

DIREITO ADMINISTRATIVO GERAL I
INTRODUÇÃO E DIREITO DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

FDUP, Lições ao 2.º Ano de Direito

João Pacheco de Amorim

Porto
Ano Letivo 2016-2017
1.º Semestre

ÍNDICE

INTRODUÇÃO

TÍTULO I

NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Cap. I

NOÇÕES FUNDAMENTAIS

1. DIREITO ADMINISTRATIVO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E INTERESSE PÚBLICO

1.1. NOÇÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

1.2. SIGNIFICADO DE ADMINISTRAR

1.3. O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

1.3.1. Noções gerais

1.3.2. Interesse público primário e interesses públicos secundários

1.3.3. Princípio da prossecução do interesse público e princípio da legalidade

1.3.4. Prossecução do interesse público e proteção dos direitos e interesses dos particulares

2. VÁRIOS SENTIDOS DO CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. NOÇÕES GERAIS

2.1.1. Administração pública em sentido subjetivo ou organizativo

2.1.2. Administração pública em sentido objetivo: os sentidos material, funcional e fomral

2.2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SENTIDO ORGANIZATIVO

2.2.1. Noções prévias

2.2.2. Administração estadual

a) Entrada no tema

b) Administração estadual direta

c) Administração estadual indireta

d) Administração estadual independente

2.2.3. Administração autónoma

a) Administração autónoma territorial

b) Administração autónoma funcional

2.3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SENTIDO OBJETIVO

2.3.1. Administração pública em sentido material

2.3.2. Administração pública em sentido funcional

2.3.3. Administração pública em sentido formal

3. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E OUTRAS FUNÇÕES DO ESTADO

3.1. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

3.1.1. Noções prévias

3.1.2. Os vários sentidos da expressão (princípio da) separação de poderes

a) Separação de poderes em sentido político

b) Separação de poderes em sentido organizativo

c) Separação de poderes em sentido funcional ou material

3.2. A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DE UMA SEPARAÇÃO FUNCIONAL OU MATERIAL DAS FUNÇÕES DO ESTADO

3.2.1. Evolução histórica do princípio da separação de poderes: da separação (rígida) de poderes à divisão (flexível) de poderes

3.2.2. Distinção entre a função administrativa e a função legislativa

3.2.3. Distinção entre a função administrativa e a função jurisdicional

3.2.4. Distinção entre a função administrativa e a função política ou governamental

3.2.5. Caracterização tipológica (material) da função administrativa

Cap. II

PERSPETIVA HISTÓRICA E COMPARATÍSTICA

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1. ÉPOCA MEDIEVAL (O «ESTADO DE JUSTIÇA»: A «AUSÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA»)

1.1.1. Uma forma sui generis de organização política da sociedade (o «Estado de Justiça»)

1.1.2. A estrutura sociopolítica do Feudalismo (a «ausência de Administração Pública»)

1.1.3. Os embriões da Administração Pública

1.2. ÉPOCA MODERNA ("O ESTADO SEM DIREITO"): EM ESPECIAL, A SUBÉPOCA DO «ESTADO DE POLÍCIA»

1.2.1. Constituição do Estado moderno e formação da Administração (séc. XV-XVI)

1.2.2. O crepúsculo das figuras medievais

1.2.3. A evolução para o «Estado-de-Polícia» (séc. XVII-XVIII)

1.3. A ÉPOCA CONTEMPORÂNEA

1.3.1. O Estado de Direito Liberal

- a) O Estado de Direito Liberal do séc. XIX e a sua Administração: princípios políticos fundamentais
- b) A conceção liberal do Estado e da Administração
- c) O liberalismo económico
- d) O modelo jurídico liberal: traços gerais
- e) O modelo jurídico liberal (cont.): Estado Liberal e direito público
- f) O modelo jurídico liberal (cont.): uma ordem jurídica assente no contrato, no direito de propriedade e, por fim, na proteção da empresa capitalista: a mercantilização do direito

1.3.2. O «Estado de Direito Social» ou «Estado Administrativo» do séc. XX

- a) Transição do Estado Liberal para o Estado Social
- b) Traços essenciais do Estado Social de Direito ou Estado Administrativo
- c) As transformações sofridas pelo direito público: do princípio da legalidade ao princípio da juridicidade
- d) As transformações sofridas pelo direito público (cont.): do princípio da legalidade ao princípio da juridicidade
- e) As transformações sofridas pelo direito público (cont.): o novo conceito de lei
- f) As transformações sofridas pelo direito público (cont.): a evolução do princípio da separação de poderes: de uma separação rígida a uma divisão funcional e flexível

1.3.3. Último quartel do Século XX e primeira década do séc. XXI: contexto global da crise do Estado Social ou Administrativo

- a) A crise do Estado Social; o ressurgimento do liberalismo económico
- b) A implosão da URSS e a «globalização»; a UEM e o alargamento da UE a leste
- c) A Globalização e conseqüente desindustrialização das economias ocidentais

1.3.4. Último quartel do Século XX e primeira década do séc. XXI (cont.): a reforma do Estado Social ou Estado Administrativo:

- a) As privatizações e a passagem do Estado prestador ao Estado regulador
- b) Privatização formal, privatização material, privatização organizativa e privatização funcional
- c) O conceito inovador de regulação pública

2. OS SISTEMAS DE ADMINISTRAÇÃO

2.1. O SISTEMA BRITÂNICO OU DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

2.2. O SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO EXECUTIVA OU CONTINENTAL

2.3. A PROGRESSIVA CONVERGÊNCIA DOS DOIS SISTEMAS

TÍTULO II
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO

Cap. I

A ADMINISTRAÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO: A PROBLEMÁTICA DO PODER DISCRICIONÁRIO

1. NOÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

1.1. ENTRADA NO TEMA

1.1.1. Primeira noção de discricionariedade administrativa

1.1.2. Discricionariedade quanto ao conteúdo e demais elementos do ato administrativo

1.2. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COMO ESPÉCIE DO GÉNERO «DISCRICIONARIEDADE»: AS DISCRICIONARIEDADES POLÍTICA, LEGISLATIVA E JUDICIAL

1.2.1. As discricionariedades política, legislativa e judicial

1.2.2. Discricionariedade legislativa e discricionariedade administrativa

1.2.3. Discricionariedade judicial e discricionariedade administrativa

1.3. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVAS EM PERSPETIVA HISTÓRICA

1.3.1. Nos primórdios do Estado Liberal

1.3.2. Na transição para o Estado Administrativo do séc. XX

1.3.3. Antecipação de algumas considerações críticas sobre a abordagem tradicional à problemática da discricionariedade administrativa

1.4. OS TRÊS DISTINTOS PLANOS EM QUE SE COLOCA A PROBLEMÁTICA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

1.4.1. Razão de ordem

1.4.2. O plano da identificação ou localização da discricionariedade na estrutura lógico-formal da norma jurídico-administrativa (perspetiva teórico-normativa)

1.4.3. O plano do alcance e limites do controlo jurisdicional dos atos administrativos discricionários (perspetiva jurídico-metodológica)

1.4.4. O plano dos limites constitucionais à atribuição pelo legislador de poderes discricionários à Administração Pública (perspetiva dogmático-constitucional)

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONCEITOS NORMATIVOS IMPRECISOS

2.1. INTERPRETAÇÃO, INTEGRAÇÃO DE LACUNAS EXTRALEGAIS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.2. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM SENTIDO ESTRITO

2.2.1. Discricionariedade administrativa como resultante de indeterminações normativas estruturais e conceituais

2.2.2. Indeterminações normativas estruturais e discricionariedade de escolha criativa

a) A discricionariedade de decisão

b) A discricionariedade de escolha de medida

c) A discricionariedade de escolha criativa, já no âmbito das indeterminações conceituais

2.3. OS CONCEITOS NORMATIVOS IMPRECISOS

2.3.1. Os conceitos normativos no direito administrativo e nos outros ramos do direito

2.3.2. Conceitos subjetivos ou discricionários e conceitos classificatórios

a) Entrada no tema

b) Os conceitos subjetivos ou discricionários

c) Os conceitos classificatórios: conceitos jurídicos, conceitos técnico-científicos e conceitos descritivo-empíricos

2.3.3. Os conceitos imprecisos-tipo: as teorias da margem de livre apreciação

a) Entrada no tema

b) A teoria dos conceitos imprecisos de W. Jellinek e a teoria da folga de Otto Bachof

c) As teorias da defensabilidade (de Ule) e da razoabilidade (de origem francesa)

d) Recondução da operação de preenchimento do conceito na chamada margem de livre apreciação à figura geral da discricionariedade administrativa.

3. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E PRERROGATIVAS DE AVALIAÇÃO; NATUREZA E FUNDAMENTO DA DISCRICIONARIEDADE; LEGALIDADE VS JURISDICIDADE

3.1. A RESERVA DE DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO: AS PRERROGATIVAS DE AVALIAÇÃO

3.1.1. Noções prévias

3.1.2. A qualidade do sujeito administrativo

3.1.3. A qualidade da matéria

3.1.4. O tipo ou modo de decisão

3.2. NATUREZA E FUNDAMENTO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

3.2.1. A regra da discricionariedade administrativa como habilitação legal para a Administração completar ou integrar o pressuposto de facto normativo imperfeito.

3.2.2. As exceções à regra: alguns exemplos de verdadeira liberdade de escolha entre duas ou mais consequências jurídicas possíveis

3.2.2. Poder discricionário e poder regulamentar

3.3. A SUBMISSÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO AO DIREITO: JURIDICIDADE VERSUS LEGALIDADE

3.3.1. No Estado Liberal, a sujeição da Administração à lei sob o signo das competências vinculadas

3.3.2. Com a transição para o Estado Social, a ampliação da discricionariedade administrativa

3.3.3. As primeiras reações à ampliação do fenómeno da discricionariedade administrativa

3.3.4. Da legalidade à juridicidade: os princípios gerais da atividade administrativa

Cap. II

A ADMINISTRAÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO (CONT.): OS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1. NOÇÕES PRÉVIAS

1.1.1. A relevância dos princípios gerais de direito administrativo em toda a atividade da Administração

1.1.2. Princípios gerais de direito, princípios gerais com assento constitucional, princípios gerais com valor reforçado em sectores especiais do direito administrativo e princípios especiais privativos desses sectores

1.1.3. Regras jurídicas e princípios jurídicos: a lógica dos princípios, por contraposição à das regras

1.2. AS FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

1.2.1. Função positiva e função negativa

1.2.3. Função interpretativa e função integrativa

2. OS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

2.1.1. Os subprincípios do primado da lei, da precedência de lei e da reserva de lei

2.1.2. Significado e alcance do princípio da precedência de lei

2.1.3. Alcance do princípio da legalidade relativamente à atividade dos privados e à atividade de gestão privada da Administração

2.1.4. Consequências possíveis da inobservância da lei pela Administração

2.2. OS PRINCÍPIOS DA PROSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E DO RESPEITO PELOS DIREITOS E INTERESSES LEGALMENTE PROTEGIDOS DOS PARTICULARES

2.2.1. Poder discricionário da administração *vs* autonomia privada

2.2.2. A contraposição de interesses a dirimir pela Administração no exercício do poder discricionário

2.2.3. A correspondência entre poderes vinculados e direitos subjetivos públicos perfeitos, e entre poderes discricionários e interesses legalmente protegidos dos particulares

2.3. O PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO

2.3.1. O princípio da boa administração do novo CPA: os valores da eficiência, economicidade e celeridade.

2.3.2. Perspetiva tradicional do princípio da boa administração: a sua fraca relevância jurídica face aos demais princípios gerais da atividade administrativa.

2.3.3. Significado e alcance da positivação do princípio da boa administração em sede de controlo jurisdicional da Administração.

2.4. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.4.1. O princípio da igualdade na Constituição; sentido e implicações da consagração do princípio no CPA

2.4.2. A (auto)vinculação ao precedente: a propósito da figura das “diretivas de discricionariedade”, as diferentes naturezas do poder discricionário e do poder regulamentar

2.4.3. Sanções da violação do princípio da igualdade pela Administração

2.5. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.5.1. O princípio da proporcionalidade: sentido e alcance; as vertentes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

2.5.2. Em especial, a proporcionalidade em sentido estrito.

2.5.3. A aparente dimensão meramente garantística das vertentes da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

2.5.4. A aparente dimensão meramente funcional da vertente da adequação

2.5.5. A proibição de defeito ou proibição de proteção insuficiente

2.6. OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA, DA RAZOABILIDADE E DA RACIONALIDADE

2.6.1. Noções prévias

a) Entrada no tema

b) Esboço de distinção dos elementos referentes ao princípio da justiça e ao princípio da razoabilidade

c) Breve consideração sobre a função também interpretativa dos princípios gerais da atividade administrativa.

