, existir uma repartição de competências decisórias por vários órgãos).

18 Não se pode dizer que o legislador seja avesso ao princípio da desconcentração; por vezes peca é por excesso, multiplicando órgãos com competências sobrepostas. O principal problema da desconcentração administrativa tem que ver com conhecidas restrições na prática da administração pública, traduzidas sobretudo na limitada utilização da permissão legal de delegação de poderes, o que levou mesmo o legislador a assumir o propósito de a incentivar (art. 27.º do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril).

2. Modalidades de desconcentração

19 Tal como sucede com a descentralização, a desconcentração opera politicamente. Além de outras modalidades a que se possa chegar por cruzamento com os critérios de classificação da competência (*infra*, t. II), algumas avultam pela sua importância

A desconcentração pode ser horizontal e vertical, conforme, respectivamente, coloque ou não um órgão em supremacia sobre os demais. A forma de desconcentração-regra na administração pública portuguesa, inferível dos arts. 199.º, d) e 271.º, 2, 3 CRP, é a hierarquia, que é uma modalidade de desconcentração vertical. Mas tal não impede a existência de formas de desconcentração horizontal, como aquelas que decorrem da existência de órgãos administrativos independentes (*infra*, t. II) e das relações interorgânicas de coadjuvação, como a que ocorre entre os ministros e os secretários de Estado (arts. 5.º, 6.º-A, 1, 9.º-14.º, 16.º-25.º LOG), ou de coordenação, como a que ocorre entre secretários de Estado (art. 183.º, 3 CRP; art. 28.º-34.º RCM).

20 A desconcentração pode também ser absoluta ou relativa, consoante ocorra em órgão com competência independente ou em órgão com com-

petência dependente, entendendo-se a dependência como submissão a poderes de intervenção de outro órgão ou de outros órgãos. A desconcentração relativa comporta vários graus, consoante a competência dependente seja comum ou própria e, dentro desta última, separada, reservada e exclusiva (*infra*, t. II).

A desconcentração pode ainda ser originária ou derivada, consoante, respectivamente, decorra de forma imediata da lei ou de um acto de administração por ela habilitado. A criação legal de órgãos, a criação ou transferência legal de competências (*infra*, t. II) e a delegação tácita (*infra*, t. II) são formas de desconcentração originária. Salvo a relativamente rara delegação intersubjectiva, que é uma modalidade de descentralização (*supra*, 7-10), a delegação de poderes é uma modalidade de desconcentração derivada.

3. Vantagens e desvantagens da desconcentração

Uma vez que ambos os princípios decorrem do princípio da aproximação da administração às populações, as vantagens da desconcentração não são muito diferentes das da descentralização. Podem assim apontar-se principalmente as maiores eficiência, celeridade e qualidade na satisfação das necessidades colectivas que ela possibilita.

Os inconvenientes da desconcentração residem sobretudo nos riscos de multiplicação de centros decisórios, por vezes sem adequada preparação ou com indesejáveis sobreposições, reais ou aparentes, de competência.

As vantagens avultam, naturalmente, sobre os inconvenientes. Para evitar ou atenuar os óbices à desconcentração, e paralelamente ao que sucede com a descentralização, a Constituição preocupou-se em limitá-la através do poder de direcção, enquanto expressão do princípio da unidade da acção administrativa (art. 267.º, 2 CRP) (*infra*, 7-24; tb. t. II).

V. Princípio da unidade da acção administrativa

Revelando uma tensão intrínseca no seio da organização do poder político, o art. 6.º CRP proclama simultaneamente a unidade do Estado e os princípios da autonomia regional e da descentralização. Ao determi-

nar o estabelecimento, por lei, de formas adequadas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da unidade da acção da administração, o art. 267.º, 2 CRP mais não faz do que reproduzir este conflito ao nível da organização administrativa. O princípio da unidade da acção administrativa visa, portanto, evitar que a descentralização e a desconcentração administrativas levem à perda da unidade do Estado por via da pulverização de centros de decisão potencialmente desconcentrados dentro da administração; acessoriamente, permite atingir uma maior igualdade da actuação administrativa e dar sentido à responsabilidade política do Governo, enquanto órgão superior da administração pública (art. 182.º CRP) perante a Assembleia da República (art. 190.º CRP).

O princípio da unidade da acção administrativa visa, assim, corrigir ou atenuar as desvantagens dos princípios da descentralização e da desconcentração (*supra*, 7-12, 7-23). Não é um «contra-princípio» em face dos dois outros princípios e o seu campo de operatividade é praticamente tangente em relação aos núcleos essenciais daqueles; contudo, por virtude da sua própria natureza principal, pode eventualmente com eles colidir.

25 Constituem importantes instrumentos do princípio da unidade da administração os poderes de direcção, tutela e superintendência [arts. 199.º, d), 267.º, 2 CRP; no último caso expressamente associados ao princípio *sub judice*] e o poder de fiscalização administrativa das entidades privadas que exerçam poderes públicos (art. 267.º, 6 CRP), constitucionalmente consagrados ou previstos, assim como os poderes de fiscalização [implicitamente, art. 24.º, 1, a) EDEFAAP], supervisão (arts. 142.º, 1, 174.º CPA) e disciplinar (art. 16.º-21.º EDEFAAP) que a lei confere ao superior hierárquico sobre os subalternos (sobre os poderes do superior hierárquico, *infra*, t. II) e o regime legal da delegação de poderes, que faculta ao virtual delegante a possibilidade de ponderação quanto à emissão e manutenção do acto de delegação [arts. 35.º, 40.º, a) CPA] e lhe atribui um poder de quase direcção, de supervisão e de avocação sobre a actuação do delegado (art. 39.º CPA) (sobre o regime da delegação de poderes, *infra*, t. II).

vi. Princípio da participação dos particulares na gestão da administração pública

Este princípio abarca dois subprincípios que aparecem frequentemente autonomizados: o princípio da colaboração da administração pública com os particulares e o princípio da participação dos particulares na formação das decisões que lhes digam respeito.

1. Princípio da colaboração da administração pública com os particulares

O subprincípio da colaboração da administração pública com os particulares encontra-se no art. 7.º CPA, que procede a uma generalização daquilo que já decorre do art. 268.º, 1-3 CRP. É possível decompor este subprincípio em quatro dimensões, que não esgotam o seu conteúdo mas representam as suas manifestações mais significativas.

A primeira dimensão é a do dever administrativo de apoio e estímulo **28** das iniciativas dos particulares e de recepção das suas sugestões e informações [art. 7.º, 1, b) CPA], novo no direito português, e que corresponde ao desiderato de uma administração aberta e empenhada no envolvimento dos particulares no seu funcionamento e na sua actuação. Trata-se de uma prescrição de reduzida densidade e sem aplicabilidade directa: na ausência da cominação legal do dever de estímulo para situações específicas, o art. 7.º, 1, b) CPA não determina a ilegalidade de qualquer omissão administrativa, nem pode fundar a responsabilidade da administração pública por falta de apoio e estímulo de iniciativas dos particulares ou por recusa de receber as suas sugestões e informações [neste sentido, veja-se o art. 7.º, 2 CPA, que estabelece o dever de indemnizar apenas por violação da al. a)].

A segunda dimensão é a do dever de esclarecimento dos particulares **29** pela administração pública; abrangendo o dever de notificação e o dever de fundamentação dos actos administrativos que afectem as posições jurídicas subjectivas dos particulares (art. 267.º, 3 CRP). Quer um, quer outro, foram objecto de desenvolvida regulação legal (respectivamente, arts. 66.º-70.º e 124.º-126.º CPA) e, na generalidade, de considerável alargamento do seu âmbito objectivo (respectivamente, arts. 66.º e 124.º).

CPA). Ao contrário do que sucede com o dever de apoio e estímulo das iniciativas dos particulares, o dever de notificação e o dever de fundamentação têm aplicabilidade directa e não são meramente objectivos, correspondendo-lhes mesmo direitos fundamentais dos particulares, de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (art. 17.º CRP) (*infra*, t. III). A violação do dever de notificação implica, nos casos em que é constitucionalmente imposta, a ineficácia do acto administrativo (art. 132.º CPA, *infra*, t. III); a violação do dever de fundamentação implica as suas consequências ilegalidade e invalidade (*infra*, t. III).

30 A terceira dimensão é o habitualmente chamado princípio do arquivo aberto [art. 268.º, 2 CRP, art. 65.º CPA, Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, aprovada ao abrigo do art. 165.º, 1, s) CRP]. Ao contrário dos direitos fundamentais dos particulares à notificação e à fundamentação dos actos administrativos, apenas implícitos na consagração constitucional dos respectivos deveres administrativos, a Constituição estabelece expressamente um direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, também de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (art. 17.º CRP). Este direito confere a qualquer pessoa os poderes de consultar documentos não nominativos e de pedir certidões deles e, às pessoas a quem digam directamente respeito ou terceiros com interesse pessoal e directo, os mesmos poderes quanto a documentos nominativos, median-te parecer favorável da CADA (art. 8.º da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto). O art. 268.º, 2 CRP permite a exclusão legal do direito de acesso quando estejam em causa matérias atinentes à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas, às quais a lei soma outros elementos (notas pessoais, esboços, apontamentos e outros registos de natureza semelhante, e ainda, discursivamente, documentos respeitantes à preparação e ao conteúdo das reuniões do conselho de ministros: art. 3.º, 2, 5.º, 6.º da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto); o regime de acesso a documentos nominativos é ligeiramente mais dificultado (art. 8.º da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto). Em contrapartida, é apreciável a amplitude legal das entidades abrangidas pelo dever correlativo do direito de acesso, englobando, além da generalidade das entidades públicas, outras entidades no exercício de poderes de autoridade (designadamente pessoas colectivas privadas que exerçam a função administrativa: art. 3.º, 1 da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto). A recusa de consulta pode ser superada atra-

vés da intimação judicial para a prestação de informações, consulta de processos e passagem de certidões (arts. 104.º-108.º CPTA) e dar origem à responsabilização da administração pelos danos que cause. O princípio do arquivo aberto é extra-procedimental; o acesso aos arquivos e registos administrativos relativos a procedimentos administrativos recai na esfera do direito à informação (*infra*, 7-31).

Outras disposições constitucionais respeitam ao acesso dos particulares a arquivos e registos administrativos: os arts. 35.º e 48.º, 2 são atinentes ao direito de acesso a informações registadas em ficheiros ou registos informativos e ao direito à informação sobre a gestão dos assuntos públicos. Diplomas legais relevantes são ainda a Lei n.º 10/91, de 29 de Abril e o Decreto-Lei n.º 129/91, de 2 de Abril.

A quarta dimensão é o direito dos particulares à informação, pela administração, sobre o andamento dos procedimentos em que estejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas (art. 268.º, 1 CRP). Também este direito tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (art. 17.º CRP). Este direito é objecto de pormenorizada disciplina legal densificada nos arts. 61.º-64.º CPA, que procede a um desdobramento em três outros direitos: o direito à informação por escrito (art. 61.º, 2 CPA), o direito à consulta do processo (art. 62.º, 1, 2 CPA) e o direito a obter certidões ou reproduções dos documentos que o integram (art. 61.º, 3 CPA). O CPA também determina que a administração deve prestar aos particulares as informações e os esclarecimentos de que careçam [art. 7.º, 1, a) CPA], estabelecendo a responsabilidade da administração pelas informações prestadas por escrito, ainda que não obrigatórias (art. 7.º, 2 CPA). A recusa de satisfação do direito à informação envolve sempre a ilegalidade da acção ou omissão que a consubstancia e pode ser superada através da intimação judicial para a prestação de informações, consulta de processos e passagem de certidões (arts. 104.º-108.º CPTA); pode ainda eventualmente dar origem à ilegalidade das decisões proferidas no procedimento em que tal tenha ocorrido e, assim, permitir a sua impugnação jurisdicional e a responsabilização da administração pelos danos causados (mais desenvolvidamente sobre o direito à informação, *infra*, 7-31).

2. Princípio da participação dos interessados na gestão da administração pública

32 O subprincípio da participação dos interessados na gestão efectiva da administração pública está consagrado no art. 267.º, 1.º CRP; na sua dimensão da participação dos particulares na formação das decisões ou deliberações que lhe disserem respeito, foi objecto de explicitação no art. 267.º, 5.º CRP e de concretização legal no art. 8.º CPA. A participação dos particulares na gestão da administração é uma modalidade impressiva da aplicação à função administrativa dos mecanismos de democracia participativa típicos do Estado social (art. 2.º CRP, *in fine*), constituindo a sua consagração uma evolução apreciável do regime administrativo português, ainda marcado pela herança da administração executiva, e no qual impedia uma administração muitas vezes sobranceira e fechada.

33 A participação não ligada a procedimento administrativo tem afloramentos específicos na Constituição a propósito de diversos direitos económicos, sociais e culturais [arts. 56.º, 2.º b), 63.º, 1.º, 56.º, 2.º d), 60.º, 3.º, 70.º, 3.º, 73.º, 3.º, 77.º, 2.º, 79.º, 2.º CRP] e é objecto de consagração legal pontual (art. 115.º CPA, conferindo um direito dos particulares à apresentação de petições visando a elaboração, modificação ou revogação de regulamentos), mas não está genericamente enquadrada por lei.

34 Quanto à participação em procedimento administrativo, o art. 8.º CPA estabelece como mecanismo privilegiado da sua efectivação a audiência dos interessados (*infra*, t. III), formalidade exigida nos procedimentos para a prática de actos administrativos (art. 100.º-103.º, 171.º CPA), mas que a lei geral maltrata no quanto às restantes formas da actividade administrativa. A matéria da audiência de interessados e da apreciação pública nos procedimentos para a emissão de regulamentos administrativos é remetida para lei especial pelos arts. 117.º e 118.º CPA, o que levou já o STA a recusar exequibilidade aos preceitos (Ac. STA 2/7/2002, Proc. 0519/02); o art. 181.º CPA remete em bloco para as regras gerais do procedimento administrativo a regulação do regime procedimental dos contratos administrativos, o que suscitou uma discussão doutrinal precisamente acerca da aplicabilidade das disposições relativas à audiência dos interessados (*infra*, t. III). Felizmente, algumas leis especiais estabelecem a obrigatoriedade de participação em específicos procedimentos regulam-

mentares (arts. 6.º, 33.º, 40.º, 48.º, 58.º, 77.º RJIGT) ou pré-contratuais (art. 101.º RJIGT, arts. 159.º, 182.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho). Sempre que deva haver lugar à audiência dos interessados, ela constitui uma formalidade essencial, imediatamente prévia ao acto decisório do procedimento, envolvendo a sua preterição a ilegalidade e a consequente invalidade deste (*infra*, t. III). A lei prevê também formas de participação procedimental para além da audiência, designadamente a própria faculdade de iniciar procedimentos administrativos (arts. 53.º, 54.º CPA) e a possibilidade de neles intervir, por iniciativa própria ou da administração (por ex., arts. 52.º, 59.º, 88.º, 2.º, 96.º, 97.º, 160.º CPA).

Bibliografia sobre o § 7: Em geral sobre os princípios da organização e do funcionamento da administração pública, J. Caupers, «Os princípios gerais do Código do Procedimento Administrativo», in *O Código do Procedimento Administrativo. Seminário*, Lisboa, 1992, 51. Sobre o princípio da descentralização, C. Beirante, *Descentralização. Municipalismo e cooperativismo de Herrulano à Sérgio*, Lisboa, 1978; E. Alves Correia, «Centralização», in *Alguns conceitos de direito administrativo*, Coimbra, 1998, 21; J. M. Sêrvulo Correia, «Devolução de poderes», DJAP, III (1990), 655; J. Lourenço, «Contributo para uma análise do conceito de descentralização», DA 4 (1980), 251, 351; *J. Baptista Machado, *Participação e descentralização – democratização e neutralidade na Constituição de 76*, Coimbra, 1982; A. Cândido de Oliveira, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra, 1993; idem, «Os conceitos de descentralização e semi-descentralização administrativa, segundo Charles Eisenmann», SI (1985), 45; P. Otero, *O poder de substituição em direito administrativo. Enquadramento dogmático-constitucional*, II, Lisboa, 1995, esp. 673; A. Rodrigues Queiró, «Descentralização», DJAP, III (1990), 569; idem, *A descentralização administrativa sub specie juris*, Coimbra, 1974; J. Lopez-Medel Bascones, *Entidades locales y descentralización en un Estado autonómico*, Santander, 1994; J. M. Quiroga de Abarca, *Centralización y Descentralización Administrativa y Delegado del Gobierno*, Madrid, 1994; F. X. Aubry, «Le droit des pratiques semi-décentralisatrices en France», REDP I-1 (1989), 35; G. Gilbert/A. Delcamp, *La décentralisation: Dix ans après*, Paris, 1993; J. Jegouzo, *L'impact de la décentralisation sur l'administration française*, REDP I-1, 21; P. G. Nacci, *I controlli amministrativi* (Saggi), Bari, 1991. Sobre o princípio da subsidiariedade, M. L. Duarte, *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-membros*, Lisboa, 1997, esp. 400-411; idem, «A Constituição portuguesa e o princípio da subsidiariedade. Da positividade à sua concreta aplicação», in *Estudos de direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra, 2000, 107; J. Baptista Machado, «Lições de introdução ao direito público», in *Obra dispersa*, II, Braga, 1993, 203 (421); *M. Salena D'Oliveira Martins, *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra, 2003; C. Blanco de Moraes, «A dimensão interna do princípio da subsidiariedade no ordenamento português», ROA (1998), 779; F. de Quadros, *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1995; M. Heintzen, «Subsidiaritätprinzip und Europäische Gemeinschaft», JZ (1991), 317; G. D'Agnolo, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, Pádua, 1998; J. Ziller, «Droit administratif et droit communautaire: du bon usage du principe de subsidiarité», in *Mélanges René Chapus*, Paris, 1992, 681. Sobre o princípio da

desconcentração, P. Otero, *Conceto e fundamento da hierarquia administrativa*, Coimbra, 1992, esp. 712-742; idem, *O poder de substituição em direito administrativo*, *Enquadramento dogmático-constitucional*, II, Lisboa, 1995, esp. 712; A. Rodrigues Queirós, «Desconcentração», DJAR, III (1990), 577. Sobre o princípio da unidade da acção administrativa, *P. Otero, *O poder de substituição em direito administrativo*, *Enquadramento dogmático-constitucional*, II, Lisboa, 1995, esp. 742-859; B.-O. Briddle, «Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem», VVDStRL (1988), 181; G. Haverkate, «Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem», VVDStRL (1988), 217; M. Oldiges, «Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem», NJW (1987), 2338; G.-E. Schuppert, «Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem», DÖV (1987), 757; R. Mögele, «Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem», BayVBl. (1987), 545. Sobre o princípio da participação dos particulares na gestão da administração pública, J. Melo Alexandrino, «Audiência dos interessados nos concursos de pessoal», RAL 16 (1993), 413; J. C. Vieira de Andrade, *O dever da fundamentação expressa dos actos administrativos*, Coimbra, 1991; A. Araújo, «O Código do Procedimento Administrativo e a participação dos administrados», RMP 53 (1993), 11; R. Carvalho, *O direito à informação administrativa procedimental*, Porto, 1999; idem, «Os direitos à informação administrativa», CJA 33 (2002), 25; C. Sarmento e Castro, «Direito à informação procedimental: os interesses e os interessados. Todos diferentes, todos iguais», CJA 31 (2002), 36; F. Condesso, *Direito à informação administrativa*, Lisboa, 1995; idem, «O direito à informação administrativa», Leg. 17 (1996), 63; *J. M. Sêrvulo Correia, «O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa», Leg. (1994), 133; J. Pereira Baptista Dias, «A fase da audiência dos interessados no Código do Procedimento Administrativo. Audiência prévia no processo de recrutamento e selecção de pessoal», RAL 139 (1996), 25; J. E. Figueiredo Dias, «Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, 615; D. Duarte, *Procedimentalização, participação e fundamentação. Para uma concretização do princípio da imparcialidade da administração como parâmetro decisório*, Coimbra, 1996; J. Osvaldo Gomes, «Fundamentação do acto administrativo», Coimbra, 1981; J. C. Gonçalves Loureiro, *O procedimento administrativo, a eficiência e a garantia dos particulares*, Coimbra, 1995; P. Machete, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, Lisboa, 1996; J. Miranda, «O direito de informação dos administrados», OD (1988), 457; M. L. Carvalho Soares, «Direito à audiência. Direito à informação. Notificação», in *O Código do Procedimento Administrativo e o cidadão*, Lisboa, 1993, 121; R. Bullesbach, *Die öffentlich-rechtliche Verwaltung*, Colónia-Berlim, 1994; N. Dose, *Verhandlungen mit der öffentlichen Verwaltung*, Neuberg, 1993; E. Illian, *Der Verzicht Privates im Verwaltungsrecht*, Bona, 1993; J. Kopp, *Verlaufsiges Verwaltungverfahren und vorläufiger Verwaltungsakt*, Frankfurt, 1992; T. Mayen, *Der grundrechtliche Informationsanspruch des Forschers gegenüber dem Staat*, Berlin, 1992; E. V. Caballero, *La información administrativa al público*, Madrid, 1998; E. García de Enterría, «Princípios e modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa», in *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, 1989, 437; S. Fernández Ramos, *Derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid/Barcelona, 1997; J. F. Mestre Delgado, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Madrid, 1993; M. Carabía, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milão, 1990; B. Cavallo, *Prospettive del processo amministrativo*, Padova, 1990; O. Dugrip, «L'intervention des administrés dans le processus décisionnel administratif», in *International vertragliche Beziehungen*, Heidelberg, 1993, 139.

§ 8 – Os princípios de juridicidade da actividade administrativa: o princípio da legalidade

Os princípios atinentes à organização e ao funcionamento da administração são fundamentalmente dirigidos ao legislador (*supra*, 7-1). Mais relevantes do ponto de vista das relações entre a administração e os particulares são os princípios que visam garantir a conformidade da actividade administrativa com o direito. Alguns destes princípios (por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da proporcionalidade) também se aplicam na esfera interna da administração.

1. Noções fundamentais

Constitui uma pedra basilar do Estado de direito a subordinação jurídica de todos os poderes públicos, entre os quais a administração. O princípio concretizador do Estado de direito que exprime a subordinação jurídica da administração pública é o *princípio da legalidade*. No actual direito português, o princípio da legalidade decorre, em geral, dos arts. 2.º e 266.º, n.º 2 CRP, com consagração legal no art. 3.º CPA.

Para se compreender o princípio da legalidade é fundamental ter-se a noção de que a subordinação jurídica por si traduzida pode comportar duas dimensões diferentes. A primeira veda à administração que contrarie o direito vigente, que em caso de conflito preferirá ao acto de administração em causa – *preferência de lei*. Na segunda, exige-se que a actuação administrativa, mesmo que não contrária ao direito, tenha fundamento numa norma jurídica, à qual está reservada a definição primária das acções administrativas possíveis – *reserva de lei*. A reserva de lei projecta-se, ainda, de duas maneiras complementares: na medida em que exprime a necessária anterioridade do fundamento jurídico-normativo da actuação administrativa, ela constitui uma *precedência de lei*; na medida em que exprime a necessidade de o mesmo fundamento jurídico-normativo possuir um grau de pormenorização suficiente para permitir antecipar adequadamente a actuação administrativa em causa, ela constitui uma *reserva de densificação normativa*.

II: Evolução histórica

1. O princípio da legalidade no Estado liberal

4 Como já se viu (*supra*, 4-4), o princípio da legalidade surge como reacção do Estado liberal de direito contra a imprevisibilidade decorrente de um sistema em que o monarca, detentor do poder absoluto, tem a prerrogativa de derrogar o direito comum; ele visa, portanto, estabelecer a subordinação dos poder públicos – particularmente da administração – à lei, aprovada pelas assembleias representativas e, portanto, expressão da vontade popular.

Assim, o princípio da legalidade tem desde a sua origem dois fundamentos, que sobrevivem até hoje (ainda que em termos parcialmente diferentes: *infra*, 8-20 ss.): um fundamento *garantístico*, na medida em que visa assegurar que a actuação administrativa não ocorre em termos imprevisíveis para os cidadãos; e um fundamento *democrático*, na medida em que visa assegurar que a actuação administrativa não ocorre à margem da legitimidade democrática, designadamente com base num título de legitimidade próprio do executivo (embora, como se sabe, por força do sufrágio não universal, a democracia do Estado liberal fosse apenas formal).

5 O entendimento do princípio da legalidade no Estado liberal deve-se a dois condicionamentos de ordem histórico-cultural e política: o primeiro é a visão da lei típica do liberalismo; o segundo, a estruturação essencialmente compromissória do poder político do Estado nas monarquias constitucionais oitocentistas.

Para Rousseau, nem o próprio contrato social gozava de uma autoridade superior à da lei, pois esta seria resultante de uma vontade popular por natureza infalível; esta concepção influenciou decisivamente a visão liberal da lei como razão escrita. O papel central da lei parlamentar no quadro das fontes de direito do Estado liberal levou a que, na Europa, a própria Constituição fosse objecto de uma desvalorização no plano prático, assumindo-se como um mero precipitado de proclamações sem efectiva capacidade conformadora dos processos sociais ou políticos e sem mecanismos jurisdicionais de garantia. Compreende-se assim que, no período liberal, o princípio da legalidade visasse essencialmente exprimir

a subordinação da administração à lei e não à ordem jurídica considerada na sua globalidade (cuja percepção clara, aliás, não existia).

6 Por outro lado, a sólida implantação sociocultural e política das monarquias europeias continentais resistiu ao choque paradigmaticamente revolucionário do liberalismo, que não logrou erradicá-las. O novo fundamento democrático de legitimidade do poder político teve, assim, que coexistir com o princípio monárquico que vinha do Estado absoluto. O princípio da legalidade liberal surgiu, portanto, com uma natureza compromissória, expressão de um mais vasto compromisso fundamental ao nível da estrutura orgânica do Estado. Tal compromisso passou por uma divisão radical entre a esfera da sociedade e a esfera do poder público: a primeira era representada no parlamento, titular da função legislativa, campo por excelência da nova legitimidade democrática; o segundo personificava-se no monarca, chefe do executivo e titular supremo da função administrativa, cujo poder continuava a fundamentar-se exclusivamente na ancestral legitimidade dinástica.

7 Como o novo poder democraticamente legitimado não podia aceitar que a actuação administrativa contrariasse directamente a vontade popular, o princípio da legalidade foi entendido irremediavelmente como *preferência de lei*. E como não podia aceitar que, mesmo sem contrariar a vontade popular, a actuação administrativa ofendesse a esfera da sociedade sem o prévio consentimento desta – expresso através da lei, aprovada pelos seus representantes nas assembleias legislativas – o princípio da legalidade foi entendido também como *reserva de lei*, no sentido de *precedência de lei* quando estivessem em causa intromissões administrativas nos direitos fundamentais (à época, essencialmente a liberdade e a propriedade) dos cidadãos; mas, em todas as restantes matérias, a administração podia actuar sem necessidade de base legal, fundamentando a sua actuação, em continuidade com o Estado absoluto, na legitimidade dinástica auto-imanente do monarca que a encimava.

8 Na sua formulação originária, o princípio da legalidade é, pois, fruto da teoria do liberalismo oitocentista e dos compromissos políticos que enformaram a estrutura constitucional do Estado liberal, com as limitações de âmbito e de extensão a tal inerentes. Pode certamente dizer-se que, sendo a administração liberal essencialmente agressiva (*supra*, 4-6), a existência de uma reserva de lei quando estivessem em causa intromissões na

esfera individual dos cidadãos cobria a generalidade da actuação administrativa. Todavia, o entendimento oitocentista do princípio da legalidade mostrou-se incapaz de lidar com a tendência para o alargamento crescente das tarefas públicas que despontou a partir do final do período liberal.

2. O princípio da legalidade no Estado social

9 A transição para o Estado social implicou essencialmente três mutações com relevância para a compreensão do princípio da legalidade. Primeira, a queda da ideia optimista liberal de uma sociedade idealmente auto-ordenada através da lei e a deslocação do racionalismo, até então assacado a esta última, para uma Constituição que, com um maior grau de rigidez e com efectiva força conformadora, passa agora a sedimentar as escolhas essenciais da colectividade política. Segunda, a assunção por parte da Constituição do impulso de determinadas transformações sociais, designadamente através de actuações positivas de carácter prestacional (e, mais tarde, infra-estrutural) a efectuar pela administração pública. Terceira, e não menos importante, a dissolução – mesmo nas monarquias constitucionais sobreviventes à queda dos impérios –, do princípio monárquico como fundamento imane de legitimidade do poder político e, com ele, do compromisso fundamental que presidira à arquitectura constitucional liberal e ao entendimento restrito da precedência de lei.

Situando-se, em larga medida, numa linha de continuidade e aprofundamento, e não de ruptura radical, em relação ao Estado liberal, o Estado social não vem pôr totalmente em crise o entendimento do princípio da legalidade até então vigente. A preferência irrestrita da lei sobre os actos da administração e a precedência de lei em matéria de administração agressiva são um legado liberal assumido pelo Estado social. As mutações do Estado de direito projectam-se essencialmente em três níveis: num reequacionamento do âmbito dos parâmetros de juridicidade da actividade administrativa, na actualização do conceito de agressão e, sobretudo, nas dúvidas acerca do enquadramento a dar às novas actuações administrativas em matéria prestacional e infra-estrutural.

III. A preferência de lei

1. Conteúdo

A legalidade entendida como *preferência de lei* é um legado liberal inteiramente confirmado pelo Estado social. Assim, o art. 266.º, n.º 2 CRP e o art. 3.º CPA devem ser entendidos, desde logo, num sentido proibitivo ou negativo: são proscritas actuações administrativas que contrariem a lei; em caso de conflito entre a lei e um acto de administração, a lei prefere (ou prevalece) sobre este.

Todavia, actualmente não se pode ignorar que a lei é apenas uma entre outras fontes de direito, em cujo sistema perdeu aliás a centralidade; a preferência de lei passou a ser entendida como preferência da ordem jurídica globalmente considerada. A lei deixou, portanto, de constituir o único parâmetro jurídico da actividade administrativa; tal parâmetro é, agora, todo o *bloco de legalidade*.

O bloco de legalidade inclui, desde logo, a Constituição; abarca também o direito internacional (convencional e consuetudinário e decisões de organizações internacionais), o direito comunitário, a lei ordinária (lei, decreto-lei e decreto legislativo regional: art. 112.º, n.º 1 CRP) e os regulamentos administrativos, bem como o costume interno, de nível constitucional, legal ou regulamentar, para quem aceite a sua relevância. Para efeitos de preferência de lei, a expressão *lei* abrange, portanto, todos estes parâmetros da actuação administrativa. Em conformidade, e sob inspiração do art. 20, 3 GG, o art. 3.º, 1 CPA estabelece a vinculação da administração «à lei e ao direito».

Para alguns autores, o bloco de legalidade incluiria mesmo actos não normativos como os contratos administrativo (eventualmente também os contratos de direito privado da administração) e os actos administrativos constitutivos de direitos. Na realidade, contudo, tais actos não se impõem *qua tale* enquanto parâmetros de conformidade jurídica da actividade administrativa, como se prova pela possibilidade legal de modificação do seu conteúdo ou mesmo destruição dos seus efeitos mediante outros actos jurídicos da administração [por exemplo, a revogação, em certas circunstâncias, de actos administrativos constitutivos de direitos e a modificação ou rescisão unilateral de contratos administrativos: arts. 142.º, n.º 2 e 180.º, a) e c) CPA]. Portanto, actos administrativos e contratos da administração não são, em si mesmos, verdadeiros parâmetros de conformidade jurídica da actividade administrativa; parâmetros desta são, isso sim, as disposições normativas, paradigmaticamente de fonte legal, que identifiquem as situações em que determinados actos não normativos da administração estão colocados ao abrigo de outros posteriores, de idêntica ou diversa natureza.

2. Fundamento da preferência de lei

12 Esta ampliação dos parâmetros da actividade administrativa não permite que se mantenha intocado o fundamento essencialmente democrático da preferência de lei liberal, que assegurava exclusivamente a prevalência da vontade do legislador representativo sobre a legitimidade monárquica do executivo; especialmente na medida em que o bloco de legalidade inclui agora os regulamentos administrativos, passa a assegurar-se também a intangibilidade de determinados actos da própria administração. Assim, a preferência de lei exorbita actualmente do âmbito da legalidade em sentido estrito, antes correspondendo a um *princípio de conformidade normativa vertical*.

13 No entanto, embora atenuado, o fundamento democrático da preferência de lei não se dissolveu inteiramente, podendo observar-se mesmo quando se trata de impor a observância, pela administração, de actos normativos por ela mesma emitidos. Com efeito, a preferência de um regulamento sobre um acto não normativo da administração decorre da circunstância de o primeiro, por ser directamente habilitado por lei (*infra*, 8-18 ss.), transpor uma legitimidade democrática acrescida em relação ao segundo. Do mesmo modo, a preferência de um regulamento sobre outro explica-se pela maior legitimidade democrática da autoridade administrativa emissora do regulamento-parâmetro, inerente à sua posição de supra-ordenação em relação à autoridade emissora do regulamento que lhe é contrário. Já a emergência de um direito comunitário dotado de uma legitimidade democrática mais atenuada (salvo quanto ao Parlamento Europeu e, na medida em que investida e responsável perante ele, à Comissão, precisamente os órgãos de menor protagonismo no processo legislativo europeu) coloca maiores desafios a um entendimento democrático da preferência de lei.

Em particular, a supremacia decisória do Conselho (órgão não emergente do Parlamento Europeu nem perante ele responsável) em matéria legislativa exige a compensação da sua falta de legitimidade democrático-representativa directa pelo reforço do papel dos parlamentos nacionais, sob pena de ocorrência de uma governamentalização (agravada pelo recurso a maiorias qualificadas de votação e pelo sistema de ponderação dos votos) sem a legitimação e o controlo correspondentes. Isto é, ironicamente, o órgão teoricamente mais identificado com a vontade dos Estados-membros é também o de legitimidade democrática mais ténue, e aquela identificação pode ser, para mais, esbatida pela substituição do princípio da igualdade dos Estados por um directório dos mais poderosos.

Em todo o caso, o direito comunitário tem sempre fundamento na Constituição, para quantos considerem — e é a maioria da doutrina — que é ela, ainda hoje, que estabelece os termos da recepção daquele direito, subordinado à sua primazia ou, pelo menos, à dos seus princípios fundamentais (veja-se o teor dos artigos 7.º, n.º 6 e 8.º, n.º 4 CRP, depois da revisão constitucional de 2004).

3. Consequências da preferência de lei

14 A preferência de lei acarreta duas consequências fundamentais. Primeira, os actos da administração que contrariem o bloco de legalidade são ilegais e, em regra, inválidos (*infra*, t. III); a consequência da ilegalidade impõe-se também quanto às omissões de actos cuja prática a lei impõe (*infra*, 10-50 ss.; tb. t. III). Segunda, a ordem jurídica assegura mecanismos, quer intra-administrativos, quer jurisdicionais, que permitam a erradicação dos actos ilegais da ordem jurídica, bem como o suprimento das omissões ilegais (*infra*, 10-52; tb. t. III). A preferência de lei impõe mesmo à administração um verdadeiro dever de eliminar as ilegalidades cometidas, que não se confunde com um eventual dever de eliminar todos os actos ilegais (*infra*, t. III).

4. Problemas da preferência de lei

15 Aparentemente, a preferência de lei não apresenta dificuldades de maior. No entanto, transpondo a sua formulação teórica para o plano prático, o alargamento do âmbito dos parâmetros normativos da actividade administrativa levanta alguns problemas.

16 O principal destes problemas, com refrações teóricas extensas, é o de saber que conduta deve adotar a administração quando se depare com normas conflitantes no interior do bloco de legalidade. Não estando em causa a preferência final da norma de fonte hierarquicamente superior, tão-pouco parece evidente a possibilidade de ser a própria administração a efectivar essa preferência mediante a desaplicação da norma desconforme. Este problema põe-se paradigmaticamente nas relações entre Constituição e lei e entre lei e regulamento; e põe-se também com crescente acuidade nas relações entre direito comunitário, por um lado, e lei e regulamento por outro.

A doutrina portuguesa que estuda o problema da fiscalização administrativa da constitucionalidade, como a alemã, propende para a acitação apenas de uma competência de desaplicação limitada (Marcelo Rebelo de Sousa, Vieira de Andrade, Rui Medeiros, Vaz Patto, André Salgado de Matos) ou excepcional (Jorge Miranda, Gomes Canotilho/Vital Moreira, Blanco de Moraes) de leis inconstitucionais pela administração, em situações identificadas segundo critérios muito diversos; é minoritária a tese da total rejeição da competência de desaplicação (embora contraditoriamente, Ac. TC 24/85, ATC 5, 358-359; Ac. TC 304/85, DR II, 10/4/86, 3373; Esteves de Oliveira); não é defendida a tese da competência irrestrita de desaplicação.

As questões da competência de desaplicação administrativa de regulamentos ilegais e de leis e actos normativos de direito interno violadores do direito comunitário não têm sido objecto de particular atenção por parte da doutrina nacional; a doutrina alemã estuda-os com maior pormenor, mas as soluções a que chega não têm em geral grande autonomia em relação daquelas concebidas a propósito do primeiro problema referido.

17 À primeira vista poderia ser tentador resolver o problema através da afirmação pura e simples da preferência imediata da norma de fonte hierarquicamente superior; e a tal conduziria uma aplicação unilateral do princípio da preferência de lei (no sentido moderno de bloco de legalidade). No entanto, não pode deixar de ter-se em consideração argumentos que apontam no sentido inverso, designadamente, no que toca aos conflitos entre normas constitucionais e legais, o princípio da separação de poderes, do qual decorre uma reserva jurisdicional de desaplicação de leis inconstitucionais. O conflito entre normas integrantes do bloco de legalidade revela, assim, uma mais vasta colisão de princípios constitucionais que só pode ser resolvida mediante a ponderação das circunstâncias de cada caso concreto, designadamente tendo em conta, no caso das leis inconstitucionais, o previsível grau de insegurança jurídica causado por uma eventual desaplicação administrativa da lei (que, obviamente, tem que ver, entre outros factores, com a gravidade da inconstitucionalidade e com a decorrente depreciação jurídica da lei inconstitucional).

IV. A reserva de lei

1. A reserva de lei como precedência de lei

18 Na ausência de qualquer referência genérica por parte da CRP à reserva de lei, a questão de saber em que matérias a actuação adminis-

trativa carece de uma prévia habilitação legal não encontra solução cabal no texto constitucional. Apesar disto, a CRP não é rigorosamente omissa nesta matéria, estabelecendo, expressa ou implicitamente, reservas de lei sectoriais em determinadas matérias. Assim, na continuidade da reserva de lei liberal, o art. 18.º, 1 CRP estabelece expressamente uma reserva de lei quanto a restrições de direitos, liberdades e garantias. Os arts. 161.º, 164.º, 165.º CRP estabelecem em rigor uma reserva competencial da Assembleia da República; mas, uma vez que os actos aprovados ao abrigo das competências em causa assumem necessariamente a forma de lei (art. 166.º, 2, 3 CRP), destas disposições decorre também indirectamente uma reserva de lei (o mesmo se passa, aliás, quanto ao art. 198.º, 2 CRP). Um primeiro aspecto sobressai desde logo: dos arts. 161.º, f), 164.º f), 165.º, 1, r), s) CRP resultam inequivocamente reservas de lei em matérias que não são de administração agressiva, pelo que a Constituição confirma a ultrapassagem do conceito liberal de reserva de lei.

Da ausência de uma solução genérica do problema da reserva de lei em sede constitucional não se pode retirar *a contrario sensu* a inexistência de tal reserva nas matérias em que ela não é directa ou indirectamente estabelecida. Designadamente, essa conclusão não pode querer extrair-se dos arts. 161.º, 164.º, 165.º CRP: primeiro, porque eles respeitam a reservas de competência e não a uma reserva de forma ou função; segundo, porque visam regular as relações entre dois órgãos de soberania no exercício da função legislativa, sendo-lhe de todo em todo alheio qualquer intento disciplinador das relações entre a actividade da administração e o produto do exercício das funções do Estado que lhe são subordinantes.

Isto significa que a resposta ao problema da extensão da reserva de lei deve ser procurada nos seus fundamentos últimos.

2. Fundamentos da reserva de lei

Como já se viu, o princípio da legalidade surgiu no Estado liberal com um duplo intuito: primeiro, o de assegurar a submissão da função administrativa à vontade popular (fundamento democrático); segundo, o de assegurar a previsibilidade e a mensurabilidade das actuações dos poderes públicos por parte dos cidadãos (fundamento garantístico). Estes dois fundamentos mantêm e até acrescem a sua validade no presente.

21 a) O fundamento democrático da reserva de lei não pode, é certo, ser entendido nos precisos termos em que o era durante o Estado liberal, pois neste período a legitimidade democrática era restrita aos órgãos representativos do povo, prevalecendo a legitimidade monárquica na esfera do executivo (*supra*, 4-11). No Estado social de direito, a legitimidade democrática, reforçada pelo sufrágio directo e universal, espalhou-se virtualmente por todos os poderes públicos, incluindo o executivo, pelo que o princípio da legalidade não pode mais ser entendido como mecanismo ordenador da repartição dos espaços de relevância de duas diferentes esferas de legitimidade do poder. Todavia, o fundamento democrático da reserva de lei mantém a sua actualidade na medida em que não é idêntica, nem de idêntica intensidade, a legitimidade democrática de que são portadores os vários *actos jurídicos* emanados dos diversos órgãos do Estado. No direito público português actual, a reserva de lei exprime, assim, uma *preferência pela decisão normativa dotada de legitimidade democrática representativa directa ou imediata*, que se encontra precisamente apenas nos actos formais e substancialmente legislativos: na lei da Assembleia da República e no decreto legislativo regional, que são actos aprovados por assembleias parlamentares directamente eleitas; e no decreto-lei que, embora aprovado por um órgão que não goza de legitimidade democrática representativa directa, é autorizado pela Assembleia da República (art. 165.º, 1, 2 CRP) ou está sujeito a apreciação parlamentar (art. 169.º CRP), pelo que a sua vigência depende ainda de uma vontade expressa ou tácita da Assembleia da República (salvo, naturalmente, quando aprovado no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo).

22 b) O fundamento garantístico da reserva de lei, outrora equiparável em importância ao primeiro, sofreu em parte uma certa erosão. Com efeito, a garantia da previsibilidade da actuação administrativa postula apenas a existência, prévia à actuação administrativa, de uma norma jurídica habilitante dotada de publicidade adequada (*reserva de norma jurídica*), mesmo que emanada no exercício da função administrativa, e não, necessariamente, uma reserva de lei. No entanto, embora não permita explicar, por si só, a precedência de lei, o fundamento garantístico fornece critérios de graduação da densidade da lei habilitante da actuação administrativa, pelo que assume importância fundamental em sede da reserva de densificação normativa (*infra*, 8-38 ss.).

3. A reserva de lei restritiva de direitos fundamentais

O enraizamento da reserva de lei restritiva na consciência jurídica europeia continental é tão profundo que alguns autores a retiram, não só do direito constitucional escrito, mas também do direito constitucional consuetudinário (D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, 35). Nesta senda, o art. 18.º, n.º 2 CRP determina que as restrições de direitos, liberdades e garantias (e, por extensão do art. 17.º CRP, dos direitos fundamentais de natureza análoga) têm que estar expressamente previstas na lei. Daqui decorre claramente a exigência de que a actividade administrativa restritiva daqueles direitos seja habilitada – ou seja, *precedida* – por lei. Note-se que, aqui, já não tem aplicação plena o conceito de bloco de legalidade: esta é uma matéria da reserva de lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado [art. 165.º, 1, b) CRP]; por maioria de razão no conceito de lei para estes efeitos deverá incluir-se a Constituição, na medida em que preceda a *restrição imediata* de direitos, liberdades e garantias. É mais questionável que abranja os decretos legislativos regionais, embora sejam leis em sentido formal e substancial (art. 112.º, n.º 1 CRP) e não abarca certamente os regulamentos administrativos.

A reserva de lei instituída pelo art. 18.º, n.º 2 CRP corresponde, no fundo, a uma continuação do legado liberal da reserva de lei em matéria de administração agressiva nas matérias relativas aos direitos fundamentais dos cidadãos. Há, no entanto, duas evoluções a reter.

A primeira tem que ver com o conceito de *direitos fundamentais*. 24 Enquanto durante o Estado liberal as concepções individualistas e patrimonialistas dominantes levaram a assimilar os direitos fundamentais à liberdade e à propriedade dos cidadãos, no Estado social os direitos fundamentais – mesmo apenas aqueles que visam garantir a protecção contra agressões por parte do poder – incluem agora também, para estes efeitos, direitos de intervenção social, de participação política e mesmo a dimensão negativa dos direitos económicos, sociais e culturais. Disto resulta um alargamento do âmbito das posições jurídicas subjectivas em relação às quais a actuação administrativa se encontra colocada sob reserva de lei.

A segunda evolução registou-se quanto ao conceito de *agressão*. No 25 período liberal não se consideravam agressões administrativas aos direitos dos cidadãos, como tal sujeitas à reserva de lei, as intromissões na esfera

subjectiva de pessoas que se relacionassem com a administração num estatuto de especial subordinação, designadamente aquelas que se considerassem estarem abrangidas pelo seu *âmbito interno*, como os funcionários públicos, os presos e os estudantes (*teoria das relações especiais de poder*); embora esta teoria tenha sobrevivido na Alemanha até ao início dos anos setenta do século XX (foi considerada inconstitucional por uma sentença do Tribunal Constitucional Federal apenas em 1972), ela é estranha à tradição jurídica portuguesa e não tem qualquer aplicabilidade nos dias de hoje. Por outro lado, enquanto no período liberal só se consideravam como sujeitas a uma reserva de lei acções agressivas puras (aliás, aquelas que paradigmaticamente caracterizavam a administração do Estado liberal: *supra*, 4-6), actualmente reconhecem-se efeitos agressivos reflexos a determinados actos de administração fundamentalmente prestacionais, como as subvenções; quando assim aconteça, tais actos deverão ser considerados como agressivos para efeitos da reserva de lei.

A reserva de lei decorrente do art. 18.º, 2 CRP cobre apenas a intromissão administrativa nos direitos, liberdades e garantias *formalmente constitucionais* e não em posições jurídicas subjectivas sem assento constitucional expresse. Contudo, a adopção de uma teoria ampliativa da previsão das normas constitucionais de direitos fundamentais (*weite Tatbestandslehre*) leva a que seja apenas marginal a existência de posições jurídicas subjectivas, pelo menos na sua dimensão defensiva, que não sejam, de um modo ou de outro, reconduzíveis ao âmbito de protecção de uma norma de direitos, liberdades e garantias do catálogo constitucional (aliás progressivamente alargado). Mas ainda que assim não fosse, seria de defender para a actuação administrativa intromissiva no âmbito destes direitos uma reserva de lei absolutamente idêntica àquela que vigora para os direitos formalmente constitucionais, pois as mesmas exigências do Estado de direito que impõem esta última justificam, independentemente da justfundamentalidade do direito, a primeira.

4. A reserva de lei em matéria de administração prestacional

26 A questão de saber se a reserva de lei se deve restringir às matérias de administração agressiva ou se, pelo contrário, se deve estender às restantes esferas de actuação administrativa, designadamente à de âmbito prestacional, tem encontrado fundamentalmente três grandes grupos de respostas na doutrina.

27 a) Um sector doutrinário, minoritário tanto na Alemanha como em Portugal (Sérvulo Correia e Paulo Otero; muito menos desenvolvidamente,

Afonso Queiró e Vieira de Andrade), defende a restrição da reserva de lei à administração agressiva. Para estes autores, a disseminação da legitimidade democrática por todas as esferas do poder público dissolveu o fundamento democrático da reserva de lei; e não faz sentido invocar-se o seu fundamento garantístico quando aquilo que está em causa é a atribuição de vantagens aos cidadãos e não a compressão da sua esfera individual («a cavalo dado não se olha o dente»: Rogério Soares, em tom ironicamente crítico). A reserva de lei estaria assim indissolivelmente ligada ao conceito de agressão (Bethge) e, como tal, não se justificaria o seu alargamento para além dos quadros do Estado liberal (salvo, porventura, no que respeita ao âmbito dos direitos fundamentais protegidos e ao conceito de agressão: *supra*, 8-25). Os defensores nacionais desta tese apontam ainda em seu favor a circunstância de o Governo dispor de competência para aprovar actos normativos, tanto no exercício da função legislativa (decretos-leis), como no exercício da função administrativa (decretos regulamentares e outros regulamentos), pelo que seria absurdo distinguir entre a legitimidade democrática de uns e outros, bem como cumular no mesmo órgão as posições de orientador e orientado (Sérvulo Correia). Como fundamento normativo da posição sustentada apontam os autores referidos o art. 199.º, g) CRP, que atribuiria uma competência genérica ao Governo para praticar actos regulamentares nele directamente fundados em matéria de administração prestacional; a actuação administrativa bastar-se-ia, assim, com uma *reserva de norma constitucional*.

28 b) Na sequência de uma orientação formulada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, a doutrina maioritária deste país aderiu à chamada teoria da essencialidade (*Wesentlichkeitstheorie*). A ideia subjacente a esta tese é a de actualizar o pensamento democrático-garantístico subjacente à reserva de lei liberal em função dos condicionamentos trazidos pelo Estado social. No Estado liberal, a reserva de lei restringia-se às matérias da liberdade e propriedade dos cidadãos, mas tal acontecia porque eram então apenas estas as matérias consideradas como essenciais; no Estado social, a reserva de lei deveria ser alargada à actividade administrativa em todos aqueles âmbitos que, acompanhando as modificações políticas, económicas, sociais e culturais ocorridas, passaram entretanto a ser considerados como essenciais para a colectividade. Em causa está grande parte da actividade administrativa prestacional: em sociedades patologicamente

marcadas pela subsidiopendência, a definição dos critérios de atribuição de uma subvenção reveste-se frequentemente de muito maior essencialidade do que a dos critérios de intervenções agressivas na esfera subjectiva dos cidadãos. A impossibilidade de se definir aprioristicamente o espectro total da reserva de lei, mercê do carácter fluido do conceito de essencialidade, representa uma efectiva perda de segurança jurídica em relação ao Estado liberal; isto, contudo, constituiria uma inevitabilidade da complexificação das relações entre o Estado e a sociedade. Esta tese, que tem escassa expressão em Portugal (Rogério Soares, Maria João Estorninho, Cabral de Moncada), não exclui a admissibilidade de actuações administrativas sem base legal em matérias consideradas não essenciais.

29 c) Um terceiro grupo de autores sustenta a necessidade de uma reserva (no sentido de precedência) total de lei. Esta teoria foi dominante no direito alemão até ao advento da teoria da essencialidade e é largamente maioritária na doutrina nacional (Freitas do Amaral, Jorge Miranda, Gomes Canotilho, Maria da Glória Garcia, Manuel Afonso Vaz, Blanco de Morais, Maria Lúcia Amaral). A tese da precedência total de lei tem subjacente o entendimento dos fundamentos democrático e garantístico da reserva de lei em termos mais estritos do que os que estão na base da teoria da essencialidade, conduzindo à conclusão de que nenhum acto da administração, em qualquer esfera da sua actividade, poderia deixar de se fundamentar na lei. Na CRP, pode invocar-se a seu favor o art. 112.º, n.º 8, que exige a menção de um fundamento legal específico (e, *implicitamente*, a sua existência) para todo e qualquer regulamento (e, por maioria de razão, acto não normativo) administrativo.

30 Aquilo que acima se afirmou acerca dos fundamentos da reserva de lei, particularmente acerca do seu fundamento democrático, leva-nos a rejeitar os pressupostos da primeira tese referida. Com efeito, ainda quando a reserva de lei seja uma reserva de decreto-lei, ela exprime a necessidade de uma habilitação normativa democrático-representativa para a actuação administrativa, que, manifestamente, o decreto regulamentar (e outros regulamentos administrativos) não possui. Importante é também notar que a CRP prescreve a colegialidade, garantia de maior racionalidade decisória, para a aprovação de *todos* os actos legislativos [arts. 168.º, 200.º, 1.º, d) CRP], ao contrário do que sucede com a generalidade dos actos, mesmo normativos, da administração (por exemplo, os decretos regula-

mentares). Do mesmo modo, não se sustentará a teoria da essencialidade, na medida em que – apesar de uma maior congruência com os fundamentos da reserva de lei – permite ainda assim existência de sectores da actuação administrativa à margem de qualquer habilitação legal.

É certo que se poderia contra-argumentar que o fundamento democrático da reserva de lei não exclui a possibilidade de a administração actuar com fundamento directo na Constituição, que é essencialmente uma lei dotada da mesma (ou mesmo maior) legitimidade democrática do que os actos legislativos ordinários. A esta afirmação nada há a contrapor em tese. Simplesmente, a reserva de lei não é apenas precedência de lei mas também *reserva de densificação normativa* (*infra*, 8-38 ss.); ora, por natureza, as normas constitucionais não se revestem, em geral, de densidade suficiente para servirem de habilitação directa da actuação administrativa, antes necessitando de interposição legislativa ordinária. E, sobretudo, que não existe na CRP qualquer norma relativa às matérias típicas da administração prestacional que tenha tal grau de densidade normativa, designadamente as normas de direitos económicos, sociais e culturais, na parte em que não correspondam a direitos de defesa. Finalmente, carece de tal densificação o art. 199.º, g) CRP, que, pelo seu grau de abstracção, deve ser qualificado como norma de atribuições e não de competências (sobre a distinção entre atribuições e competência, *infra*, t. II).

5. A precedência total de lei

O princípio democrático permite explicar não apenas a sujeição da 31 administração prestacional à reserva de lei, mas igualmente a extensão desta a todas as restantes esferas da administração. Defende-se, portanto, a existência de uma precedência total de lei, no sentido da *precedência de uma norma democrático-representativamente legitimada e suficientemente densificada*.

A exigência de legitimidade democrático-representativa das fontes habilitantes da actuação administrativa exclui que esta possa ocorrer com fundamento em qualquer norma infralegal. No direito português actual, a reserva de lei só não coincidirá com uma reserva de lei ordinária quando estejam em causa normas constitucionais dotadas, em consequência do seu grau de determinação, de *aplicabilidade directa*, como sucede com as normas sobre direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga (arts. 17.º, 18.º, n.º 1 CRP) e as normas organizativas. O significado da aplicabilidade directa é precisamente o de, em caso de inexistência de lei

ordinária que regule o âmbito material da norma constitucional, permitir aos diversos operadores jurídicos – incluindo a administração – que actuem com fundamento directo na Constituição. Em matéria de direitos, liberdades e garantias, as situações mais complexas são as de «protecção através de agressão» (*Schutz durch Eingriff*), ou seja, aquelas em que a efectivação do direito de alguém só se pode fazer através do sacrifício do direito de outrem; estas situações implicam uma colisão entre o princípio da reserva de lei e o princípio da aplicabilidade directa. No entanto, julga-se que, perante uma omissão legislativa, a administração pode actuar com fundamento directo nas normas constitucionais, sob pena de acabar por resolver irracionalmente a colisão de direitos em favor daquele que circunstancialmente beneficie da sua inércia.

A reserva de lei abrange mesmo alguns sectores da actividade administrativa tradicionalmente considerados como a ela imunes ou resistentes:

32 a) Mesmo após a ultrapassagem da teoria das relações especiais de poder (*supra*, 8-25), uma parte da doutrina continuou a sustentar a irrelevância, para efeitos da reserva de lei, de alguns aspectos do funcionamento interno da administração, como os relativos à hierarquia (em Portugal, Paulo Otero). No entanto, o fundamento democrático da reserva de lei não se faz certamente sentir com menor intensidade nestas matérias. Mesmo aqueles poderes do superior hierárquico que se afiguram como inerentes à hierarquia administrativa – alguns dos quais, aliás, com eventual projecção imediata para fora do âmbito estritamente intra-administrativo (poder disciplinar, poder de supervisão: *infra*, t. II) – reclamam uma fonte habilitante democrático-representativa legitimada.

33 b) A mesma conclusão pode retirar-se a propósito da administração infra-estrutural, por alguns (Faber) também subtraída à reserva de lei. Deve ter-se em consideração que o cometimento à administração pública de funções de infra-estruturação sem fundamento na lei equivaleria a atribuir-lhe um papel de direcção social equiparável ao da função legislativa. A necessidade de que a definição primária do interesse público a prosseguir pela administração caiba a fontes democrático-representativamente legitimadas e a circunstância de os típicos actos de administração infra-estrutural, como os planos, amalgamarem geralmente intervenções agressivas e prestacionais, postulam a relevância da reserva de lei.

34 c) A criação de pessoas colectivas públicas, serviços públicos e órgãos administrativos deve também constar de lei (ou, pelo menos, ser habilitada por lei). Assim, a reserva de lei abrange ainda a matéria da organização administrativa; trata-se daquilo a que a doutrina alemã designa por «reserva de lei institucional». Outra questão é a de saber se, tendo em conta a

existência de competências legislativas do Governo, mesmo exclusivas quando esteja em causa a sua própria organização e funcionamento (art. 198.º, 2 CRP), não se deve admitir uma preferência *prima facie* pelo decreto-lei em matéria de organização da administração estadual e da administração directa e indirectamente dependente do Estado.

d) O procedimento administrativo, ou seja, a tramitação da actividade decisória da administração (*infra*, t. III), está também sujeito à reserva de lei. Esta afirmação é indiscutível no direito português, uma vez que resulta da própria Constituição (art. 267.º, 1 CRP). A reserva de lei procedimental sempre seria consequência da reserva de lei em matéria de direitos fundamentais (*supra*, 8-23 ss.), dada a especial relevância destes no procedimento administrativo.

e) A actuação administrativa em estado de necessidade também não é, ao contrário do que tradicionalmente se afirmava, uma «excepção» ao princípio da legalidade, podendo, pelo contrário, ser dogmaticamente tratada nos quadros de uma legalidade excepcional, a par das situações de substituição intersubjectiva urgente (como, por exemplo, as do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro e do art. 68.º, 3 LAL). Isto significa que a actuação administrativa em estado de necessidade não dispensa uma habilitação legal prévia, podendo quando muito discutir-se se tal habilitação tem que constar de uma disposição legal de direito administrativo ou se, pelo contrário, basta a permissão genérica constante dos arts. 336.º-339.º CC. Actualmente a questão não tem relevância prática no direito português, uma vez que a actuação administrativa em estado de necessidade está expressamente habilitada pelo art. 3.º, 2 CPA.

37 A jurisprudência administrativa portuguesa é unânime na afirmação de uma precedência total de lei; os exemplos que se seguem são meramente ilustrativos. Em geral, Ac. STA 26/10/1994 (*Edif. LdA*). Em matéria de administração agressiva, com considerações gerais, Ac. STA 26/1/2000 (*Luís Silva*). Em matéria de administração prestacional, com considerações gerais, Ac. STA 20/05/2003 (proc. 047950); Ac. STA 12/11/2003 (Proc. 047950); Ac. STA 30/4/2003 (Proc. 047777); Ac. STA 30/4/2003 (Proc. 046812). Quanto às relações especiais de poder (embora com uma perspectiva conservadora), Ac. STA 21/3/1996 (*António Carmo*); Ac. STA 17/12/97 (*João Norberto*). Quanto ao estabelecimento de recursos administrativos, Ac. STA 15/12/1999 (*Associação de Comerciantes do Concelho de Coruche*); Ac. STA 10/2/2000 (*JADR*); Ac. STA 20/6/2002 (Proc. 048014).

6. A reserva de lei como reserva de densificação normativa

38 Como se viu, a reserva de lei exprime-se como precedência de uma norma legitimada habilitante da actuação administrativa. Esta exigência é de teor apenas formal, nada dizendo quanto ao conteúdo de tal norma. Ora, a reserva de lei não pode esgotar-se numa mera precedência de lei: se assim fosse, seria possível que normas em branco permitissem à administração agir de forma por ela não especificada ou mediante pressupostos também não individualizados; no limite, uma única norma poderia permitir à administração fazer virtualmente tudo. Tal esvaziaria a reserva de lei do seu fundamento democrático, na medida em que, na prática, remeteria integralmente para a administração a definição dos critérios e meios da sua actuação; e esvaziaria a reserva de lei do seu fundamento garantístico, pois inviabilizaria a possibilidade de antecipação, com um mínimo grau de segurança, da actuação administrativa por parte dos seus destinatários.

A reserva de lei exige, portanto, que a norma habilitante da actuação administrativa tenha uma determinada *densidade* – ou seja, um determinado grau de especificação e pormenorização, quer dos pressupostos, quer dos meios, de tal actuação. Se uma norma habilitante da actuação administrativa não possuir o grau necessário de densidade, ela é inconstitucional por violação do princípio da reserva de lei.

39 A densidade normativa não é aferível por critérios objectivos susceptíveis de predefinição, devendo procurar discernir-se se a formulação da norma permite antecipar os aspectos fundamentais da actuação administrativa habilitada. Do mesmo modo, o grau de densidade normativa exigido não é uniforme, antes variando em função de diversos factores:

a) A incidência da actuação administrativa habilitada na esfera social: o grau de densidade normativa exigido será, em princípio, maior quando se trate de agressão de direitos, liberdades e garantias e menor quando se trate de administração prestacional ou com incidência tendencialmente neutra. Por exemplo, a jurisprudência alemã e alguma doutrina consideram que a atribuição de subvenções apenas carece da previsão dos recursos financeiros necessários na lei do orçamento, o que em todo o caso parece duvidoso, pois aquela indica apenas, em termos genéricos, a afectação de tais recursos e não as condições da sua atribuição.

b) A previsibilidade da actuação administrativa independentemente da previsão legal: o grau de densidade normativa exigido será tanto maior quanto a imprevisibilidade da actuação que se vem permitir para os seus destinatários.

c) O grau de legitimidade democrática da administração normativa-habilitada: sendo o princípio democrático um dos fundamentos da reserva de lei, justificar-se-á uma menor densidade normativa quando a administração habilitada esteja especialmente legitimada do ponto de vista democrático-representativo, como em alguns campos da administração autónoma (*infra*, t. II); no limite, a lei poderá definir apenas a competência objectiva e subjectiva para a emissão de um regulamento administrativo (art. 112.º, 8 CRP), ao qual caberá, então, a densificação normativa da actuação administrativa concreta.

7. Reserva de densificação normativa e abertura das normas

A reserva de densificação normativa tem que ver com o grau de determinação e pormenorização da norma habilitante da actuação administrativa. Uma norma que densifique totalmente os pressupostos e os meios da actuação administrativa é uma norma fechada; uma norma que os densifique apenas parcialmente é uma norma aberta, podendo tal abertura comportar várias formas e vários graus. A primeira estabelece a *vinculação* da administração a uma conduta, activa ou omissiva, totalmente predefinida; a segunda, podendo predefinir alguns aspectos da conduta administrativa, conferir-lhe-á no restante alguma *margem de livre decisão*.

Teoricamente, é concebível a existência de normas sem qualquer margem de abertura, mas na prática são é raríssimos os poderes administrativos totalmente vinculados (*infra*, 9-37). Pelo contrário, o princípio da legalidade, nas dimensões da preferência e da precedência de lei, exclui a admissibilidade de poderes administrativos totalmente livres: o bloco de legalidade constituirá sempre fundamento e limite da actuação administrativa, existindo mesmo certos aspectos estruturais dela que são necessariamente vinculados (*infra*, 9-37). A maior parte das competências administrativas comporta, assim, em diferentes medidas, quer aspectos vinculados, quer uma margem de livre decisão.

V. Mudança ou esvaziamento do princípio da legalidade da administração?

42 O percurso efectuado permitir revelar mudanças significativas no princípio da legalidade no Estado social de direito, designadamente na composição, no alcance e nas dimensões da lei e do bloco de legalidade, bem como na operatividade da vinculação e da margem de livre decisão administrativa; do mesmo modo mostrou que, dentro do bloco de legalidade, é diversa a relevância das diversas fontes normativas. Tais mudanças envolveram, consabidamente, a emergência de fontes normativas administrativas, além de diversas expressões da flexibilidade da incidência do princípio da legalidade, por exemplo, na escolha das formas de actividade administrativa, no regime de competência dos órgãos, na gradação da vinculariedade da lei, no reconhecimento de situações de legalidade especial e excepcional e na eficácia de actuações administrativas ilegais.

Esta realidade pode ser, no plano do travessamento filosófico e constitucional, encarada de duas perspectivas opostas: como mudança e ajustamento do princípio da legalidade no quadro do Estado de direito democrático substancial zelador da relação entre a democracia e a primazia do papel político e legislativo do Parlamento e da lei sobre a administração (posição da doutrina nacional maioritária), ou como esvaziamento do princípio da legalidade, largamente administrativizado, no contexto de um Estado de direito formal, atenuador da relação entre a democracia e a primazia do papel político e legislativo do Parlamento e da lei, reduzida à posição de um mero «*jus cogens administrativo*», sobre a administração [posição recentemente adoptada na estimulante obra de P. Otero, *Legalidade e administração pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, *passim* (esp. 1078-1081)].

Em resse, todas as pré-compreensões são aceitáveis; ponto é que se apure qual melhor se molda à principiologia consagrada na CRP. Ora, parece inequívoco que esta, mesmo sem os excessos demo-parlamentares de algumas interpretações, acolhe melhor a primeira das pré-compreensões mencionadas (como, aliás, sucede na generalidade dos textos constitucionais dos Estados-membros da UE).

Além disso, sempre convirá, por exemplo, não confundir actuação ao abrigo de legalidade de excepcional ou especial com actuação *contra legem*, nem considerar marginais à legalidade

As modalidades de eficácia das actuações administrativas ilegais salvaguardadas por lei, nem, a legalidade, nem a anulação do acto administrativo como confirmação da crise da legalidade, sendo certo que a evolução ocorrida desde o Estado liberal tem sido no sentido de alargar e não de diminuir o alcance da nulidade como valor negativo daquele (contra, Orero, *ob. ultra cit.*, *passim*, em síntese 1095-1102).