2.6.2. O princípio da justiça

- a) Entrada no tema
- b) Breve excursão sobre a ideia de Direito enquanto referência última do princípio da justiça.
- c) Relevância jurídica do princípio da justiça

2.6.3. O princípio da razoabilidade: características distintivas

2.6.4. O princípio da racionalidade: confronto com os princípios da justiça e da razoabilidade

2.7. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

2.7.1. Entrada no tema

2.7.2. Funções preventiva e sucessiva do princípio da imparcialidade

2.7.3. A dimensão procedimental e organizativa do princípio da imparcialidade (remissão)

2.8. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

2.8.1. Entrada no tema

2.8.2. A boa-fé subjetiva

2.8.3. A boa-fé objetiva ou tutela da confiança

Cap. III

A ADMINISTRAÇÃO E O DIREITO PRIVADO

3.1. INTRODUÇÃO

3.1.1. Noções gerais

- a) O direito administrativo como quadro regulador próprio da Administração
- b) O contencioso próprio da Administração
- c) O direito privado como direito definidor dos limites à atividade lícita da Administração
- d) A utilização pela Administração dos instrumentos jurídicos de direito privado (remissão)
- e) O contencioso da atividade de direito privado da Administração

3.1.2. A atividade contratual pública da Administração

- a) O princípio da autonomia contratual administrativa; o contrato administrativo e respetivo regime substantivo geral
- b) Os contratos administrativos nominados: o contrato de trabalhos em funções públicas, os contratos de compras públicas e os contratos de concessão
 - a) A sujeição dos procedimentos de formação do contrato de trabalhos em funções públicas, dos contratos de compras públicas, dos contratos de concessão e do contrato público de sociedade a um regime de direito administrativo procedimental
 - b) Contrato administrativo e contrato público sem natureza de contrato administrativo

3.1.3. A atividade contratual privada da Administração

a) Os contratos de prestação de serviços, de alienação e locação ativa de bens móveis, de constituição de sociedades de economia mista e sobre bens imóveis; os demais contratos de direito privado

b) Breve comentário sobre a recente publicização dos contratos de aquisição de serviços e de locação e aquisição de bens móveis

3.1.4. O contencioso da atividade contratual da Administração

3.2. O DIREITO ADMINISTRATIVO PRIVADO

3.2.1. A submissão ao direito administrativo de certos aspetos relativos à formação e à vida e execução dos contratos de direito privado da Administração

a) Entrada no tema

b) A submissão a normas de direito administrativo (procedimental) dos procedimentos de formação de contratos de direito privado de carácter económico cujo objeto abranja prestações que estejam ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado.

c) A submissão também a algumas normas de direito administrativo substantivo da vida e execução de contratos de direito privado de carácter económico cujo objeto abranja prestações que estejam ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado

d) A submissão ao princípio administrativista da decisão prévia de todos os contratos da Administração, incluindo os de direito privado, mesmo fora do âmbito de aplicação da Parte II do CCP

3.2.2. Aplicação à Administração dos princípios gerais e normas do Código do Procedimento Administrativo concretizadoras de preceitos constitucionais em sede de gestão privada e execução técnica (material)

a) Âmbito subjetivo de aplicação do art.º 2.º/3 do CPA

b) Âmbito objetivo de aplicação do art.º 2.º/3 do CPA e problemas suscitados por esta previsão

3.3. A FUGA PARA O DIREITO PRIVADO

3.3.1. Noções gerais

3.3.2. A «fuga para o direito privado», com multiplicação do fenómeno da «dupla capacidade jurídica» (uma de direito privado e outra de direito público)

a) Um exemplo de «dupla capacidade jurídica»: a Agência para a Modernização Administrativa, IP

b) Outros casos de inteiras categorias de entes públicos com «dupla capacidade jurídica»: as entidades reguladoras independentes, as associações públicas profissionais e as fundações públicas universitárias

3.3.3. O contencioso da atividade das pessoas coletivas públicas sujeitas em primeira linha ao direito privado e de quaisquer entidades privadas, quando investidas em poderes públicos, e tal atividade se desenvolva ao abrigo destes poderes

PARTE II
DIREITO DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

TÍTULO I
NOÇÕES GERAIS E SISTEMA ORGANIZATIVO

Cap. I

A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA: NOÇÃO E PRINCÍPIOS GERAIS

1. NOÇÃO DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

2. OS PRINCÍPIOS GERAIS DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E O SISTEMA ORGANIZATIVO NELES FUNDADO

2.1. ENTRADA NO TEMA: NOÇÃO DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

2.2. O PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO

2.2.1. O conceito de descentralização

2.2.2. Descentralização em sentido estrito (descentralização territorial) e descentralização técnica ou funcional ou devolução de poderes

2.2.3. A Devolução de Poderes

2.3. O PRINCÍPIO DA DESCONCENTRAÇÃO

2.3.1. O conceito de desconcentração; desconcentração originária e derivada

2.3.2. A desconcentração originária

a) Noções gerais

b) Desconcentração originária intersubjetiva

c) Desconcentração originária intersubjetiva com transferência de atribuições

d) Desconcentração originária intersubjetiva com transferência de atribuições ou desconcentração personalizada

2.3.3. A desconcentração derivada ou delegação de poderes: noções prévias; a delegação de poderes por contrato administrativo

a) Noções prévias

b) A delegação de poderes por contrato administrativo: uma delegação intersubjetiva com partilha de atribuições

2.3.4. A desconcentração derivada ou delegação de poderes (cont.): a delegação de poderes por ato administrativo

a) A delegação de poderes por ato administrativo: entrada no tema

b) A delegação de poderes por ato administrativo (cont.): a delegação intersubjetiva sem partilha de atribuições

c) A delegação de poderes por ato administrativo (cont.): pressupostos

d) A delegação de poderes por ato administrativo (cont.): regime

e) A delegação de poderes por ato administrativo (cont.): natureza

2.4. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

2.4.1. Noções prévias

- a) Entrada no tema
- b) Participação individual e coletiva
- c) Participação consultiva e participação com associação ao exercício do poder

2.4.2. O fenómeno da participação de privados na gestão dos negócios públicos

- a) A essência do fenómeno da participação
- b) A participação coletiva na gestão da Administração através da representação de interesses setoriais
- c) As associações públicas de entidades privadas como típica modalidade de participação dos interessados da gestão dos negócios públicos
- d) Distinção entre a modalidade de participação dos interessados na gestão dos negócios públicos através de associações públicas e a descentralização (territorial)
- e) A associação de entidades privadas (concessionários e outros) ao exercício da função administrativa

2.5. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

2.5.1. O conceito de subsidiariedade

2.5.2. O princípio da subsidiariedade como diretiva constitucional dirigida ao legislador ou como critério de repartição de competências entre o Estado e as autarquias locais imediatamente aplicável no silêncio da lei

- a) Entrada no tema
- b) A prévia e necessária delimitação por lei dos domínios de atuação em cujo âmbito podem as autarquias locais «ocupar», através de regulamentos seus, os «espaços livres» deixados pelo legislador
- c) Princípio da subsidiariedade e proibição de o legislador estabelecer uma lista taxativa de atribuições

2.6. O PRINCÍPIO DA UNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO

2.6.1. Noções prévias

2.6.2. Relações de suprainfraordenação entre sujeitos públicos: os poderes de direção ou hierárquicos, de superintendência e de tutela (remissão)

2.6.2. Relações de equiordenação entre sujeitos públicos: a articulação das respetivas atuações por força dos princípios da coordenação, da cooperação e da colaboração

- a) Noções prévias
- b) O princípio da coordenação
- c) O princípio da cooperação
- d) O princípio da colaboração

2.7. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE COMO PRINCÍPIO TAMBÉM DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

2.7.1. Entrada no tema

2.7.2. O imperativo constitucional da dimensão também organizativa e procedimental do princípio da imparcialidade: a vinculação não só da Administração, mas igualmente do legislador

2.7.3. O reforço das garantias constitucionais de imparcialidade trazido pela doutrina do «duplo caráter» dos direitos fundamentais

2.7.4. O caso em particular das associações públicas

2.7.5. O acolhimento pelo novo CPA das dimensões organizativa e procedimental do princípio da imparcialidade

Cap. II

OS ELEMENTOS DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

1. PESSOAS COLETIVAS PÚBLICAS, ÓRGÃOS E SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1. PESSOAS COLETIVAS PÚBLICAS

1.1.1. Entrada no tema

1.1.2. A natureza privada das pessoas coletivas de utilidade pública e demais pessoas coletivas de interesse público

1.1.3. Natureza jurídico-organizativa e natureza profunda (pública ou privada) das pessoas coletivas

1.1.4. Critérios de distinção entre pessoas coletivas de direito público e pessoas coletivas de direito privado

a) Noções gerais

b) Critério da iniciativa

c) Critério do fim

d) Critério da capacidade jurídica

1.2. ÓRGÃOS E SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS

1.2.1. Noções gerais

a) Entrada no tema: conceito de órgãos e serviços administrativos

b) Os órgãos administrativos

c) Os serviços administrativos

d) O direito administrativo como direito dos órgãos e serviços administrativos

e) Órgãos, agentes e serviços

f) Titulares de órgãos e demais pessoas físicas com vínculo à Administração Pública

1.2.2. Tipologia dos órgãos administrativos

- a) Órgãos primários, órgãos secundários e órgãos vicários
- b) Órgãos ativos, consultivos e de controle

1.2.3. Outras classificações: órgãos singulares e colegiais, simples e complexos, centrais e locais, permanentes e não permanentes

- a) Órgãos singulares e colegiais
- b) Órgãos colegiais simples e complexos
- c) Órgãos centrais e locais
- d) Órgãos permanentes e não permanentes

2. ATRIBUIÇÕES, COMPETÊNCIAS E LEGITIMAÇÃO

2.1. NOÇÕES GERAIS

2.1.1. Distinção entre atribuições, competências e condições de legitimação

2.1.2. Princípio da legalidade da competência (e das atribuições)

2.2. VIOLAÇÃO DE COMPETÊNCIAS, VIOLAÇÃO OU FALTA DE ATRIBUIÇÕES E FALTA DE LEGITIMAÇÃO

2.2.1. Incompetência simples

2.2.2. Violação ou falta de atribuições

2.2.3. Falta de legitimação

2.3. TIPOLOGIA DAS COMPETÊNCIAS

2.3.1. Tipos de competências de âmbito geral atribuídas aos órgãos

- a) Competência explícita e implícita
- b) Competência livre e condicionada
- c) Competência dispositiva, revogatória e anulatória
- d) Competência própria e delegada
- e) Competência singular e conjunta
- f) Competência acumulada e simultânea

2.3.2. Tipos de competências no âmbito específico das relações interorgânicas: competências próprias, exclusivas e independentes

- a) Competências próprias, exclusivas e independentes
- b) Distinção entre competência exclusiva e competência independente

TÍTULO II

OS SETORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; TIPOLOGIA E REGIME DAS PESSOAS COLETIVAS PÚBLICAS; AS RELAÇÕES INTERORGÂNICAS

Cap. I

OS SETORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TIPOLOGIA E REGIME DAS PESSOAS COLETIVAS PÚBLICAS

1. NOÇÕES GERAIS

1.1. OS SETORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.2. AS PESSOAS COLETIVAS PÚBLICAS

2. ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL: A ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL DIRETA

2.1. NOÇÕES GERAIS: O ESTADO ADMINISTRAÇÃO

2.2. O GOVERNO

2.2.1. Noções prévias

a) O Governo como órgão do Estado simultaneamente legislativo, político e executivo ou administrativo

b) Competência administrativa

c) Composição

d) O Conselho de Ministros

e) O Primeiro-ministro e os ministros

2.3. OS MINISTÉRIOS

2.3.1. Os grandes núcleos das pastas ministeriais: as funções de soberania, de política interna, económico-financeiras, sociais e técnicas

2.3.2. A organização interna dos ministérios

3. ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL (CONT.): A ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL INDIRETA

3.1. ENTES PÚBLICOS FUNCIONAIS DE TIPO INSTITUCIONAL OU FUNDACIONAL

3.1.1. Noções prévias

a) Institutos públicos e associações públicas

b) As grandes classificações das pessoas coletivas no direito privado e no direito administrativo: em especial, as pessoas coletivas públicas sem substrato pessoal

c) A autonomização, relativamente à categoria originária dos institutos públicos, de novas categorias de pessoas coletivas públicas