Bibliografia sobre o § 8: Em geral sobre os princípios de jurisdição da actividade administrativa, v. *infra* a bibliografia sobre o § 10. Sobre o princípio da legalidade no Estado contemporâneo, a obra geral ainda hoje fundamental é o livro de *D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips*, Tübingen, 1961 (tradução castelhana, *Ley y administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, 1978). Sobre a evolução histórica do princípio da legalidade, M. G. Dias Garcia, *Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Lisboa, 1994, *passim*. Sobre o princípio da legalidade em geral, J. M. Coutinho de Abreu, *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*, Coimbra, 1987; D. Freitas do Amaral, «Legalidade (Princípio da)», *Polis* 3 (1985), 976; J. C. Vieira de Andrade, «O ordenamento jurídico-administrativo português», in *Contencioso administrativo. Breve curso construído por lições proferidas na Universidade de Coimbra*, Braga, 1986, 33 (65-68); J. J. Gomes Corralinho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, 713-735, 829-833; J. M. Sêrvulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, esp. 179-340; L. Pereira Coutinho, «Regulamentos independentes do Governo», in J. Miranda (org.), *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, III, Coimbra, 1998, 979; M. J. Estorinho, *A fuga para o direito privado. Contribuição para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*, Coimbra, 1996, 175-187; J. Miranda, *Manual de direito constitucional*, V, Coimbra, 2000, 217-220; L. Cabral de Moncada, *Lei e regulamento*, Coimbra, 2002, idem, *Ensaio sobre a lei*, Coimbra, 2002, idem, «Legalidade, procedimento normativo e rule of law?», uma perspectiva comparada», *Polis* 4/5 (1995), 91; C. Blanco de Moraes, *As leis reforçadas. As leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos*, Coimbra, 1998, esp. 120-130; J. C. Moreira, «O princípio da legalidade na administração», *BFDUC*, XXV (1949), 385; V. Ribeiro, *O Estado de direito e o princípio da legalidade da administração*, Coimbra, 1981; R. Ehrhardt Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, esp. 43-99; M. Rebelo de Sousa, «O princípio da legalidade administrativa na Constituição de 1976», *DL* 13 (1980), 7; H.-U. Erichsen, «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», *Jura* (1995), 550; E. Forsthoef, «Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Strukturanalytische Bemerkungen zum Übergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat», *DÖV* (1959), 41; M. Imboden, *Das Gesetz als Garantie technischer Verwaltung*, Basel/Leipzig/Eschburg, 1962; J. Piercher, «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», *JuS* (1979), 710; K. Vogel, «Gesetzgeber und Verwaltung», *VVDStRL* 24 (1966), 15; M. Wehr, «Grundfälle zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», *JuS* (1997), 231, 419; L. Carlassare, *Regolamento dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; C.-A. Morand, *La legalité. Un principe à géométrie variable*, Brasília, 1992; Sobre a preferência de lei, na dimensão de preferência de Constituição, R. Wahl, «Der Vorrang der Verfassung», *Der Staat* 20 (1981), 485; idem, «Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts», *NZvWR* (1984), 402. Sobre a reserva de lei, M. L. Abrantes Amaral, «Reserva de lei», *Polis* V (1987), 428; J. C. Vieira de Andrade, «Autonomia regulamentar e reserva de lei. Algumas reflexões acerca da inamissibilidade de regulamentos das autarquias locais em matéria de direitos, liberdades e

garantias», in AAVV: *Estudos em homenagem ao prof. doutor Afonso Rodrigues Queirós*, I, Coimbra, 1984, I; L. Cabral de Moncada, *A reserva de lei no actual direito público alemão*, Lisboa, 1992; P. Otero, *O poder de substituição em direito administrativo*, II, Lisboa, 1995, esp. 562-575; A. Rodrigues Queirós, «Teoria dos regulamentos», RDES 27 (1980), 1 (12-13); M. A. Vaz, *Lei e reserva de lei. A causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*, Porto, 1992; idem, «Reserva de lei», DJAP 2.º sup. (2001), 472; C.-E. Eberle, «Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt: Erkenntnisse und Folgerungen aus der jüngeren Verfassungsrechtsprechung», DÖV (1984), 485; G. Kisker, «Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes», NJW (1977), 1313; M. Klopfer, «Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel», JZ (1984), 685; W. Krebs, «Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes», Jura (1979), 304; F. Ossenbühl, «Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen», in V. Götz/H. H. Klein/Chr. Sack, *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterliche Kontrolle*, München, 1985, 9; H.-J. Papier, «Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen», in V. Götz/H. H. Klein/Chr. Sack, *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterliche Kontrolle*, München, 1985, 36; P. Selmer, «Der Vorbehalt des Gesetzes», JuS (1968), 489. Sobre a reserva de densificação normativa, L. Pereira Coutinho, «Regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias e determinação normativa. Reserva de parlamento e reserva de acto legislativo», RJ 24 (2001), 533; A. Bleckmann, «Spielraum der Gesetzesauslegung und Verfassungsrecht», DÖV (1995), 685; U. Gassner, «Parlamentsvorbehalts und Bestimmtheitsgrundsatz», DÖV (1996), 18; H.-J. Papier/f. Möller, «Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung», AoR (1997), 177. Sobre a teoria da essencialidade, H. H. Von Arnim, «Zur Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts. Einige Anmerkungen zum Parlamentsvorbehalt», DVBl. (1987), 1241. Sobre a reserva de lei agressiva de direitos fundamentais, H. Bethge, «Der Grundrechtseingriff», VVDStRL 57 (1998), 7; W. Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, Berlin, 1975. Sobre a reserva de lei na administração prestacional, em particular na administração de subvenção, R. Ehrhardt Soares, «Princípio da legalidade e administração constitutiva», BFDUC LVII (1981), 169; H. Bauer, «Der Gesetzesvorbehalt im Subventionenrecht», DÖV (1983), 53; H. P. Ipsen, «Verwaltung durch Subventionen», VVDStRL 25 (1967), 257; H. D. Jarass, «Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen», NVwZ (1984), 473; M. Oldiges, «Richtlinien als Ordnungsrahmen der Subventionsverwaltung», NJW (1977), 313; R. Stober, «Der Vorbehalt des Gesetzes und Verwaltungsvorschriften im Subventionsrecht», GewArch (1993/4), 136; H. F. Zacher, «Verwaltung durch Subventionen», VVDStRL 25 (1967), 308. Sobre a reserva de lei institucional, G. C. Burmeister, *Herkuft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Verwaltungsorganisationsrechts*, Berlin, 1991. Sobre a reserva de lei na administração autárquica, J. C. Vieira de Andrade, «Autonomia regulamentar e reserva de lei. Algumas reflexões acerca da admissibilidade de regulamentos das autarquias locais em matéria de direitos, liberdades e garantias», in AAVV: *Estudos em homenagem ao prof. doutor Afonso Rodrigues Queirós*, I, Coimbra, 1984, I; H. Bethge, «Parlamentsvorbehalt und Rechtsatzvorbehalt für die Kommunalverwaltung», NVwZ (1983), 577; W. Jakob, «Eingriff kommunaler Satzungen in Freiheit und Eigentum», DÖV (1970), 666. Sobre a reserva de lei nas «relações especiais de poder», L. Cabral de Moncada, *As relações especiais de poder no direito português*, Lisboa, 1998; E. Kempf, «Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis – BVerfG, NJW 1972, 811», JuS (1972), 701. Sobre a reserva de lei na hierarquia administrativa, A. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milão, 1990. Sobre a reserva de lei em situações de urgência e estado de necessidade, D. Freitas do Amaral/M. G. Dias Garcia, «O estado de necessidade

e a urgência em direito administrativo», ROA (1999), 447. Sobre a reserva de lei em situações de protecção através de agressão, R. Wahl/J. Masing, «Schutz durch Eingriff», JZ (1990), 553. Sobre a legitimidade democrática do direito comunitário, A. Barbosa de Melo, «Legitimidade democrática e legislação governamental na União Europeia», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, 103. Sobre o princípio da legalidade no direito fiscal, A. P. Dourado, «O princípio da legalidade fiscal na Constituição portuguesa», CTF 379 (1995), 43; H. Hahn, *Die Grundzüge der Gesetzsmäßigkeit der Besteuerung und der Tabaksteuermäßigkeit der Besteuerung in rechtsergleichender Sicht*, Berlin, 1984; E. Garcia González, «El principio de la legalidad tributaria en la Constitución española de 1978», in *Seis estudios sobre derecho constitucional e internacional tributario*, Madrid, 1980, 61. Sobre a fiscalização administrativa da Constitucionalidade de leis, J. C. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, 2001, 210-211; J. J. Gomes Canotilho, *Directo constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, 443-445; A. Salgado de Matos, *A fiscalização administrativa da constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração no Estado social de direito*, Coimbra, 2004; R. Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, 1999, 167-265; J. Miranda, *Manual de direito constitucional*, VII, Coimbra, 2001, 176-178; C. Blanco de Moraes, *A justiça constitucional*, I, Coimbra, 2002, 356-400; M. Esteves de Oliveira, *Directo administrativo*, I, Lisboa, 1980, 85; P. Otero, *O poder de substituição em direito administrativo. Enquadramento dogmático-constitucional*, II, Lisboa, 1995, 531-538; P. Vaz Pato, «A vinculação das entidades públicas pelos direitos, liberdades e garantias», DDC 33/34 (1988), 473; M. Rebelo de Sousa, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, 1988, 179, 181, 314; O. Bachof, «Die Prüfungs- und Verwerfungscompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz», in *Weg zum Rechtsstaat*, s.l., 1979, 198; K.-H. Hall, «Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Verwaltung», DÖV (1965), 553; idem, *Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Verwaltung. Historische Grundlagen und geltendes Recht*, diss. dout., Tübingen, 1963; G. Hofmann, «Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz», JZ (1961), 193; H.-D. Horn, *Die Grundrechtsmittelbare Verwaltung: zur Dogmatik der Verhältnisse zwischen Gesetz, Verwaltung und Individuum unter dem Grundgesetz*, Tübingen, 1999; D. Kabisch, *Prüfung formeller Gesetze im Bereich der Exekutive*, Berlin, 1967; F. O. Kopp, «Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden», DVBl. (1983), 821; H. Michel, «Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt», NJW (1960), 841; F. Ossenbühl, «Normenkontrolle durch die Verwaltung», DV (1969/2), 393; M. Wehr, *Inzidente Normenverwerfung durch die Exekutive. Zum kompetitiven Verhältnis von Normsetzung und Normanwendung*, Berlin, 1998; R. Zuck, «Normenkontrolle der Verwaltung? Versuch einer Vereinfachung», DÖV (1962), 657; P. Cesareo, «Il sindacato sulla costituzionalità della legge da parte del potere esecutivo», RA (1953), 13; idem, «Può un organo appartenente al potere esecutivo esercitare un sindacato sulla costituzionalità della legge?», CA (1953), 701; C. Esposito, *La validità delle leggi – studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale* (1934), reimp., Milano, 1964; S. Pomodoro, «Di un sindacato degli organi amministrativi sulla costituzionalità delle leggi», RTDP (1959), 529. Sobre a fiscalização administrativa da legalidade de regulamentos, K.-P. Dölde, «Verwerfung Nichtiger Bebauungspläne durch die Verwaltung?», BauR (1978), 153; H. Jade, «Die „Aufhebung“ nichtiger Bebauungspläne», BayVBl. (1988), 5; J. Pietzcker, «Inzidentverwerfung rechtswidriger untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Verwaltung», DVBl. (1986), 806; idem, «Zur Inzidentverwerfung untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Vollziehende Gewalt», AoR

(1976), 374; J. Schmidt, «Inzidente Prüfung und Verwerfung von Normen im Range unter dem Gesetz durch die Exekutive?», BayVBl. (1976), 1; R. Volhard, «Amtspflichten bei nichtigen Bebauungsplänen – Zur "Verwerfungskompetenz" der Verwaltung», NVwZ (1986), 105. Sobre a fiscalização administrativa da conformidade do direito interno com o direito comunitário, U. Everling, «Zum Vorrang des EG-Rechts vor nationalem Recht», DVBl. (1985), 1201; D. H. Scheuing, «Rechtsprobleme bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland», EuR (1985), 229; R. Caranta, «Sull'obbligo dell'amministrazione di disapplicare gli atti di diritto interno in contrasto con disposizioni comunitarie», FA (1990), 1372. Sobre a crise do princípio da legalidade, P. Otero, *Legalidade e administração pública. O sentido da vinculação administrativa à legalidade*, Coimbra, 2003.

§ 9 – O princípio da legalidade e a margem de livre decisão administrativa

I. Aspectos gerais

1. Noção

1 A margem de livre decisão administrativa consiste num espaço de liberdade da actuação administrativa conferido por lei e limitado pelo bloco de legalidade, implicando, portanto, uma parcial autodeterminação administrativa. Pode dizer respeito a qualquer forma de actividade administrativa (regulamentos e planos administrativos, actos administrativos, contratos administrativos, actos materiais).

A liberdade de actuação não significa natureza política dessa actuação. Sendo a função administrativa uma função secundária do Estado, ela envolve apenas escolhas de segundo grau, ao contrário das que competem à função política (*supra*, 2-6). Do mesmo modo, apesar de ser por vezes designada como *autonomia pública*, a margem de livre decisão não pode ser comparada com o fenómeno da autonomia privada: com efeito, esta move-se num plano de liberdade, podendo produzir todos os efeitos que não sejam normativamente proibidos, enquanto a margem de livre decisão está subordinada ao princípio da legalidade, de que resulta a proibição de actuações que não sejam normativamente permitidas (*supra*, 8-31 ss.).

2 Existem duas formas de margem de livre decisão: a discricionariedade (*infra*, 8-10 ss.) e a margem de livre apreciação (*infra*, 8-16 ss.). Ambas têm hoje fundamentos e consequências idênticas.

2. Fundamentos da margem de livre decisão

Quando se fala nos fundamentos da margem de livre decisão pode 3 querer referir-se, quer a sua base jurídica, quer as suas razões de ser do ponto de vista político.

A base jurídica da margem de livre decisão é a lei. Ao contrário do que sucedia no Estado liberal, em que a administração pública gozava de um amplo espaço de liberdade à margem da lei directamente fundado no princípio monárquico (*discrionarietà libera de lei*, *supra*, 4-11), no Estado social a margem de livre decisão está sempre sujeita à reserva de lei.

As razões de ser políticas da margem de livre decisão são duas. 4

Primeira, uma limitação prática da função legislativa. O poder legislativo exerce-se, paradigmaticamente, através de actos gerais e abstractos; está, portanto, em regra, distante dos casos concretos, e o futuro que visa disciplinar não pode senão limitadamente ser antecipado; impõe-se assim uma margem de abertura das normas legais em favor da administração para que ela possa adaptar o sentido normativo aos casos concretos imprevistos pelo legislador e às evoluções tecnológicas, económicas, sociais e culturais.

Segunda, o princípio da separação de poderes enquanto critério de distribuição racional das funções do Estado pelos seus órgãos (*supra*, 6-3). Pelos motivos enunciados na alínea anterior, e mesmo quando seja possível ao legislador antever a ocorrência de determinadas situações da vida, seria indesejável a emissão apenas de normas fechadas, que retraiam a administração qualquer liberdade de adaptação a especificidades dos casos concretos, mediante a qual seja possível uma melhor prossecução do interesse público. A separação de poderes conduz assim à limitação da densidade normativa e, portanto, a uma margem de liberdade da administração em face do legislador; mas implica também, necessariamente, uma margem de liberdade da administração em face da função jurisdicional (*supra*, 6-7; *infra*, 9-6).

A existência de margem de livre decisão administrativa envolve, necessariamente, a perda de alguma segurança jurídica e a introdução de alguma desigualdade friccional: as decisões administrativas são tomadas no caso concreto, com base em elementos retirados desse mesmo caso concreto, e corre-se o risco de que uma visão de conjunto de tais decisões

venha a revelar incoerências e distorções sistemáticas. No entanto, estas desvantagens são compensadas por uma maior justiça e adequação da aplicação do direito, e mesmo, em certos casos, por uma maior igualdade, na medida em que se evita o tratamento normativamente padronizado de situações que, olhadas microscopicamente, revelam dissemelhanças relevantes.

Com o seu conhecido exemplo da «paz no parque», Herbert Hart (*O conceito de direito*, 141-142) ilustrou de modo feliz os fundamentos e as vantagens da abertura das normas jurídicas para a decisão no caso concreto. Perante a necessidade de disciplinar juridicamente as condições de segurança nos parques infantis, o legislador poderia editar normas que enumerassem de modo taxativo todas as actividades cuja realização seria proibida nesses locais (por exemplo, a circulação de automóveis, autocarros e motorciclos). Essas normas teriam a vantagem da certeza e da previsibilidade, mas poderiam envolver a total frustração do seu próprio fim no caso de vir a surgir um perigo para a segurança das crianças que não tivesse sido previsto pelo legislador (por exemplo, a circulação de automóveis de brinquedo eléctricos, levados pelos próprios utilizadores do parque), uma vez que, neste caso, os órgãos de aplicação do direito estariam impedidos de actuar. Mais valerà, então, disciplinar a situação de modo a deixar a tais órgãos uma margem de liberdade para decidirem de acordo com a avaliação que façam de cada caso concreto, à luz da finalidade normativamente prosseguida.

3. Consequências da margem de livre decisão

6 A margem de livre decisão implica uma consequência fundamental: no seu âmbito, não existe controlo jurisdicional. Isto não significa, note-se, que os actos da administração praticados ao abrigo da margem de livre decisão não possam ser objecto de tal controlo, mas apenas que não o podem ser na medida dessa liberdade, devendo o controlo resumir-se à aferição do respeito administrativo pelas vinculações normativas e pelos limites internos da margem de livre decisão (*infra*, 9-37 ss., 9-39 ss.).

7 Impõe-se, portanto, uma distinção entre a esfera da *legalidade*, sujeita a controlo jurisdicional, e a esfera do *mérito*, a ele subtraído. O mérito engloba a apreciação da oportunidade (utilidade da concreta actuação administrativa para a prossecução do interesse público legalmente definido) e da conveniência (utilidade da concreta actuação administrativa para a prossecução do interesse público legalmente definido à luz dos demais interesses públicos envolvidos) de uma determinada decisão administrativa, em termos que podem levar a dizer que ela prossegue de forma melhor ou pior o interesse público, mas não que é ilegal.

8 A separação de poderes implica a ausência de controlo jurisdicional da margem de livre decisão administrativa na medida em que, subjacente à sua atribuição à administração, está um juízo do legislador, segundo o qual o interesse público será melhor prosseguido se a última palavra decisória no caso concreto pertencer à administração (e não aos tribunais). Para mais, sucede que o exercício da margem de livre decisão implica, prototipicamente, a formulação de juízos de prognose e a assunção de riscos decisórios (*infra*, 9-15, 9-26) que, tendo em conta as suas características distintivas (*supra*, 2-12), os tribunais não se encontram funcionalmente preparados nem legitimados para efectuar: se os tribunais controlassem o exercício da margem de livre decisão administrativa estariam, na verdade, a exercer a função administrativa (ou seja, teríamos uma *dupla administração*), em termos necessariamente menos aptos do que a administração e furtados à incidência de qualquer dos mecanismos de controlo e responsabilização que a prossecução do interesse público pela administração garante.

Exemplo: a norma do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro determina que, «sempre que o exijam circunstâncias excepcionais e urgentes de interesse público, o governador civil pode praticar todos os actos ou tomar todas as providências administrativas indispensáveis». Um tribunal pode anular uma decisão administrativa tomada ao abrigo desta disposição, por exemplo, se tiver sido o vice-governador civil, sem delegação de poderes, a adoptá-la, ou se o motivo que presidiu à sua emissão não tiver sido de interesse público e sim de interesse particular (esfera da legalidade); mas já não pode fazê-lo por considerar que um determinado incêndio em particular não constitua uma circunstância excepcional e urgente para efeitos da norma em questão, ou por considerar que o melhor modo de prosseguir o interesse público seria determinar a intervenção da força aérea e não, como administrativamente decidido, solicitar o auxílio de corporações de bombeiros de distritos vizinhos (esfera do mérito). Se o fizer, a sentença está viciada por usurpação do poder administrativo e será, em consequência, nula (art. 668.º, 1.º, d) CPC).

9 A margem de livre decisão administrativa, com a sua consequência da ausência de controlo jurisdicional, foi objecto de acolhimento expreso pelo legislador português. Com efeito, a propósito da condenação da administração à emissão de actos legalmente devidos, o art. 71.º CPTA determina que o tribunal respeite a «formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa», estabelecendo, no entanto, a competência jurisdicional para «explicitar as vinculações [e também, depreende-se, os limites] a observar pela administração na emissão do acto devido». O reconhecimento normativo da margem de livre decisão – uma originali-

dade do direito nacional pode ter uma função pedagógica junto dos operadores jurídicos, mas nada acrescenta aquilo que já decorria do princípio constitucional da separação de poderes.

II. Discrecionariedade

1. Noção e modalidades

10 A discrecionariedade consiste numa liberdade conferida por lei à administração para que esta escolha entre várias alternativas de actuação juridicamente admissíveis. Tal liberdade pode dizer respeito à escolha entre agir ou não agir (*discrecionariedade de acção*), à escolha entre duas ou mais acções alternativas predefinidas na lei (*discrecionariedade de escolha*) ou à criação da actuação alternativa concreta dentro dos limites jurídicos aplicáveis (*discrecionariedade criativa*, na expressão de Sêrvulo Correia). Estas modalidades de discrecionariedade podem cumular-se numa mesma norma.

Exemplos: A norma do art. 145.º, 3 CPA confere discrecionariedade de acção («O autor da revogação pode, no próprio acto, atribuir-lhe efeito retroactivo»).

A norma do art. 100.º, 2 CPA confere discrecionariedade de escolha («O órgão instrutor decide, em cada caso, se a audiência dos interessados é escrita ou oral»).

A norma do art. 157.º, 1 CPA confere discrecionariedade criativa («Em caso de execução para prestação de facto fungível, a administração notifica o obrigado para que proceda à prática do acto devido, fixando um prazo razoável para o seu cumprimento»).

A norma do art. 174.º, 2 CPA confere simultaneamente as três modalidades de discrecionariedade («O órgão competente para decidir o recurso pode, se for caso disso, anular [discrecionariedade de acção], no todo ou em parte [discrecionariedade de escolha], o procedimento administrativo e determinar a realização de nova instrução ou [discrecionariedade de escolha] de diligências complementares [discrecionariedade criativa]»).

11 A detecção da discrecionariedade pressupõe a realização da tarefa de interpretação normativa. Normalmente, a existência de discrecionariedade deriva da utilização, no texto da estatuição das normas jurídicas, de expressões linguísticas com significado permissivo (paradigmaticamente, no caso da discrecionariedade de acção, o verbo «poder», o substantivo «faculdade»; no caso da discrecionariedade de escolha, a conjunção «ou»; no caso da discrecionariedade criativa, a utilização de conceitos indeter-

minados ou cláusulas gerais como «medidas adequadas»). Noutras situações menos evidentes (por exemplo, de utilização do verbo «competir»), será necessário recorrer a argumentos de outro teor, designadamente sistemático e teleológico, para se apurar se o alcance normativo é efectivamente o de conferir uma margem de liberdade à administração, ou se, pelo contrário, se quis estabelecer uma vinculação a agir, ou a agir de determinado modo.

12

Em alguns casos, a existência de discrecionariedade pode não ser detectável a partir do mero exame da norma que confere o poder administrativo. É o caso das situações em que a lei remete expressa ou implicitamente para normas de universos normativos extra-jurídicos, chamando-os a integrar espaços lacunares da ordem jurídica. Durante muito tempo, considerou-se que estas situações implicavam necessariamente a existência de *discrecionariedade técnica*, fosse ela um verdadeiro espaço de margem de livre decisão (STA) ou um espaço de vinculação administrativa cujo exercício era subtraído ao controlo dos tribunais por razões de ordem prática, relativas a uma pretensa preparação funcional dos tribunais para decidir em questões de índole técnica (Freitas do Amaral que, contudo, estabelecia uma incompreensível distinção entre os casos de remissão legal expressa para normas extra-jurídicas, sujeitos ao regime da vinculação, e os casos de remissão legal implícita, sujeitas ao regime de livre decisão). Actualmente, estas posições são justamente criticadas como encobridoras de verdadeiras situações de denegação de justiça e de consequente violação do princípio da tutela jurisdiccional efectiva, entendendo-se que o princípio da separação de poderes não pode levar aprioristicamente a uma limitação do controlo jurisdiccional neste campo e que as eventuais dificuldades práticas do tribunal em matérias técnicas devem ser ultrapassadas, como aliás sempre sucedeu em todos os ramos do direito processual, com recurso a peritos.

Todavia, esta importante viragem em matéria de «discrecionariedade técnica» não pode levar a uma igualmente errada posição extrema de sentido inverso: tal como não se pode afirmar que a remissão legal para universos normativos extra-jurídicos conduz sempre à existência de margem de livre decisão, também é erróneo dizer-se, em total abstracção das normas extra-jurídicas que estejam concretamente em causa, que conduz sempre à vinculação. Assim, a existência de vinculação ou margem de livre decisão dependerá, nestes casos, de as normas extra-jurídicas para as quais a lei remete admitirem como válida apenas uma, ou mais do que uma, solução. Neste último caso, não será necessário fazer apelo a qualquer nova forma de margem de livre decisão (discrecionariedade técnica ou outra): tratar-se-á de simples discrecionariedade (ou mesmo margem de livre apreciação: *infra*, 9-16 ss.).

2. Estrutura e funcionamento da discrecionariedade

Consistindo numa liberdade administrativa de escolha entre alternati-

vas de actuação, a discrecionariedade diz primariamente respeito à *estatuição* normativa; é neste segmento da estrutura das normas jurídicas que se encontram as principais expressões linguísticas que permitem concluir interpretativamente pela sua existência.

Contudo, como demonstrou Walter Schmitt, a abertura das normas que conferem discricionariedade não se situa apenas na estatuição, mas também na sua previsão: a abertura da estatuição das normas implica sempre uma correspondente abertura da sua previsão, na medida em que revela a indeterminação dos critérios de decisão. Perante uma liberdade de escolha de alternativas de comportamento, o decisor administrativo terá assim, a partir do concreto caso decidendo, que eleger critérios de actuação, que não são mais do que elementos da sua previsão.

14 O exercício da discricionariedade implica sempre um raciocínio a partir da situação concreta para as opções de actuação legalmente conferidas e um teste de adequação da actuação concretamente escolhida em relação aos traços da situação concreta seleccionados como relevantes à luz do interesse público prosseguido. Tipicamente (mas nem sempre), esta actividade intelectual envolve a formulação de *juízos de prognose*, ou seja, estimativas acerca da evolução futura de situações da vida.

15 Por exemplo, ao fixar o *prazo razoável* para acatamento do acto administrativo a que alude o art. 157.º, 1.ª CPA, o órgão competente vai ter que retirar da situação concreta elementos de facto que lhe permitam densificar a previsão legal, cuja abertura é assimável. Assim, para apurar o que possa ser um *prazo razoável* naquela situação, a administração terá, desde logo, que ter em consideração a natureza da actividade que o acatamento do acto administrativo exige do particular. Supondo que se trata da demolição de uma construção ilegal, será também relevante saber se as obras já estão concluídas ou não; que dimensões tem a edificação; quais os materiais nela utilizados; se o titular do dever de demolir é um simples particular ou um construtor que possa dispor de meios técnicos mais sofisticados; se existem ou não interesses públicos (por exemplo, relativos às condições de segurança) que exijam uma demolição particularmente rápida.

O órgão decisor terá então que *aditar à previsão da norma* que confere discricionariedade («Em caso de execução para prestação de facto fungível») todos os elementos factuais relevantes, que podem ser muitíssimo mais complexos do que os apresentados, construindo com eles uma previsão ideal que, no exemplo dado, poderia ser a seguinte: «Em caso de execução para prestação de facto fungível/que consista na demolição de uma casa/de madeira/pré-fabricada/integralmente construída/com uma área bruta de ocupação de 120 m²/cuja implantação prejudica a visibilidade rodoviária num cruzamento perigoso/por uma empresa especializada».

Tendo em conta os elementos da previsão, o órgão decisor prognostica a evolução futura da situação e, tendo em conta a concreta complexidade da demolição, a concreta capacidade do particular para a ela proceder e a concreta perigosidade que a manutenção da construção suscita, chega à conclusão de que um *prazo razoável* (ou seja, que prossegue o interesse público de modo equilibrado em face dos interesses privados envolvidos) para proceder àquela concreta demolição é, por hipótese, de 30 dias. Esta conclusão constitui a estatuição de uma norma ideal, da qual os elementos relevantes retirados da situação concreta constituem a previsão, que vai servir de critério de decisão daquela situação. Trata-se de uma norma construí-

da no caso concreto e que se esgota na sua resolução; é aquilo a que se chama geralmente uma «norma do caso» (*Fallnorm*).

O exercício da discricionariedade convoca, assim, a generalidade dos princípios de juridicidade da actuação administrativa, em especial os princípios da prossecução do interesse público (infra, 10-1 ss.), do respeito pelas posições jurídicas subjectivas dos particulares (infra, 10-8 ss.), da proporcionalidade (infra, 10-14 ss.) e da imparcialidade (infra, 10-20 ss.). Assim se explica que estes princípios constituam, de forma privilegiada, limites iminentes da margem de livre decisão administrativa (infra, 9-39).

III. Margem de livre apreciação

16 Por vezes, a margem de livre decisão administrativa resulta da atribuição pela lei, à administração, de uma liberdade na apreciação de situações de facto que dizem respeito aos pressupostos das suas decisões e não, expressamente, como sucede na discricionariedade, de uma liberdade de escolha entre várias alternativas de actuação juridicamente admissíveis. A ideia da margem de livre apreciação (*Beurteilungsspielraum*) é oriunda da doutrina alemã e foi pela primeira vez teorizada por O. Bachof nos anos cinquenta do século XX. Desde então, a doutrina tem tentado identificar as situações em que a margem de livre apreciação pode ocorrer e explicar o seu funcionamento.

1. Concretização de conceitos indeterminados

17 As normas jurídicas têm uma tradução textual e, por isso, estão sujeitas às contingências da linguagem. Uma delas é a indeterminação vocabular: todas as palavras comportam alguma incerteza semântica. A doutrina jurídica refere-se habitualmente a «conceitos indeterminados», embora a expressão seja demasiadamente restrita (designadamente porque podem estar em causa tipos e não conceitos) utilizar-se-á aqui por comodidade.

É intuitivo que a indeterminação conceitual pode ser maior ou menor. Os conceitos que exprimem quantidades (número, peso, medida) ou localizações espaço-temporais (latitude, longitude, hora) são dotados do maior grau de determinação possível. No extremo oposto estão conceitos altamente indeterminados, insusceptíveis de qualquer redução abstracta

(«urgência», «conveniência de serviço», «interesse público», «circunstâncias excepcionais»). Em posições intermédias na escala da indeterminação estão conceitos que podem ser determinados de modo intra-sistemático (como aqueles que sejam de criação jurídica: «acto administrativo», «contrato», «casamento», «propriedades») e ainda outros que são objecto de fácil determinação no caso concreto («fábrica», «construção», «durante a noite»).

18 Não é possível sustentar que a utilização de quaisquer conceitos indeterminados nas previsões das normas legais tem sempre como consequência a criação de uma margem de livre apreciação administrativa: se assim fosse, a actividade da administração seria controlada pelos tribunais apenas numa extensão exígua, o que se afigura incompatível com as exigências do Estado de direito. Todavia, é evidente que, em determinadas situações, os conceitos indeterminados levam a que não se possa considerar existir apenas uma solução correcta para a decisão de um caso concreto, ou pelo menos a que haja dúvidas acerca de qual é a tal solução. Nestes casos justifica-se a existência de margem de livre apreciação.

Por exemplo, o art. 103.º, 1, a) CPA determina que não há lugar a audiência dos interessados quando o número de interessados a ouvir seja *de tal modo elevado que a audiência se torna impraticável*. Com efeito, há de existir um limite a partir do qual a audiência é impraticável e pode dizer-se quando é que, de forma evidente, tal sucede (se houver um milhão de interessados) ou não sucede (se só houver um interessado). Mas não é possível estabelecer com objectividade e segurança a fronteira entre as situações em que o número de interessados não prejudica, e aquelas em que prejudica, a audiência.

Dificuldades semelhantes ocorrem a propósito do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, o qual determina que «sempre que a natureza do serviço solicitado pelo cidadão o permita, a sua prestação deve ser efectuada no momento»; do art. 136.º, 1, c) do Decreto-Lei n.º 55/99, de 2 de Março, segundo o qual o contrato de empreitada de obras públicas pode ser precedido de ajuste directo «quando, por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos públicos, limitado ou por negociação»; e do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro, do qual decorre que, «sempre que o exijam circunstâncias excepcionais e urgentes de interesse público, o governador civil pode praticar todos os actos ou tomar todas as providências administrativas indispensáveis».

19 A grande dificuldade está em estabelecer um critério identificador das situações em que a indeterminação conceptual dá, e daquelas em que não dá, origem a margem de livre decisão. A formulação originária, por O. Bachof, da teoria da margem de livre apreciação não dava resposta conclu-

siva a este problema. Já para H.-J. Wolff a margem de livre apreciação existe quando a utilização de conceitos indeterminados pela lei exige, da parte da administração, uma avaliação dos factos, particularmente em termos de prognose; o autor fala então numa «prerrogativa de avaliação» (*Einschätzungsprerogative*). Para a teoria da defensabilidade (*Vertretbarkeit*) de C.-H. Ule, os tribunais estão impedidos de controlar a actividade da administração quando, em situações de dúvida, esta tenha adoptado decisões defensáveis. D. Jesch opota por distinguir em todos os conceitos jurídicos um cerne (*Begriffskern*) de determinação e uma auréola (*Begriffshof*) de indeterminação; os conceitos dominados pela auréola confeririam margem de livre decisão administrativa. Numa teorização que influenciou a doutrina portuguesa (designadamente Sérvulo Correia), W. Schmidt considera que a generalidade dos conceitos indeterminados suscita apenas dificuldades linguísticas, susceptíveis de resolução em abstracto através de raciocínios lógico-dedutivos que terminariam com a subsunção da situação de facto à previsão normativa (*conceitos classificatórios*); a margem de livre apreciação não decorreria destes, mas de outros conceitos indeterminados marcados por uma abertura à facticidade, à luz da qual teriam que ser objecto de uma concretização casuística envolvendo juízos de prognose (*conceitos tipológicos*).

Todas estas concepções tangem a essência do problema, mas ele não é, porventura, resolúvel através de fórmulas mágicas. As ideias de defensabilidade e de prevalência da zona de indeterminação sobre a de determinação dos conceitos são, elas próprias, difíceis de precisar; a teoria da interpretação jurídica aceita pacificamente que a subsunção só marginalmente pode ser suficiente para esclarecer os sentidos normativos (*supra*, 3-16 ss.), carecendo por isso de concretização não apenas os conceitos ditos tipológicos mas também os conceitos ditos classificatórios; só muito forçadamente se pode considerar que a formulação de juízos de prognose está presente em todas as situações de margem de livre apreciação e é evidente a existência de situações de prognose que não dão origem a tal margem (por exemplo, uma decisão de atribuição de um prémio ou de uma condecoração implica necessariamente margem de livre decisão, mas não implica qualquer juízo de prognose; a decisão de demissão de uma construção que ameaça ruína envolve um juízo de prognose mas, por este ser de carácter exclusivamente técnico, não implica em

princípio a existência de margem de livre decisão (sobre a «discrecionalidade técnica», *supra*, 9-12).

A identificação das situações em que a utilização legal de conceitos indeterminados confere margem de livre apreciação à administração deve ter em conta os fundamentos substanciais da margem de livre decisão em geral (*supra*, 9-3 ss.), assentando em três aspectos. Primeiro, o apuramento da razão subjacente à expressão do sentido normativo através de conceitos indeterminados: a margem de livre apreciação não existe quando a sua utilização decorra apenas de limites da própria linguagem e sim quando decorra dos limites impostos à função legislativa pela impossibilidade ou inconveniência da definição exaustiva antecipada dos pressupostos normativos do exercício da competência. Segundo, a formulação de um raciocínio funcionalmente adequado à luz do princípio da separação de poderes, que impõe a margem de livre apreciação apenas nos casos em que o controlo jurisdicional integral da concretização casuística dos conceitos indeterminados implicasse a usurpação do poder administrativo. Terceiro, a ponderação em concreto entre o princípio da separação de poderes e os direitos fundamentais dos particulares eventualmente lesados pela decisão administrativa; a prevalência dos últimos sobre o primeiro ditará a necessidade de controlo jurisdicional e consequentemente a ausência de margem de livre apreciação.

Por exemplo, perante o já citado art. 8.º do Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro («sempre que o exigam circunstâncias excepcionais e urgentes de interesse público, o governador civil pode praticar todos os actos ou tomar todas as providências administrativas indispensáveis»), torna-se evidente que a lei não densificou o conceito utilizado na previsão da norma devido a uma impossibilidade de definição exaustiva e em abstracto de todas as *circunstâncias excepcionais e urgentes de interesse público* que pudessem vir no futuro a suscitar-se; e também é claro que um tribunal estaria a exercer materialmente a função administrativa e, assim, a violar o princípio da separação de poderes, caso anulasse a decisão de um governador civil, emitida ao abrigo da norma em causa, de cortar uma estrada no decurso de uma inundação (pois tal decisão apenas poderia ter como fundamento o demérito, e não a ilegalidade, da acção administrativa: *supra*, 9-7). Pode, no entanto, a decisão adoptada contender com direitos fundamentais de tal modo relevantes no caso concreto que o controlo jurisdicional acaba por se tornar uma imposição do Estado de direito (independentemente de tal controlo poder vir a resultar na manutenção da decisão administrativa). Os mesmos raciocínios podem aplicar-se a qualquer dos exemplos mencionados anteriormente.

2. Liberdade avaliativa

A actividade da administração envolve geralmente a avaliação de 21 situações de facto como condição do exercício das suas competências, mais ou menos vinculadas ou discricionárias. Tal avaliação pode ser puramente vinculada, quando assente em pressupostos objectivos normativamente fixados. Mas, em determinadas situações, a interpretação normativa permite concluir que a lei pretendeu conferir à administração a última palavra sobre a matéria em causa e que o controlo jurisdicional integral da decisão administrativa violaria o princípio da separação de poderes.

Por vezes, a liberdade avaliativa aparece associada à atribuição de 22 discricionariedade ou à utilização normativa de conceitos indeterminados. No entanto, não se confunde com elas, pois a avaliação ultrapassa a densificação dos pressupostos da decisão: a avaliação é a decisão. Isto explica que, frequentemente, a necessidade de mediação de uma avaliação administrativa entre os pressupostos da decisão e a decisão não decorra simplesmente da natureza dos conceitos utilizados ou da liberdade de escolha mas de uma expressa determinação legal (por ex., o art. 56.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, determina que, nos contratos de empreitada de obras públicas, «a capacidade financeira, económica e técnica dos concorrentes [conceito indeterminado] é avaliada [liberdade avaliativa] em função dos elementos escolhidos pelo dono da obra»). Noutros casos, a lei limita-se a fixar a competência para avaliar, sem utilizar conceitos indeterminados para definir os pressupostos da decisão e sem conceder directamente uma liberdade de escolha do seu conteúdo.

As seguintes são algumas das situações deste tipo: classificação de alunos em exames e actos análogos; decisões sobre a aptidão de pessoas para o exercício de determinadas profissões, por exemplo, no âmbito de ordens profissionais; decisões sobre funcionários, designadamente classificações, promoções e avaliações da sua aptidão para o exercício de determinadas funções (mas já não em matéria disciplinar, por força do princípio da igualdade em relação aos trabalhadores sujeitos ao regime do contrato de trabalho, que beneficiam de um controlo total de decisões similares pelos tribunais comuns); avaliação de propostas e/ou concorrentes em procedi-

mentos concursais tendentes à celebração de contratos administrativos; decisões que envolvam a avaliação de riscos, especialmente no domínio da administração infra-estrutural (ambiente, ordenamento do território, economia).

O STA tem reconhecido a existência de margem de livre apreciação em diversas situações aqui qualificadas como de liberdade avaliativa, por exemplo, exames escolares (quanto à elaboração de provas de exame, Ac. STA 12/11/2002, Proc. 047894), concursos de provimento na função pública (Ac. STA 29/9/1994, *Eduardo Santos*; Ac. STA 24/10/1995, *Maria Cerdina*; Ac. STA 24/9/1996, *Maria Martins*), decisões de júris de avaliação de provas de doutoramento (Ac. STA 31/05/2001, *Fernando Martins*), classificação de funcionários (Ac. STA 5/5/87, *Hernâni Milhano*; Ac. STA 11/02/92, *Alcídes Pinto*) concursos para adjudicação de contratos administrativos (Ac. STA 21/1/1999, *Construção Pontêla*; Ac. STA 7/5/2002, Proc. 046052), classificação de magistrados pelos Conselhos Superiores da Magistratura, dos Tribunais Administrativos e Fiscais e do Ministério Público (Ac. STA 12/11/2000, *João Brites*; Ac. STA 15/3/2001, *Ana Maria Neves*). Criticavelmente, o STA admitiu já a existência de margem de livre decisão em matéria disciplinar (quanto à aplicação de uma sanção acessória, Ac. STA 20/10/94, *João Porto*; contra, quanto aos pressupostos de facto da punição e à sua qualificação, Ac. STA 01/07/99, *Manuel Costa*).

3. Outras situações de margem de livre apreciação?

Uma outra situação por vezes referida na doutrina é a da chamada «liberdade probatória», segundo a qual a administração gozaria de uma margem de livre decisão quanto à selecção e avaliação dos elementos probatórios destinados a fixar os pressupostos da sua actuação (D. Freitas do Amaral, *D4*, II, 168). Mas esta concepção é equivocada, quer quanto ao momento da recolha da prova, quer quanto ao da sua valoração. Quanto à recolha da prova, existem diversas vinculações decorrentes de lei geral acerca do valor de determinadas provas (por exemplo, os factos provados por documento autêntico não podem ser infirmados a não ser com base na falsidade daqueles documentos: art. 372 CC), bem como situações em que a lei fixa taxativamente os meios admissíveis para a prova de determinados factos (por exemplo, quando a lei exigir como forma *ad substantiam* da declaração negocial documento autêntico, autenticado ou particular, é inadmissível qualquer outro meio de prova: art. 364.º, 1 CC); para mais, a administração está por regra vinculada a desenvolver as actividades probatórias requeridas por particulares enquanto condições de demonstração das suas pretensões (por exemplo, audição de testemunhas, realização de inspecções e exames), só podendo afastar aquelas que sejam desnecessárias (art. 87.º, 1 CPA).

Tode sustentar-se a existência de uma liberdade decisória da administração apenas quando haja uma superabundância de meios probatórios para a demonstração de determinado facto e seja indiferente a produção de uns ou outros (*infra*, t. III), mas tal liberdade consiste numa pura discricionariedade de escolha (*supra*, 9-10). Já no que toca à valoração da prova, a margem de livre apreciação não faz qualquer sentido: tratando-se de uma actividade típica

da função jurisdicional, não existe qualquer inapriedão funcional por parte dos tribunais (*supra*, 9-8) no controlo do juízo feito pela administração acerca dos meios probatórios utilizados no decurso do procedimento administrativo (por exemplo, apreciação de depoimentos e interpretação de documentos).

4. Estrutura e funcionamento da margem de livre apreciação

A margem de livre apreciação consiste num espaço de liberdade da administração na apreciação de situações de facto que dizem respeito aos pressupostos das suas decisões. Ou seja, diz respeito essencialmente à previsão das normas jurídico-administrativas (o que é evidente no caso dos conceitos indeterminados).

Contudo, assim como a discricionariedade envolve uma abertura da previsão normativa, apesar de respeitar a uma liberdade de escolha das consequências jurídicas (*supra*, 9-10), também a margem de livre apreciação acaba por envolver a abertura da estatuição, na medida em que a decisão administrativa de agir ou não, mesmo que aparentemente vinculada pelo texto da norma, está necessariamente ligada ao resultado da livre apreciação dos seus pressupostos. É por isso que a margem de livre apreciação é também margem de livre decisão.

Pode encontrar-se uma ilustração desta afirmação no art. 103.º CPA. Enquanto o n.º 2 confere discricionariedade de escolha à administração na realização ou não de audiência dos interessados em determinadas situações («o órgão instrutor *pode* dispensar a audiência dos interessados»), o n.º 1 determina, de forma aparentemente categórica, que «não há lugar a audiência dos interessados» nos casos por si previstos, apontando para uma vinculação administrativa à sua não realização. Simplesmente, as três alíneas do n.º 1 utilizam conceitos indeterminados («decisão urgente», «comprometimento da execução ou utilidade da decisão», «número de interessados de tal modo elevado que a audiência se torna impraticável») que conferem à administração uma margem de livre apreciação, em resultado da qual aquela acaba por deter uma liberdade de realização ou não da audiência (ou seja, uma liberdade de escolha da consequência jurídica).

Tal como sucede com a discricionariedade (*supra*, 9-13), o exercício da margem de livre apreciação implica a densificação dos pressupostos de

facto da decisão à luz da situação concreta e um teste de adequação da actuação escolhida em relação aos traços da situação concreta seleccionados como relevantes à luz do interesse público prosseguido (e, no caso da concretização de conceitos indeterminados, do seu campo semântico); tipicamente, envolve também a formulação de juízos de prognose (*supra*, 9-14 ss.).

Por exemplo, ao aplicar o art. 103.º, 1.ª a) CPA (segundo o qual não há lugar a audiência dos interessados quando o número de interessados a ouvir seja de tal modo elevado que a audiência se torna impraticável), o órgão competente vai ter que retirar da situação concreta elementos de facto que lhe permitam densificar a previsão legal. Assim, para apurar o que possa ser um número de interessados de tal modo elevado que torne impraticável a audiência, a administração terá que ter em conta, pelo menos, o número efectivo ou estimado de tais interessados, a natureza da matéria em causa, a complexidade do projecto de decisão eventualmente a submeter a audiência, o grau de urgência da decisão, o grau de preparação dos interessados para se pronunciarem e a preparação da administração para proceder à ponderação efectiva e atempada de todos os aspectos eventualmente suscitados em sede de audiência. O órgão decisor terá então que densificar os conceitos indeterminados constantes da previsão mediante o aditamento dos elementos factuais relevantes, de modo a com eles construir uma previsão ideal (sobre este mecanismo, *supra*, 9-15). Com base nos elementos da previsão, o órgão decisor tentará antecipar a evolução da situação e, caso o resultado de tal prognóstico seja o de que a realização da audiência lesa o interesse público, desencadeará a estatuição normativa.

IV. Relações entre as várias técnicas de abertura das normas de competência

27 Discricionariedade e margem de livre apreciação visam a mesma finalidade: a abertura das normas habilitantes do exercício do poder administrativo. Por esse motivo, em muitos casos, o objectivo legal de conferir uma margem de livre decisão pode ser igualmente atingido através da discricionariedade ou da margem de livre apreciação.

As técnicas de abertura das normas habilitantes do exercício do poder administrativo podem também concorrer numa mesma norma jurídica.

Determinados preceitos legais (preceitos acoplados) conferem simultaneamente discricionariedade e margem de livre apreciação (por exemplo, o já citado art. 8.º do Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro).

Apesar da maior complexidade suscitada, a justaposição de discricionariedade e de margem de livre apreciação não tem autonomia em relação a ambas as figuras, devendo os problemas suscitados ser resolvidos de acordo com os critérios que lhes são aplicáveis. Nestes casos, a decisão discricionária tem que ser congruente com a concretização do conceito indeterminado utilizado na previsão da norma (por exemplo, se considerar que a suspensão automática dos efeitos do acto administrativo objecto de recurso hierárquico causa grave prejuízo ao interesse público, o superior hierárquico não pode deixar de decidir o seu levantamento: art. 170.º, 1, 2 CPA).

28 Outra situação é a de utilização de conceitos indeterminados na estatuição, normalmente para caracterização a decisão administrativa normativamente pretendida. É o que sucede quando a lei determina que o órgão administrativo deve adoptar as medidas «adequadas», «necessárias», «indispensáveis», «pertinentes», «justas», etc. (por exemplo, mais uma vez, o art. 8.º do Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro, que menciona os actos ou providências administrativas «indispensáveis»). Aqui, os conceitos indeterminados não dizem respeito aos pressupostos de facto da decisão (não conferem por isso qualquer margem de livre apreciação), antes constituindo uma técnica legislativa de atribuição de discricionariedade (normalmente criativa: *supra*, 9-10). O que se afigura relevante nestas situações é que, ao conferir deste modo o poder discricionário, o legislador aponta simultânea e expressamente os seus limites, sobretudo o princípio da proporcionalidade (*infra*, 9-39, 10-14).

V. Margem de livre decisão e autovinculação

29 A lei confere margem de livre decisão à administração porque considera que o poder administrativo é mais adequadamente exercido no caso concreto e não através de uma predeterminação geral e abstracta (*supra*, 9-4). Poderá a administração fixar, validamente, critérios gerais e abstractos de exercício da sua margem de livre decisão, de modo a que, verificados determinados pressupostos, venha a adoptar uma mesma conduta? Por outras palavras, pode a administração autovincular-se ao exercício, em determinados termos, da margem de livre decisão? O problema costuma

estudar-se a propósito da discricionariedade, mas pode suscitar-se também a propósito da margem de livre apreciação.

30 A autovinculação apresenta vantagens evidentes. Ela permite minorar a incerteza, imprevisibilidade e insegurança, bem como a potencialidade de introdução de desigualdades, que sempre decorrem da existência de uma margem de livre decisão (*supra*, 9-5). Ao fornecer critérios acabados de solução dos problemas concretos que dispensam o decisor administrativo da formulação de juízos que podem ser complexos, constitui ainda um factor de desburocratização, simplificação e celeridade da actuação administrativa.

31 Em sentido inverso, podem apontar-se alguns argumentos contrários à admissibilidade jurídica da autovinculação. Desde logo, ela poria em causa o princípio da legalidade, na dimensão da preferência de lei: ao envolver a renúncia ao exercício individual e concreto da margem de livre decisão, a autovinculação violaria a lei que atribuiu determinado poder à administração para ser exercido ao abrigo daquela margem (ou seja, violaria a vinculação legal ao exercício da margem de livre decisão: *infra*, 9-37). Por outro lado, a autovinculação poderia pôr em causa o princípio da igualdade: ao petrificar, através de critérios gerais e abstractos, aquilo que a lei queria que fosse ponderado no caso concreto, ela poderia conduzir a algo que a lei quis evitar com a criação de uma margem de livre decisão, ou seja, ao tratamento igual de situações que deveriam ter um tratamento diferente.

32 A autovinculação só pode conciliar-se com os princípios da legalidade e da igualdade caso se lhe imponham alguns limites. Primeiro, os critérios decisórios dela resultantes não podem ser imutáveis, implicando a margem de livre decisão que eles possam ser administrativamente revistos sempre que se tal considere juridicamente necessário, ou simplesmente oportuno ou conveniente; ou seja, é possível a *autodesvinculação* (Scholier). Segundo, a autovinculação não dispensa o decisor administrativo de averiguar se, no caso concreto, existem circunstâncias que imponham diferente ponderação dos interesses envolvidos e, eventualmente, diferente solução; se assim suceder, o caso concreto em apreço deverá ser considerado como atípico – isto é, exorbitando do âmbito da autovinculação – e, como tal, ser decidido sem referência aos critérios gerais e abstractos fixados. Tendo em conta estes limites, a autovinculação corresponde ainda

e sempre ao exercício, embora antecipado, da margem de livre decisão, permitindo igualmente a ponderação das circunstâncias relevantes do caso concreto.

O STA adoptou já um entendimento semelhante, ao considerar que os critérios de autovinculação não estabelecem limites absolutos ao exercício da competência em causa (Ac. STA 29/22/1995, *Pinha, Ld.4*).

Conudo, a circunstância de a autovinculação apresentar como vantagem potencial a maior igualdade no tratamento das situações sobre as quais incide a margem de livre decisão não significa, naturalmente, que a administração esteja vinculada a autovincular o exercício daquela (Ac. STA 26/9/2001, *Manuel Mendes*).

33 Os actos jurídicos que contêm as decisões de autovinculação são de natureza normativa, pois contêm regras de conduta a serem aplicadas numa pluralidade indeterminável de situações; são, portanto, regulamentos administrativos, qualificáveis como verdadeiras instruções (deve por isso afastar-se, pelo menos em geral, a tradicional mas incorrecta designação de *directivos de autovinculação*) e susceptíveis de recondução ao chamado «direito circulatorio» (*supra*, 3-32). No entanto, a possibilidade da sua derrogação no caso concreto e a limitada vinculatividade que dela decorre demonstram que tais regulamentos não são dotados de eficácia externa. Não são, portanto, fontes de direito (*supra*, 3-32) e não integram o bloco de legalidade: a sua violação não implica a ilegalidade e invalidade da conduta administrativa em causa, mas apenas a ilegalidade interna da conduta do subalterno para efeitos de responsabilidade disciplinar; do mesmo modo, a circunstância de constituir aplicação de instruções de autovinculação não exime um acto administrativo da consequência da ilegalidade se aquelas instruções forem ilegais. Por todos estes motivos, é duvidoso que exista um genérico dever administrativo de publicitação das instruções de autovinculação (mas não quando elas constem de um acto de delegação de poderes: arts. 37.º, 2 e 39.º, 1 CPA). E também não deve exigir-se que a administração anuncie antecipadamente a mudança dos seus critérios de exercício da margem de livre decisão, até porque a necessidade, oportunidade ou conveniência de tal mudança pode ser aperecebida pela administração precisamente a propósito da decisão de um caso concreto. A mudança do critério administrativo, bem como a preterição das instruções de autovinculação em casos atípicos, obriga apenas à correspondente fundamentação específica da sua razão de ser [art. 124.º, 1, b) CPA].

34 A inexistência de um dever de publicitação das instruções de autovinculação não significa, no entanto, que elas sejam secretas, pelo que a sua existência deve ser revelada a quem dela inquirir, ao abrigo do direito fundamental à informação (art. 268.º, 1 CRP, arts. 61.º-65.º CPA; *supra*, 7-31) e, em geral, do princípio da colaboração da administração com os particulares [art. 7.º, 1, a) CPA; *supra*, 7-27 ss.]. E, nesta situação, não é mesmo de afastar a relevância, para efeitos de indemnização ou mesmo de anulação ou condenação à adopção de condutas administrativas, do princípio da tutela da confiança (*infra*, 10-33 ss.); neste caso, porém, o parâmetro de legalidade da conduta administrativa será o próprio princípio e não as instruções de autovinculação, que nem por isso adquirem eficácia externa.

Assim, o Ac. STA 5/2/2003 (Proc. 048365) considerou que um despacho, pelo qual um órgão administrativo, ponderando que já se atingira uma determinada quota relativa à instalação de unidades comerciais de dimensão relevante, determinou que, enquanto a legislação actual se mantivesse em vigor, não seriam concedidas novas autorizações prévias de instalação, tinha natureza interna e normativa, não sendo, designadamente, suscetível de impugnação contenciosa.

No entanto, a natureza meramente interna e a limitada vinculatividade são características que não se podem imputar a outras situações de autovinculação administrativa: aquelas em que a autovinculação deriva, não de um acto explícito, mas de um imperativo de igualdade no tratamento sucessivo ou simultâneo de situações idênticas (*infra*, 10-33 ss.); e aquelas em que a autovinculação deriva, não de um acto genérico intra-administrativo, mas de um acto administrativo de promessa, tendo como destinatário um particular (*infra*, t. III).

VI. Limites da margem de livre decisão

35 Como a própria ideia de «margem» torna claro, a margem de livre decisão não constitui um espaço de total liberdade decisória da administração. Ela só existe na medida em que seja conferida por lei e na medida em que não seja ultrapassado qualquer limite imposto pelo bloco de legalidade: trata-se de uma consequência do princípio da legalidade da administração (*supra*, 8-14 ss.). Os limites da margem de livre decisão decorrem também da exigência constitucional de uma tutela jurisdicional efectiva dos particulares perante a administração (arts. 20.º, 5, 268.º, 4 CRP). Existe, assim, uma tensão permanente entre a ausência de controlo jurisdicional do núcleo da margem de livre decisão, imposto pelo seu fundamento político (*supra*, 6-7, 9-4), e a necessidade de tutela das posi-

ções jurídicas subjectivas dos particulares; isto implica que as fronteiras entre a legalidade e o mérito da actuação administrativa nem sempre sejam fáceis de delimitar.

No Estado absoluto verificava-se uma eliminação jurídica do poder político do Estado (*supra*, 4-3), pelo que não faz sentido falar-se, quanto a esse período, numa *margem* de livre decisão. Só com o Estado liberal de direito é que a legalidade surgiu como limite da actuação administrativa; mas, salvo em determinadas matérias, tratava-se apenas de um limite exterior, o que significa que existia uma muito ampla liberdade de actuação administrativa à margem de livre decisão, que visavam garantir a possibilidade de recurso contencioso contra os actos administrativos que os tivessem violado. Assim, em Portugal, o CA de 1842 previa a anulação de actos administrativos violadores de lei ou regulamento administrativo, o que permitia cobrir situações em que não existia lesão de direitos subjectivos. O Regulamento do Conselho de Estado (1850) acolhia os vícios de incompetência e de excesso de poder. O CA de 1896 aludia à ofensa dos direitos adquiridos, à incompetência, ao excesso de poder e à violação de lei, salvaguardando, no entanto, a ausência de controlo pelos tribunais administrativos da conveniência administrativa. O século XX evidenciou uma tendência para o alargamento dos limites da margem de livre decisão: o elenco de vícios do acto administrativo passou a abranger a usurpação de poder e o desvio de poder (autonomizados a partir do excesso de poder), a incompetência, a violação de lei e o vício de forma; e passou a considerar-se que a margem de livre decisão está intrinsecamente limitada pelos princípios constitucionais e legais da actividade administrativa. Por outro lado, de acordo com a visão contemporânea do princípio da legalidade, a margem de livre decisão deixou de abranger a liberdade de actuar na ausência de proibição legal; para passar a ser uma liberdade de escolher apenas quando e na medida em que a lei o permita.

Os limites da margem de livre decisão são de dois tipos, conforme a 36 sua origem. As *vinculações legais* são estabelecidas pelas próprias normas que conferem a margem de livre decisão ou por normas que sejam contextuais em relação a elas e dizem respeito a requisitos de legalidade específicos de determinada conduta administrativa. Os *limites imanes* da *margem de livre decisão* decorrem de normas que, pelo seu âmbito de operatividade, incidem sobre todo e qualquer exercício de margem de livre decisão, independentemente das normas que a conferem ou de outras com elas conexas.

1. Vinculações legais

As vinculações legais consistem em requisitos de legalidade que podem 37 virtualmente incidir sobre todos os pressupostos e elementos da conduta

administrativa. Existem, contudo, quatro vinculações permanentes da margem de livre decisão: o fim a prosseguir com a conduta administrativa habilitada (por força do carácter secundário da função administrativa e do princípio da prossecução do interesse público: *supra*, 2-6; *infra*, 10-1 ss.), a competência subjectiva para a sua adopção (por força do princípio da reserva de lei: *supra*, 8-18 ss.), a vontade (enquanto pressuposto permanente da actuação do poder político do Estado-colectividade, cuja verificação é implicitamente exigida por todas as normas que conferem poderes para a prática de actos jurídicos) e a própria existência de margem de livre decisão (por força do princípio da preferência de lei). Assim, é sempre ilegal um acto praticado ao abrigo de uma margem de livre decisão em prossecução de um fim diverso do fim legal, por um órgão incompetente, com um vício da vontade ou como se o poder em causa não existisse ou fosse totalmente vinculado.

Para além dos aspectos referidos, podem ainda ser total ou parcialmente vinculados por lei os pressupostos de facto, o conteúdo, o objecto, a forma e as formalidades das condutas administrativas, sendo igualmente ilegais aquelas que violem os requisitos de legalidade concretamente estabelecidos. Embora seja teoricamente concebível que a lei vincule todos os aspectos de uma conduta administrativa, tal possibilidade é quase meramente académica: por exemplo, é raríssimo que seja legalmente vinculada a hora a que um determinado acto deve ser praticado.

Não é, assim, rigoroso falar-se em actos ou poderes vinculados e actos ou poderes discricionários (salvo os raros casos de vinculação total); estas simplificações terminológicas só são aceitáveis caso se tenha em conta que visam designar actos ou poderes predominantemente discricionários ou predominantemente vinculados.

38 Da identificação das vinculações legais e do apuramento da sua concreta configuração depende a admissibilidade de formulação de juízos de ilegalidade, ou apenas de inoportunidade ou inconveniência (*supra*, 9-7), acerca de qualquer conduta administrativa e, assim, a extensão do seu controlo jurisdicional (*supra*, 9-6 ss.). Uma vez que as vinculações legais decorrem directamente das normas que conferem competências administrativas ou das normas que com elas sejam conexas, a sua descoberta exige, portanto, uma cuidadosa interpretação das normas em causa.

2. Limites imanes da margem de livre decisão

Os limites imanes da margem de livre decisão são os princípios da actividade administrativa plasmados no art. 266.º, 1 e 2 CRP e nos arts. 4.º-6.º-A, 9.º e 11.º CPA. Trata-se dos princípios da prossecução do interesse público (*infra*, 10-1 ss.), da protecção das posições jurídicas subjectivas dos particulares (*infra*, 10-8 ss.), da proporcionalidade (*infra*, 10-14 ss.), da imparcialidade (*infra*, 10-20 ss.), da boa fé (*infra*, 10-29 ss.), da igualdade (*infra*, 10-37 ss.), da justiça (*infra*, 10-41 ss.), da decisão (*infra*, 10-45 ss.) e da gratuidade (*infra*, 10-54 ss.). Os princípios da actividade administrativa são limites de todas as condutas administrativas e não apenas da margem de livre decisão, mas a sua violação por condutas administrativas vinculadas não tem significado autónomo: a desproporcionalidade, a desigualdade ou a injustiça de um acto vinculado verificam-se, antes de mais, na própria lei que determina a sua adopção em determinados termos e só a título consequencial implicam a sua ilegalidade (inconstitucionalidade).

A violação dos princípios da actividade administrativa envolve, tipicamente, o vício de violação de lei (*infra*, t. III). A violação do princípio da imparcialidade pode, circunstancialmente, gerar situações de desvio de poder, quando envolva a prossecução de um fim não coincidente com o legalmente estabelecido (*infra*, t. III).

A jurisprudência ainda não interiorizou suficientemente a extensão dos limites imanes da margem de livre decisão ocorrida ao nível constitucional e legislativo nos últimos anos; por ex., o Ac. STA 1/7/1997 (*Ana Machado*) ainda afirma que um acto praticado ao abrigo de um poder discricionário só pode ser impugnado com fundamento em desvio de poder, erro grosseiro ou violação dos princípios da justiça e da proporcionalidade; o Ac. STA 23/6/1994 (*Francisco Mascarenhas*) refere apenas os princípios da justiça, da imparcialidade, da prossecução do interesse público e do respeito pelos direitos e interesses legítimos dos particulares.

3. Redução a zero da margem de livre decisão

Da incidência das vinculações legais e dos limites imanes da margem de livre decisão pode resultar, para um determinado caso concreto, que passe a existir apenas uma decisão juridicamente admissível. Fala-se, então, de redução a zero da margem de livre decisão. A consequência imediata é a de que, na situação em causa, o poder administrativamente exer-

cido deve ser tratado como vinculado quanto aos aspectos relevantes, nomeadamente para efeitos de controlo jurisdicional. O art. 71.º, 2.ª CPTA reconhece expressamente a possibilidade de redução a zero da margem de livre decisão, ao estabelecer que o tribunal deve determinar os termos do seu exercício quando a apreciação do caso concreto «permita identificar apenas uma solução como legalmente possível».

41 A existência de vinculação ou de margem de livre decisão afere-se à luz das normas que estabelecem os poderes administrativos; não comportando qualquer alteração normativa e operando apenas no caso concreto, a redução a zero da margem de livre decisão não tem, pois, o efeito de transformar em vinculada uma competência administrativa que não o era. Numa situação concreta diferente daquela em que ocorre a redução a zero, a incidência dos limites imanes da margem de livre decisão poderá deixar ainda um espaço de liberdade de actuação administrativa.