3.1.2. Os Institutos Públicos

a) Conceito

b) Regime

c) Superintendência e tutela, estrutura orgânica, nomeação e destituição dos membros do conselho diretivo

3.1.3. As Fundações Públicas de Direito Privado

- a) Noções prévias
- b) As fundações públicas: fundações públicas de direito público e fundações públicas de direito privado
- c) As fundações públicas de direito privado: critérios de delimitação da figura
- d) As fundações públicas de direito privado (cont.): regime jurídico

3.1.4. As Entidades Públicas Empresariais

- a) Noções gerais
- b) Regime jurídico

3.2. FIGURAS CONTROVERTIDAS

3.2.1. As associações públicas (remissão)

3.2.2. Os concessionários de serviços públicos e demais as entidades privadas com poderes públicos

3.2.3. As entidades privadas com influência dominante pública (administração pública em forma privada)

4. ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL (CONT.): ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL INDEPENDENTE

4.1. NOÇÕES PRÉVIAS

4.1.1. As entidades administrativas independentes na Constituição e na Lei

4.1.2. Breve caracterização da Administração independente

- a) Independência, neutralidade e autoridade
- b) a legitimidade técnico-científica

4.1.3. Distinção, na categoria genérica dos órgãos independentes do Estado, entre os órgãos auxiliares político-constitucionais e as autoridades administrativas independentes

4.1.4. As distintas categorias das autoridades administrativas independentes e das entidades reguladoras independentes

- a) Entrada no tema
- b) As autoridades administrativas independentes
- c) As entidades reguladoras independentes

4.2. PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL AS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES

4.2.1. Entrada no tema: o déficit de legitimidade democrática da chamada Administração independente

4.2.2. A exigência decorrente do princípio democrático de uma ininterrupta cadeia de legitimação, desde o «povo do estado» até aos órgãos públicos, através de um sistema de conexões

4.2.3. O problema em aberto da falta de legitimação democrática organizativo pessoal de que padece a Administração independente

5. ADMINISTRAÇÃO AUTÓNOMA; A ADMINISTRAÇÃO AUTÓNOMA TERRITORIAL: OS ENTES PÚBLICOS TERRITORIAIS

5.1. O ESTADO E AS REGIÕES AUTÓNOMAS

5.1.1. Estado (remissão)

5.1.2. Regiões autónomas

5.2. AS AUTARQUAIS LOCAIS; EM ESPECIAL, OS MUNICÍPIOS

5.2.1. Noções gerais

5.2.2. Autarquias locais e poder local

5.2.3. As freguesias

5.2.4. Os municípios:

a) Os órgãos municipais: a assembleia municipal, a câmara municipal e o presidente da câmara

b) Os órgãos municipais (cont.): os serviços municipalizados

c) Os órgãos municipais (cont.): os vereadores com pelouro no exercício de competências delegadas e os dirigentes dos serviços municipais

5.2.5. As associações de municípios e de freguesias: em especial, as entidades intermunicipais

a) As associações de municípios na Lei Fundamental

b) Associações de municípios (e de freguesias) de tipo cooperativo e de tipo sindical

c) Associações públicas de municípios (e de freguesias) e associações privadas de municípios (e de freguesias)

d) Estrutura orgânica das Áreas Metropolitanas e das Comunidades Intermunicipais

6. ADMINISTRAÇÃO AUTÓNOMA (CONT.): A ADMINISTRAÇÃO AUTÓNOMA FUNCIONAL

6.1. RAZÃO DE ORDEM

6.2. OS ENTES PÚBLICOS ASSOCIATIVOS OU ASSOCIAÇÕES PÚBLICAS

6.2.1. As associações públicas como Administração autónoma

6.2.2. As associações públicas na Constituição de 1976

6.2.3. Associações públicas de entidades privadas: as associações públicas profissionais ou Ordens profissionais

a) Entrada no tema: o regime geral das associações públicas profissionais

b) Critérios de constituição de novas associações públicas profissionais e exclusão dos interesses socioeconómicos privativos dos seus membros do leque das atribuições possíveis destes entes

c) Requisitos para a inscrição dos candidatos à profissão nas Ordens profissionais

d) Proibição de *numerus clausus* e de sistemas de acreditação de cursos universitários

e) Aspectos organizativos

f) Correspondência prática das expressões associação pública profissional e Ordem profissional

6.2.4. Associações Públicas Mistas: as Entidades Regionais de Turismo

6.3. ENTES PÚBLICOS COM DUPLO SUBSTRATO (INSTITUCIONAL E CORPORATIVO): AS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR PÚBLICO

6.3.1. Noções prévias

- a) Os dois formatos jurídico-organizativos das instituições de ensino superior público, de instituto público e de fundação pública de direito privado
- b) A sujeição das instituições de ensino superior público com formato jurídico-organizativo de instituto público (formato comum) à LQIP; primeiro confronto com as diretrizes constitucionais

6.3.2. As universidades públicas e demais instituições de ensino superior público como Administração autónoma

- a) As instituições de ensino superior público como entidades com substrato também pessoal
- b) As duas dimensões estruturantes da autonomia universitária
- c) As vinculações impostas ao legislador pelo princípio constitucional da autonomia universitária, também no respeitante à sua segunda dimensão, de definição do respetivo modelo de organização e à gestão dos seus assuntos, das suas finanças e do seu património
- d) O imperativo constitucional da pertença das universidades públicas e demais instituições de ensino superior público à Administração autónoma, e não à Administração indireta do Estado-

Cap. II
RELAÇÕES INTERORGÂNICAS

1. NOÇÕES PRÉVIAS

1.1. RELAÇÕES DE SUPRAINFRAORDENAÇÃO E DE EQUIORDENAÇÃO

1.2. RELAÇÕES INTERORGÂNICAS INTERNAS E EXTERNAS:

2. AS RELAÇÕES INTERORGÂNICAS INTERNAS E HIERARQUIA ADMINISTRATIVA

1.1. NOÇÕES PRÉVIAS

2.1.1. Conceito de hierarquia administrativa

2.1.2. A hierarquia como modalidade regra de articulação entre órgãos e serviços administrativos

2.1.3. Hierarquia e desconcentração de poderes

2.1.4. Hierarquia própria e imprópria

2.2. COMPETÊNCIAS DO SUPERIOR HIERÁRQUICO

2.2.1. Noções gerais

2.2.2. O conjunto de poderes de direção (em sentido amplo) do superior hierárquico

a) Poder de decisão (ou direção em sentido estrito)

b) Poder de substituição

c) Poder disciplinar

d) Poder de supervisão

e) Poder de inspeção

f) Poder de decidir conflitos de competência

2.3. DEVERES DO SUBALTERNO

3. AS RELAÇÕES INTERORGÂNICAS EXTERNAS: SUPERINTENDÊNCIA E TUTELA

3.1. NOÇÕES GERAIS

3.2. RELAÇÃO DE SUPERINTENDÊNCIA

3.2.1. Noções prévias

3.2.2. A superintendência como contrapartida da devolução de poderes

3.2.3. A titularidade pelo Governo dos poderes de superintendência sobre a Administração indireta *ex vis constitutionem*

3.2.4. A compatibilidade da superintendência fraca com a autonomia ou independência do ente superintendido

2.3. RELAÇÃO DE TUTELA

2.3.1. Noções gerais

2.3.2. Tipos de tutela administrativa

- a) Tipos de tutela quanto ao parâmetro do controle: tutela de mérito e tutela de legalidade
- b) Tipos de tutela quanto ao conteúdo do controle: tutelas substitutiva, inspetiva, integrativa, revogatória e sancionatória
- c) Tipos de tutela quanto à intensidade do controle: *tutela forte* e *tutela fraca*
- d) Regime jurídico da tutela administrativa

DIREITO ADMINISTRATIVO GERAL

I. Introdução e Organização Administrativa

INTRODUÇÃO

TÍTULO I

NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Cap. I

NOÇÕES FUNDAMENTAIS

1. DIREITO ADMINISTRATIVO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E INTERESSE PÚBLICO

1.1. NOÇÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Antes de esboçarmos uma primeira noção de Administração Pública, importa que fiquemos com uma ideia genérica do que é o Direito Administrativo.

Pois bem, o Direito Administrativo é um ramo do Direito Público formado por um conjunto de normas (de regras e princípios) dotadas de uma lógica própria e com traços específicos, normas essas que regulam a organização, o funcionamento e a atividade da Administração Pública.

Não obstante o direito administrativo visar também a proteção dos particulares, ele está vocacionado em primeira linha para a tutela do interesse público, e não de interesses privados – diferentemente do que acontece com o direito privado (que protege numa lógica paritária por os interesses contrapostos do vendedor e do comprador, do comerciante e do consumidor, dos cônjuges, do senhorio e do arrendatário, etc., etc.).

O Direito Administrativo tem pouco mais de duzentos anos de idade: ele só surge com o advento do Estado Liberal (cuja origem se convencionou remontar à Revolução Francesa de 1789), a partir do momento em que a Administração Pública passa a ter que se sujeitar à lei; o mesmo é dizer, desde que o poder executivo do Estado se passa a subordinar a um direito escrito, obrigatoriamente emanado por um outro poder do Estado independente do mesmo executivo, ou seja, pelo Parlamento, assembleia representativa que agora goza do monopólio de criação do direito.

Não significa isto que a função administrativa do Estado não exista há mais tempo do que o Direito Administrativo que desde então a rege: tal função existe desde que emergiu o Estado como forma histórica de organização política da sociedade, ou seja,

desde os séculos XIV / XV. O que acontece é que tal função só ganha autonomia relativamente às demais funções do Estado com o advento do Estado Liberal (a partir por conseguinte da Revolução Francesa, nos finais do séc. XVIII), através da consagração nos textos constitucionais oitocentistas do princípio da separação de poderes.

1.2.SIGNIFICADO DE ADMINISTRAR

Como vimos, o Direito Administrativo visa regular a Administração Pública – o que implica a necessidade de sabermos o que é a Administração Pública, para podermos ter uma ideia precisa daquele que é o objeto primeiro do nosso estudo (o direito administrativo em geral).

Como primeira noção de Administração Pública, poderemos adiantar o ser esta constituída pelo conjunto de entidades, órgãos e serviços articulados entre si que executam tarefas preordenadas à satisfação de interesses públicos. A Administração prossegue fins heterónimos, ou seja, que não são por ela escolhidos, mas por um terceiro – no caso, como vimos, fins escolhidos pelo legislador.

E porquê o substantivo «Administração»? Porque gere bens e recursos afetos ao bem comum, por definição escassos, os quais administra em benefício da comunidade.

E o adjetivo «Pública»? Porque ela (Administração) se destina a uma coletividade, visa satisfazer determinadas necessidades de uma sociedade mais ou menos homogénea e politicamente organizada. Essas necessidades carentes de satisfação, a partir do momento em que por opção dos órgãos político-legislativos da comunidade são identificadas como tal e confiadas em maior ou menor medida à Administração Pública, transformam-se nos *fins ou interesses públicos* que esta fica incumbida de prosseguir (comunicações, defesa, segurança, ensino, saúde, etc.) através do desempenho de determinadas tarefas.

A administração é pois uma tarefa e a atividade do seu cumprimento; mas é também e antes do mais uma organização – a organização a quem compete desempenhar tais tarefa e atividade.

Em suma, a administração pública é um conjunto de tarefas (administração pública em sentido objetivo, enquanto atividade) atribuídas a um sistema de entidades, órgãos e serviços organizados (Administração Pública em sentido subjetivo, de conjunto de sujeitos) que, de acordo com determinados princípios, se manifestam através de atos com valor e força jurídica própria (sujeição em regra da Administração a um direito próprio, que é o Direito Administrativo).

1.3. O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

1.3.1. Noções gerais

De entre o universo mais vasto dos interesses gerais da comunidade existem alguns de tal modo importantes que da sua satisfação dependem os normais funcionamento e

equilíbrio da sociedade, razão pela qual o Estado chama a si, em maior ou menor medida, a responsabilidade pela sua satisfação. São os chamados *interesses públicos*.

Esta ideia de publicidade obtém-se assim por referência a um complexo de interesses que se reportam a uma generalidade de pessoas – a *interesses gerais* ou *coletivos* –, sendo que de entre eles apenas se transformam em *públicos* aqueles cuja satisfação, e dada a sua importância, for confiada aos órgãos político-legislativos e administrativos da comunidade.

Precise-se ainda que um interesse público não é um interesse individual, nem a soma de todos os interesses individuais, pois resulta do viver em comunidade dos cidadãos; e que cabe à lei (em princípio, ao parlamento) a respetiva definição.

Conclui-se então que a satisfação de determinados interesses coletivos é a dada altura tão complexa que o homem exige que uma estrutura política organizada se responsabilize pela sua satisfação. A existência da Administração resulta assim do facto de haver interesses que não podem ser espontaneamente satisfeitos pelos indivíduos de uma comunidade organizada, o mesmo é dizer, pela *sociedade* – devendo em vez disso ser assumidos pelo *Estado*.

Assim sendo, cabe ao legislador avaliar quais os interesses coletivos que se devem tornar *interesses públicos*, fixando desde logo com isso os parâmetros de atuação por que se vai reger Administração Pública: é o *princípio da prossecução do interesse público*.

Podemos agora adiantar uma primeira noção de interesse público: trata-se sempre de um fim prosseguido pela Administração Pública para a satisfação de necessidades de uma sociedade politicamente organizada que o legislador dessa sociedade qualifica como indispensáveis.

1.3.2. Interesse público primário e interesses públicos secundários

Importa ainda distinguir o *interesse público primário* ou *bem comum* (que corresponde aos valores básicos que orientam uma comunidade política, cuja escolha, definição e satisfação está confiada aos seus órgãos político-legislativos, essencialmente através do exercício da função legislativa – aqui se compreendendo, desde logo, o próprio poder constituinte) dos *interesses públicos secundários* ou *instrumentais* (que constituem desdobramentos ou concretizações daquele, ou, de um outro ângulo de análise, de meios ou instrumentos para a sua realização, e cuja satisfação está confiada a órgãos e serviços da máquina do Estado: p. ex., segurança social, saúde, educação, justiça, transportes, ambiente, etc.).

A realização do interesse público primário ou bem comum traduz-se assim na criação das condições de paz, segurança, justiça e desenvolvimento necessárias ao bem-estar material e espiritual da comunidade. Trata-se de objetivos últimos de qualquer comunidade politicamente organizada, difíceis de atingir e nunca inteiramente efetiváveis, e cuja realização imediata é pedida aos órgãos político-legislativos da comunidade.

Já os interesses públicos secundários ou instrumentais são os meios que se definem como politicamente necessários para a realização do bem comum ou interesse público primário.

Normalmente as constituições dos Estados fazem alguma referência ao interesse público primário: por exemplo, encontramos alusões aos valores que o consubstanciam nos art.ºs 1.º a 3.º, 9.º, 20.º, 80.º e 81.º da Constituição portuguesa. Mas tais valores situam-se a um nível muito abstrato, não carecendo sequer de uma definição expressa ao nível do direito positivo.

O que importa pois é saber a quem cabe a definição dos interesses públicos secundários que concretizam o Interesse Público Primário. Pois bem, e como já se referiu, cabe ao legislador definir tais interesses públicos secundários, competindo por sua vez ao poder executivo ou administrativo a sua realização no plano concreto, na «vida do dia-a-dia».

Temos assim um vasto elenco de interesses públicos secundários, que uma determinada comunidade politicamente organizada entende reservar para os seus órgãos, variando a composição desses interesses em função das opções políticas da mesma comunidade.

Por exemplo, a alimentação, o vestuário, o ensino, são interesses da generalidade das pessoas que integram a comunidade. Ora, a sua satisfação pode ser deixada à iniciativa dos interessados, ou pode tornar-se uma incumbência do Estado.

Note-se que as duas hipóteses não se excluem entre si necessariamente: uma terceira possibilidade é a de, a par dos serviços públicos, se admitirem serviços particulares em concorrência com aqueles, que visem a satisfação das mesmas necessidades.

Noutra hipótese ainda, o Estado prefere não produzir (ou deixar de produzir) determinados bens ou serviços, mas não abdica de fixar ou balizar os respetivos preços, ou pelo menos de fiscalizar a sua conformidade com padrões mínimos de segurança e qualidade, descarregando então o legislador na Administração tais tarefas regulatórias. Tudo depende pois das opções tomadas pela comunidade política através daqueles que a representam nos órgãos político-legislativos.

1.3.3. Princípio da prossecução do interesse público e princípio da legalidade

Como se acaba de concluir, o poder administrativo ou executivo é um poder de execução que prossegue os interesses definidos pelo legislador e só pelo legislador (reserva que se explica em virtude da especial legitimidade representativa ou democrática de que gozam os órgãos político-legislativos da comunidade, a quem cabe por isso a definição das opções políticas da mesma comunidade).

Isto significa desde logo que a Administração Pública não tem liberdades propriamente ditas; ou seja, e diferentemente do que acontece com os particulares, ela não dispõe de *espaços de licitude* onde possa atuar fora do direito, em função de fins por si livremente escolhidos (desde que não contrários à lei). A Administração está vinculada à satisfação de *necessidades, interesses* ou *fins* que lhe são fixados de fora (pelo legislador), os quais ela tem obrigatoriamente que prosseguir.

Se muitas vezes a lei lhe outorga *poderes discricionários*, o certo é que tais poderes se traduzem quando muito numa escolha de *meios*, e não de *fins*: a Administração Pública nunca escolhe por conseguinte os seus fins. Não é pois possível a cada órgão administrativo usar os poderes que o legislador lhe atribui para prosseguir outros fins que não aqueles que cada lei lhes fixa especificadamente.

Quando afastamos do horizonte da Administração quaisquer outros fins, esta exclusão abrange quer (naturalmente) fins privados ou pessoais do titular do órgão ou do funcionário, quer mesmo outros fins públicos que não os específicos fins ou interesses públicos (instrumentais ou secundários) que por força da lei (expressa ou implicitamente) presidem àqueles mesmos poderes.

Por isso se diz que os poderes públicos que integram a competência de cada órgão são *poderes funcionais*: trata-se de poderes atribuídos em função exclusivamente da prossecução de fins públicos específicos e predeterminados. Não pode por isso um órgão da administração, mesmo que invoque com plausibilidade a necessidade de satisfação do interesse público genericamente enunciado (no sentido de interesse geral ou coletivo, ou bem comum), exercer um poder que a lei lhe outorga para a prossecução de um outro fim público que não o que (ou os que) presida(m) por força da mesma lei a esse poder.

Segundo a noção prévia de Administração Pública em sentido subjetivo que adiantámos supra, é esta uma organização complexa e plural que agrega um lato conjunto de entidades, órgãos e serviços articulados entre si – compostos e preenchidos por pessoas individuais ou físicas, que são os titulares de cargos e os funcionários com vínculo de emprego público – a quem cabe executar tarefas preordenadas à satisfação de interesses ou fins públicos.

Ora, estes últimos constituem a razão de ser da Administração Pública: a organização a que damos tal designação foi criada precisamente e apenas para servir a comunidade, o mesmo é dizer, para prosseguir o interesse público que a lei lhe fixa (cfr. art.º 26.º, n.º 1, e 269.º, n.º 1 da CRP e art.º 4º e art.º 3º do CPA).

Dada a necessidade da prévia fixação por lei do interesse público – vale dizer, de cada um dos interesses públicos secundários ou instrumentais que presidem aos poderes funcionais que o mesmo legislador outorga concomitantemente a cada órgão administrativo –, o princípio da prossecução do interesse público constitui uma decorrência do princípio da legalidade da Administração (cfr. art.º 266.º, n.º 2 CRP e art.º 3.º, n.º CPA).

Note-se que a vinculação da Administração à lei não se esgota na vertente do primado da lei sobre toda a atividade administrativa (no sentido de esta nunca poder contrariar aquela); para além disso, a Administração só pode fazer aquilo que lhe é especificamente permitido por lei prévia: o mesmo é dizer que não pode existir nenhuma sua atuação externa sem o devido suporte legal na lei, não lhe sendo permitido, por assim dizer, um atuar «por conta própria».

Cabe pois ao legislador decidir quais os interesses públicos que, e uma vez verificados determinados pressupostos, devem desencadear uma intervenção da Administração Pública. O legislador define uma situação da vida real e indica uma solução para o caso (delegando por vezes na Administração algum poder de escolha, caso a caso, dentro de um leque de soluções possíveis). E a Administração, por sua vez, convoca e aplica à situação concreta as regras que o legislador definiu. Chama-se a esta operação *subsunção*.

Por exemplo, se um agente policial vê um automóvel mal estacionado, lavra um auto com vista à aplicação de uma coima ao respetivo condutor. Ou seja, o dito agente, com esta atuação, realiza uma operação de subsunção: na verdade, outra coisa ele não está a fazer senão a *subsumir* primeiramente a situação concreta que se lhe depara à

previsão legal, para atuar subsequentemente de acordo com o que a mesma lei estatui – tudo em conformidade com aquilo que está prévia e abstratamente regulado na lei.

Em suma, a Administração prossegue o interesse público sempre e na medida em que atua em conformidade com as indicações do legislador.

1.3.4. Prossecução do interesse público e proteção dos direitos e interesses dos particulares

Claro está, a prossecução do interesse público acarreta uma permanente tensão entre os particulares e a Administração Pública. Desde logo, a Administração, enquanto autoridade pública, detém um poder de *imperium*, a que corresponde uma situação de sujeição geral dos particulares.

Por exemplo, se a Administração entender que determinada estrada terá que passar pelo meio de uma propriedade de um particular, sendo do interesse público que essa via passe por aí, o particular terá que se sujeitar e ceder o terreno bastante para o efeito mediante uma (justa) indemnização que o expropriante está obrigado a pagar (cfr. art.º 62.º, n.º 2 CRP). Como este exemplo ilustra, o interesse público prevalece sempre sobre os interesses particulares, em caso de *colisão* de interesses (ou seja, quando não seja possível salvar por inteiro um e outros).

O que não significa um total sacrifício dos interesses privados: com efeito, a Constituição e a lei consagram, a par dos (em contraponto aos) interesses públicos secundários, *direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares* (cfr. art.º 266.º, n.º 1 CRP, e art.º 4.º CPA).

Umás vezes a ponderação (a medida do sacrifício de um e de outros) é feita pela própria Constituição ou pela lei, e pode redundar na atribuição de verdadeiros direitos subjetivos públicos aos particulares (ver, desde logo, o extenso elenco de direitos fundamentais consagrados no nosso texto constitucional) – direitos esses a que correspondem em regra poderes vinculados da Administração.

Outras vezes o legislador delega tal tarefa de ponderação de interesses na Administração, através da atribuição a esta de poderes discricionários – mas sem deixar todavia a ordem jurídica de reconhecer concomitantemente aos particulares destinatários ou interessados naquela atuação (afetados por ela), enquanto titulares de direitos enfraquecidos ou de meros interesses legalmente protegidos, o poder de exigir dela (Administração) exigir que tal atuação seja *não discriminatória, imparcial, justa, proporcionada, racional, razoável* e pautada pela *boa-fé* (cfr. art.º s 266.º, n.º 2 CRP, e 5.º, 6.º e 6.º-A CPA).

Na última década do séc. XX e nos primeiros anos do séc. XXI, com o advento do primeiro Código de Procedimento Administrativo, de 1991, com as revisões constitucionais de 1989 e de 1997, e com a grande reforma do contencioso administrativo de 2002, assistiu-se em Portugal a um reforço dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, sem que todavia a Constituição e a lei tenham posto em causa a premissa da situação de sujeição geral destes perante a Administração que caracteriza os sistemas de administração executiva vigentes na Europa continental, entre os quais se conta também o nosso sistema administrativo.

2. VÁRIOS SENTIDOS DO CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. NOÇÕES GERAIS

2.1.1. Administração pública em sentido subjetivo ou organizativo

A primeira distinção que importa fazer é entre (a) a *Administração em sentido orgânico ou subjetivo* (que compreende os vários níveis da administração, a multiplicidade de entes públicos existentes em cada um desses níveis) e (b) a *Administração em sentido objetivo* (que indica a atividade levada a cabo por tais entes).

2.1.2. Administração pública em sentido objetivo: os sentidos material, funcional e formal

Por sua vez, a Administração em sentido objetivo apresenta ainda três significados possíveis: (aa) Administração em sentido *material* (a «atividade administrativa» como conjunto típico de tarefas reconduzíveis à «ideia de administrar»); (ab) Administração em sentido *funcional* (que abarca toda a atividade administrativa resultante do exercício da função administrativa pelas entidades nesta – função – investidas, independentemente da sua natureza, designadamente pública ou privada); e (ac) Administração em sentido *formal* (atos jurídicos típicos da função administrativa com valor formal e força jurídica própria através dos quais se manifesta normalmente a atividade administrativa, e de entre os quais se destacam: o *regulamento administrativo*, o *ato administrativo* e o *contrato administrativo*).