Bibliografia sobre o § 9. Sobre a margem de livre decisão em geral, J. J. Gomes Canotilho. «Fidelidade à República ou fidelidade à NATO?», in AAVV: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, I. Coimbra, 1984, 131; J. M. Sêrvulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, *passim*, esp. 309-340; idem, «Separation of powers and judicial review of administrative decisions in Portugal», in *Control in constitutional law*, Dordrecht, 1993, 163; A. P. André, *Vinculação da administração e protecção dos administrados*, Coimbra, 1989; B. D. Ayala, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa (Considerações sobre a reserva de administração, as competências, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa)*, Lisboa, 1995; M. C. Cardona, «O regime e a natureza da discricionariedade imprópria e da discricionariedade técnica», CTF (1983), 155; M. L. Duarte, «A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (contributo para uma análise do princípio da legalidade)», BMJ 370 (1987), 35; A. Casanheira Neves, «O problema da discricionariedade», in *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, I. Coimbra, 1995, 531; M. Rebelo de Sousa, *O concurso público na formação do contrato administrativo*, Lisboa, 1994, 37-38, 56-59; O. Bachof, «Beurteilungsspielraum. Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht», JZ (1955), 97; idem, «Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum», JZ (1972), 641; P. Badura, «Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes», in *Festschrift O. Bachof*, Munique, 1984, 169; W. Brohm, «Die Staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit», DVBl. (1986), 321; idem, «Ermessen und Beurteilungsspielraum im Grundrechtsbereich», JZ (1995), 369; M. Bullinger, «Ermessen und Beurteilungsspielraum. Versuche einer Therapie», NJW (1974), 769; H. Ehmke, «Ermessen» und «unbestimmter Rechtsbegriff» im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1960; E. Franzen, «(Un)bestimmtes zum unbestimmten Rechtsbegriff», in *Festschrift für W. Zeidler*, Berlin/Nova Iorque, 1987, 337; M. Herdregen, «Gestal-

tungsspielräume bei administrativer Normgebung. Ein Beitrag zu rechtsformabhängigen Standards für die gerichtliche Kontrolle von Verwaltungshandeln», AöR (1989), 607; D. Jesch, «Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht», AöR (1957), 136; H. J. Koch, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensmäßigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt, 1979; H. H. Rupp, «Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff und kein Ende», in *Festschrift für W. Zeidler*, Berlin/Nova Iorque, 1987, 455; H. L. Hart, *The concept of law*, Oxford, 1994 (tradução portuguesa, *O conceito de direito*, Lisboa, 2001, esp. 137-149); L. Parejo Alfonso, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, á la luz de la discricionariedad administrativa*, Madrid, 1993; T. R. Fernández, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, 1994; A. Mozo Seoane, *La discricionariedad de la administración pública en España*, Madrid, 1985. Sobre a discricionariedade, M. Nogueira de Brito, «Sobre a discricionariedade técnica», RDES (1994), 33; A. Gândara de Oliveira, «Da competência discricionária», GARL 30 (1960), 1, 107; A. Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa, 1962, 213-278; M. F. Portocarrero, *Notas sobre variações em matéria de discricionariedade. A propósito de algumas novidades terminológicas e da importação de construções dogmáticas pela nossa doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo*, in AAVV, *Juris et de Jure. Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP Porto*, Porto, 1998, 643; idem, «Discricionariedade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção?», CJA 10 (1998), 26; A. Rodrigues Queiró, *O poder discricionário da administração*, Coimbra, 1944; idem, «Os limites dos poderes discricionários das autoridades administrativas», in *Estudos de direito administrativo*, I. Coimbra, 1968, 74; A. E. de Sousa, *A discricionariedade administrativa*, Lisboa, 1987; J. Beuermann, *Intendiertes Ermessen*, Frankfurt, 2002; M. Borowski, «Intendiertes Ermessen», DVBl. (2000), 149; R. Brinktrine, *Verwaltungsermessen in Deutschland und England: eines rechtsvergleichende Untersuchung von Entscheidungsspielraum der Verwaltung im deutschen und englischen Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1998; M. Bullinger (org.), *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Baden-Baden, 1986; P. Feuchte, «Prognose, Vorsorge und Planung bei der Genehmigung industrieller Anlagen», DV (1977), 291; K. Kaffenberger, *Das intendierte Verwaltungsermessen*, Munique, 2002; W. Nagel, *Die Rechtskonkretisierungsbefugnis der Exekutive. Ermessensategorien und Verwaltungsgewaltliche Kontrollrechte*, Konstanz, 1994; K. Sobczak/U. Karpen (org.), *Probleme der Leistungsverwaltung, besonders im Bereich von Wissenschaft und Technologie*, Hamburg, 1994; Chr. Starck, «Das Verwaltungsermessen und dessen gerichtlichen Kontrolle», in *Festschrift H. Siedler*, Munique, 1991, 167; M. Bacigalupo, *La discricionariedad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, 1997; E. Coca Viza, «Legalidad constitucional, exclusión de control jurisdiccional y discricionariedad técnica», RAP (1983-II), 1039; idem, «También la discricionariedad técnica bajo el control último de los tribunales», RPA 108 (1985), 205; E. Desdentado, *Discricionariedad administrativa y planeamiento urbanístico*, Pamplona, 1997; J. M. Fernández Pastana, «De nuevo sobre los límites de la discricionariedad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos. Sentencias sobre las pruebas de idoneidad de los profesores titulares de la universidad», BICAM 1 (1987), 125; J. L. Martínez Morales, «Las pruebas de idoneidad. Un avance jurisprudencial en el control de la discricionariedad técnica», REDA 47 (1985), 413; M. Sánchez Morón, *Discricionariedad administrativa y control jurisdiccional*, Madrid, 1994. Sobre a concretização de conceitos indeterminados, F. Azevedo Moreira, *Conceitos indeterminados – sua vinculação contenciosa*, Lisboa, 1985; J. L. Saldanha Sanchez, *A segurança jurídica no Estado social de direito. Conceitos indeterminados, analogia e retroactividade no direito tributário*, Lisboa, 1985, 279-302; A. F. de Sousa, «Conceitos indeterminados»

no *direito administrativo*, Coimbra, 1994; H.-U. Erichsen, «Die sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung», DVBl. (1985), 22; F. Ossenbühl, «Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung», DVBl. (1974), 309; G. Schmidt-Eichstedt, «Die Konkretisierungsauftrag der Verwaltung», DVBl. (1985), 645; J. Schmidt-Salzer, *Der Beurteilungsspielraum der Behörden*, Berlin, 1968; C. H. Ule, «Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht», in *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, München, 1955, 309; Fernando Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976. Sobre a liberdade avaliativa, A. E. de Sousa, «Margem de apreciação e Estado de direitos», Pólis 1-2 (1995), 7; U. Di Fabio, *Risikenotifikationen im Rechtsstaat*, Tübingen, 1994; J. A. Tardío Pato, *El control jurisdiccional de los concursos de méritos, oposición y exámenes académicos*, Madrid, 1986; idem, «La función calificadora de los alumnos universitarios y su control jurisdiccional», RAP 139 (1996). Sobre a autovinculação, D. Duarte, «Alguns problemas relativos à autovinculação administrativa», CJA 6 (1997), 9; J. Taborda da Gama, *A promessa unilateral de acto administrativo*, relat., Lisboa, 2001; idem, *Decisão de autovinculação e acto administrativo deido*, diss., Lisboa, 2003; J. T. Valente da Silveira, «Direcção de autovinculação em poderes discricionários», RJ 18/19 (1996), 165; D. C. Dicke, «Der allgemeine Gleichheitsatz und die Selbstbindung der Verwaltung», VerwArch. (1968), 293; W. Hoffmann-Riem, «Die Selbstbindungen der Verwaltung», VVDStRL (1982), 180; H.-J. Mertens, *Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitsatzes*, Hamburg, 1963; M. Oldiges, «Richtlinien als Ordnungsrahmen der Subventionsverwaltung», NJW (1984), 1927; F. Ossenbühl, «Selbstbindungen der Verwaltung», DVBl. (1981), 857; J. Pietzcker, «Selbstbindungen der Verwaltung», NJW (1981), 2087; W. Schmidt, *Gesetzverletzung durch Rechtssetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften und zur Selbstbindung der Verwaltung*, Bad Homburg/Berlin/Zürich, 1969; H. Scholler, «Selbstbindung und Selbstfreierung der Verwaltung», DVBl. (1968), 409. Sobre os limites da margem de livre decisão, A. Rodrigues Queiroz, «Os limites dos poderes discricionários das autoridades administrativas», in *Estruturas de direito administrativo*, I, Coimbra, 1968, 7; R. Ehrhardt Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, 99-177; R. Alexy, «Ermessensfehler», JZ (1986), 107; U. Di Fabio, «Die Ermessensreduzierung», VerwArch. 86 (1995), 214; K. E. Hain/V. Schlette/T. Schmitz, «Ermessen und Ermessensreduzierung. Ein Problem im Schnittpunkt von Verwaltungs- und Verwaltungsrecht», AöR (1997) 32; H. H. Lohmann, *Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verfassungsrechtliches Rechtsprinzip*, Berlin, 1972; J. Pietzcker, «Der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung», JuS (1982), 106; M. Aienza, «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», REDA 85 (1995), 5; J. Delgado Barrio, *El control de la discrecionalidad de planeamiento urbanístico*, Madrid, 1993; T. R. Fernández, «Discrecionalidad y jurisdicción revisora», REDA 2 (1974), 287; J. M. Peñarubia Iva, «El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar», RAP 133 (1994), 287.

§ 10 – Os restantes princípios de jurisdição da actividade administrativa como limites iminentes da margem de livre decisão

1. Princípio da prossecução do interesse público

A administração pública e o direito administrativo só podem compreender-se com recurso à ideia de interesse público (*supra*, 2-8). O interesse público é o norte da administração pública; é por isto que o art. 266.º, 1 CRP e o art. 4.º CPA individualizam o princípio da prossecução do interesse público em termos categóricos. Sendo a função administrativa uma função secundária do Estado (*supra*, 2-6), o que se traduz na sua subordinação ao princípio da legalidade (*supra*, 8), não cabe à administração qualquer papel na escolha dos interesses públicos a prosseguir: aquela está vinculada a prosseguir o interesse público tal como primariamente definido pela Constituição e objecto de concretização pela lei, através da identificação dos contornos da necessidade colectiva a satisfazer, da decisão da sua satisfação por processos colectivos e da definição dos termos mediante os quais tal satisfação deve processar-se. O princípio da prossecução do interesse público constitui, portanto, um dos mais importantes limites da margem de livre decisão administrativa, assumindo um duplo alcance.

Primeiro, significa que a administração só pode prosseguir o interesse público, estando consequentemente proibida de prosseguir, ainda que acessoriamente, interesses privados. Claro que uma concreta decisão da administração pode envolver vantagens para interesses particulares, mas elas não podem ser a meta da acção administrativa: uma licença de construção representa uma vantagem para o seu destinatário, mas quando a emite o órgão competente não visa atingir esse objectivo e sim prosseguir o fim de interesse público traduzido na conformidade do projecto de construção com as normas jurídicas aplicáveis bem como, eventualmente, na sua oportunidade e conveniência.

Segundo, significa que a administração só pode prosseguir os interesses públicos especificamente definidos por lei para cada concreta acção administrativa normativamente habilitada. Uma licença de construção não pode validamente ser emitida visando um donativo particular a um orfanato municipal, que o requerente se comprometeu a fazer; a finalidade de prossecução seria nesse caso de indubitável interesse público, mas não

visaria prosseguir o concreto interesse público normativamente definido para o exercício da competência em causa.

4 Uma actuação administrativa que prossiga interesses privados ou interesses públicos alheios à finalidade normativa do poder exercido é ilegal e está viciada de desvio de poder, respectivamente por motivo de interesse privado ou por motivo de interesse público, o que acarretará a sua invalidade (*infra*, t. III).

5 Num momento anterior ao da actuação administrativa concreta, o princípio da prossecução do interesse público releva também ao nível da delimitação das atribuições das pessoas colectivas administrativas (*maxime* as de fins específicos), que existem para a prossecução de interesses públicos determinados, e, indirectamente, para a delimitação das competências dos seus órgãos. A violação do princípio da prossecução do interesse público por virtude da prossecução de um interesse público que compete a um órgão diferente prosseguir traduz-se sempre num vício de incompetência (*infra*, t. III).

6 O princípio da prossecução do interesse público não permite definir qual é, em cada caso concreto, a melhor forma de prosseguir o interesse público. Com efeito, o conceito de interesse público reveste-se de um elevado grau de indeterminação, pelo que a administração goza de uma ampla margem de livre decisão quanto ao *modus faciendi* da sua prossecução: um tribunal pode anular um acto da administração por ele prosseguir um interesse privado ou um interesse público diferente do definido por lei para o exercício da competência em causa, mas não pode anulá-lo, com fundamento no mesmo princípio, por considerar que ele não prossegue da melhor maneira o interesse público legalmente definido.

7 Isto não significa que a administração não esteja sujeita ao dever de boa administração — ou seja, ao dever de prosseguir os interesses públicos legalmente definidos da melhor maneira possível. Este dever decorre mesmo, no que toca ao sector empresarial do Estado, do art. 81.º c) CRP e encontra projecções evidentes no princípio da eficiência (art. 10.º CPA). Simplesmente, o cumprimento do dever de boa administração não pode, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, ser sindicado pelos tribunais; está, portanto, dentro da esfera do mérito da actuação administrativa (*supra*, 9-7).

A relevância jurídica do dever de boa administração é, assim, estritamente intra-administrativa. A violação do dever de boa administração pode dar lugar à revogação, modificação ou substituição de actos ou regulamentos administrativos pelos órgãos para tal competentes (v.g. os superiores hierárquicos), bem como fundamentar a utilização de meios administrativos de impugnação por parte dos particulares. Pode despoletar o exercício de poderes de intervenção interorgânicos ou intersubjectivos (direcção, superintendência, tutela de mérito: *infra*, t. II). Pode também ser tomado em consideração para efeitos de classificação de funcionários, designadamente para efeitos de promoção por mérito, bem como para efeitos de responsabilidade disciplinar dos funcionários e agentes públicos e de responsabilidade estatutária dos gestores públicos. Pode ainda releva para efeitos de determinação da culpa do titular de órgão ou agente na responsabilidade civil contratual e extracontratual da administração pública perante terceiros (*infra*, t. III). A violação do dever de boa administração pode ainda ter consequências extra-jurídicas, por exemplo a responsabilidade política de um concreto órgão administrativo perante um colégio eleitoral ou outro órgão público. O que é certo é que não envolve em circunstância alguma a ilegalidade ou invalidade da actuação administrativa.

Na doutrina portuguesa, sob influência italiana, R. Ehrhardt Soares defendeu a tese da invalidade dos actos administrativos por vícios de mérito, ainda que sem repercussão na sua legalidade e sem susceptibilidade de controlo jurisdicional (*Interesse público, legalidade e mérito*, 331-377). Não repugna admitir que um acto de administração que não prossegue da melhor maneira o interesse público é, do ponto de vista deste, um acto imperfeito. Contudo, e apesar do brilhantismo da argumentação em seu favor, a afirmação da existência de vícios de mérito com relevância meramente intra-administrativa conduz a um beco sem saída: nada adianta dizer-se que um acto do superior hierárquico que confirma um acto do subalterno inquinado por um vício de mérito padere, ele próprio e por esse motivo, de um vício de mérito. Pertencendo à própria administração a última palavra acerca do mérito da sua actuação administrativa, a teoria dos vícios de mérito é, no direito português, insusceptível de qualquer espécie de redução dogmática e não tem, por isso, operacionalidade científica.

II. Princípio do respeito pelas posições jurídicas subjectivas dos particulares

O art. 266.º, 1 CRP e o art. 4.º, 2 CPA manifestaram uma clara preocupação em não subalternizar as posições jurídicas subjectivas dos parti-

culares em face da prossecução do interesse público pela administração (*supra*, 9-39), erigindo-as assim em limite da actuação administrativa. Existe, portanto, um princípio do respeito pelas posições jurídicas subjectivas dos particulares.

9 O alcance deste princípio não é, naturalmente, o de impedir toda e qualquer afectação administrativa das posições jurídicas dos particulares. A agresião da esfera dos particulares é conatural à actividade administrativa e, de entre as suas várias dimensões, é inclusivamente aquela que até hoje se mostrou como impossível de eliminar, mesmo em modelos de administração mínima como o do Estado liberal (*supra*, 4-6). Assim, pode até afirmar-se que, sem agressão de posições jurídicas subjectivas dos particulares, e mesmo dos seus direitos fundamentais, não existe administração pública.

O que o princípio do respeito das posições jurídicas subjectivas dos particulares proíbe é a sua *violação*, ou seja, a sua afectação com desrespeito pelos parâmetros de juridicidade da actuação administrativa. Assim, não são admissíveis as afectações que não sejam legalmente habilitadas (reserva de lei: *supra*, 8-18 ss.) ou aquelas que contrariem o bloco de legalidade (preferência de lei: *supra*, 8-10 ss.), incluindo-se neste, como é sabido, as vinculações legais e os limites iminentes da margem de livre decisão (*supra*, 9-37 ss., 9-39). De entre estes últimos, o princípio da protecção das posições jurídicas subjectivas dos particulares tem especial relevância ao nível da imparcialidade e da proporcionalidade: a dimensão positiva do princípio da imparcialidade impõe que as posições jurídicas subjectivas dos particulares sejam ponderadas entre si e com os interesses públicos em presença para a decisão do caso concreto (*infra*, 10-21); o princípio da proporcionalidade proíbe que, como resultado dessa ponderação, se adoptem meios de prossecução do interesse público que lessem de forma inadequada, desnecessária ou desrazoável as posições jurídicas subjectivas dos particulares (*infra*, 10-15).

10 O princípio do respeito pelas posições jurídicas subjectivas dos particulares não tem, assim, autonomia em relação ao princípio da legalidade: trata-se apenas da sua dimensão subjectiva, naturalmente sublinhada pelo papel que os direitos fundamentais desempenham no núcleo duro da Constituição material num Estado de direito democrático.

11 A Constituição procedeu a uma subdistinção das posições jurídicas subjectivas dos particulares em direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos (arts. 20.º, 1 e 266.º, 1). Na ordem jurídica italiana, de onde é oriunda, é enorme a importância desta distinção, pois nela

assenta o critério de repartição de competências entre a jurisdição comum (julga litígios jurídico-administrativos que envolvam direitos subjectivos) e a jurisdição administrativa (julga litígios jurídico-administrativos que envolvam interesses legalmente protegidos). Em Portugal não é, nem alguma vez foi, assim, mas os conceitos foram adoptados por Marcello Caetano, tendo passado para a doutrina dominante, para a legislação [por exemplo, arts. 266.º, 1, 268.º, 3, 4, 5 CRP, arts. 53.º, 124.º, a) CPA] e para a jurisprudência (é ainda predominantemente utilizada a clássica expressão «interesses legítimos» em vez de «interesses legalmente protegidos», mas a diferença é meramente terminológica).

Recentemente, a utilidade da distinção entre direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos tem vindo a ser posta em causa (sobretudo por V. Pereira da Silva). Deve reconhecer-se que, para além do campo conceptual, tal utilidade não pode ser muita: nos textos normativos, ambas as expressões são quase sempre conjuntamente referidas, o que, em princípio, inculcaria serem praticamente idênticos os respectivos regimes. Com efeito, são aspectos comuns aos regimes dos direitos subjectivos e dos interesses legalmente protegidos, entre muitos outros, a legitimidade para a invocação dos direitos de informação e de participação, a legitimidade de queixa ao Provedor de Justiça, o acesso à generalidade dos meios processuais do contencioso administrativo, designadamente as acções para impugnação de actos administrativos e às providências cautelares; e são aspectos comuns aos regimes dos direitos subjectivos e dos interesses indirectamente protegidos o dever de fundamentação dos actos administrativos desfavoráveis, o regime de revogação de actos administrativos favoráveis válidos e o regime substantivo e contencioso da responsabilidade civil da administração. Qual poderá ser, então, a diferença entre ambas as categorias de posições jurídicas subjectivas?

O conceito de direito subjectivo é dos mais discutidos do direito civil. O direito romano, que só concebia mecanismos de protecção jurisdiccional (*actiones*) e não situações activas substantivas, desconhecia-o, e o mesmo veio a suceder nos períodos posteriores. Foi apenas sob a égide do jusracionalismo que se afirmou a existência de direitos originários, decorrentes da natureza do ser humano, aos quais se somavam direitos adquiridos, atribuídos pelo direito positivo. Os elementos essenciais do debate moderno acerca do direito subjectivo foram lançados por Savigny e Jhering, que o concebiam, respectivamente, como um puro poder da vontade e como a protecção de um interesse conferida pelo direito. A partir daqui, as visões do direito subjectivo têm oscilado entre a perspectiva voluntarista e autonomista herdada do primeiro autor, a perspectiva utilitarista, heteronomista e normativista herdada do segundo, e diversas modalidades de conciliação de ambas. A doutrina portuguesa tem maioritariamente adoptado concepções mistas (assim, no direito administrativo, A. Queiró, R. Ehrhardt Soares, M. Caetano, D. Freitas do Amaral).

A concepção adoptada de direito subjectivo é a de que se trata de um interesse directo e imediatamente protegido (objecto do direito) mediante a concessão de um feixe de poderes ou faculdades, que incluem a possibilidade de obter a tutela jurisdiccional plena (conteúdo do direito). A utilização destes poderes ou faculdades pelo seu titular traduz o exercício do direito subjectivo. Rejeita-se, assim, o prisma processualista, segundo o qual o poder de suscitar a intervenção jurisdiccional é meramente reactivo, constituído com a violação do direito subjectivo material e, portanto, situado fora do seu conteúdo. Sublinhe-se ainda que a protecção jurídica implica que a intervenção judicial de plena realização ao interesse tutelado; esta susceptibilidade só existe quanto a direitos subjectivos. Por direitos subjectivos devem entender-se, quer os direitos criados por actos jurídicos de direito público (direitos subjectivos públicos, incluindo os direitos fundamentais), quer os direitos constituídos por actos jurídicos de direito privado (direitos subjectivos privados).

A ordem jurídica pode considerar certos interesses também merecedores de protecção, embora não com a prioridade ou a intensidade que dá origem ao reconhecimento de um direito subjectivo, criando situações jurídicas activas menos consistentes do que aqueles: fala-se então em interesse legalmente protegido. Como apontou M. Gomes da Silva, este conceito engloba duas realidades distintas: o interesse indirectamente protegido e o interesse reflexamente protegido.

O interesse indirectamente protegido é aquele que merece protecção imediata da legalidade vigente, mas em posição subalterna em relação a outro interesse, público ou privado (que, este sim, pode eventualmente justificar a atribuição de um direito subjectivo). Tal como no direito subjectivo, existe um interesse imediatamente protegido através da atribuição de alguns poderes e faculdades, entre os quais se contam as possibilidades de reagir contra condutas contrárias ao interesse e de responsabilizar civilmente quem o tiver violado; mas como não há protecção directa desse interesse também não existe a possibilidade da sua realização jurisdiccional plena. O exemplo clássico é o do interesse dos cidadãos de salvaguardar a sua saúde quando a lei impõe uma vacinação geral por razões de saúde pública: o interesse primariamente protegido é o interesse público da saúde pública, mas a lei protege ainda imediatamente, embora indirectamente, o interesse de cada cidadão quanto à sua própria saúde, embora não lhe dando a possibilidade de exigir a vacinação. Outro exemplo será o da situação de alguém que teigne as condições para que lhe seja atribuído um determinado subsídio, que compete à administração atribuir discretionalmente tendo em vista a prossecução de um determinado interesse público.

Ida o interesse reflexamente protegido não é objecto de protecção imediata, mesmo indirecta, pela lei. No entanto, a sua protecção resulta da tutela de outro interesse. Um exemplo é o da situação dos fabricantes de certo produto, que podem ser beneficiados com a proibição legal da importação de produtos concorrentes por motivos de saúde pública. Se o fim da lei fosse o de garantir a concorrência, estaria a proteger-se em primeira linha um interesse geral no funcionamento do mercado e, indirectamente, mas ainda de forma imediata, interesses privados dos concorrentes; mas se o principal interesse protegido é o da saúde pública, o interesse dos fabricantes concorrentes não é protegido por lei em termos imediatos. A diferença em relação ao exemplo anterior torna-se ainda mais clara caso se note que, aqui, a lei não estabelece qualquer dever de actuação administrativa que tenha como destinatários os titulares do interesse. Neste caso, os limitados poderes que integram a situação jurídica activa não envolvem, nem a sua realização jurisdiccional, nem a responsabilização do violador, pois o titular do interesse não está abrangido pela esfera de protecção da norma; aquele goza apenas de legitimidade processual para impugnar o comportamento alheio, com fundamento em eventual ilegalidade.

13

A distinção entre direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos (e, dentro destes, entre interesses indirecta e reflexamente protegidos) não pode, contudo, ser levada demasiado longe. Direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos são apenas diferentes graus de tutela conferida pela ordem jurídica a posições jurídicas subjectivas e as diferenças entre ambos têm, portanto, indole essencialmente quantitativa e não qualitativa. Para demonstrar esta afirmação basta atentar em que uma situação jurídica subjectiva absolutamente idêntica do ponto de vista qualitativo é, por vezes, normativamente tratada como direito subjectivo e, outras, como interesse legalmente protegido. Por exemplo, se a administração ocupar, sem qualquer título, um prédio da propriedade de um particular, este pode obter a tutela jurisdiccional plena da sua posição jurídica, designadamente através da devolução do bem que lhe foi esbulhado (direito subjectivo); todavia, a mera instauração de um procedimento adminis-

trativo expropriatório sobre o mesmo imóvel tem a consequência de o proprietário passar a poder exigir jurisdiccionalmente apenas que a privação do direito que lhe venha a ser imposta ocorra com observância dos limites legais aplicáveis (interesse legalmente protegido). Tal situação é bem conhecida da doutrina italiana, que afirma estar-se perante uma degradação em interesses legalmente protegidos de direitos subjectivos, operada pela incidência de um procedimento administrativo.

Esta realidade explica que alguma doutrina construa um conceito amplo de direito subjectivo, que abranje os interesses legalmente protegidos (e mesmo os interesses difusos, que correspondem a necessidades colectivas individualmente sentidas – no domínio do ambiente, do ordenamento do território, do consumo, a qualidade de vida –, quando tenham um suficiente grau de densificação subjectiva: ainda mais latamente, V. Pereira da Silva). Não pode e perder-se a noção de que, mesmo quando aparentemente idêntica, a tutela jurídica de posições subjectivas dos particulares pode ter intensidades diferentes. Por exemplo, quer os titulares de direitos subjectivos, quer os titulares de interesses legalmente protegidos podem pedir a condenação jurisdiccional da administração à prática de actos legalmente devidos; mas enquanto os primeiros podem obter do tribunal uma injunção para a prática de um acto administrativo com um determinado conteúdo, os segundos apenas podem obter uma condenação genérica à emissão de uma decisão de conteúdo indeterminado e a explicitação dos limites que a ordem jurídica lhe impõe (art. 71.º CPTA). Do mesmo modo, quer os titulares de direitos subjectivos, quer os titulares de interesses indirectamente protegidos, podem responsabilizar civilmente a administração pelos danos que provoquem; contudo, enquanto os primeiros têm direito à reparação integral da sua situação jurídica, inclusivamente através da reconstituição *in natura*, os segundos só poderão, em princípio, obter uma compensação pelos danos negativos.

III. Princípio da proporcionalidade

Pela sua densificação doutrinária e jurisprudencial, o princípio da proporcionalidade (art. 266.º, 2.º CRP e art. 5.º, 2.º CPA, com diversas concretizações específicas: arts. 18.º, 2.º e 19.º, 4.º CRP; art. 3.º, 2.º CPA) constitui, porventura, o mais apurado parâmetro de controlo da actuação administrativa ao abrigo da margem de livre decisão.

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três dimensões: 14 adequação, necessidade (ou proibição do excesso) e razoabilidade (ou proporcionalidade em sentido restrito). Por vezes, as normas que estabelecem o princípio da proporcionalidade referem apenas uma ou duas das suas dimensões (por ex., o art. 18.º, 2.º CRP refere apenas a necessidade; o art. 5.º, 2.º CPA refere apenas a adequação e a razoabilidade); a omissão da referência às restantes não tem qualquer significado, na medida em que se entende pacificamente que cada uma delas envolve de forma necessária as outras duas.

A adequação proíbe a adopção de condutas administrativas inaptas para a prossecução do fim que concretamente visam atingir.

A necessidade proíbe a adopção de condutas administrativas que não sejam indispensáveis para a prossecução do fim que concretamente visam atingir (impondo, portanto, que, de entre diversos meios igualmente adequados, seja escolhido o menos lesivo para os interesses públicos e/ou privados envolvidos).

A razoabilidade proíbe que os custos da actuação administrativa escolhida como meio de prosseguir um determinado fim sejam manifestamente superiores aos benefícios que sejam de esperar da sua utilização.

16 A preterição de qualquer uma das três dimensões envolve a preterição global da proporcionalidade: assim, para que uma actuação administrativa não seja desproporcional ela não pode ser, nem inadequada, nem desnecessária, nem desrazoável. Perante a preterição de uma delas, não vale sequer a pena analisar as demais: uma actuação inadequada nunca pode logicamente ser necessária; a circunstância de uma actuação ser razoável não a salva da desproporcionalidade se for excessiva.

17 Todas as dimensões da proporcionalidade são de natureza relacional; mas enquanto a adequação e a necessidade fazem apelo a juízos abstractos de carácter fundamentalmente teleológico e lógico, a razoabilidade envolve um juízo axiológico referente a colisões verificadas em concreto, implicando a formulação de ponderações. A sua objectividade enquanto parâmetro de controlo da margem de livre decisão administrativa é, assim, muito menor: é por isso que as possibilidades de controlo jurisdicional se limitam aos casos de desrazoabilidade manifesta. Isto é coerente com o papel da razoabilidade como válvula de escape contra situações aberrantes; a esmagadora maioria dos casos de desproporcionalidade esbarra imediatamente nos testes da necessidade ou da adequação.

18 Contudo, a dimensão da razoabilidade foi já objecto de uma densificação que lhe confere especial importância enquanto parâmetro específico de controlo da margem de livre apreciação: trata-se da figura do *erro manifesto de apreciação*, que ocorre nas situações em que a administração procede a uma qualificação grosseiramente (isto é, desrazoavelmente) errónea de uma realidade fáctica sob um dado conceito indeterminado, em termos tais que, nem o erro se pode considerar como coberto pela margem de livre decisão, nem a conduta administrativa, à luz do princípio

pio da separação de poderes, se pode considerar como imune ao controlo jurisdicional.

Exemplos: perante a norma do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro («sempre que o exijam circunstâncias excepcionais e urgentes de interesse público, o governador civil pode praticar todos os actos ou tomar todas as providências administrativas indispensáveis»), tendo-se em vista o salvamento de duas pessoas cercadas no telhado de uma casa parcialmente submersa por uma inundação, é inadequada a requisição civil de um jipe; é (parcialmente) desnecessária a requisição civil de dez lanchas; é desrazoável qualquer medida se existirem outras pessoas, que não aquelas duas, em situação objectiva de mais imediato perigo de vida. Ocorrerá erro manifesto de apreciação se o governador civil adoptar quaisquer medidas tendo por base a qualificação como «circunstância excepcional e urgente de interesse público» daquilo que evidentemente é um mero aguaceiro.

19 Apesar de o art. 5.º, 2 CPA configurar o princípio da proporcionalidade apenas com um alcance subjectivo (na medida em que limita a sua relevância apenas às situações em que esteja em causa a restrição de posições jurídicas subjectivas dos particulares), deve entender-se que, por força do art. 266.º, 2 CRP, ele assume igualmente uma dimensão objectiva, valendo assim para todas as decisões administrativas e podendo ser invocado para invalidar condutas administrativas por lesão de interesses públicos, quer aquelas condutas tenham projecção meramente interna, quer delas derivem, inclusivamente, vantagens para particulares.

IV. Princípio da imparcialidade

1. Conteúdo

20 O princípio da imparcialidade (art. 266.º, 2 CRP e art. 6.º CPA) foi durante muito tempo entendido apenas como uma imposição de tratamento isento dos particulares pela administração, no sentido de esta não os poder favorecer ou desfavorecer por razões ligadas aos titulares dos órgãos ou agentes administrativos que estão em concreto na posição de decidir ou actuar. Modernamente, a imparcialidade deve ser entendida mais amplamente como comando de tomada em consideração e ponderação, por parte da administração, dos interesses públicos e privados relevantes para cada concreta actuação sua.

21 O princípio da imparcialidade tem uma dimensão negativa e uma dimensão positiva. A *dimensão negativa* proíbe a administração de, a propósito de um caso concreto, tomar em consideração e ponderar interesses públicos ou privados que, à luz do fim legal a prosseguir, sejam irrelevantes para a decisão. A *dimensão positiva* impõe que, previamente à decisão de um caso concreto, a administração tome em consideração e pondere todos os interesses públicos e privados que, à luz do fim legal a prosseguir, sejam relevantes para a decisão. Da combinação das duas dimensões do princípio da imparcialidade resulta portanto que, no exercício da sua margem de livre decisão, a administração tem que tomar em consideração e ponderar todos os interesses públicos e privados relevantes para a decisão e só estes.

Exemplos: a dimensão negativa do princípio da imparcialidade é violada caso um órgão administrativo determine o valor pecuniário de uma sanção contra-ordenacional ponderando a necessidade de arrecadar receitas (interesse público irrelevante) ou a imposição, por razões pessoais, de um maior sacrifício ao infractor (interesse privado irrelevante); a dimensão positiva do princípio da imparcialidade é violada se, na mesma situação, o órgão administrativo não ponderar a gravidade da infracção (interesse público relevante) ou a situação económica do infractor (interesse privado relevante).

Não é tradicional na doutrina portuguesa a teorização da dimensão positiva do princípio da imparcialidade; contudo, ela já tem acolhimento em alguma jurisprudência (Ac. STA 12/5/1998, *Oliveira Fernandes e Ribeiro Lda*).

22 Note-se que o princípio da imparcialidade não permite dizer qual é o resultado correcto da ponderação de interesses e nem sequer contém os critérios de tal ponderação; os critérios e resultados de ponderação decorrem de outras normas, designadamente do princípio da proporcionalidade, mas não pelo princípio da imparcialidade. Dele resulta apenas uma proibição da ponderação dos interesses irrelevantes e uma prescrição da ponderação dos interesses relevantes.

23 A afirmação do princípio da imparcialidade não contradiz a parcialidade enquanto característica inerente do agir administrativo (*supra*, 2-34), pois um e outra estão em planos diferentes. Com efeito, a administração é necessariamente parcial na prossecução do interesse público, mas é também necessariamente imparcial na ponderação dos interesses públicos e privados sobre os quais a sua actuação se repercute.

2. As garantias preventivas de imparcialidade

Como sucede com qualquer outra norma jurídica, a mera prescrição **24** do princípio da imparcialidade não chega para garantir o seu acatamento. A violação da imparcialidade tem como traços característicos a dificuldade de prova e, sobretudo na sua dimensão negativa, o facto de depender frequentemente de circunstâncias relativas, não à administração em sentido orgânico, mas às pessoas singulares que em concreto são agentes ou titulares de órgãos administrativos. Tendo em conta estes dois aspectos, a ordem jurídica estabelece mecanismos tendentes a assegurar que os titulares de órgãos e agentes administrativos não influenciarão as decisões tomadas em procedimentos nos quais seria especialmente de recear que se comportassem de modo parcial. Estes mecanismos são as garantias preventivas de imparcialidade.

As garantias de imparcialidade implicam o *impedimento* dos titulares de órgãos e agentes quanto à participação em determinados procedimentos administrativos e na formulação das respectivas decisões. Os arts. 44.º e 48.º CPA identificam as situações em que ocorrem tais impedimentos, procedendo a uma distinção segundo uma escala de gravidade. Assim, o art. 44.º-1 CPA refere-se a situações de grande proximidade entre o titular de órgão ou agente e os interesses privados em jogo no procedimento (abrangendo, por exemplo, as situações em que o procedimento tem por objecto interesses próprios do titular do órgão ou agente, do seu cônjuge, parente ou afim em linha recta ou até ao segundo grau da linha colateral, bem como de qualquer pessoa com quem viva em economia comum). O art. 48.º, 1 CPA diz respeito a situações em que, apesar de poderem suscitar dúvidas acerca da isenção do concreto titular de órgão ou agente administrativo, a sua proximidade em relação aos interesses privados em jogo no procedimento é menor (abrangendo, por exemplo, as situações em que o procedimento tem como objecto interesses de parente do titular de órgão ou agente ou de seu afim em linha recta ou até ao terceiro grau de linha colateral, de tutelado ou curatelado seu ou do cônjuge). Em razão da diferente intensidade do perigo de violação do princípio da imparcialidade em cada um dos grupos de situações, é também parcialmente diferente o regime jurídico dos impedimentos a que dão origem.

25 Assim, as situações do art. 44.º, 1 CPA envolvem o impedimento absoluto do titular de órgão ou agente. O carácter absoluto do impedimento significa, desde logo, três coisas: primeira, o impedimento não carece de qualquer declaração constitutiva, funcionando automaticamente a partir do momento em que ocorrem os factos determinantes da sua verificação (como resulta da conjugação entre os arts. 45.º, 1 e 46.º, 1 CPA); segunda, por virtude do impedimento, o titular de órgão ou agente fica, em princípio, impedido de praticar qualquer acto no âmbito ao procedimento em causa (art. 44.º, 1 CPA); terceira, e em consequência das anteriores, os actos ou contratos em que tenham intervindo titulares de órgãos ou agentes impedidos são ilegais e anuláveis (art. 51.º, 1 CPA).

26 Já as situações do art. 48.º não envolvem uma proibição absoluta, mas apenas relativa, de intervenção do titular de órgão ou agente no procedimento; trata-se, por isso, de situações de impedimento relativo. O carácter relativo do impedimento traduz-se em quatro aspectos: primeiro, não existe uma enumeração taxativa das situações que originam o impedimento, tendo a lei recorrido a uma cláusula geral («quando ocorra circunstância pela qual possa razoavelmente suspeitar-se da sua isenção ou da rectidão da sua conduta»: art. 48.º, 1 CPA); segundo, a mera verificação de uma das circunstâncias previstas no n.º 2 do art. 48.º CPA não implica que ocorra por força um impedimento, dependendo a sua existência essencialmente da concretização da cláusula geral do n.º 1, mediante a valoração dos conceitos indeterminados nela usados em termos que impliquem uma certa margem de livre apreciação; terceiro, até à decisão da questão do impedimento o titular do órgão ou agente deve continuar a intervir no procedimento como se nada se passasse (art. 50.º, 3 CPA, *a contrario sensu*); quarto, a declaração do impedimento tem carácter constitutivo (art. 50.º, 3 CPA).

27 Os arts. 45.º-47.º CPA estabelecem o regime da arguição, da declaração e dos efeitos do impedimento. Assim, impede sobre o impedido o dever de comunicar imediatamente ao respectivo superior ou ao órgão colegial de que faça parte a situação de impedimento (art. 45.º, 1 CPA), cuja omissão constitui falta grave para efeitos sancionatórios (o art. 51.º, 1 CPA menciona apenas efeitos disciplinares, mas pode estar em causa a aplicação de outro tipo de sanções: *infra*, t. II); enquanto não for decidido o impedimento ou praticado o acto final do procedimento, a declaração de impedimento pode ser fundamentadamente requerida por qualquer interessado (art. 45.º, 2 CPA). O titular do órgão ou agente impedido deve suspender toda e qualquer intervenção no procedimento a partir do momento da comunicação ou

requerimento, salvo se o contrário lhe for ordenado pelo superior hierárquico (art. 46.º, 1 CPA) e excepto tratando-se da prática de actos de mero expediente (art. 44.º, 2 CPA) ou urgentes, neste último caso sob reserva de posterior ratificação pelo substituto (art. 46.º, 2). A decisão da questão do impedimento compete ao superior hierárquico do titular do órgão ou agente ou ao órgão colegial a que este pertença (art. 45.º); neste último caso, o órgão colegial deliberará sem a presença do membro em causa (art. 24.º, 4 e 45.º, 4 CPA); a lei não regula a situação do impedimento de um titular de órgão singular não sujeito a hierarquia, mas deve entender-se que, neste caso, em vez de fazer comunicação da situação a outrem, o titular deve declarar imediatamente o impedimento. Conforme já se disse, a declaração do impedimento não é dele constitutiva em caso algum; o seu efeito é apenas o de desencadear os mecanismos de suplência e substituição do titular do órgão ou agente impedido (art. 47.º CPA), de modo a que o procedimento possa continuar normalmente.

O regime do impedimento relativo anteriormente à sua declaração retira-se dos arts. 48.º-50.º CPA. A questão pode ser suscitada, quer mediante um pedido de dispensa de intervenção no procedimento por parte do titular de órgão ou agente que se considera impedido (escusa: art. 48.º, 1 CPA), que pode ser meramente oral (art. 49.º, 2), quer mediante requerimento formulado por qualquer interessado (suspeição: art. 48.º, 2 CPA). A escusa ou a suspeição são fundamentadamente (art. 49.º, 1) deduzidas perante os mesmos órgãos competentes para decidir sobre os impedimentos absolutos (art. 50.º, 1 CPA), que devem decidir no prazo de oito dias (art. 50.º, 2 CPA); no caso de suspeição, deve ser sempre previamente ouvido o titular do órgão ou agente (art. 49.º, 3). Depois da sua declaração, o regime do impedimento relativo é absolutamente idêntico ao do impedimento absoluto (art. 50.º, 3 CPA), incluindo mesmo, apesar do silêncio da lei, a consequência invalidatória estabelecida no art. 51.º, 1 CPA.

28 A vantagem prática das garantias preventivas de imparcialidade, do ponto de vista do controlo da actuação administrativa, especialmente daquela desenvolvida ao abrigo de margem de livre decisão, é a de dispensar os interessados da (difícil) prova da verificação da concreta parcialidade de uma conduta da administração, servindo a violação das garantias como seu indicador objectivo. No entanto, nos casos que não dêem lugar a impedimento absoluto, não tendo o impedimento sido declarado, os lesados por uma conduta que consideram parcial terão que o demonstrar em concreto.

v. Princípio da boa fé

29 A boa fé é o único de entre todos os princípios da actividade administrativa cuja teorização pode afirmar-se ter sido importada do direito privado, onde goza de uma tradição que remonta ao direito romano. Aliás, o tardio despertar da doutrina nacional para a sua relevância e a sua subsequente consagração constitucional e legal (respectivamente, na revisão

constitucional de 1997 e na revisão de 1996 do CPA) tem muito que ver, por um lado, com os caminhos da elaboração dogmática autónoma do direito administrativo nos séculos XIX e XX e, por outro, com o facto de a doutrina (em Portugal, em especial a encabeçada por M. Caetano), ter largamente privilegiado as influências francesa e italiana em detrimento da alemã, na qual este princípio foi mais cedo e mais aprofundadamente estudado, mesmo no plano administrativo. Só com a germanização do direito administrativo português, que se seguiu à do direito privado, ganhou foros de cidade a teorização da boa fé.

O princípio da boa fé está consagrado no art. 266.º, 2 CRP e no art. 6.º-A CPA, que alargou o seu âmbito subjectivo de aplicação, de modo a vincular não apenas a administração mas também os particulares que com ela se relacionem. Tendo em conta a origem da sua positivação, não admira que a densificação deste princípio no CPA tenha sido muito influenciada pela construção dogmática empreendida no direito civil por A. Menezes Cordeiro (*Da boa fé no direito civil*), que identifica dois subprincípios concretizadores da boa fé: o princípio da primazia da materialidade subjacente e o princípio da tutela da confiança.

1. Princípio da primazia da materialidade subjacente

30 O princípio da primazia da materialidade subjacente exprime a ideia de que o direito procura a obtenção de resultados efectivos, não se satisfazendo com comportamentos que, embora formalmente correspondam a tais objectivos, falhem em atingi-los substancialmente. Este princípio proíbe, por exemplo, o exercício de posições jurídicas de modo desequilibrado ou o aproveitamento de uma ilegalidade cometida, pelo próprio prevaricador, de modo a prejudicar outrem. É a isto que o art. 6.º-A, 2, b) CPA se quer referir quando afirma que se deve ponderar «o objectivo visado com a actuação empreendida».

31 Esta dimensão do princípio da boa fé não tem grande relevância como limite da actuação administrativa, por dois motivos. O primeiro é o de o seu conteúdo ser grandemente restringido pela incidência do princípio da legalidade. Exemplos de escola de violações do princípio da primazia da materialidade subjacente, como o da acção de despejo movida por falta-

rem poucos céntimos no pagamento da renda, não funcionam no direito administrativo tratando-se situações de vinculação: a administração fiscal não pode deixar de aplicar uma coima a um particular que enviou por correio uma declaração fiscal poucos minutos depois da meia-noite do último dia em que podia fazê-lo [assim, embora ainda antes da vigência do CPA, o Ac. STA 2/7(1991) (*José Carneiro*) considerou o instituto do abuso de direito inaplicável ao direito administrativo, por ser «de carácter civilístico» e «não se coadunar com o princípio da legalidade administrativa»]. O segundo motivo da desvalorização deste princípio reside na circunstância de o seu conteúdo útil pouco ou nada acrescentar àquilo que já decorre do princípio da proporcionalidade (*supra*, 10-14 ss.): transposto para o direito administrativo, o exercício desequilibrado de posições jurídicas não é mais do que o exercício desproporcionado da margem de livre decisão. A importância do princípio da primazia da materialidade subjacente no direito privado deve-se precisamente a uma ausência de teorização, nesse ramo, do princípio da proporcionalidade enquanto tal (é significativo que a doutrina civilista invoque a ideia de proporcionalidade para concretizar a primazia da materialidade subjacente). O seu alcance não ultrapassa, portanto, o de mero quadro de referência à luz do qual devem ser concatenados os parâmetros básicos do ordenamento jurídico, entre os quais os restantes princípios da actividade administrativa (neste sentido aponta, aliás, o art. 6.º-A, 1 CPA).

No entanto, o princípio da primazia da materialidade subjacente já **32** adquire relevância, em termos idênticos aos do direito privado, enquanto parâmetro das condutas dos particulares no seu relacionamento com a administração. É à sua luz que, por exemplo, se tem vindo a sugerir na doutrina, apesar da ausência de habilitação normativa específica, a revogabilidade dos actos administrativos favoráveis ilegais, mesmo depois de passado o prazo normal em que a revogação é admitida, quando tenha sido o próprio beneficiado pelo acto a provocar de má fé a ilegalidade cometida ou tivesse dela conhecimento [J. C. Vieira de Andrade, «A “revisão” dos actos administrativos no Código de Procedimento Administrativo», Leg. (1994), 185].

2. Princípio da tutela da confiança

33 Muito mais relevante para o direito administrativo é o princípio da tutela da confiança, cujo grau de depuração dogmática levou mesmo já à sua parcial autonomização em relação ao princípio da boa fé. O princípio da tutela da confiança visa salvaguardar os sujeitos jurídicos contra actuações injustificadamente imprevisíveis daqueles com quem se relacionem. É a isto que o art. 6.º-A, 2, a) CPA se refere quando afirma que se deve ponderar «a confiança suscitada na contraparte pela actuação em causa».

34 A tutela da confiança pressupõe a verificação de diversas circunstâncias: primeira, uma *actuação de um sujeito de direito* que crie a confiança, quer na manutenção de uma situação jurídica, quer na adopção de outra conduta; segunda, uma *situação de confiança justificada* do destinatário da actuação de outrem, ou seja, uma convicção, por parte do destinatário da actuação em causa, na determinação do sujeito jurídico que a adoptou quanto à sua actuação subsequente, bem como a presença de elementos susceptíveis de legitimar essa convicção, não só em abstracto mas em concreto; terceiro, a efectivação de um *investimento de confiança*, isto é, o desenvolvimento de acções ou omissões, que podem não ter tradução patrimonial, na base da situação de confiança; quarto, o *nexo de causalidade* entre a actuação geradora de confiança e a situação de confiança, por um lado, e entre a situação de confiança e o investimento de confiança, por outro; quinto, a *frustração da confiança* por parte do sujeito jurídico que a criou. Estes pressupostos devem ser encarados de modo global: a não verificação de um deles será em princípio relevante, mas pode ser superada pela maior intensidade de outro ou por outras circunstâncias pertinentes (por exemplo, em certos casos, o decurso de grandes lapsos temporais).

Exemplos: Um agente interino foi hierarquicamente autorizado a ausentar-se durante determinado período (actuação administrativa); tendo confiado que não sofreria consequências desfavoráveis pela sua ausência (situação de confiança), ausentou-se efectivamente (investimento de confiança); contudo, considerando a autorização ilegal, a administração veio a extrair efeitos nocivos para o agente (frustração da confiança). Uma outra situação: num determinado aviso de abertura de um concurso, a administração fixou um prazo limite para apresentação das propostas (actuação administrativa); tendo confiado na estabilidade de tal prazo (situação de confiança), alguns dos concorrentes programaram a sua actividade de modo a apresentarem as suas propostas perto do seu limite (investimento de confiança); a administração veio, posteriormente, a encurtar o prazo em causa, inviabilizando a apresentação de propostas por parte daqueles concorrentes (frustração da confiança). Em ambas as situações se

pressupõe a verificação dos nexos de causalidade entre a actuação administrativa e a situação de confiança (porque sem a primeira os particulares não teriam confiado) e entre esta e o investimento de confiança (porque sem a primeira os particulares não teriam investido); ambos os casos foram resolvidos favoravelmente pelo STA [respectivamente, Ac. STA 6/6/1984, *Antónia de Jesus Aurélio*, AD 289 (1986), 62, embora, por não haver ainda à data juspositivação do princípio da boa fé, tenha invocado como fundamento da decisão o princípio da justiça; Ac. STA 29/5/2002, Proc. 044744].

Recentemente, o STA reiterou a necessidade da verificação dos pressupostos acima enunciados para que possa ocorrer uma situação de tutela da confiança (Ac. STA 6/5/2003, *Centro Interdisciplinar de Estudos Económicos*), com a particular precisão de que «o cuidado e as precauções a exigir da parte que reivindica a protecção da sua boa-fé serão tanto maiores quanto mais avultados forem os investimentos feitos com base na confiança, já que se não pretende tutelar o “excesso de confiança”» (Ac. STA 18/6/2003, Proc. 01188/02).

O alcance do princípio da tutela da confiança enquanto limite da actua-

ção administrativa é problemático. A sua violação gera, certamente, responsabilidade civil, mas não é claro que o princípio possa em qualquer caso implicar a adstrição da administração à adopção do comportamento especificado e mesmo a anulação de um comportamento contrário já efectivamente adoptado. A resposta aos problemas que a este propósito se levantam dissipa-se a partir da compreensão do princípio da tutela da confiança fundamentalmente como *limite da margem de livre decisão administrativa*: ele poderá bloquear a adopção de uma conduta administrativa incompatível com a confiança suscitada ou obrigar a administração a adoptar uma conduta legitimamente esperada, apenas na medida em que tais condutas se encontrem no âmbito daquela margem de livre decisão; só em casos extremos, e desde que não estivesse em causa a confiança de terceiros, poderia o princípio impor à administração a prática de um acto violador de parâmetros da actividade administrativa ou implicar a anulação de um acto vinculado já praticado que se tivesse conformado com aqueles.

O STA confirmou já este entendimento ao afirmar que, a verificar-se uma ofensa do princípio da tutela da confiança, tal facto pode acarretar para a administração a obrigação de indemnizar o lesado, verificados os pressupostos gerais da responsabilidade civil, mas nunca poderá determinar a anulação de um acto administrativo que, praticado no exercício de poderes vinculados, se apresenta em conformidade com a lei (Ac. STA 26/10/1994, *Edifil, L.d.ª*).

Embora seja intrínseco ao Estado de direito, o princípio da tutela da confiança pode, numa sociedade com níveis preocupantes de corrupção, tornar-se num instrumento privilegiado de obtenção de vantagens ilegítimas (no mínimo indemnizatórias), mediante a invocação conluada de pretensas situações de frustração da confiança na adopção de condutas administrativas (aprovação de autorizações, licenças e planos, atribuição de subsídios, não adopção de medidas repressivas de ilegalidades cometidas) que tanto a administração como os preten-

os lesados sabem desde o início ser ilegais. É, portanto, imprescindível que os tribunais dispensem particular atenção ao pressuposto da situação de confiança (*supra*, 10-34), que exigirá a demonstração, por parte de quem se considere lesado, do caráter não censurável do seu desconhecimento da ilegalidade da conduta administrativa esperada (neste sentido, recentemente, o Ac. STA 18/6/2003, Proc. 01188/02).

36 Para além do seu relevo como limite imanente da margem de livre decisão administrativa, o princípio da protecção da confiança conhece também afloramentos em vinculações normativas específicas, permitindo explicar, por exemplo, a irrevogabilidade, em princípio, dos actos administrativos favoráveis válidos [art. 140.º, 1, b) CPA; *infra*, t. III] e a irroactividade desfavorável de actos jurídicos da administração [arts. 128.º, 2. a), 145.º, 3, b) CPA; *infra*, t. III].

VI. Princípio da igualdade

37 A limitação da administração pelo princípio da igualdade decorre, ao nível constitucional, do art. 266.º, n.º 2 e, mais genericamente, do art. 13.º CRP; existem ainda algumas imposições constitucionais específicas da igualdade [por exemplo, arts. 9.º, h), 36.º, 3, 4, 47.º, 2, 50.º, 1, 55.º, 2, 58.º, 3, b), 59.º]. Na lei ordinária, é o art. 5.º, 1 CPA que o consagra em termos gerais.

O princípio da igualdade encontra as suas raízes no conceito aristotélico de justiça distributiva, segundo o qual a justiça consiste em dar a cada um aquilo que lhe é devido; é, portanto, uma ramificação do princípio da justiça (*infra*, 10-41 ss.). Para o princípio da igualdade, numa formulação clássica, as situações entre si iguais devem ser tratadas de maneira igual e as situações entre si diferentes de maneira diferente, na medida da diferença. O princípio da igualdade postula, assim, em primeiro lugar, que se determine se determinadas situações devem ou não ser consideradas como substancialmente idênticas; e, em segundo lugar, que se assegure o tratamento dessas situações de forma congruente com a sua semelhança ou dissimelhança substanciais.

38 A igualdade ou disparidade substanciais das situações da vida não têm que ser absolutas; têm é que se verificar em relação aos aspectos que se mostrem relevantes à luz do poder administrativo em concreto exercido e do fim

para o qual ele foi legalmente conferido. Por isso mesmo, a igualdade ou disparidade não são puramente fáticas, mas também de qualificação jurídica.

Uma vez apurada a identidade substancial entre situações, o princípio da igualdade implica, por um lado, que não se trate desigualmente o que deve ser igual (sentido negativo) e que se trate de forma igual o que deve ser igual (sentido positivo). O sentido negativo do princípio da igualdade, que é o seu sentido histórico, implica que a administração tenha o dever de não agir de modo a introduzir desigualdades; o sentido positivo impõe à administração o *dever de agir* no sentido de corrigir ou evitar desigualdades.

Quanto ao conteúdo específico da conduta que a administração deve 39
adotar para cumprir o princípio da igualdade, devem distinguir-se as
situações de proibição de discriminação das de obrigação de diferencia-
ção. A proibição de discriminação obedece ao propósito de vedar toda a
discriminação intolerável, quer a que se traduz em tratar desigualmente
o que deve ser igual, quer a que se exprime em tratar igualmente o que
deve ser desigual; assim sendo, implica o dever de não agir (não intro-
duzindo desigualdades no que deve ser igual ou introduzindo igualdades
no que deve ser desigual), bem como o dever de agir (tratando igual-
mente o que deve ser igual e impedindo se trate desigualmente o que
deve ser igual). A obrigação de diferenciação subordina-se à ideia de
introduzir todas as diferenciações necessárias para atingir a igualdade
substancial, quer tratando desigualmente o que é igual e deve ser desi-
gual, quer tratando desigualmente o que é desigual e deve ser igual (dis-
criminação positiva); deste modo, a obrigação de diferenciação impõe
sempre um dever de agir.

	Proibição de discriminação	Obrigação de diferenciação
Sentido negativo	1. Não introduzir desigualdades no que deve ser igual 2. Não introduzir igualdade no que deve ser desigual	1. Tratar desigualmente o que, sendo igual, deve ser desigual 2. Tratar desigualmente o que, sendo desigual, deve ser igual (discriminação positiva) 3. Impedir que outrem trate igualmente o que deve ser desigual
Sentido positivo	1. Tratar igualmente o que deve ser igual 2. Impedir que outrem trate desigualmente o que deve ser igual	

A invalidação de uma conduta administrativa com fundamento na violação do princípio da igualdade depende, assim, de dois pressupostos: a igualdade ou disparidade entre duas situações da vida e entre os tratamentos que lhes tenham sido dispensados. Percebe-se por isso que, embora indiscutível, o princípio da igualdade seja um parâmetro de controlo da margem de livre decisão administrativa dotado de reduzida operatividade: não sendo secreta, a actividade administrativa goza de publicidade limitada e, muitas vezes, será difícil a alguém que tenha sido objecto de um tratamento desigual demonstrá-lo em tribunal ou, mesmo, ter conhecimento de que situações similares à sua foram tratadas diferentemente pela administração. Para mais, dada a quase total impossibilidade de encontrar duas situações absolutamente idênticas, será também complicado demonstrar que eventuais diferenças de tratamento não foram justificadas por diferenças das primeiras. A relevância prática do princípio da igualdade enquanto parâmetro de controlo da margem de livre decisão aumenta drasticamente, contudo, quando se esteja perante discriminações ocorridas no mesmo contexto procedimental (por exemplo, respeitantes a dois concorrentes num mesmo concurso público).

Não será certamente por acaso que a grande parte das decisões dos tribunais administrativos de anulação de actos administrativos por violação do princípio da igualdade diz respeito a concursos públicos. Assim, o Ac. STA 24/4/1991 (*Maria Zorreta*) considerou que violava o princípio da igualdade jurídica o despacho que, com fundamento na suspeita de que alguns candidatos a um concurso público para provimento de lugares tivessem tido conhecimento antecipado da matéria das provas, determinou a sua repetição apenas por alguns dos candidatos que as haviam prestado. O Ac. STA 26/4/1989 (*Cipri*) considerou constituir violação do princípio da igualdade a circunstância de o dono da obra num concurso para adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas entrar em contacto apenas com um dos dois concorrentes preliminarmente escolhidos, depois de esgotado o período instrutório e antes da deliberação final, permitindo-lhe a apresentação e junção ao processo de uma proposta mais baixa, sem audição do outro concorrente. O Ac. STA 9/4/2002 (Proc. 048427) considerou que a atribuição, num procedimento concursal, de diferente valorização da experiência dos candidatos em território nacional e em território comunitário não nacional se traduz, indirectamente, num tratamento discriminatório dos últimos, violador do princípio da igualdade.

A jurisprudência é unânime no sentido de que o tratamento dado a determinada situação não pode, no caso de ser ilegal, conferir a quem esteja em situação idêntica o direito a um tratamento igual; o princípio da igualdade não opera, portanto, quando seja violada a legalidade: Ac. STA 9/12/1997 (*Paula Ramos*); Ac. STA 22/1/1992 (*Atembe*; ADR 31/1/94, 20); Ac. STA 25/02/99 (*Mário Martin*). Poderão, no entanto, suscitar-se problemas complexos de tutela da confiança (*supra*, 10-33 ss.).

VII. Princípio da justiça

O princípio da justiça está consagrado no art. 266.º, 2 CRP e no art. 6.º 41 posutivo português, pois o antigo art. 21.º LOSTA reservava, na prática, à administração a avaliação da justiça das suas próprias condutas. Assim, hoje, a justiça está inequivocamente na esfera da legalidade, e não do mérito, da actuação administrativa. Compreende-se, contudo, que o CPA, ao contrário do que sucede com outros princípios, não tenha concedido a qualquer tentativa da sua densificação: na verdade, o princípio da justiça é de muito difícil concretização.

Em termos amplos, a justiça identifica-se com o conjunto de valores supremos do ordenamento jurídico e, portanto, em princípio objecto de consagração constitucional, de entre os quais os direitos fundamentais assumem primazia; os juízos de justiça material, absoluta e relativa, comutativa e redistributiva, integram mesmo as ideias de proporcionalidade e de igualdade. Pode inclusivamente ir-se mais além e afirmar-se que, sendo o direito projecção de uma determinada concepção de justiça, todos os restantes princípios de juridicidade da administração derivam, mais ou menos evidentemente, do princípio da justiça: pense-se no princípio da boa fé e da tutela da confiança, no princípio da imparcialidade, no princípio da igualdade ou mesmo no princípio da legalidade, ao qual subjazeu historicamente um intento de contenção do arbítrio do poder.

A este propósito, é ilustrativa uma análise da evolução histórica do art. 266.º, 2 CRP. Na sua versão originária, a disposição em causa estabelecia apenas a limitação da administração pelos princípios da justiça e da imparcialidade. A doutrina considerava então que se reconduziam ao princípio da justiça as exigências jurídicas de igualdade, proporcionalidade e mesmo, apesar da sua consagração autónoma expressa, de imparcialidade (*D. Freitas do Amaral, DA, II, 201-204*); e a jurisprudência reconduzia a violações do princípio da justiça situações que hoje seriam consideradas como violações do princípio da tutela da confiança (Ac. STA 6/6/1984, AD 289, 62). Entretanto, foram constitucionalizados os princípios da igualdade e da proporcionalidade (em 1989) e o princípio da boa fé (em 1997), ao que se sucedeu a sua autonomização doutrinal, jurisprudencial e legal.

Enquanto repositório de uma determinada ideia de direito, o princípio da justiça foi, assim, a fonte a que a doutrina, a jurisprudência e o legislador foram buscar as bases da densificação de outros princípios. Se, por um lado, adquiriu através deles uma relevância mediata, enquanto princípio autónomo o princípio da justiça foi, por outro lado, objecto de um progressivo esvaziamento. Por este motivo, a sua relevância como limite da margem de livre decisão administrativa é diminuta: sob pena de anulação constante de condutas administrativas com base em conceitos emocionais e subjectivos de justiça, o princípio da justiça enquanto tal só pode considerar-se violado nas situações cuja qualificação como injustas é susceptível de alcançar um consenso intersubjectivo (por definição, situações de injustiça manifesta e ostensiva). A dificuldade do juízo de injustiça é ilustrada pela circunstância de, até hoje, o único acto administrativo anulado pelos tribunais portugueses principalmente com base na violação do princípio da justiça o ter sido por razões que conduziriam hoje à recondução do caso concreto a uma violação do princípio da tutela da confiança (mais pormenorizadamente, *supra*, 10-34).

Recentemente, decidindo em matéria fiscal, o Ac. STA 14/3/2002 (proc. 045749) considerou violar o princípio da justiça o acto de recusa de dedução de despesas inscritas em facturas não discriminadas, apesar de reconhecer que parte dessas despesas ocorreram efectivamente; contudo, parece antes estar-se perante uma incongruência entre a decisão e os seus fundamentos ou, quando muito, uma ilegalidade por falta de pressupostos de facto. Os tribunais administrativos invocam frequentemente o princípio da justiça como fundamento adicional da anulação de actos administrativos com base na violação de outros princípios da actividade administrativa, mas sem demonstração da sua concreta violação: por ex., o Ac. STA 20/1/1998 (*Marina Augusta*) considerou que os princípios da igualdade, da justiça e da imparcialidade impedem que os critérios de avaliação e selecção de candidatos sejam fixados pelo júri do concurso em momento posterior à discussão e apreciação dos seus currículos. Exemplo das dificuldades jurisprudenciais de concretização do princípio da justiça são as suas incipientes tentativas de definição: por ex., o Ac. STA 1/7/1997 (*Ana Machado*) limita-se a afirmar, de forma manifestamente insuficiente, que «o princípio da justiça significa que na sua actuação a administração pública deve harmonizar o interesse público específico que lhe cabe prosseguir com os direitos e interesses legítimos dos particulares eventualmente afectados». Perante os inúmeros escolhos, o Ac. STA 12/5/1998 (*Oliveira Fernandes e Ribeiro Lda*) já considerou mesmo, com lucidez, que «o princípio da justiça constitui a última ratio da subordinação da administração ao direito, intervindo [apenas] em situações onde não sejam aplicáveis outras condicionantes da actividade administrativas».

Embora também sem delimitar positivamente o seu âmbito, o Ac. STA 24/5/1994 (*Maria Mota*) considerou que o princípio da justiça nunca poderá implicar que a administração favoreça particulares tendo em consideração as actividades ilícitas daqueles, especialmente aquelas que sejam sancionadas criminalmente; o Ac. STA 26/4/2001 (*Filipe Cruz*) entendeu que, ape-

sar de o cumprimento das obrigações naturais ser um imperativo de justiça, o princípio da justiça não impõe o seu cumprimento pela administração, por a ele se sobreporem as razões de segurança e certeza jurídica que justificam a prescrição extintiva.

VIII. Princípios de alcance procedimental

Para além de limites iminentes da margem de livre decisão da administração pública quanto aos pressupostos e conteúdos concretos das suas decisões, existem também limites relativos ao modo de formação dessas decisões específicos das situações em que aquele consista numa sucessão de sucessão de actos e formalidades – ou seja, num procedimento administrativo (*infra*, t. III).

1. Princípio da decisão

O princípio da decisão tem consagração legal no art. 9.º CPA. O art. 268.º, 1 CRP não estabelece um dever administrativo de decidir mas apenas um direito dos particulares a conhecer as decisões definitivas que lhes digam respeito, pelo que o princípio da decisão parece não ter cobertura constitucional expressa; sempre poderá, contudo, retirar-se do princípio do Estado de direito (art. 2.º CRP) e do seu subprincípio da boa fé (*supra*, 10-29 ss.).

O princípio da decisão tem a sua operatividade circunscrita àquelas situações em que a actuação administrativa não é oficiosa mas suscitada pela iniciativa de particulares (o que é genericamente admitido no direito português: art. 54.º CPA). O seu alcance é, fundamentalmente, o de obrigar a administração a pronunciar-se sobre todos os assuntos que lhes sejam apresentados pelos particulares, retirando-lhe portanto nesses casos a discricionariedade de optar entre decidir e não decidir.

Isto significa que, nas situações em que se verifique o dever de decisão, a discricionariedade administrativa de acção (por vezes também chamada, em termos equívocos, discricionariedade de decisão) não abrange a possibilidade de omitir a decisão. Em tais casos, a administração é obrigada a decidir; a eventual discricionariedade de acção reduz-se ao conteúdo da decisão, que poderá ser favorável ou não à pretensão apresentada pelo particular (ou seja, é uma liberdade de agir no sentido pretendido pelo particular ou não).

47 O art. 9.º CPA enumera três pressupostos do dever de decisão:

a) Para que haja dever de decisão é necessário que à administração seja apresentada uma pretensão por um particular (art. 9.º, 1.ª CPA). Essa pretensão pode ter um alcance subjectivo, se incidir sobre assuntos que lhe digam respeito [art. 9.º, 1.ª a) CPA] ou um alcance objectivo, se visar a defesa da Constituição, das leis ou do interesse geral [art. 9.º, 1.ª b) CPA].

b) O órgão administrativo ao qual é dirigida a pretensão deve ser competente para decidir sobre ela (art. 9.º, 1.ª CPA). Todavia, deve ter-se em consideração que o art. 34.º, 1.ª a) CPA torna irrelevante a incompetência relativa quando o erro do particular na identificação do órgão competente seja desculpável, estabelecendo que o órgão incompetente deve remeter officiosamente o documento que suporte a pretensão do particular; nestes casos, por interpretação sistemática e teleológica, deve entender-se como cumprido este pressuposto do dever de decisão, sob pena de, potencialmente, se criar um regime mais desfavorável para o particular que incorre em erro desculpável sobre a competência do que para aquele que comete erro indesculpável (art. 34.º, 3.ª CPA), que sempre poderá voltar a formular novo pedido ao órgão competente que, assim, ficará investido no dever de decidir sobre ele.

c) Não pode, menos de dois anos antes da apresentação da pretensão, ter sido praticado um acto administrativo pelo qual o mesmo órgão tenha decidido sobre a mesma pretensão, formulada pelo mesmo particular, com os mesmos fundamentos (art. 9.º, 2.ª CPA). Este pressuposto negativo do dever de decisão visa compreensivelmente impedir a submersão da administração por massas de pedidos absolutamente idênticos e já objecto de apreciação administrativa, durante um período que o legislador considerou razoável. Os diversos aspectos elencados no art. 9.º, 2.ª CPA são cumulativos: basta que mude o órgão legalmente competente (mas não o seu titular), o teor da pretensão formulada, os seus fundamentos fácticos ou jurídicos ou o particular requerente para que se mantenha o dever de decisão. A exclusão do dever de decisão não existe quando o acto administrativo praticado nos dois anos anteriores seja nulo, pois nesse caso não produz qualquer efeito jurídico (art. 134.º, 1.ª CPA; *infra*, t. III). Note-se ainda que exclusão do dever de decisão não significa proibição de decisão: a administração *pode* decidir sobre a pretensão formulada, ainda que se

verifiquem as circunstâncias referidas no art. 9.º, 2.ª CPA; está-se, nesse caso, perante verdadeira discricionariedade.