2.2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SENTIDO SUBJETIVO OU ORGANIZATIVO

2.2.1. Noções prévias

Traduz-se no complexo de entidades, órgãos, serviços e agentes que tem como tarefa fundamental a satisfação do interesse público. Todos eles se estruturam e funcionam de forma articulada. Aqui a expressão administração é empregada com o significado de *organização*.

A Administração Pública em sentido organizativo, numa aceção estrita ou clássica, é composta pelo Estado-Administração e pelos demais entes públicos com natureza jurídico-organizativa pública, compreendendo dois grandes níveis: o da Administração Estadual e o da Administração Autónoma.

Dito isto, segundo autorizadas vozes, como a de Vieira de Andrade, a unidade da Administração Pública deve hoje ser concebida tendo em conta a atual tendência de privatização formal da atividade administrativa – uma «fuga para o direito privado» que tem originado uma multiplicação de sociedades, fundações e associações de natureza jurídico-organizativa privada e regidas em primeira linha pelo direito privado, mas cuja constituição é de iniciativa pública ou predominantemente pública (ou cujo capital

social é total ou maioritariamente público, no caso das sociedades comerciais), e que por regra estão incumbidas também do exercício de uma parcela da função administrativa.

Para quem adote uma aceção mais lata de Administração Pública em sentido subjetivo, poderão pois ser ainda incluídas tais entidades na periferia desta máquina complexa e plural, isto na medida em que são (continuam a ser) entidades substancialmente administrativas, vinculadas também à prossecução do interesse público, não deixando por isso de estar (não podendo por isso deixar de estar) sujeitas aos poderes de orientação e controlo dos entes públicos tradicionais que estiveram na sua origem, e de que constituem *longa manus* ou meros instrumentos na prossecução das respetivas atribuições.

2.2.2. Administração estadual

a) *Entrada no tema*

No que respeita à Administração do Estado, esta é constituída pela Administração Direta do Estado, pela Administração Indireta do Estado e pela Administração Independente. Também no âmbito da Administração Autónoma se nos apresenta uma linha divisória essencial, que é a que separa a Administração Autónoma territorial (Regiões Autónomas e Autarquias Locais) da Administração Autónoma funcional (associações públicas e universidades públicas).

b) *Administração estadual direta*

Quanto à Administração Direta do Estado, esta é formada por um conjunto de órgãos não personalizados (ou seja, que pertencem à pessoa coletiva pública Estado-Administração, cujo órgão máximo é o Governo), órgãos esses assistidos por serviços que preparam e executam as respetivas decisões, e que se estruturam em forma de pirâmide ou árvore invertida, estando todos eles sujeitos à direção e fiscalização de um poder situado, em linha máxima, no Governo. Esses órgãos e serviços podem ser *centrais* (Administração Central, fisicamente sediada, por norma, em Lisboa) ou *periféricos* (Administração Periférica, que compreende os órgão e serviços sediados noutros pontos do território nacional e pontualmente no estrangeiro). A Administração Direta do Estado apresenta uma estrutura fortemente hierarquizada.

Note-se que não são sequer órgãos administrativos os órgãos do Estado não integrados na Administração Pública. Apresentam essa natureza o Presidente da República, o Conselho de Estado (órgão de soberania que exerce exclusivamente a função política), a Assembleia da República, o seu Presidente e o respetivo Conselho Permanente, e bem assim as Assembleias Legislativas Regionais e os respetivos Presidentes (órgãos que desempenham as funções legislativa e política), e os Tribunais, incluindo o Tribunal Constitucional, o Tribunal de Contas e ainda os Julgados de Paz – e o mesmo se diga dos órgãos que coadjuvam todos os que se acaba de referir, quanto ao desempenho de funções materialmente administrativas.

Neste âmbito importa ainda distinguir, dentro dos *órgãos independentes do Estado*, entre por um lado os órgãos auxiliares constitucionais ou político-constitucionais, e por outro lado os órgãos também despersonalizados que exerçam funções administrativas a título

principal: enquanto os primeiros, não obstante poderem inclusive desenvolver essencialmente uma atividade materialmente administrativa (como terá de ser considerada, por exemplo, a de gestão e disciplina das diversas magistraturas), se enquadram noutros poderes e funções do Estado que não o poder executivo e a função administrativa, os segundos já terão caráter administrativo, integrando a Administração Pública na qualidade de «entidades administrativas independentes» – categoria a que se fará abaixo referência.

c) Administração estadual indireta

A Administração indireta do Estado é composta por pessoas coletivas públicas distintas do Estado-Administração, à cabeça dos quais temos os chamados *institutos públicos*. Trata-se de entes criados pelo Estado, a quem o ato de criação legislativa atribui tarefas administrativas específicas que se reconduzem a atribuições estaduais, e cujos dirigentes máximos (os membros dos respetivos órgãos diretivos) são nomeados e livremente exonerados pelo Governo – gozando não obstante tais entes de autonomia jurídica, administrativa, financeira e patrimonial. Os institutos públicos escapam ao poder de direção do Governo, ficando apenas subordinados a meros poderes de orientação e de controlo (tutela) do executivo (cfr. art.º 199.º, al. *d*) CRP). Cada um destes entes reproduz no seu interior a hierarquia que caracteriza a Administração direta do Estado.

Enquanto espécies do género «instituto público», pois são igualmente pessoas coletivas públicas de tipo fundacional ou institucional, ainda que com especificidades de regime, as *fundações públicas* e as empresas públicas institucionais (que a lei designa por *entidades públicas empresariais*) integram igualmente a Administração indireta do Estado, por estarem também, como os institutos públicos, sujeitas aos poderes de orientação e controlo do Governo.

Controvertida é já a pertença à Administração indireta do Estado de outra categoria de pessoas coletivas públicas, a saber a das associações públicas de entidades privadas (sendo maioritária a opinião que as situa na administração autónoma funcional); e discutida é também a recondução a este nível de Administração – ainda que tão só no plano funcional, e não organizativo (pois já não estamos perante pessoas públicas) – dos concessionários de serviços públicos e demais *entidades privadas com poderes públicos*, assim como do universo das empresas públicas societárias e restantes *entidades privadas com influência dominante pública*.

d) Administração estadual independente

A Administração Independente é por sua vez constituída por autoridades também criadas por lei para prosseguir interesses estaduais (por isso são também Administração do Estado), e que em alguns casos nem sequer têm personalidade jurídica própria, mas que dispõem de poderes regulatórios especialmente intensos (normativos, jurisdicionais e administrativos).

O que caracteriza este subnível da Administração estadual é o não responderem os seus órgãos dirigentes perante o Governo pela sua atividade e pelo exercício de tais poderes, não estando sujeitos a ordens ou instruções de qualquer instância superior (designadamente governamental), ou sequer a poderes de mera orientação (superintendência) ou controlo (tutela) do Governo – o que, não obstante a expressa

previsão constitucional da figura (art.º 267.º, n. 3 CRP), levanta como melhor veremos problemas quanto à respetiva legitimidade democrática.

2.2.3. Administração autónoma

a) *Administração autónoma territorial*

Quanto à *Administração Autónoma territorial*, ela é formada por entes autónomos com uma base geográfica que coincide com determinada parcela do território do Estado. É o caso das autarquias locais (das freguesias, dos municípios e – virtualmente – das regiões administrativas) e das Regiões Autónomas (as quais estão dotadas, mais do que de uma mera autonomia administrativa, também e sobretudo de uma lata autonomia política e legislativa).

Juridicamente são pessoas coletivas que têm por substrato uma comunidade de vizinhos, ou seja, um conjunto de pessoas que por habitarem numa determinada área contígua têm entre si laços de vizinhança geradores de interesses comuns múltiplos (prosseguem por isso, à semelhança também do Estado, uma pluralidade de fins) e que se autoadministram, elegendo os residentes em cada uma dessas parcelas do território nacional os titulares dos órgãos de topo dos respetivos entes (assembleias municipais e de freguesia, câmaras e juntas de freguesia).

O *território*, a *população* e o *autogoverno* (ou, mais corretamente, a *autoadministração*) são pois elementos essenciais destas figuras: nisto elas mimetizam o Estado (também composto como é sabido por um povo, um território e por um poder político soberano emanado do dito povo), tendo em comum com o mesmo Estado o serem também pessoas coletivas de população e território.

As autarquias locais estão sujeitas apenas a uma *tutela de legalidade* por parte do Governo – e que a nossa lei reduz ao mínimo, a saber, à modalidade de *tutela inspetiva*.

b) *Administração autónoma funcional*

Enfim, a *Administração Autónoma funcional* é composta por entes autónomos não territoriais, de base associativa ou institucional, a saber, e por um lado, as associações públicas (de entidades privadas) – categoria a que em Portugal se reconduzem apenas as ordens profissionais e as associações de regantes com natureza pública –, e por outro lado as instituições de ensino superior público (universidades públicas e institutos politécnicos públicos).

Todos estes entes de substrato parcial ou totalmente corporativo, note-se, tal como os institutos públicos, prosseguem não interesses próprios das respetivas comunidades-substrato, mas antes fins específicos e de cariz estadual (atinentes a toda a comunidade estadual). Mas tal como as populações das autarquias locais também estas comunidades se autoadministram, elegendo os respetivos dirigentes. Por esta razão, e também na medida em que a Constituição (no caso das Universidade Públicas) ou a lei (no caso das associações públicas) afastam os poderes de superintendência e quase todos os poderes de controlo do Governo, gozando por isso tais entes de uma autonomia muito próxima da que a Lei Fundamental garante aos entes autónomos territoriais, acabam eles por integrar igualmente a Administração Autónoma.

2.3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SENTIDO OBJETIVO

2.3.1. Administração pública em sentido material

A administração pública em sentido *material* é a atividade de administrar típica dos órgãos e serviços administrativos, que estes desenvolvem no interesse geral da coletividade. A administração pública em sentido material reflete os princípios e apresenta as características especiais que a atuação da Administração (em sentido subjetivo) deve por norma observar e possuir. Trata-se como vimos de um modo especial e típico de atuação privativo dos entes ou sujeitos públicos com determinadas notas típicas externas que a distinguem da atuação dos demais sujeitos jurídicos.

Quando se fala por isso em atividade administrativa em sentido material depreende-se que nunca é uma atividade privada, sendo antes uma atividade formal e substancialmente pública – uma atividade tipicamente de serviço, exercida em função de alguma coisa que é exterior àquele que a exerce, o mesmo é dizer, direta e exteriormente devotada à prossecução do interesse público nos termos legalmente definidos.

Inclui-se na administração pública em sentido material o exercício por entidades privadas de poderes públicos delegados pelo Estado ou por outros entes públicos tradicionais; e excluem-se em contrapartida deste âmbito quer as atuações de órgãos da Administração que se reconduzam a outras funções do Estado (designadamente às funções política e jurisdicional), quer a atividade desenvolvida por entidades públicas mas regida em primeira linha pelo direito privado (Vieira de Andrade), mesmo que resultante do exercício da função administrativa.

2.3.2. Administração pública em sentido funcional

Por administração pública em sentido *funcional* entende-se a atividade levada a cabo quer pelos órgãos e serviços administrativos, quer por *entidades substancialmente privadas* investidas no exercício da função administrativa (e desde que no exercício desta função), quer ainda por *entidades (só) formalmente privadas* mas sob influência dominante pública, desde que no desempenho da função administrativa.

Esta noção compreende pois toda a atividade resultante do exercício da função administrativa, seja ela levada a cabo por entidades privadas, seja ela levada a cabo por entidades públicas (e pertençam estas últimas à Administração ou a outro poder do Estado), podendo ser ela regida pelo direito privado ou pelo direito administrativo: o que releva, reitera-se, é que a atividade se reconduza ao exercício da função administrativa.

2.3.3. Administração pública em sentido formal

A Administração Pública em sentido *formal* traduz-se no complexo de atos típicos príncipes ou principais através dos quais ela (Administração em sentido subjetivo) atua juridicamente, e que são os mais fortes e significativos meios próprios utilizados para a

prossecução do interesse público. Tais atos consubstanciam o modo de agir próprio e típico da Administração Pública enquanto poder executivo, desempenhando um papel idêntico ao que a lei e a sentença desempenham enquanto atos próprios e típicos, respetivamente, do poder legislativo e do poder judicial.

A atividade administrativa é levada a cabo, nos seus pontos culminantes, através de três atos jurídicos típicos, a saber:

- Através da produção de normas jurídicas próprias que concorrem com a lei propriamente dita, e que se designam *regulamentos administrativos*;
- Através de decisões concretas, ou seja, de *atos administrativos*;
- Através da celebração de contratos de direito público com o particular – o mesmo é dizer, de *contratos administrativos*.