Quando já tenha sido emitido pelo mesmo órgão um acto administrativo sobre a mesma pretensão, formulada pelo mesmo particular, com os mesmos fundamentos, mas há dois anos ou mais sobre a data de apresentação do novo requerimento, o dever de decisão não implica, obviamente, qualquer dever de decidir em sentido diverso do anterior (Ac. STA 6/2/1996, AD 413, 553).

48 Não são, contudo, estes os únicos pressupostos do dever de decisão, que depende também, em geral, da verificação de todas as circunstâncias das quais por sua vez depende a continuação do procedimento (pressupostos procedimentais: *infra*, t. III), designadamente a legitimidade do requerente (aferida nos termos dos arts. 53.º e 160.º CPA; *infra*, t. III), a tempestividade do pedido, a não caducidade ou prescrição do direito que se pretende exercer e, no caso dos procedimentos de segundo grau, a impugnabilidade do acto administrativo (arts. 83.º e 173.º CPA; *infra*, t. III).

49 Mesmo verificando-se os pressupostos do dever de decisão aquando do início do procedimento administrativo, a lei determina, em certas situações, a sua cessação superveniente. É assim nos casos de desistência e renúncia (art. 110.º CPA), de deserção (art. 111.º CPA) e de falta de pagamento de taxas ou despesas de que a lei faça depender a realização de actos procedimentais (art. 113.º CPA): uma vez que o dever de decisão só existe em procedimentos de iniciativa particular, não faria sentido que ele se mantivesse quando o mesmo particular que lhe deu início tivesse posteriormente manifestado a vontade expressa ou implícita de que ele se extinguisse.

O conteúdo do dever de decisão é claro: uma vez reunidos os seus 50 pressupostos, a administração está obrigada a *pronunciar-se* sobre a pretensão do particular. Isto significa que tem que apreciar o fundo das questões por aquele suscitadas, não podendo ficar-se por considerações formais ou de índole prejudicial.

Quando já tenha sido emitido pelo mesmo órgão um acto administrativo sobre a mesma pretensão, formulada pelo mesmo particular, com os mesmos fundamentos, mas há dois anos ou mais sobre a data de apresentação do novo requerimento, o dever de decisão implica o dever de reapreciar a pretensão do particular, não podendo a decisão limitar-se a remeter para o conteúdo de acto anterior. Porém, o STA (Ac. STA 6/2/1996, AD 413, 553) restringiu consideravelmente este entendimento ao sustentar que do art. 9.º, 2.ª CPA não decorre que os actos adminis-

trativos caduquem dois anos após a sua prática e que, portanto, quando haja um acto administrativo emitido nas condições aí previstas, o n.º 1 do mesmo artigo apenas impõe à administração um dever genérico de *pronunciamento* ou de *resposta*, mas não de decisão.

É correcto afirmar-se que o art. 9.º, 2.ª CPA não importa caducidade dos actos administrativos, mas não colhe a distinção, sem o mínimo de cabimento na lógica da lei, entre um dever administrativo de pronúncia e um dever administrativo de decisão. É o próprio art. 9.º que assimila decisão a pronúncia, e esta última envolve necessariamente uma apreciação da pretensão do requerente. Desde que passados os dois anos a que se refere o art. 9.º, 2.ª, é totalmente irrelevante que já tenha sido emitido um outro acto administrativo sobre a mesma pretensão, formulada pelo mesmo particular, com os mesmos fundamentos; e a administração pública terá, portanto, que decidir nos termos a que a apreciação da pretensão conduziu, ainda que reiterando uma eventual decisão anterior. O acto administrativo em que se traduz a nova decisão, mesmo que idêntico no conteúdo e nos fundamentos a uma decisão anterior, não é um acto meramente confirmativo para efeitos do art. 53.º CPTA e, como tal, é susceptível de impugnação contenciosa.

51 As consequências da violação do dever de decisão podem ser de três tipos:

a) A invalidade de um acto administrativo que ponha termo ao procedimento sem se pronunciar efectivamente sobre a pretensão do particular: é o que sucede a um acto administrativo que indefira liminarmente o requerimento do particular por falta de pressupostos do dever de decisão ou de pressupostos procedimentais gerais (*supra*, 10-47, 48) que todavia se verificavam.

Assim, o STA considerou como padecendo de violação de lei, por violação do dever de decisão, o acto de indeferimento de um pedido de localização de estabelecimento industrial com fundamento na deficiente instrução do processo, antes de o requerente ter sido notificado para juntar os elementos necessários à completa instrução do procedimento (Ac. STA 17/3/1994, AD 391, 813). Contudo, neste caso parece tratar-se antes de vício de forma por preterição da formalidade essencial em que se traduz a notificação omitida.

52 b) A possibilidade de os interessados requererem a condenação jurisdicional da administração à emissão do acto que estava obrigada a praticar (art. 268.º, 4.ª CRP, art. 66.º-71.º CPTA). No caso de o conteúdo do acto em causa ser vinculado, o tribunal deverá explicitá-lo na sentença condenatória; no caso de o conteúdo do acto não ser vinculado, o tribunal não poderá proceder à sua determinação, mas deverá em todo o caso explicitar as vinculações jurídicas e os limites imanentes da margem de livre decisão (art. 71.º CPTA). Note-se que o pedido de condenação jurisdicional da administração à emissão de actos juridicamente devidos pode ser for-

mulado mesmo quando tenha havido indeferimento expresso da pretensão do particular [art. 67.º, 1, b) CPTA] ou quando tenha ocorrido uma recusa expressa da apreciação de um requerimento para a prática do acto em causa [art. 67.º, 1, b) CPTA]. A acção de condenação tem determinados pressupostos processuais específicos, que coincidem no essencial com os pressupostos do dever legal de decidir e com os pressupostos procedimentais gerais (arts. 67.º, 1, a), 2, 3, 68.º CPTA; *supra*, 10-47, 48), mas pressupõe, além disso, que tenha decorrido o prazo que a lei atribui à administração para que profira as suas decisões [art. 67.º, 1, a) CPTA], que é, em geral, de 90 dias (art. 58.º, 1.ª CPA) úteis [art. 72.º, 1, b) CPA]. A abertura da acção de condenação é, actualmente, a consequência geral da violação do dever legal de decisão.

Anteriormente ao CPTA, a consequência geral da violação do dever legal de decisão era o indeferimento tácito (art. 109.º, 1.ª CPA, hoje tacitamente revogado), que consistia numa valoração legal como indeferimento da omissão administrativa. Como o indeferimento tácito maninha inalterada a posição jurídica substantiva dos particulares, a sua utilidade – vista a partir de uma perspectiva actual – poderia parecer duvidosa; contudo, num sistema de contencioso administrativo marcado pelo dogma da decisão prévia e por um entendimento rígido da separação de poderes, em consequência dos quais não existia a possibilidade de os tribunais emitirem sentenças condenatórias da administração (*supra*, 4-8), o indeferimento tácito revestia-se de uma importância fundamental: com efeito, ele conferia ao interessado a faculdade de presunção de anulação; uma vez anulado contenciosamente o indeferimento tácito, a administração ficaria, em sede de execução de sentenças, constituída no dever de emitir um acto expresso válido e, no caso de este ser vinculado, investida no dever de emitir um acto expresso com o conteúdo determinado pelo tribunal. O indeferimento tácito constituía, assim, um travão, embora tímido, aos abusos da administração.

c) Nos casos de violação omissiva do dever legal de decisão expressamente previstos na lei, o deferimento tácito da pretensão do particular (art. 108.º, 1, 3.ª CPA). O deferimento tácito é uma consequência da violação do dever de decisão; envolve sempre, pois, uma ilegalidade, pelo que não constitui uma alternativa válida de actuação para a administração (não existe, portanto, discricionariedade de escolha entre o deferimento expresso e o deferimento tácito). O instituto em causa tem subjacente a ideia de que, em determinadas situações, teoricamente ligadas a posições jurídicas subjectivas dos particulares dotadas de maior intensidade, a melhor maneira de constringer a administração a decidir é a de associar ao seu silêncio o significado de um deferimento. Tal como a acção de con-

denação (*supra*, 10-52), o deferimento tácito depende do decurso do prazo legal de decisão [arts. 108.º, 58.º, 72.º, 1 b) CPA]. O deferimento tácito não constitui «um verdadeiro acto administrativo (*infra*, t. III) mas comporta efeitos substantivos, pelo que o requerente pode agir como se a sua pretensão tivesse sido efectivamente deferida; todavia, o destinatário daqueles efeitos não está ao abrigo da sua impugnação contenciosa por parte de terceiros, o que pode levantar problemas delicados (*infra*, t. III).

2. Princípio da gratuidade

54 Nos termos do art. 11.º, 1 CPA, o procedimento administrativo é, salvo lei especial, gratuito; esta determinação normativa não tem correspondência constitucional. Nos termos em que está formulado, o princípio da gratuidade nada acrescenta ao que já decorreria das exigências gerais da reserva de lei (*supra*, 8-18 ss.), pois a solicitação administrativa do pagamento de qualquer taxa, emolumento ou despesa aos particulares pela tramitação de um procedimento administrativo só poderia, em qualquer caso, ocorrer mediante expressa habilitação legal. Ademais, o princípio da gratuidade nem sequer como princípio geral do procedimento administrativo pode ser arvorado: com efeito, praticamente todos os procedimentos administrativos dos quais resultem vantagens para os particulares envolvem o pagamento de taxas ou despesas, em alguns casos de valor muito significativo (por exemplo, as taxas de realização ou reforço de infra-estruturas urbanísticas de que depende a emissão dos alvarás de licença ou autorização de construção: art. 76.º, 4 RJUE); e é o próprio CPA a introduzir excepções ao art. 11.º, 1 (designadamente nos arts. 62.º, 3, 88.º, 2 e 157.º, 2 CPA). A falta de pagamento de taxas ou despesas de que a lei faça depender a realização de actos procedimentais implica mesmo a extinção do procedimento administrativo (art. 113.º CPA).

Mais relevante é o disposto no art. 11.º, 2 CPA, na medida em que vincula a administração pública a isentar os interessados, total ou parcialmente, do pagamento das taxas ou despesas impostas por lei especial, em caso de comprovada insuficiência económica, demonstrada nos termos da lei sobre apoio judiciário (actualmente, a Lei n.º 30-E/2000, de 20 de Dezembro).

Bibliografia sobre o § 10: Em geral sobre os princípios de juridicidade da actividade administrativa, J. C. Vieira de Andrade, «O ordenamento jurídico-administrativo português», in AAVV, *Contencioso administrativo*, Braga, 1986, 33; J. Caupers, «Os princípios gerais do Código do Procedimento Administrativo», in *O Código do Procedimento Administrativo. Seminário*, Lisboa, 1992, 51; J. M. Sérvulo Correia, «Os princípios constitucionais da administração pública», in J. Miranda (org.), *Estudos sobre a Constituição*, III, Lisboa, 1979, 661; F. de Quadros/J. M. Ferreira de Almeida/P. Otero/L. Sousa da Fábrega, «Procedimento administrativo», DJAP VI (1994), 470 (473-479); M. Rebelo de Sousa, *O concurso público na formação do contrato administrativo*, Lisboa, 1994, 20-42, 51-71; F. Ossenbühl, «Allgemeine Rechts- und Verwaltungsgrundsätze: eine verschüttete Rechtsfigur?», in E. Schmidt-Aßmann et al., *Festschrift 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Colónia, 2003, 289; L. C. A. Rocha, *Princípios constitucionais da administração pública*, Belo Horizonte, 1996. Sobre o princípio da prossecução do interesse público, J. C. Vieira de Andrade, «Interesse público», DJAP V (1993), 275; J. Taborda da Gama, «Contrato de transacção no direito administrativo e fiscal», in *Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, V, Coimbra, 2003, 607 (650-653); R. Ehrhardt Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, *passim* (sobre o dever de boa administração, 179-205); H.-W. Arndt, *Praktikabilität und Effizienz*, Colónia, 1983; W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (org.), *Effizienz als Herausforderung in der Verwaltungsgerecht*, Baden-Baden, 1998; L. Ortega, *El reto dogmático del principio de eficacia*, RAP (1994), 133; L. Parejo Alfonso, *Eficacia y administración*, Madrid, 1995. Sobre as posições jurídicas subjectivas em geral é fundamental *M. Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, I, Lisboa, 1944, 15-57; idem, *Esboço de uma concepção personalista do direito*, Lisboa, 1965, 143-177. Sobre as posições jurídicas subjectivas dos particulares no direito público, J. C. Gonçalves Loureiro, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a busca do bem comum (algumas considerações)*, Coimbra, 1995; *V. Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, 212-297; O. Bachof, «Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichem Recht», in *Gedächtnisschrift W. Jellinek*, Munique, 1955, 287; O. Bühler, «Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte», in *Gedächtnisschrift Walter Jellinek*, Munique, 1955, 269; G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905; P. Preu, *Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlich-rechtlichen Drittbeschwerdes*, Berlin, 1992; M. Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*, Berlin, 1992. Sobre os direitos subjectivos, H. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Rechte*, Berlin, 1986; C. Yannakopoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Paris, 1997. Sobre os interesses legalmente protegidos, J. Pierzcker, «Der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung», JuS (1982), 106. Sobre os interesses difusos, L. F. Colaço Anunes, «A tutela dos interesses difusos no novo Código do Procedimento Administrativo», SI XLII (1993), 57; R. Machete, «Algumas notas sobre os interesses difusos, o processo e o procedimento», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, s.d., 651; M. P. Hernández Martínez, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, 1997. Sobre o princípio da proporcionalidade, *V. Canas, «Proporcionalidade (Princípio da)», DJAP VI (1994), 591; A. von Arnould, «Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes», JZ (2000), 276; A. Bleckmann, «Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips», JuS (1994), 177; G. Braumert, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach deutschen und belgischen Recht*, Aachen, 2001; G. Hoffmann, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot der Rationalität im Gesetzgebungsverfahren*, ZR (1990), 97; S. Huster, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit. Der allgemeine Gleichheitssatz als*

Eingriffsrecht, JZ (1994), 541; E. Grabitz, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», AöR 98 (1973), 568; R. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Normen der Mittel im Verwaltungsrecht*, Hamburgo, 1955; M. Klopfer, «Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips», in E. Schmidt-Aßmann et al. (org.), *Festsache 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Colonia, 2003, 329; P. Lerche, *Übermaß und Verhältnismäßigkeit. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, Colonia/Berlin/Bona, 1961; X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Paris, 1990; G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, 1995. **Sobre o princípio da imparcialidade**, J. C. Vieira de Andrade, «A imparcialidade da administração como princípio constitucional», BFDUC 50 (1974), 219; *D. Duarte, *Procedimentalização, participação e fundamentação. Para uma concretização do princípio da imparcialidade da administração como parâmetro decisório*, Coimbra, 1996; M. T. Melo Ribeiro, *O princípio da imparcialidade da administração pública*, Coimbra, 1996; P. Barile, «Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione», in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, IV, Pádua, 1958, 25. **A obra fundamental sobre o princípio da boa fé na doutrina nacional** é de A. Meneses Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, 1987 (acerca da aplicabilidade do princípio no direito público, 383); sobre a tuela da confiança, também M. Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2004. **Sobre a boa fé em geral no direito administrativo**, A. Schüle, «Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht», AöR (1888), 1; J. Gonzalez Perez, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, 1999; F. Manzanero, *Principio de buena fe e attività delle amministrazioni pubbliche*, Nápoles, 1995; F. Merusi, «Il principio di buona fede nel diritto amministrativo», in *Scritti per Mario Nigro*, II, Milão, 1991, 117. **Especificamente sobre a tuela da confiança**, J. Taborda da Gama, *Decisão de autoinculpación e acto administrativo deida*, diss., Lisboa, 2003; H.-J. Blanke, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tübinga, 2000; P. Geurts, *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten im deutschen, französischen und europäischen Recht*, Bona, 1997; U. Hartstein, *Verwaltungsrechtliche Bereuungspflichten*, Estugarda, 1999; W. Jäcke, «Die Haftung der öffentlichen Verwaltung aus "culpa in contrahendo" im Licht der oberinstanzlichen Rechtsprechung», NJW (1990), 2520; B. Weber-Dürner, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Basileia/Frankfurt, 1983; 189; W. Berka, «Vertrauensschutz im Verwaltungsvollzug. Zur vertrauensschützenden Funktion des Verwaltungsvollzugs», in B. C. Funk/H. R. Kleatsky (org.), *Festschrift L. Adamovich*, Viena, 1992, 22; S. Calmes, «Du principe de protection de confiance légitime en droits allemand, communautaire et français», REDP (2002), 1249; A. Castilho Blanco, *La protección de confianza en el derecho administrativo*, Barcelona, 1998; R. Garcia Macho, «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», in *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, 1989, 461. **Sobre o princípio da igualdade**, M. Albuquerque, *Da igualdade. Introdução à jurisprudência*, Coimbra, 1993; J. Martins Claro, *Introdução ao estudo do princípio da igualdade em direito constitucional*, diss., Lisboa, 1983; idem, «O princípio da igualdade», in J. Miranda/M. Rebelo de Sousa (org.), *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, 1986, 29; F. Alves Correia, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, 1989; P. Ferreira da Cunha, «Igualdade, minorias e discriminação», OD (1999), 289; J. Miranda, «Igualdade», DJAP V (1993), 100; M. G. Ferreira Pinto [Dias Garcia], «Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula "carregada" de sentido?», BMJ 358 (1987), 20; A. de Sá, *Administração do Estado, administração local e prin-*

cípio da igualdade no âmbito do estatuto do funcionário, Coimbra, 1985; Chr. Gusy, «Der Gleichheitssatz», NJW (1988), 2505; B. Bürger, *Das Recht auf Gleichheit und Differenz*, Münster, 1990; D. C. Dicke, «Der allgemeine Gleichheitssatz und die Selbstbindung der Verwaltung», VerwArch. (1968), 293; K. Hesse, «Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verwaltungsentwicklung», AöR (1984), 174; S. Huster, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit. Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht*, JZ (1994), 541; C. Kolbel, *Gleichheit "im Unrecht"*, Colonia, 1990; R. Riggert, *Die Selbstbindung der Rechtsprechung durch den allgemeinen Gleichheitssatz*, Berlin, 1993; M. Sachs, *Grenzen des Diskriminierungsverbots*, Frankfurt, 1987; M. Seibert, «Die Entwicklung des Gleichheitssatzes auf der Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsebene der Verwaltung», in E. Schmidt-Aßmann et al. (org.), *Festsache 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Colonia, 2003, 535; H.-J. Mertens, *Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes*, Hamburgo, 1963; K. Stern, «Das Gebot zur Ungleichbehandlung», in *Das akzeptierte Grundgesetz – Festschrift für G. Dürig*, Munique, 1990; G. Braibant, «Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat», in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pertinence*, Paris, 1990, 97; G. Vedel, «L'égalité», in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pertinence*, Paris, 1990, 171. **Sobre o princípio da justiça**, D. Freitas do Amaral, «Direitos fundamentais dos administrados», in J. Miranda/M. Rebelo de Sousa (org.), *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986, 11 (18); idem, «O princípio da justiça no artigo 266.º da Constituição», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, 685; G. Hoffmann, *Das Verwaltungsrechtliche Gebot der Rationalität im Gesetzgebungsverfahren*, ZR (1990), 97; J. Rawls, *A theory of justice* (1972), reimpr. Oxford, s.d. **Sobre o princípio da decisão**, C. A. Fernandes Cadilha, «O silêncio administrativo», CJA 28 (2001), 22; M. Correia, «A inactividade formal da administração como causa extintiva do procedimento e as suas consequências», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, 367 (esp. 374-381).

Índice analítico

As remissões fazem-se para os parágrafos (em tipo negro) e para os números de margem (em tipo normal)

- Abertura das normas de competência, 8-40, 8-41, 9-4, 9-5, 9-13.
- Relações entre as várias técnicas de —, 9-27, 9-28.
- Abstracção (das normas jurídicas), 2-11.
- Acesso a documentos administrativos, 7-30.
- Actividade administrativa, 2-14, 2-22 a 25; 3-5 a 7, 3-15, 3-45, 3-69, 3-71, 3-74, 3-75, 4-4, 4-8, 4-9, 4-11, 4-17, 4-35, 5-16, 7-1, 7-34, 8-1, 8-9, 8-11, 8-12, 8-16, 8-23, 8-28, 8-31, 8-42, 9-1, 9-35, 9-39, 10-9, 10-29, 10-31, 10-35, 10-40, 10-43.
- Acto administrativo, 2-11, 3-5, 3-16, 3-19, 3-45, 3-52, 3-53, 3-61, 3-56 a 58, 3-60, 4-15, 5-6, 6-6, 7-29, 7-30, 7-34, 8-11, 8-42, 9-1, 9-15, 9-17, 9-27, 9-33 a 35, 10-7, 10-11, 10-13, 10-32, 10-35, 10-36, 10-40, 10-42, 10-47, 10-48, 10-50, 10-51, 10-53.
- Anulabilidade do —, 8-42.
- discricionário, 9-37.
- Efeito conformador de relações jurídicas privadas pelo —, 3-61.
- Efeito justificador do —, 3-53.
- Impugnação do —, 3-45, 3-56, 3-58, 7-31, 9-34, 9-35, 10-7, 10-11, 10-50, 10-53.
- Invalidez do —, 10-7, 10-51.
- judicativo, 6-6.
- Nulidade do —, 3-19, 8-42, 10-47.
- Revogação do —, 8-11, 10-7, 10-11, 10-32, 10-36.
- vinculado, 9-37.
- Acto de dissolução da Assembleia da República, 2-4.
- Acto material, 2-12, 3-5, 4-15, 9-1.
- Acto materialmente administrativo, 2-40, 3-58, 6-11.
- Acto político, 2-4.
- Acto tácito, 10-52, 10-53.
- Adequação (dimensão do princípio da proporcionalidade), 9-14, 9-26, 10-15 a 17.
- Atribuição de pressupostos (à previsão da norma), 9-15, 9-26.
- Administração
 - agressiva, 2-19, 2-25 a 27, 4-6, 8-9, 8-18, 8-23 a 27, 8-36, 8-39.
 - fiscal, 2-10, 3-32.
 - infra-estrutural, 1-5, 2-19, 2-23, 2-25 a 27, 4-19, 8-9, 8-33, 9-23.
 - notarial, 3-32.
 - prestacional, 2-19, 2-25 a 27, 4-6, 4-13, 4-22, 5-6, 5-15, 8-9, 8-26 a 31, 8-36, 8-39.
 - registal, 3-32.
 - Administração comparada, 3-82.
 - Administração pública,
 - activa, 4-8.
 - através de privados, 2-38.

- autônoma, 6-9, 7-6, 8-39.
- Características orgânico-institucionais da —, 2-29 a 34, 6-13.
- Características orgânico-pessoais da —, 2-35 a 37, 6-13
- central, 4-37.
- como factor de integração política, 5-12.
- contenciosa, 4-8.
- directa, 6-12, 7-3, 7-6, 8-34.
- em sentido formal, 2-39, 2-40.
- em sentido material, 2-14 a 27, 2-38 a 40, 3-82, 4-24, 4-38, 5-15.
- em sentido orgânico, 2-28 a 39, 3-1 a 3, 3-82, 4-13, 4-24, 4-38, 5-7, 5-15, 10-2.
- estadual, 5-1, 5-2, 5-4, 7-3, 8-34.
- indirecta, 3-67, 6-12, 7-6, 8-34.
- local autárquica, 4-2, 4-30, 4-32, 4-37, 5-1, 5-2.
- Mito da heterodeterminação e carácter executivo da —, 2-6, 4-9.
- napoleónica, 4-7, 4-32, 5-4.
- no Estado liberal, 2-8, 2-15, 2-23, 3-19, 3-61, 4-4 a 12, 4-20, 5-3 a 5, 6-2, 6-3, 8-4 a 8, 9-3, 10-9.
- no Estado pós-providencial, 2-17, 4-19.
- no Estado pré-constitucional, 4-2, 4-3, 5-1, 5-2.
- no Estado social, 2-8, 2-15, 2-16, 2-23, 3-19, 3-61, 4-13 a 20, 5-6, 5-7, 5-9, 5-15, 8-9, 9-3.
- nos Estados de não-direito, 4-20 a 23.
- Núcleo essencial da —, 2-38.
- Partidarização da —, 4-37, 5-12.
- portuguesa, 5-1 a 16.
- Administrador-juiz, 4-3, 4-8, 5-4.
- Agentes administrativos, 2-36, 2-37, 3-28, 3-52, 3-82, 5-9, 10-7, 10-20, 10-24 a 27.
- Agressão (conceito de)
 - no Estado liberal, 4-6, 8-25.
 - no Estado social, 8-25.
- Alta Autoridade para a Comunicação Social, 3-23.
- Alteração de circunstâncias, 3-61.
- Amovibilidade (dos titulares de órgãos administrativos), 2-35, 2-36.
- Antiguidade,
 - grega, 4-1.
 - oriental, 4-1.
 - romana, 4-1.
- Aproximação da administração pública às populações (princípio da), 5-16, 7-4, 7-7.
- Aptidão para o exercício de profissões (decisões sobre), 9-23.
- Áreas metropolitanas, 7-10.
- Argumentação (interpretação como), 3-88.
- Arquivo aberto (princípio do), 7-30.
- Assentos, 3-31.
- Associações privadas, 2-38.
- Associações públicas, 2-22, 7-6, 7-9, 7-11, 7-12.
- Atribuições (das pessoas colectivas administrativas), 3-3, 3-39, 7-2, 7-7, 7-10, 7-15, 7-17, 8-30, 10-5.
- Audiência dos interessados, 3-16, 7-34, 9-10, 9-18, 9-25, 9-26.
- Autarquias locais, 3-23, 4-27, 5-1, 5-4, 5-6, 7-5, 7-6, 7-7, 7-8, 7-10, 7-11, 7-15.
- Autodesvinculação, 9-32.
- Autonomia administrativa, 5-10.
- Autonomia regional, 7-24.
- Autonomia local, 5-1.
- Autonomia privada, 9-1.
- Autonomia pública, 9-1.
- Autorização, 3-61, 10-34, 10-54.
- Autotutela executiva da administração, 4-35, 5-14.
- Autovinculação, 3-32, 9-29 a 9-34.
- Desvantagens da —, 9-31.
- e casos atípicos, 9-32.
- e princípio da igualdade, 9-31, 9-32.
- e princípio da legalidade, 9-31, 9-32.
- e tutela da confiança, 9-33.
- Eficácia meramente interna da —, 9-33.
- Publicidade da —, 9-34.
- Vantagens da —, 9-30.
- Bloco de legalidade, 4-17, 8-11, 8-12, 8-14, 8-16, 8-17, 8-23, 8-41, 8-42, 9-1, 9-33, 9-35, 10-9.
- Boa administração (princípio da), 10-7.
- Boa fé (princípio da), 3-60, 5-16, 9-39, 10-29 a 10-36.
- e particulares, 10-29, 10-32.
- e primazia da materialidade subjacente, 10-30 a 10-32.
- e princípio da proporcionalidade, 10-31.
- e tutela da confiança, 10-33 a 10-36.
- Carta Constitucional (de 1826), 5-3, 5-4.
- Centralização administrativa, 5-1, 5-2, 5-4, 5-5, 5-6, 7-4, 7-15, 7-16.
- Ciência da administração, 3-82, 3-83.
- Ciência do direito administrativo, 3-73 a 3-88.
- Ciências auxiliares da —, 3-81 a 3-83.
- em Portugal, 3-83.
- Método da —, 3-84 a 3-88.
- na Escola de Coimbra, 3-78, 3-80.
- na Escola de Lisboa, 3-76, 3-79.
- Circulares, 3-32.
- Coadjuvação, 7-19.
- Codificação (do direito administrativo), 3-15.
- Coima, 3-50, 10-31.
- Colaboração da administração pública com os particulares (princípio da), 5-16, 7-26, 7-27 a 7-31, 9-34.
- Colegialidade (preferência pela), 8-30.
- Competência, 3-3, 3-23, 3-27, 6-2, 6-3, 7-5, 7-7, 7-16, 7-17, 7-18, 7-19, 7-20, 7-21, 7-22, 8-30, 8-41, 8-42, 9-21, 9-27, 9-38, 9-41, 10-15.
- objectiva, 3-70, 8-39.
- subjectiva, 3-70, 8-39, 9-37.
- Comunidades Inter Municipais, 7-10.
- Comunidades Urbanas, 7-10.
- Conceitos indeterminados, 9-11, 9-17 a 9-20, 9-22, 9-26, 9-28, 10-26.
- Aurícula e cerne dos —, 9-19.
- classificatórios, 9-19.
- Críticos de identificação da margem de livre decisão conferida pela utilização legal de —, 9-19, 9-20.
- e direitos fundamentais, 9-20.
- e discricionariedade, 9-27, 9-28.
- e liberdade avaliativa, 9-22.
- Graus de indeterminação dos —, 9-17.
- na previsão normativa, 9-18.
- tipológicos, 9-19.
- Concentração administrativa, 5-2, 5-6, 7-16, 7-17.
- Concentração de poder, 4-3, 4-4, 4-30, 5-1, 6-3.
- Concepções objectivistas (do direito administrativo), 3-16, 3-17, 3-19.
- Concepções subjectivistas (do direito administrativo), 3-16, 3-18, 3-19.
- Concessão, 3-27, 3-65, 4-19, 5-4, 6-11.
- Concorrentes em concursos (avaliação de), 9-23.
- Concretização (interpretação como), 3-68.
- Condicionamento industrial, 3-63, 3-65.
- Conformação social, 2-23.
- Conselho de Estado (França), 3-56, 4-8, 4-15.
- Conselho de Estado (Portugal), 5-4.
- Consenso (como critério de interpretação), 3-87.
- Conservadores do registo, 3-63.
- Consulta do processo (direito de), 7-31.
- Constituição de 1822, 5-3.
- Constituição de 1838, 5-3.
- Constituição de 1911, 5-3.
- Constituição de 1933, 5-6.
- Constituição de 1976, 5-7.
- Constituição Europeia, 3-26, 3-27.
- Constituição, 2-2, 2-9, 2-12, 2-17, 2-22, 2-23, 3-11, 3-21 a 3-23, 3-29, 3-35, 3-37, 3-41, 3-43, 8-11, 8-13, 8-16, 8-17, 8-23, 8-30, 8-31.
- como fonte de direito administrativo, 3-21 a 3-23.
- no Estado liberal, 3-21, 4-11, 8-6.
- no Estado social, 3-22, 4-13, 8-9.
- Contencioso administrativo, 1-4, 3-16, 3-44, 3-45, 3-54, 3-56, 3-74, 10-11, 10-52.
- Contencioso de mera anulação, 4-8.
- Contencioso de plena jurisdição, 4-8.
- Conteúdo (da conduta administrativa), 2-11, 6-11, 6-12, 9-22, 9-37, 10-13, 10-39, 10-44, 10-46, 10-50, 10-52.