Os regulamentos são normas jurídicas emitidas pela Administração.

Os atos administrativos são atos sem carácter normativo, pois existem para um caso concreto e único, neste se esgotando os respetivos efeitos jurídicos; trata-se de decisões administrativas unilaterais que se impõem aos seus destinatários, os quais são individualizados ou individualizáveis, circunscrevendo-se os seus efeitos a situações concretas.

Os contratos administrativos são acordos de vontades celebrados entre a Administração e o particular, preordenados à prossecução de um interesse público e cujas formação e execução são regidas em primeira linha pelo direito administrativo, e não pelo direito civil ou pelo direito comercial.

Incluir-se-ão na Administração Pública em sentido formal, designadamente, todos os típicos atos administrativos e regulamentares – que assumam essa forma e estejam dotados das correspondentes força e valor jurídico –, mesmo que, materialmente, se reconduzam a outras funções do Estado, como a função jurisdicional.

3. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E OUTRAS FUNÇÕES DO ESTADO

3.1. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

3.1.1. Noções prévias

Antes de abordarmos as funções do Estado, obrigatório se torna falar no princípio da separação de poderes.

O princípio da separação de poderes foi primeiramente formulado pelo filósofo inglês e ideólogo do liberalismo John Locke (1632-1704) e pelo também filósofo e político francês Charles de Montesquieu (1689-1755), tendo sido objeto de uma expressa consagração no art.º 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 («*Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição*»).

Este princípio propugna a alternativa do *governo limitado* por contraposição ao *governo absoluto* (Locke, Montesquieu): consiste na distribuição das diferentes funções do Estado por órgãos ou complexos de órgãos (por «poderes») distintos e separados entre si. Estes são *soberanos* porque não conhecem outro poder acima deles, mas detêm apenas *parte* do antigo poder soberano uno e pleno de que era originário e exclusivo titular o monarca absoluto dos séc. XVII e XVIII.

As três funções antes concentradas neste – (1) *legislativa*, (2) *executiva ou administrativa* e (3) *jurisdicional* – passam a competir respetivamente (1) a uma assembleia representativa (parlamento ou cortes), (2) ao rei (mais tarde ao governo) e (3) aos tribunais. Cada um dos três poderes, para além da faculdade de *estatuir* (na sua esfera limitada de atribuições) tem ainda a faculdade de impedir os outros de extravasarem os respetivos limites. Este sistema de recíprocas vigilância e limitação funciona sobretudo, e afinal, em benefício da liberdade dos cidadãos, como bem expressa a célebre injunção de Montesquieu: «*il faut que le pouvoir arrête le pouvoir*».

Note-se, contudo, que o princípio de separação de poderes em sentido material é uma ideia típica do séc. XIX. Na verdade, esse «imperativo categórico» dos homens das revoluções liberais, já pouco fiel ao pensamento dos referidos escritores (sobretudo de Montesquieu), de uma rígida separação entre os poderes legislativo, executivo e judicial, mais não visava, no fundo, do que evidenciar o ser o poder legislativo o único poder criador do direito. Os três eram igualmente soberanos, mas, e parafraseando o paradoxo de Georges Orwell, o legislativo era «mais soberano do que os outros», na medida em que se pretendia confinar o executivo e o judicial a uma atividade de cega execução da lei.

Refira-se entretanto que já na altura se tinha a noção de que toda uma categoria de atos, toda uma atividade soberana subsistia para lá das três funções tradicionais (por ex. declarar guerra a outro Estado, cortar relações com um país estrangeiro, marcar eleições, nomear um governo); mas tal realidade fugia às essenciais preocupações dos protagonistas das revoluções liberais, razão pela qual só mais tarde (no séc. XX) viria essa quarta função do Estado – a função política ou governamental – a ser objeto da devida atenção por parte dos cultores do direito público.

3.1.2. Os vários sentidos da expressão (princípio da) separação de poderes

a) *Separação de poderes em sentido político*

Este primeiro sentido da expressão convoca a eterna questão da titularidade do poder (a questão de se saber onde reside a soberania) no pensamento político ocidental, desde Aristóteles.

Foi esta a preocupação subjacente ao pensamento de Montesquieu: ao sistema monista das monarquias absolutas vigentes no seu tempo na Europa continental (que pressupunha um único titular legítimo do poder), contrapunha o escritor francês, com os olhos postos no sistema político inglês, um sistema misto de vários portadores legítimos do poder (coexistência das várias legitimidades).

Assim, e para além do monarca, seriam também legítimos e originários detentores do poder o povo, a nobreza e clero, devidamente representados num parlamento bicameral (composto por uma câmara baixa, onde teriam assento os representantes do povo, e por uma câmara alta, onde teriam assento os representantes do clero e da nobreza).

b) Separação de poderes em sentido organizativo

Aqui prevalece a mera ideia da divisão dos serviços dentro da organização estadual, simples arranjo técnico compatível com um sistema monista, que coloca o parlamento, em vez do antigo monarca absoluto, no centro da vida política e jurídica do país.

Esta foi a conceção acolhida pelos revolucionários franceses de 1789, que apenas reconheciam verdadeira legitimidade ao Parlamento, dada a sua qualidade de assembleia representativa da nação – e que por essa razão atribuíam sem rodeios uma quase absoluta primazia ao poder legislativo relativamente aos outros poderes (poder executivo e poder judicial).

c) Separação de poderes em sentido funcional ou material

Neste último sentido – que, como melhor veremos, é o consagrado nas constituições dos nossos dias – não está em causa nem uma resposta à sempiterna questão da soberania/titularidade do poder, nem propriamente a organização do Estado, mas antes e sobretudo a determinação das atividades, tarefas ou funções fundamentais do Estado e a respetiva caracterização material, a fim de se proceder à sua correta distribuição (do ponto de vista material ou substantivo) pelos complexos orgânicos que constituem cada um dos três poderes do Estado.

Procura-se assim que cada complexo de órgãos de soberania (parlamento, chefe do Estado, governo, tribunais) desempenhe, de entre as referidas funções, aquelas para que está mais vocacionado, em razão das respetivas características.

Foi a constatação da maior complexidade da matéria, face sobretudo ao Estado do séc. XX, que levou à completa identificação, como já acima se referiu, de uma quarta função do Estado a par das demais: a função política ou governamental, que se procurou também «distribuir» pelos referidos complexos de órgãos.

Foi também à luz deste entendimento – de uma separação de poderes entendida neste sentido, aqui designado de funcional ou material – que se deu a evolução do tradicional esquema de (rígida) separação de poderes para um sistema de (flexível) divisão de poderes.

3.2.A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DE UMA SEPARAÇÃO FUNCIONAL OU MATERIAL DAS FUNÇÕES DO ESTADO

3.2.1. Evolução histórica do princípio da separação de poderes: da separação (rígida) de poderes à divisão (flexível) de poderes

O modelo originário (orgânico) da separação de poderes pressupunha a perfeita correspondência entre cada um dos três poderes do Estado e a respetiva função, perspetivando também a atividade administrativa como função residual só definível pela negativa, ou seja, como atividade não-legislativa e não-jurisdicional.

Surgiram todavia dificuldades em «encaixar» determinadas mudanças sofridas pelo direito público e que foram sendo ditadas, em última *ratio*, pelas profundas

transformações sociais, políticas, económicas e tecnológicas que ocorreram na segunda metade o séc. XIX (a partir da 2.^a Revolução Industrial). Foram os casos (a) do exercício pelo poder executivo da função legislativa (entre nós, inclusive, sem necessidade em regra de autorização parlamentar e/ou em contextos de urgência – através de decretos-lei), (b) da emissão pela Administração de normas gerais e abstratas, muitas vezes com um conteúdo *praeter legem* (isto é, que vai além da lei, da estrita execução da lei, com fixação portanto de novos direitos e deveres) e ainda (c) da aprovação pelo Parlamento de leis-individuais e leis-medida.

Por tudo isto foi-se flexibilizando o entendimento tradicional, passando hoje a conceção do princípio da separação de poderes por uma mera caracterização típica da função cometida a cada um dos poderes, mas sem pretensões hegemónicas ou exclusivistas; em suma, evolui-se de uma *separação rígida* para uma *divisão funcional*.

3.2.2. Distinção entre a função administrativa e a função legislativa

Acaba de se aludir às dificuldades que se deparam nos nossos dias a qualquer tentativa de distinguir a função administrativa da função legislativa. É que a Administração também emite regras jurídicas, os chamados regulamentos administrativos, que como as leis são normas gerais e abstratas, dotadas de *ius imperium* e coercivas, sendo que os regulamentos *praeter legem* partilham com as leis o atributo da inovação (fixação de novos direitos e deveres).

Por seu turno, também o legislador adota como a Administração medidas concretas e individualizadas – e também ele pode proceder (se assim o entender), e para além disso, à regulamentação de aspetos de pormenor nas matérias a conformar (pelo menos no nosso sistema jurídico, pois nele inexistente, e diferentemente do que acontece noutros sistemas, como o francês, qualquer «reserva de regulamento», enquanto reserva do poder executivo).

Como é que se pode distinguir então com alguma segurança estas duas funções do Estado?

Não obstante a admissibilidade dos regulamentos *praeter legem*, e a possibilidade de, por seu turno, as leis «ocuparem» o espaço à partida destinado a regulamentos executivos, a verdade é que, em regra, continua a caber ao legislador o papel de definir e regular primariamente e de forma inovadora uma relação da vida social.

Ou seja, é ao legislador que compete, por regra, introduzir uma primeira regulação jurídica da vida. Os outros poderes são, de acordo com a missão que também em princípio lhes está destinada, poderes derivados ou secundários: não é pois em regra ao juiz, nem à Administração, que cabe regular primariamente relações da vida.

Por outro lado, a lei-medida ou a lei-individual provinda do próprio legislador ordinário que, em resposta às exigências próprias da sociedade técnica dos nossos dias, se vê obrigado a utilizar a lei para prosseguir escopos concretos, na medida em que consubstancie a tomada de opções fundamentais da vida comunitária, considera-se traduzir ainda um modo de exercício da função legislativa (ainda que excepcional: a nossa Constituição, por exemplo, no seu art.º 18.º só admite leis restritivas de direitos, liberdades e garantias com carácter geral e abstrato).

Resumindo e concluindo, por contraponto à atuação geral-abstrata que é emblemática do Parlamento, a atuação individual e concreta caracteriza as intervenções

da Administração, sendo esta destrição complementada pela ideia de essencialidade ou de novidade que diferencia também em regra a lei do regulamento administrativo.

3.2.3. Distinção entre a função administrativa e a função jurisdicional

A função judicial é a que mais corre o risco de se confundir com a função administrativa, pois tal como esta é aquela também uma função derivada ou secundária, subordinada ao direito, sendo os seus atos, do mesmo modo, atos de conteúdo individual e concreto praticados no «dia-a-dia», no âmbito de assuntos correntes. Assim, tanto uma sentença (ato jurisdicional) como uma decisão administrativa (ato administrativo) são atos que aplicam uma lei a um caso concreto.

Não obstante, o ato jurisdicional é um ato praticado por autoridades do Estado que são por definição imparciais, neutras e independentes. Os juízes estão apenas subordinados à lei: cada juiz constitui um órgão de soberania subtraído a qualquer relação hierárquica – não é subordinado sequer dos juízes dos tribunais superiores ou dos respetivos órgãos de autogoverno. Cabe-lhe resolver de acordo com o direito uma questão jurídica, entendendo-se por tal um conflito de interesses entre duas ou mais pessoas, ou pelo menos uma controvérsia entre a verificação ou não em concreto de uma ofensa ou violação da ordem jurídica.

O juiz não está implicado com qualquer dos interesses em jogo que lhe cabe arbitrar: nem mesmo o juiz administrativo (diferentemente do que acontece com o administrador) está de qualquer modo comprometido mais comprometido com o interesse público do que com os legítimos interesses particulares com aquele conflituantes: a sua posição é de perfeita equidistância relativamente às partes em conflito (incluindo à Administração pública enquanto parte nas controvérsias sujeitas à jurisdição dos tribunais administrativos) e aos interesses representados por elas (incluindo o interesse público protagonizado pela Administração).

Diferentemente, a função administrativa é levada a cabo pelos agentes do Estado que não são de modo algum neutros, mas outrossim e por definição parciais: na verdade, *a Administração Pública é parte interessada* nos procedimentos em que entra em relação com os particulares, sendo o interesse que lhe cabe defender (e que na maior parte dos casos é potencialmente conflituante com interesses particulares) o interesse público que a lei lhe confia como se fosse seu (dela Administração).