- Continuidade da administração pública, 2-24.
- Continuidade dos serviços públicos (princípio da), 2-24.
- Contra-ordenações, 3-50, 6-6, 10-21.
- Contrato administrativo, 1-4, 2-24, 3-5, 3-7, 3-56, 3-60, 5-14, 6-11, 7-34, 8-11, 9-1, 9-23.
- Controlo, 2-32, 2-38, 3-66, 4-4, 5-1, 5-4, 6-5, 7-12, 8-13, 9-8.
- jurisdicional, 3-55, 4-8, 4-9, 4-15, 4-30, 4-32, 4-35, 5-4, 5-5, 6-6, 6-7, 9-6, 9-7, 9-8, 9-9, 9-12, 9-21, 9-23, 9-24, 9-35, 9-38, 9-40, 10-17, 10-18.
- Convenção internacional, 3-25.
- Conveniência (da actuação administrativa), 9-7, 9-35, 10-2.
- Convergência orçamental (na União Europeia), 4-37, 5-15.
- Coordenação, 7-9.
- Corporações, 4-12.
- Costume, 3-30, 3-40, 4-29, 5-13, 8-11.
- internacional, 3-25.
- Decisão (princípio da), 5-16, 10-45 a 10-53.
- Consequências da violação do —, 10-51 a 10-53.
- Decisão comunitária, 3-26.
- Decretos da Terceira, 5-3.
- Defensabilidade (teoria da), 9-19, 9-20.
- Deferimento tácito, 10-53.
- Delegação de poderes, 7-17, 7-18, 7-25, 9-8, 9-33.
- intersubjectiva, 7-10, 7-21.
- como forma de desconcentração, 7-21.
- Delegação tácita, 7-21.
- Democracia participativa, 7-32.
- Democracia representativa, 8-4, 8-13, 8-21, 8-30, 8-32, 8-33.
- Densidade normativa, 8-30, 8-39, 9-4.
- Desburocratização (princípio da), 5-16, 7-1 a 7-3, 9-30.
- Descentralização (princípio da), 3-3, 4-7, 4-31, 5-16, 7-1, 7-4, 7-5 a 7-15, 7-21, 7-23, 7-24.
- Descentralização administrativa, 4-34, 4-35, 5-7, 5-14.
- associativa, 7-9.
- de primeiro grau, 7-10.
- de segundo grau, 7-10.
- Desvantagens da —, 7-12, 7-13.
- e desconcentração, 7-17.
- e subsidiariedade, 7-14, 7-15.
- institucional, 7-9.
- não territorial, 7-8.
- territorial, 7-8, 7-10.
- Vantagens da —, 7-12, 7-13.
- Descolonnização, 5-7.
- Desconcentração (princípio da), 3-3, 5-16, 7-1, 7-4, 7-16 a 7-23, 7-24.
- Desconcentração administrativa, 5-7.
- absoluta, 7-20.
- derivada, 7-21.
- Desvantagens da —, 7-22, 7-23.
- e coadjuvação, 7-19.
- e descentralização, 7-17.
- e hierarquia, 7-19.
- horizontal, 7-19.
- originária, 7-21.
- relativa, 7-20.
- Vantagens da —, 7-19.
- Desobediência (crime de), 3-52.
- Despotismo esclarecido, 4-3, 5-2.
- Devoio de poder, 9-35, 9-39, 10-4.
- Dever de apoio e estímulo das iniciativas dos particulares, 7-28, 7-29.
- Dever de decisão, 10-46 a 10-53.
- Cessação superveniente do —, 10-49.
- e dever de pronúncia, 10-50.
- e pressupostos procedimentais gerais, 10-48.
- Pressupostos do —, 10-47.
- Devolução de poderes, 7-81.
- Direcção (poder de), 7-23, 7-25, 10-7.
- Directiva administrativa, 9-33.
- Directiva comunitária, 3-26, 3-27.
- Efeito directo da —, 3-26, 3-36.
- Direito administrativo, 3-1 a 3-88.
- Âmbito normativo-material do —, 3-3.
- Carácter lacunar e aberto do —, 3-14, 3-71.
- como direito comum da função administrativa, 3-1, 3-2, 3-3, 3-13, 3-59, 3-71, 4-16.
- como direito excepcional, 3-59, 3-71.
- Conceito de —, 3-1, 3-2.
- Concepção estatutária do —, 3-2.
- e direito civil, 1-2, 3-12, 3-14, 3-59 a 3-62, 3-65, 3-66, 3-68, 3-76, 10-11, 10-29.
- Direito comercial, 3-61, 3-63 a 3-65.
- Direito comum, 3-13, 4-30, 4-31, 4-32, 4-35, 8-4.
- Direito comunitário, 3-26, 3-27, 4-34, 4-38, 5-16, 7-15, 8-11, 8-13, 8-16.
- derivado, 3-26.
- originário, 3-26.
- Primado do —, 3-36, 3-37.
- Direito constitucional, 1-2, 1-4, 3-11, 3-24, 3-27, 3-43 a 3-45.
- Direito contravençional, 3-49.
- Direito da bolsa, 3-9.
- Direito da contratação pública, 1-41, 3-7.
- Direito da educação, 3-7.
- Direito da energia, 3-7.
- Direito da função pública, 1-4, 3-7, 3-8, 3-67.
- Direito da saúde, 3-7.
- Direito da segurança social, 3-7.
- Direito das telecomunicações, 3-7.
- Direito de mera ordenação social, 3-50.
- Direito de polícia, 1-4, 2-7, 3-8.
- Direito disciplinar, 3-51.
- Direito do ambiente, 1-2, 1-4, 3-7, 3-9, 3-27, 3-68, 3-80.
- Direito do consumo, 3-9, 3-68.
- Direito do trabalho, 3-61, 3-66, 3-67.
- Direito do urbanismo, 1-2, 1-4, 3-7, 3-9, 3-68, 3-80.
- Direito dos seguros, 3-9, 3-68.
- Direito dos transportes, 3-9, 3-68.
- Direito económico, 3-7, 3-9.
- Direito financeiro, 3-7.
- Direito fiscal, 3-7.
- Direito internacional, 3-24, 3-25, 3-29, 3-35, 3-46, 3-47, 8-11.
- Primado do —, 3-36, 3-37.
- Direito judiciário, 3-54 a 3-58.
- Direito militar, 3-7, 3-8.
- Direito penal, 3-48 a 3-53, 3-68.
- Direito privado administrativo, 3-72, 3-73, 5-14.
- Direito bancário, 3-9, 3-68.
- Direito circular, 3-32, 9-33.
- Direito civil, 1-2, 1-4, 3-12, 3-15, 3-53, 3-59 a 3-62, 3-65, 3-66, 3-68, 3-76, 10-11, 10-29.
- Direito comercial, 3-61, 3-63 a 3-65.
- Direito comum, 3-13, 4-30, 4-31, 4-32, 4-35, 8-4.
- Direito comunitário, 3-26, 3-27, 4-34, 4-38, 5-16, 7-15, 8-11, 8-13, 8-16.
- derivado, 3-26.
- originário, 3-26.
- Primado do —, 3-36, 3-37.
- Direito constitucional, 1-2, 1-4, 3-11, 3-24, 3-27, 3-43 a 3-45.
- Direito contravençional, 3-49.
- Direito da bolsa, 3-9.
- Direito da contratação pública, 1-41, 3-7.
- Direito da educação, 3-7.
- Direito da energia, 3-7.
- Direito da função pública, 1-4, 3-7, 3-8, 3-67.
- Direito da saúde, 3-7.
- Direito da segurança social, 3-7.
- Direito das telecomunicações, 3-7.
- Direito de mera ordenação social, 3-50.
- Direito de polícia, 1-4, 2-7, 3-8.
- Direito disciplinar, 3-51.
- Direito do ambiente, 1-2, 1-4, 3-7, 3-9, 3-27, 3-68, 3-80.
- Direito do consumo, 3-9, 3-68.
- Direito do trabalho, 3-61, 3-66, 3-67.
- Direito do urbanismo, 1-2, 1-4, 3-7, 3-9, 3-68, 3-80.
- Direito dos seguros, 3-9, 3-68.
- Direito dos transportes, 3-9, 3-68.
- Direito económico, 3-7, 3-9.
- Direito financeiro, 3-7.
- Direito fiscal, 3-7.
- Direito internacional, 3-24, 3-25, 3-29, 3-35, 3-46, 3-47, 8-11.
- Primado do —, 3-36, 3-37.
- Direito judiciário, 3-54 a 3-58.
- Direito militar, 3-7, 3-8.
- Direito penal, 3-48 a 3-53, 3-68.
- Direito privado administrativo, 3-72, 3-73, 5-14.

- Direito privado, 1-2, 1-4, 2-30, 2-38, 3-2, 3-9, 3-10, 3-11, 3-12, 3-13, 3-15, 3-17, 3-59 a 3-68, 10-29, 10-31, 10-32.
- Aplicação à administração do —, 3-69 a 3-72.
- Direito processual,
— civil, 3-55.
— penal, 3-57.
- Direito público, 1-2, 1-3, 1-4, 3-9, 3-10, 3-11, 3-43, 3-48, 3-59, 3-61, 3-70.
- Direito subjectivo,
Conceito de —, 10-11 a 10-13.
Concepção ampla do —, 10-13.
Distinção em relação ao interesse legalmente protegido —, 10-13.
Regime do —, 10-11.
- Direitos económicos, sociais e culturais, 3-23, 4-13, 4-18, 5-9, 7-33, 8-24, 8-30.
- Direitos fundamentais, 3-17, 3-19, 3-21, 3-67, 3-70, 4-4, 4-13, 4-14, 4-15, 4-20, 4-29, 5-9, 7-29, 7-30, 8-7, 8-23 a 8-25, 8-27, 8-35, 9-20, 10-9, 10-12, 10-41.
- Vinculação da administração pública aos —, 3-19.
- Direitos reais, 1-2, 3-61, 3-68.
- Direitos transversais, 3-68.
- Direitos, liberdades e garantias, 2-11, 2-38, 3-19, 3-23, 7-29, 7-30, 7-31, 8-18, 8-23, 8-25, 8-31, 8-39.
- Discricionariedade, 2-6, 3-70, 4-11, 6-7, 9-2, 9-3, 9-10 a 9-15.
— criativa, 9-10, 9-11, 9-28.
— de acção, 9-10, 9-11, 9-46.
— de escolha, 3-70, 9-10, 9-11, 9-24, 9-25, 10-53.
- Derecção da —, 9-11, 9-12.
- Estrutura da —, 9-13.
— e conceitos indeterminados, 9-27, 9-28.
- Funcionamento da —, 9-13.
— livre de lei, 4-11.
— no Estado liberal, 4-11.
— técnica, 9-12.
- Documento, 7-30.
- Doutrina, 3-12, 3-33.
- Dupla administração, 9-8.
- Economia,
— capitalista, 3-63, 4-22, 4-23, 4-29, 5-9.
— colectivista, 3-64, 5-9.
Intervenção do Estado na —, 3-63.
Eficiência, 3-29, 3-31, 3-32, 8-42, 9-33, 9-34.
Eficiência, 7-6, 7-12, 7-22, 10-7.
- Empreitada de obras públicas (contrato de), 3-7, 3-27, 3-60, 9-18, 9-22, 10-40.
- Empresas públicas, 3-27, 3-64, 3-65, 3-67.
— intermunicipais, 7-10.
— municipais, 7-10.
- Erro manifesto de apreciação, 10-18.
- Esclarecimento dos particulares pela administração (dever de), 7-29.
- Escusa, 10-27.
- Estrado, 2-1 a 2-12, 2-31.
— absoluto, 4-2, 4-3, 4-4, 4-30, 5-2, 8-6, 8-7, 9-34.
— contemporâneo, 2-11, 4-2.
Formas de —, 4-1, 4-24 a 4-28.
— de não-direito, 4-20 a 4-23.
— de polícia, 4-2, 4-3.
— moderno, 4-2.
— pré-constitucional, 4-2, 4-3, 4-4, 4-8.
— estatamental, 4-2, 4-30, 5-1.
— fascista, 4-20, 4-22, 4-23.
— socialista, 4-20, 4-21, 4-23, 5-7.
- Estado de necessidade, 8-36.
- Estado liberal de direito, 2-8, 3-19, 3-21, 3-61, 4-4 a 4-12, 4-13, 4-14, 4-19, 4-20, 5-3, 5-4, 5-5, 5-6, 6-5, 8-4 a 8-8, 8-9, 8-20, 8-21, 8-24, 8-25, 8-27, 8-28, 8-42, 9-3, 9-35, 10-9.
— de mera legalidade, 4-12.
- Estado Novo, 3-33.
Administração pública no —, 3-63, 5-6.
— como Estado social, 5-6.
— continuidade em relação ao Estado liberal, 5-6.
- Estado providência, 4-18.
Crise do —, 4-19.
- Estado social de direito, 1-4, 2-8, 2-9, 2-15, 2-16, 2-17, 2-21, 3-17, 3-19, 3-22, 3-50, 3-61, 3-66, 3-68, 3-78, 4-13 a 4-19, 4-20, 5-6, 5-9, 6-2, 6-12, 7-32, 8-9, 8-10, 8-21, 8-24, 8-28, 8-42.
- Estado social pós-providencial, 4-19.
- Estado-administração, 2-31, 6-12, 7-5.
- Estado-aparelho, 2-1.
- Estado-colectividade, 2-1, 2-5, 5-9.
- Estados federais, 4-25, 4-28.
- Estados unitários,
— regionais, 4-26.
— simples, 4-27.
- Estatuição normativa, 3-14, 9-11, 9-13, 9-15, 9-25, 9-26, 9-28.
- Europeização do direito administrativo, 3-27.
- Exames (classificação de alunos em), 9-23, 9-25.
- Execução de sentenças (dos tribunais administrativos), 5-6, 10-52.
- Expropriações, 2-25, 3-61, 5-6.
- Feudalismo, 4-2.
- Fim legal (da conduta administrativa), 3-70, 9-37, 9-39, 10-2, 10-15, 10-21, 10-38.
- Fins do Estado, 2-1, 2-16, 4-5, 4-13, 4-19, 4-20.
- Fiscalização da constitucionalidade, 4-15.
— administrativa, 8-16, 8-17.
- Fisco, 4-3.
- Fontes de direito, 3-20 a 3-42.
- Forma (da conduta administrativa), 3-70, 9-37.
- Formalidades (da conduta administrativa), 3-4, 3-57, 3-31, 9-37, 10-44, 10-51.
- Frustração de confiança, 10-34, 10-35.
- Função administrativa, 2-6 a 2-12, 2-14, 2-22, 2-28, 2-30, 2-31, 2-38.
Características da —, 2-8.
— como função secundária do Estado, 2-6.
— fronteiras em face das demais funções do Estado, 2-9 a 2-12.
- Função constituinte, 2-2, 2-9.
- Função de revisão constitucional, 2-2, 2-9.
- Função jurisdiccional, 2-6, 2-7, 2-12, 2-31, 3-54, 4-3, 4-15, 6-5, 6-6, 6-7, 9-24.
— exercício administrativo da, 3-50, 6-6.
Função legislativa, 2-3, 2-5, 2-9, 2-10, 2-11, 2-12, 4-3, 6-8, 8-6, 8-19, 8-27, 8-33.
Limites da —, 6-9 a 6-13.
- Função política, 2-3, 2-4, 2-5, 2-10, 9-1.
- Funcionamento da administração, 2-16, 2-19, 3-4, 3-57, 5-16, 7-28, 8-1, 8-32.
- Funcionários administrativos, 3-8, 3-25, 3-28, 3-52, 5-9, 8-25.
- Decisões sobre —, 9-23, 10-7.
Funções do Estado, 2-1 a 2-12.
— primárias, 2-3 a 2-5.
— secundárias, 2-6 a 2-8.
- Fundações privadas, 2-38.
- Fundamentação dos actos administrativos (dever de), 3-16, 7-29, 7-30, 9-33, 10-11.
- Garantias dos particulares, 3-23, 4-3, 4-34, 5-2, 5-5, 5-6, 5-7, 5-14.
- Generalidade, 2-11, 6-12.
- Gestão privada, 3-69, 3-72, 5-14.
- Gestão pública, 3-71.
- Governador Civil, 9-8, 9-18, 9-20, 10-18.
- Governo, 2-31, 2-37, 3-23, 5-11, 5-12, 6-10, 6-11, 6-12, 6-13, 7-16, 7-17, 7-24, 8-27, 8-34.
- Gratuidade (princípio da), 5-16, 9-34, 10-54.
— e insuficiência económica, 10-54.
Limites do —, 10-54.
- Hierarquia administrativa, 2-32, 3-7, 3-51, 7-16, 7-19, 8-32, 10-27.
- Hierarquia das fontes de direito, 1-2, 3-34 a 3-42.
- Idade Média, 4-2, 5-1.
- Igreja Católica, 4-3, 5-1, 5-2, 7-14.
- Igualdade (princípio da), 2-11, 5-16, 9-23, 9-31, 10-37 a 10-40.
— e obrigação de diferenciação, 10-39.
— e princípio da justiça, 10-41.
— e proibição de discriminação, 10-39.
Limites práticos de operatividade do —, 10-40.
- Presupostos de relevância da violação do —, 10-38, 10-40.
- Sentido negativo do —, 10-38, 10-39.
- Sentido positivo do —, 10-38, 10-39.
- Ilícitude, 3-53.
Exclusão da —, 3-61.

- Imparcialidade (dos tribunais), 2-12, 6-5.
 Imparcialidade (princípio da), 5-16, 9-15, 9-39, 10-9, 10-20 a 10-28.
 Dimensão positiva do —, 10-21.
 Dimensão negativa do —, 10-21.
 — e parcialidade do agir administrativo, 2-34, 10-23, 10-41, 10-42, 10-44.
 Garantias preventivas da —, 10-24 a 10-28.
 Impedimento, 10-25, 10-27, 10-28.
 — absoluto, 10-25, 10-27, 10-28.
 — relativo, 10-26, 10-27, 10-28.
 Inamovibilidade (dos juízes), 2-12, 2-35.
 Incompetência, 9-35, 10-5, 10-47.
 Indiferimento tácito, 10-52.
 Independência (dos tribunais), 2-12, 2-35.
 Informação (direito dos particulares à), 7-30, 7-31, 9-34, 10-11.
 — por escrito, 7-31.
 Institutos públicos, 7-9, 7-10.
 Insuficiência económica (dos particulares), 10-54.
 Integração europeia, 4-38.
 Interdependência (dos órgãos administrativos), 2-12, 2-29, 2-32.
 Interesse indirectamente protegido, 10-12.
 Interesse legalmente protegido, 10-12.
 Distinção em relação ao direito subjectivo do —, 10-12, 10-13.
 — em Itália, 10-11.
 Regime do —, 10-11.
 Interesse público, 2-12, 2-22, 2-25, 2-32, 2-33, 2-36, 3-5, 3-11, 3-14, 3-17, 3-19, 3-52, 3-59, 3-69, 3-70, 3-78, 4-19, 5-16, 7-1, 7-2, 7-8, 8-33, 9-4, 9-7, 9-8, 9-14, 9-15, 9-17, 9-26, 9-37, 9-39, 10-1 a 10-7, 10-8, 10-9, 10-12, 10-21, 10-23, 10-43.
 Interesses privados,
 Interesse reflexivamente protegido, 10-12.
 Coincidência entre a prossecução de interesses públicos e afectação de —, 10-2.
 Prossecução pela administração de —, 10-4.
 Interpretação jurídica, 2-6, 3-31, 3-32, 3-33, 3-84 a 3-88, 9-11, 9-20, 9-21, 9-38.
 Invalidade, 3-42, 7-29, 7-34, 9-33, 10-4, 10-7, 10-51.
 Investimento de confiança, 10-34.
 Irresponsabilidade (dos juízes), 2-12, 2-35.
 Jurisprudência, 3-31, 3-56, 4-29, 4-34, 5-13.
Jus cogens (princípio da), 5-16, 10-34, 10-37, 10-41 a 10-43.
 Carácter limitado enquanto parâmetro de controlo da margem de livre decisão do —, 10-42.
 — e princípio da boa fé, 10-41, 10-42.
 — e princípio da igualdade, 10-41, 10-42.
 — e princípio da imparcialidade, 10-41, 10-42.
 — e princípio da proporcionalidade, 10-41, 10-42.
 Justiça delegada, 4-8, 5-4.
 Justiça reservada, 4-8, 5-4.
 Legalidade (da actuação administrativa), 9-7, 9-8, 10-41.
 Legalidade (princípio da), 1-29, 3-30, 3-87, 4-4, 5-16, 8-1 a 8-42, 9-1, 9-35, 10-1, 10-10, 10-31, 10-40.
 — como precedência de lei, 8-3, 8-7, 8-9, 8-11, 8-18 a 8-37, 8-38, 8-41.
 — como preferência de lei, 3-38, 3-39.
 4-11, 4-17, 6-8, 6-9, 8-3, 8-7, 8-10 a 8-17, 8-31, 9-37, 10-9.
 — como reserva de densificação normativa, 8-3, 8-22, 8-30, 8-38 a 8-41.
 — como reserva de lei, 2-27, 4-11, 4-17, 6-8, 6-9, 7-1, 7-10, 8-3, 8-4, 8-7, 8-8, 8-12, 8-13, 8-18 a 8-41, 9-3, 9-37, 10-9, 10-53.
 Fundamento democrático do —, 4-11, 8-30, 8-31, 8-32, 8-38, 8-39.
 Fundamento garantístico do —, 2-27, 8-4, 8-20, 8-27, 8-22, 8-38.
 Mudança do —, 8-42.
 — no Estado liberal, 4-4, 4-11, 8-4 a 8-8.
 — no Estado social, 4-17, 8-9.
 Legislação administrativa, 3-82.
 Legitimidade (do poder político),
 — democrática, 4-11, 6-12, 8-4, 8-6, 8-12, 8-13, 8-21, 8-27, 8-30, 8-31, 8-39.
 — fundamento nas monarquias constitucionais, 4-11, 4-17, 8-4, 8-6, 8-7, 8-9, 8-12, 8-21.
 — fundamento no Estado social, 8-6, 8-21, 8-27.
 — monárquica, 4-11, 8-6, 8-78-9, 8-12.
 Legitimidade democrático-representativa, 8-30, 8-31.
 — directa, 8-13.
 Preferência pela decisão dotada do maior grau de —, 8-31.
 Lei europeia, 3-26.
 Lei, 2-5, 2-11, 3-29, 6-11, 8-5, 8-7, 8-9, 8-11, 8-16, 8-21.
 — como fonte de direito administrativo, 3-28, 3-38.
 Lei-quadro europeia, 3-27.
 Liberdade avaliativa, 9-21 a 9-23.
 — e conceitos indeterminados, 9-22.
 — e discricionariedade, 9-22.
 Liberdade probatória, 9-24.
 Licenciamento, 1-1, 3-61, 3-65.
 Margem de livre apreciação, 6-7, 9-2, 9-12, 9-16 a 9-26, 9-27, 9-28, 9-29, 10-26.
 Estrutura da —, 9-25, 9-26.
 Funcionamento da —, 9-25, 9-26.
 Margem de livre decisão, 3-32, 6-7, 7-1, 8-40, 8-41, 8-42, 9-1 a 9-41.
 Consequências da —, 9-6 a 9-9.
 — e controlo jurisdiccional, 9-6 a 9-9, 9-35.
 — e princípio da igualdade, 9-5, 9-30.
 — e princípio da legalidade, 9-3.
 — e princípio da separação de poderes, 6-7, 9-4.
 — e segurança jurídica, 9-5, 9-30.
 — e vinculações legais, 9-37, 9-38.
 Fundamentos da —, 9-3 a 9-5.
 Limites da —, 9-35 a 9-41.
 Limites imanentes da —, 9-15, 9-36, 9-39, 9-40, 9-41, 10-1 a 10-54.
 Redução a zero da —, 9-40, 9-41.
 Mercado, 3-11, 3-63, 3-65, 4-5, 10-12.
 Mérito (da actuação administrativa), 6-8, 9-7, 9-8, 9-20, 9-35, 10-7, 10-41.
 Vícios de —, 10-7.
 Método jurídico tradicional, 3-86.
 Ministro, 7-19.
 Misticórdias, 5-1.
 Monarquia absoluta, 4-3.
 Monarquia Constitucional, 4-9.
 Município, 4-2, 4-7, 5-4, 7-10.
 Nacionalizações, 3-64, 5-7.
 Indemnização por —, 6-6.
 Necessidade (dimensão do princípio da proporcionalidade), 10-15, 10-16, 10-17.
 Necessidades colectivas, 2-8, 2-11, 2-12, 2-14, 4-6, 4-12, 4-18, 4-19, 4-31, 5-1, 7-4, 7-6, 7-21, 10-13.
 Negócio jurídico, 3-60.
 Norma do caso, 9-15.
 Normas, 2-6, 3-14, 3-87, 8-41, 9-4, 9-5, 9-13, 9-17, 9-18, 9-25, 9-27.
 — funcionais, 3-4.
 — organizativas, 3-3.
 — relacionais, 3-5.
 Notários, 3-62.
 Notificação dos actos administrativos (dever de), 7-29, 7-30.
 Nulidade (do acto administrativo), 3-19, 8-42.
 Obediência (dever de), 3-53.
 Objecto (da conduta administrativa), 9-37.
 Obrigação de diferenciação, 10-39.
 Obtenção de certidões (direito de), 7-30, 7-31.
 Offícios, 3-32.
 Offícios-circulares, 3-32.
 Oportunidade (da actuação administrativa), 9-7, 9-33, 9-38, 10-2.
 Ordem e segurança públicas (manutenção de), 2-15.
 Organismos corporativos, 3-63.
 Organismos de coordenação económica, 3-63.
 Organização administrativa, 3-3, 3-8, 3-74, 4-32, 7-1, 7-15, 7-24, 8-34.
 240

- Organizações internacionais, 3-36, 3-47, 8-11.
- Órgãos administrativos, 2-12, 2-32, 2-33, 3-3, 3-23, 6-7, 7-16 a 7-18.
- colegiais, 2-25, 3-4, 3-7.
- independentes, 7-19.
- Pacta sunt servanda* (princípio), 3-36.
- Parcialidade (do agir dos órgãos administrativos), 2-12, 2-29, 2-34.
- e princípio da imparcialidade, 10-23.
- Parecer europeu, 3-26.
- Parênteses (de juriconsultos), 3-33.
- Participação dos particulares (princípio da), — na formação das decisões administrativas, 5-16, 7-4, 7-26, 7-32.
- na gestão da administração, 5-16, 7-1, 7-4, 7-12, 7-26, 7-32 a 7-34.
- Paz jurídica, 2-7, 2-12.
- Pena,
- criminal, 3-48.
- disciplinar, 3-51, 3-58, 6-6.
- Pessoas colectivas administrativas, 2-22, 2-28, 2-30, 2-31, 2-32, 2-39, 3-3, 3-28, 3-39, 3-67, 3-88, 5-9, 7-4, 7-5, 7-6, 7-7, 7-8, 7-9, 7-10, 7-12, 8-34, 10-5.
- Planeamento, 2-4, 2-25, 2-26, 3-61, 4-19, 5-6.
- Plano administrativo, 9-1.
- Poder de quase-direcção, 7-25.
- Poder de substituição, 2-25, 8-36, 10-7.
- Poder de supervisão, 7-25, 8-32.
- Poder disciplinar, 3-51, 8-32.
- Poderes de autoridade, 2-39, 3-5, 3-10, 3-17, 3-67, 7-30.
- Poderes do delegante, 7-25.
- Política administrativa, 3-82.
- Posições jurídicas subjectivas dos particulares, 4-31, 5-16, 7-1, 7-2, 7-29, 9-15, 9-35, 10-8 a 10-11, 10-19, 10-53.
- Precedência de lei, 8-3, 8-9, 8-18, 8-19, 8-38, 8-41.
- e legalidade excepcional, 8-36.
- e procedimento administrativo, 8-35.
- institucional, 8-34.
- na administração infra-estrutural, 8-33.
- na administração prestacional, 8-26 a 8-30.
- na Constituição de 1976, 8-31 a 8-37.
- na esfera interna da administração, 8-32.
- restritiva de direitos fundamentais, 8-7, 8-8, 8-18, 8-23 a 8-25.
- Respeito pelas posições jurídicas subjectivas dos particulares (princípio da), 5-16, 7-2, 9-15, 10-8 a 10-13.
- e afectação de posições jurídicas subjectivas dos particulares pela administração, 10-9.
- e princípio da legalidade, 10-10.
- e restantes princípios de juridicidade da actividade administrativa, 10-9.
- Responsabilidade civil da administração, 3-6, 3-28, 3-60, 3-75, 7-30, 7-31, 10-7, 10-11, 10-12, 10-13, 10-35.
- Revolução de 1820, 5-3.
- Riscos (avaliação de), 9-23.
- Secretário de Estado, 7-19.
- Sector empresarial do Estado, 3-64, 10-7.
- Prosecução do interesse público (princípio da),
- e boa administração, 2-22, 5-16, 7-1, 7-2, 9-15, 9-37, 9-39, 10-1 a 10-7.
- e eficiência, 10-7.
- e mérito da actuação administrativa, 9-7, 10-7.
- Prova, 9-24, 10-28.
- Avaliação da —, 9-24.
- Recolha da —, 9-24.
- Provedor de Justiça, 3-23, 10-11.
- Psicologia administrativa, 3-82.
- Razoabilidade (dimensão do princípio da proporcionalidade), 10-15, 10-17, 10-18.
- Recomendação europeia, 3-26.
- Recursos materiais e humanos (gestão de), 2-8.
- Reforma administrativa de Mouzinho da Silveira, 4-9, 5-3.
- Reformas pombalinas, 5-2.
- Regime administrativo, 4-33, 4-35, 5-18.
- português, 5-3, 5-8 a 5-16.
- Regiões autónomas, 2-31, 3-23, 7-5, 7-6, 7-8.
- Regionalização, 5-7.
- Registro, 3-62, 3-66.
- Regras jurídicas, 2-2, 3-2, 3-84, 3-86.
- Regulação, 2-17, 3-8, 3-11, 3-65, 3-68, 4-19.
- Regulamento administrativo, 2-11, 3-5, 3-30, 3-52, 3-58, 4-15, 4-17, 5-14, 6-8, 6-11, 7-33, 7-34, 8-11, 8-12, 8-13, 8-16, 8-23, 8-27, 8-29, 8-30, 8-39, 9-1, 9-33, 9-35.
- autónomo, 3-29.
- como fonte de direito administrativo, 3-29, 3-39.
- de execução, 3-29.
- Forma do —, 3-39.
- independente, 3-29.
- Regulamento comunitário, 3-26.
- Relações especiais de poder, 8-25, 8-32, 8-37.
- Reserva de administração, 6-12, 6-13.
- em face da legislação, 6-9 a 6-11.
- em face da jurisdição, 6-7.
- Reserva de densificação normativa, 8-3, 8-22, 8-30, 8-38, 8-39.
- Propostas em concursos (avaliação de), 9-23.

- Segunda (II) Guerra Mundial, 3-50.
- Segurança jurídica, 8-17, 8-28, 9-5.
- Separação de poderes (princípio da), 3-50, 3-88, 4-32, 4-34, 5-14, 5-16, 6-1, 6-2 a 6-13, 7-1, 8-17, 9-4, 9-8, 9-9, 9-12, 9-20, 9-21, 10-7, 10-18.
- Concepção flexível do —, 6-2.
- Concepção rígida do —, 6-2, 10-53.
- Dimensão negativa do —, 6-3.
- Dimensão positiva do —, 6-3, 9-4.
- entre a administração e a jurisdição, 6-5 a 6-7, 9-8, 9-9, 9-12, 9-20, 9-21, 10-7, 10-18.
- entre a administração e a legislação, 6-8 a 6-13.
- no Estado liberal, 4-4, 4-8, 4-9, 4-10, 5-4.
- no Estado social, 4-15, 5-9.
- Separação entre Estado e sociedade, 3-64, 3-68, 4-5, 4-15, 4-17.
- Serviços administrativos, 2-16, 2-22, 2-25, 3-3, 3-59, 5-9, 6-2, 6-13, 7-3, 7-4, 8-34.
- Sistema de governo, 2-4, 4-1, 4-36.
- Governamentalização do —, 4-38.
- parlamentar, 4-36.
- presidencialista, 4-36.
- referendário, 4-36.
- representativo, 4-36.
- semidirecto, 4-36.
- semipresidencialista, 4-36, 5-11.
- Sistema de partidos, 4-11, 4-37, 5-12.
- de partido hegemónico, 4-37.
- de partido único, 4-37.
- pluripartidário, 4-37.
- Sistemas administrativos, 4-30 a 4-35.
- Convergência entre —, 4-34, 4-35.
- de administração executiva, 4-32.
- de administração judiciária, 4-31.
- Sistemas de direito, 3-30, 4-29 a 4-25.
- de *common law*, 4-29.
- romano-germânicos, 4-29.
- Situação de confiança, 10-34, 10-35.
- Sociedades anónimas de capitais públicos, 2-38.
- Sociologia da administração, 3-82.
- Subalterno, 2-32, 3-32, 3-51, 7-25, 9-33, 10-8.
- Subsidiariedade (princípio da), 7-14, 7-15.
- no direito comunitário, 7-14.
- no direito português, 7-14.
- Subsunção, 2-7, 3-86, 9-19, 9-20.
- Superintendência (poder de), 2-32, 3-39, 7-12, 7-25.
- Superior hierárquico, 2-32, 3-32, 3-39, 3-51, 7-25, 8-33, 9-27, 10-7, 10-27.
- Supremo Tribunal Administrativo, 5-5, 5-6.
- Suspeição 10-27.
- Teoria da administração, 3-82.
- Teoria da essencialidade, 8-28, 8-29, 8-30.
- Teoria da imprevisão, 3-60.
- Titulares de órgãos administrativos, 2-12, 2-35, 2-36, 2-37, 3-23, 3-52, 3-82, 4-9, 6-5, 7-12, 10-20, 10-25, 10-26.
- Tópica, 3-86.
- Tribunais administrativos, 3-54, 6-7, 9-36, 10-40, 10-43.
- como órgãos administrativos, 3-55, 4-9, 4-32.
- como órgãos jurisdicionais, 3-55, 4-9, 4-15, 5-14.
- em França, 3-56, 4-35.
- em Portugal, 3-33, 4-9, 4-10, 5-3, 5-4, 5-5, 5-6, 5-7, 5-14.
- no Estado liberal, 4-8, 5-3, 5-4, 5-5.
- no Estado social, 4-15.
- no Reino Unido, 4-34, 4-35.
- Tribunais comuns (ou judiciais), 4-31, 4-32, 4-33, 4-34, 4-35, 4-36, 5-3, 9-23.
- Tribunal Constitucional, 3-35.
- Tutela (poder de), 2-32, 3-39, 6-11, 7-12, 7-25, 10-7.
- Tutela da confiança (princípio da), 9-34, 10-29, 10-33 a 10-36, 10-40, 10-41, 10-42.
- Afloramentos normativos específicos do —, 10-36.
- Consequências da violação do —, 10-35.
- Pressupostos de relevância do —, 10-34.
- União Europeia, 3-26, 3-47, 4-36, 4-37, 5-15, 7-14, 8-42.
- Unidade da acção administrativa (princípio da), 5-16, 7-24, 7-25.
- e descentralização administrativa, 7-12.
- e desconcentração administrativa, 7-24.
- e poder de direcção, 7-23, 7-25.
- e poder disciplinar, 7-25.
- e poder de quase-direcção, 7-25.
- e poder de superintendência, 7-25.
- e poder de supervisão, 7-25.
- e poder de tutela, 7-25.
- Universidades públicas, 5-3, 6-12, 7-6, 7-7, 7-9, 7-13.
- Validade, 3-42.
- Vício de forma, 9-35, 10-51.
- Vida social (direcção da), 2-4, 2-11, 2-17.
- Vinculação administrativa, 3-32, 8-11, 8-40, 8-42, 9-11, 9-12, 9-37, 9-41, 10-31.
- Vontade (como pressuposto da conduta administrativa), 9-37.