A Administração tem pois interesses a prosseguir que a levam a entrar em colisão com os titulares de outros interesses contrapostos àqueles. Ela não é imparcial nem indiferente ao caso que lhe cabe solucionar: a postura de imparcialidade a que está obrigada circunscreve-se tão só aos vários interesses privados contrapostos eventualmente envolvidos, que o princípio da imparcialidade manda atender «por igual» na sua vertente positiva, ou a desatender (no sentido de não poderem ser privilegiados por motivos irrelevantes, como a amizade, cor política, afinidades clubísticas, etc.).

Por outro lado, sendo a lei também pressuposto e fim da atividade administrativa, e sendo para além disso hoje um dado adquirido a existência de espaços de criação jurisprudencial, reside o cerne da distinção em ser a função jurisdicional uma função passiva, que tem como conteúdo e fim a atuação e a conservação da ordem jurídica, através da resolução autoritária de «questões de direito» (Afonso Queiró).

Isto diferentemente da função administrativa, que é uma função «ativa», de iniciativa, e que visa principalmente não a conservação «do que está», mas pelo contrário a mudança e a transformação do *status quo*, executando a Administração no dia-a-dia as tarefas necessárias à modelação da sociedade em função dos fins salutistas e desenvolvimentistas cuja prossecução em concreto a Constituição e a lei põem a seu cargo.

Ambas as funções estão, por conseguinte, subordinadas ao direito; mas há diferenças substanciais de posicionamento, pois enquanto a Administração enfrenta as situações da vida numa posição ativa – isto porque ela tem como função atuar sobre essas situações num sentido conformador ou transformador –, o juiz ocupa à partida uma posição passiva relativamente à realidade que se lhe depara, esperando que lhe levem um conflito para resolver.

Note-se, todavia, que subsistem parcelas da atividade administrativa em sentido formal que, por não serem substancialmente administrativas (ou por se situarem em zonas de fronteira), levantam naturalmente problemas de distinção. É o que se passa com toda a atividade contraordenacional, assim como com certas atividades disciplinares de natureza jurisdicional (como a atividade disciplinar desenvolvida pelas Ordens Profissionais relativamente aos respetivos associados). O mesmo se diga, e com mais propriedade, do exercício de determinados poderes inequivocamente jurisdicionais que a lei atribui a certas entidades reguladoras independentes, de arbitragem em primeira instância de conflitos surgidos entre entidades privadas.

3.2.4. Distinção entre a função administrativa e a função política ou governamental

A função política ou governamental, situa-se, a par da função legislativa, no plano das escolhas fundamentais de uma comunidade política (ambas são por isso funções primárias, apenas limitadas pela Constituição). Ela realiza em termos concretos o interesse geral definido enquanto política (ou seja, enquanto atividade de escolha e programação dos meios tidos por adequados para a realização do bem comum); por isso tal função se manifesta essencialmente, enquanto função autónoma da legislativa, em decisões individuais e concretas – tal aliás como sucede com a função administrativa (o que constitui um motivo acrescido de dificuldade em qualquer tentativa de distinção).

São atos políticos por excelência os atos constitucionais (cfr. atos da competência do PR: nomeação do Governo, dissolução da Assembleia da República).

Mas a função política pode manifestar-se ainda na gestão corrente dos negócios públicos quando esteja em causa a soberania do Estado nas relações internacionais, (aproximando-se aqui na aparência – no que respeita às características externas dos atos – da função administrativa). Isso acontece nomeadamente no âmbito das «pastas» da defesa (ex.: decisão de envio de um contingente militar para operações de «manutenção da paz»), dos negócios estrangeiros (ex.: expulsão de um diplomata de um país estrangeiro por «atividades incompatíveis com o seu estatuto») e da administração interna (serviços de informação e contrainformação).

Todos estes atos – sobretudo os atos constitucionais – gozam de uma especial legitimidade também por serem sempre praticados por órgãos de soberania (AR, PR, Governo, membros do Governo), decorrendo da respetiva responsabilidade política, razão pela qual não são controlados pelos tribunais (nomeadamente pelos tribunais administrativos, em resultado da respetiva impugnação contenciosa). O único controlo a

que estão sujeitos é ao controlo político garantido pelo esquema de «pesos» e «contrapesos» inerente ao sistema de divisão de poderes constitucionalmente consagrado.

3.2.5. Caraterização tipológica (material) da função administrativa

Em suma, a função administrativa abrange toda a atividade pública subordinada à lei que, não consistindo a título principal na resolução de «questões de direito», nem se traduzindo na realização de escolhas fundamentais da comunidade política, vise a criação de condições concretas de realização dos ideais de Paz, Justiça e Desenvolvimento definidos pelos órgãos superiores da comunidade.

Cap. II

PERSPETIVA HISTÓRICA E COMPARATÍSTICA

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1. ÉPOCA MEDIEVAL (O «ESTADO DE JUSTIÇA»: A «AUSÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA»)

1.1.1. Uma forma *sui generis* de organização política da sociedade (o «Estado de Justiça»)

Nos primórdios da formação do Estado, o poder de *imperium* situava-se no seio da própria Sociedade. A comunidade política medieval constituía um «universo pluricêntrico» (era o «Estado de Justiça»), onde «nenhuma figura abstrata (como Estado, Nação, Povo), nenhuma pessoa concreta (como rei, príncipe, imperador)» recebia «o encargo de representar, ordenar ou dirigir os interesses comuns do grupo» que preenchia «uma certa zona territorialmente delimitada» (Rogério Ehrhardt Soares).

A comunidade era um complexo de organizações com fins diversos, que se cruzavam entre si, equilibrando-se predominantemente através de laços de subordinação pessoal. O rei, os vínculos feudais, as ordens religiosas, os municípios, as corporações profissionais, as guildas de comerciantes, as universidades, tudo isto eram quadros constitutivos duma comunidade que nada tinham a ver com «determinações étnicas, nem com um sistema fechado de fronteiras nem com uma ideia dinâmica de tradição histórica» (Rogério E. Soares). A noção de comunidade alimentava-se da subordinação a um direito imanente que assinalava «a cada uma daquelas variadas figuras um seu próprio estatuto, um catálogo de privilégios e obrigações» (Rogério E. Soares).

A título de exemplo, é neste quadro que atingem o seu apogeu as corporações profissionais enquanto detentoras, a título originário, de uma quota-parte do poder político no universo medieval, as quais apresentavam os seguintes caracteres distintivos: abrangência de cada corpo profissional na sua totalidade, o controlo do acesso à profissão, o poder de ditar as normas por que se regiam, bem como o de julgar disciplinarmente os seus membros e de lhes impor contribuições. Estes organismos, como contrapartida da situação de monopólio da atividade profissional correspondente, estavam obrigados a garantir, em termos de qualidade e de quantidade, a satisfação das necessidades do mercado.

1.1.2. A estrutura sociopolítica do Feudalismo (a «ausência de Administração Pública»)

A Época Medieval vai do século V (476, ano da queda do Império Romano do Ocidente, com a conquista de Roma pelos Hérulos) ao século XV (1453, ano da queda do Império Romano do Oriente, com a conquista de Constantinopla pelos turcos). Mas

deixando de parte a Alta Idade Média, pela menor importância de que se reveste para o objeto do nosso estudo, comece-se por se dizer que no período que compreende os Séculos X a XIII (e abstraindo-nos agora das particularidades do Reino de Portugal e das demais monarquias peninsulares, onde muito mais cedo do que no resto da Europa se deu o fenómeno do fortalecimento da coroa) ainda não existem aquelas realidades institucionais que hoje conhecemos sob as designações de *Estado* e de *Administração Pública*.

Não quer isso dizer que não subsista uma ideia de *interesse público*: com efeito, no séc. X já eram sentidos como interesses comuns ou gerais das comunidades medievais as necessidades de defesa e de justiça. Mas como é que se satisfaziam estes interesses se não ainda não existia qualquer realidade próxima sequer da atual Administração Pública – desse complexo aparelho administrativo que hoje tão bem conhecemos?

Como se sabe, este período é caracterizado sobretudo pela estrutura socioeconómica do Feudalismo, sistema que assentava em laços de fidelidade pessoal, os chamados laços de vassalagem. Nos termos deste sistema, o poder era detido e exercido por pessoas físicas: o senhor, ou suserano, adquiria poder sobre outros homens, os vassalos, os quais se submetiam a uma situação de sujeição em troca de proteção (note-se que o dito suserano podia por sua vez podia ser vassalo de outrem).

O senhor, pela pura força ou por qualquer outra razão ou contexto, sobrepunha-se ao vassalo de forma pessoal, e não da forma institucionalizada característica dos nossos dias. Ou seja, as relações de poder eram eminentemente pessoais, dado que o poder não estava ainda institucionalizado – o que não ajudava à constituição de um sistema estável e perene de serviços destinado a promover a satisfação de interesses gerais ou comuns. Inexistia pois a realidade hoje designada Administração Pública – em consequência nomeadamente do carácter não institucionalizado da sociedade política, da ausência de uma unidade que servisse de referência ao interesse público e de um aparelho organizado que tivesse como função a sua realização.

A sobreposição pessoal típica do feudalismo resulta ela própria por sua vez da inexistência de uma instituição política separável dos indivíduos e nessa medida apta a sobreviver às contingências e vicissitudes inerentes à vida das pessoas físicas (ou seja, daquilo que viria a ser o Estado).

O poder do senhor feudal sobre os demais apenas subsistia enquanto se mantivesse essa ligação de fidelidade entre as pessoas físicas do suserano e dos seus vassalos. Se o suserano morresse voltava-se a reformular uma nova relação entre cada vassalo sobrevivente e outro senhor, emergindo um novo e distinto poder. Tudo isto era possível porque o sistema feudal era simultaneamente causa e consequência de um excessivo fracionamento do território, dando origem a uma diversidade de diminutos territórios governados por uma miríade de senhores feudais. Não havia a unidade territorial que constitui hoje elemento essencial de cada Estado, mas antes pequenos territórios mais ou menos autónomos com duas necessidades primeiras: a da justiça e a da defesa. E essas necessidades eram basicamente satisfeitas pelo senhor feudal.

Em suma, estamos perante uma sociedade política não institucionalizada e não racionalizada, que se caracteriza pela pessoalidade das relações – uma sociedade inorgânica, com uma extrema fragmentação dos centros de poder, e onde ademais se confundem o poder temporal e o poder espiritual.

1.1.3. Os embriões da Administração Pública

Ainda na época medieval três experiências importantes prenunciam a moderna Administração Pública, com a lógica e o funcionamento próprios desta realidade institucional: referimo-nos à administração municipal, à administração da Igreja e aos exércitos de mercenários.

Quanto à administração municipal ou administração autónoma das cidades, importa referir que tais entidades apresentavam formas incipientes de racionalização de tarefas administrativas; com efeito, e uma vez que o respetivo governo estava nas mãos da burguesia comercial, elas beneficiavam da organização e dos métodos de trabalho próprios da atividade desta classe (por exemplo, a escrita mercantil).

Maior significado apresenta a Igreja. Esta instituição impunha-se então em toda a Europa, a partir de Roma – e por definição tal não acontecia através de laços de fidelidade pessoal. Como se fazia sentir, então, o poder da Igreja? Através de um modelo hierárquico de tipo piramidal, ocupando o Papa o topo da pirâmide, e os párocos das aldeias a base: estes últimos recebiam ordens e instruções do escalão imediatamente superior, por exemplo, do Bispo territorialmente competente, o qual por sua vez era instruído pela instância a montante, e por aí fora até ao topo da pirâmide. Verifica-se também na Igreja uma distribuição racional de funções (clero secular, ordens religiosas com distintas vocações e atividades – militares, contemplativas, mendicantes, etc., etc.).

Uma primordial importância oferece o cariz institucional da Igreja. Assim, por exemplo, o pároco da aldeia era titular de determinados poderes de cariz religioso sobre os respetivos habitantes (mais precisamente sobre todos aqueles que na aldeia se quisessem submeter às regras da Igreja). Mas esses poderes eram exercidos de forma institucional, porque estavam desligados das pessoas físicas dos seus titulares. Por exemplo, se o pároco dava autorização para uma determinada pessoa ser batizada, fazia-o na condição de representante da Igreja, de alguém devotado ao serviço desta. E mesmo que o pároco morresse a instituição mantinha-se, sendo o pároco substituído.

Desta estrutura da Igreja, existem alguns aspetos importantes que influenciaram a Administração Pública, a saber: (i) o exercício do *munus* religioso sobre um vasto território; (ii) o modelo hierárquico adotado; (iii) a distribuição de papéis em que se traduzia a racionalização das estruturas eclesiais, em função de uma maior facilitação da comunicação interna e da definição rigorosa da missão de cada um dos seus membros.

Quanto aos exércitos de mercenários, eram organizações militares profissionalizadas que ofereciam os seus serviços a grandes senhores feudais, a troco de uma elevada remuneração, no sentido de os ajudar nos seus empreendimentos guerreiros (normalmente ordenados à conquista de novos territórios). Eram compostos por unidades homogéneas mas diversificadas nos seus componentes, as quais conjugavam esforços para a concretização de um plano militar lógico e previamente concebido.

Também estes últimos se estruturavam hierarquicamente: a utilização da cadeia de comando transformava cada um destes exércitos num *corpo uno*, com uma «cabeça» e membros que prontamente obedeciam em unísono às ordens emanadas do «cérebro» – ganhando uma considerável vantagem no campo de batalha sobre as (por definição) desordenadas hostes adversárias que não possuíssem tal organização. Esta planificação e esta estruturação hierárquica eram fundamentais para alcançar a vitória.

As bem-sucedidas experiências que se acaba de referir influenciaram os primeiros ensaios de uma administração militar e de uma administração fiscal ao serviço da coroa, os quais constituíram por sua vez antecedentes das futuras Administrações Públicas erigidas pelos monarcas nos séculos seguintes.

1.2. ÉPOCA MODERNA ("O ESTADO SEM DIREITO"): EM ESPECIAL, A SUBÉPOCA DO «ESTADO DE POLÍCIA»

1.2.1. Constituição do Estado moderno e formação da Administração (séc. XV-XVI)

O feudalismo termina nos séculos XIV/XV, altura em que se inicia, com os descobrimentos portugueses, o período de expansão da Europa que viria a ditar a consolidação das modernas nações – essas grandes comunidades cultural, étnica, religiosa e linguisticamente homogêneas definitivamente radicadas em vastos territórios delimitados por fronteiras naturais. A emergência das nações europeias, e de um modo geral a verificação das condições religiosas, sociais, económicas e espirituais próprias da modernidade propiciaram a racionalização da vida social, ditando por isso o nascimento do Estado moderno (com os seus três elementos unificados – povo, território e poder político) e da sua Administração, através do triplo processo de institucionalização, concentração e territorialização do poder na/em torno da Coroa e da (relativa) autonomização do político resultante desse processo.

Com efeito, sobreveio a necessidade da criação de poderes unos aptos a administrar tão vastos territórios; e é neste contexto que emerge desde logo a figura da coroa como instituição – a coroa que se mantém sobrevivendo inclusive à morte física da pessoa do rei. Com a definição das fronteiras, todos os senhores feudais passam a servir exclusivamente o respetivo monarca, tornando-se seus súbditos.

E como é que o monarca faz chegar o seu poder a todo o território? Através da criação de um corpo de funcionários ao seu serviço e dotados pelo rei dos necessários poderes de autoridade – de um *aparelho administrativo*, segundo o modelo da hierarquia da Igreja, aparelho esse que já não cuida apenas, como outrora, dos negócios atinentes ao domínio privado do monarca, mas também e sobretudo dos interesses gerais do reino. Como vimos, este modelo tem por base uma pirâmide que se vai alargando do topo para a base, estando o Rei no topo e na base o funcionário do concelhio ou local. Os poderes vão diminuindo progressivamente do topo para a base: as pessoas que estão no topo da pirâmide humana têm maiores poderes do que as pessoas que estão na base pirâmide de poderes, dispondo o superior hierárquico da totalidade das competências dos seus subalternos.

1.2.2. O crepúsculo das figuras medievais

Com a Época Moderna (que vai do séc. XV ao séc. XVIII), e por via da referida centralização do poder nos monarcas, paralelamente à criação de um aparelho administrativo que começa a assumir as tarefas necessárias à satisfação dos interesses imputáveis a toda comunidade, dá-se o declínio das corporações (que vão perdendo

sobretudo, e progressivamente, o poder de controlo do acesso à profissão) e das demais figuras medievais, como os municípios e as regiões, que cuidavam desses interesses até então com cunho «particularista».

Mas é sobretudo no período que compreende os séculos XVII e XVIII que se assiste à consolidação do Estado (é o chamado «Estado de Polícia») e da Administração Pública, em detrimento das estruturas e instituições sociopolíticas de origem medieval: é nestes dois séculos que o *imperium* se aparta definitivamente da sociedade e passam a coexistir «duas realidades organizativas diversificadas: um Estado *cum* império e uma Sociedade *sine* império» (Baptista Machado).

No entanto, e pese aquele declínio, a autonomia local, por exemplo, vai-se mantendo, mas já neste novo quadro de dualismo do Estado e da sociedade; a sociedade (aqui corporizada no terceiro estado — na burguesia) considerava que a autonomia municipal era uma forma de organização que lhe pertencia e de que ela se servia contra o Estado» — a administração do município «não incumbia ao Estado, mas à Sociedade» (Ernst Forsthoff).

1.2.3. A evolução para o «Estado-de-Polícia» (séc. XVII-XVIII)

Com a progressiva assunção pelo monarca (em toda a Europa continental) de um poder absoluto nivelador do corpo social e fortemente intervencionista (um poder que, segundo a conceção então dominante relativa à legitimidade monárquica, o rei recebia diretamente de Deus), deu-se o desenvolvimento da Administração pública estadual: criaram-se órgãos gerais (com jurisdição em todo o território do reino), consolidou-se e cresceu exponencialmente um corpo organizado de funcionários profissionais e incrementou-se uma atividade intensa e variada desta máquina para satisfação de interesses públicos. Os funcionários régios intervêm em todas as áreas da sociedade, sendo meros executantes da vontade real: através deles o rei domina a sociedade a todos os níveis.

O despotismo do monarca é esclarecido e não aceita por isso outra limitação que não a do direito natural, ou seja, a ditada pela sua própria consciência. Em tese geral, o único limite para a atuação do Estado acaba por ser a vontade do monarca, que não admite uma sujeição a regras jurídicas exteriores. Vigorando então normas avulsas que hoje qualificaríamos como sendo de direito constitucional (por exemplo, as regras de sucessão ao trono) ou de direito de administrativo (como era o caso, no direito português, dos «embargos de execução»), ou ainda institutos «desgarrados» como o expediente do «Fisco» (um instrumento privado ou privatístico vigente nos principados germânicos de compensação pela lesão de interesses particulares de ordem patrimonial, que está na origem do atual instituto da responsabilidade civil da Administração), estava-se todavia muito longe ainda da realidade que viria a emergir com o Estado de Direito, de um corpo homogêneo e sistematizado de normas limitadoras do poder político e administrativo.

Ressalve-se que a expressão alemã «Polizei Staat» (Estado de Polícia) não tem o (moderno) significado de Estado policial: transpondo-a para a conceptuologia jurídica dos nossos dias, será quando muito sinónimo de «Estado Administrativo». E tenha-se bem presente, na mesma «linha explicativa», que todo este processo foi conformado por uma ética de serviço público ditada de cima: o monarca absoluto, que a si próprio se considerava como o primeiro dos servidores da coisa pública, não pretendia desenvolver

uma atividade arbitrária e de proveito pessoal, mas sim de incremento civilizacional do Estado.

Esta ética de serviço público tem que ser vista todavia à luz da ideia de bem comum preponderante nesse tempo, que acentuava mais o brilho e a ostentação do reino face às nações rivais do que os valores hoje comumente aceites, ligados sobretudo à igualitarização do bem-estar material. Típico deste espírito era o pensamento económico então dominante, o mercantilismo, que defendia, a par do protecionismo económico (máximas restrições às importações), uma política agressiva de exportações ou vendas ao exterior, de forma a incrementar ao máximo a produção e a riqueza nacionais.

1.3. A ÉPOCA CONTEMPORÂNEA

1.3.1. O Estado de Direito Liberal

a) O Estado de Direito Liberal do séc. XIX e a sua Administração: princípios políticos fundamentais

O Estado de Direito que na primeira metade do séc. XIX se implanta generalizadamente na Europa¹ é – e pesem as substanciais diferenças entre a matriz francesa (mais revolucionária) e a matriz germânica (mais reformista) – um Estado baseado no sistema de *governo representativo*², no *princípio da separação ou divisão de poderes*³, no *princípio da igualdade*⁴, na supremacia da lei sobre todas as demais

¹ *Grosso modo*, pela via revolucionária em França e nos países que sofreram a influência francesa, em virtude das invasões napoleónicas (como Portugal e Espanha), e pela via reformista nos Estados da Europa central, nomeadamente nos principados germânicos e no Império Austro-Húngaro.

² As ideias de *governo representativo* e *representação política* assentam nas teorias contratualistas da origem do poder (Locke, Rousseau), segundo as quais – e uma vez que todo o poder dos governantes repousa no livre consentimento dos governados – deve o governo da nação deve ser exercido por *representantes eleitos* em quem a «nação» (tese da soberania nacional) ou o «povo» (tese da soberania popular) delegam um poder que lhes pertence originariamente. Esta passa a ser a única legitimidade aceite. Note-se contudo que nos primórdios do Estado Liberal a nova legitimidade representativa ainda convive com a legitimidade dinástica (só o parlamento é eleito, dependendo o governo também do rei) e com o sufrágio restrito, censitário ou capacitário: a soberania reside mais na «nação» ou na «sociedade» do que em rigor no «povo».

³ É alternativa do *governo limitado* por contraposição ao *governo absoluto* (Locke, Montesquieu): consiste na distribuição das diferentes funções do Estado por órgãos ou complexos de órgãos (por «poderes») distintos e separados entre si. Estes são *soberanos* porque não conhecem outro poder acima, mas detêm apenas *parte* do antigo poder soberano uno e pleno de que era originário e exclusivo titular o monarca absoluto dos séc. XVII e XVIII. As três funções antes concentradas neste – (1) *legislativa*, (2) *executiva ou administrativa* e (3) *jurisdicional* – passam a competir respetivamente (1) a uma assembleia representativa (parlamento), (2) ao rei (mais tarde ao governo) e (3) aos tribunais...Cada um dos três poderes, para além da faculdade de *estatuir* (na sua esfera limitada de atribuições) tem ainda a faculdade de impedir os outros de extravasarem os respetivos limites. Este sistema de recíprocas vigilância e limitação funciona sobretudo, e afinal, em benefício da liberdade dos cidadãos, como bem expressa a célebre injunção de Montesquieu: «il faut que le pouvoir arrête le pouvoir».

⁴ O *princípio da igualdade perante a lei* parte do princípio de que os homens nascem livres e iguais (Locke, Rousseau), traduzindo-se na abolição dos privilégios (p. ex., no acesso a cargos públicos) em razão do nascimento ou de outros fatores tidos por arbitrários (como o *status* religioso) que proliferavam no Antigo Regime, e que agora cedem perante a ideia da atribuição dos «bens da vida» a cada um segundo o seu mérito ou capacidade. A lei passa a ser «cega», ou seja, *universal* ou *geral*: ela

atividades do Estado (*princípio da legalidade*)⁵ e na garantia dos *direitos fundamentais* (dos direitos de *liberdade e propriedade*).

O Estado de Direito surge como reação ao «Estado-de-Polícia», o Estado do «despotismo iluminado» que constituiu a última fase do triplo processo de *concentração, institucionalização e territorialização* do poder na coroa (processo esse originador do Estado enquanto forma histórica de organização política da sociedade).

As monarquias absolutistas foram assim ora derrubadas, ora objeto de profundas transformações, em nome da liberdade individual, contra o arbítrio e a opressão, e em nome da liberdade económica e social, contra o intervencionismo real e dos poderes particularistas que ainda se faziam sentir⁶.

O período do Estado Liberal de Direito (que vai dos inícios do séc. XIX até ao fim da 1.^a Grande Guerra) caracteriza-se por uma redução dos poderes do Estado e pela libertação da Sociedade. A Administração Pública «constitui-se como uma administração genuinamente estadual, dirigida ao desempenho das tarefas específicas do Estado: a manutenção da ordem e da paz públicas, a administração da justiça, a recolha de meios financeiros, as relações externas e ainda a criação de infraestruturas de comunicação e a prestação de certos serviços considerados essenciais» (Baptista Machado).

Mas no Estado Liberal as atenções centram-se na preservação da total autonomia do indivíduo considerado isoladamente, já com uma absoluta exclusão (proibição) dos «corpos intermédios» (poderes sociais organizados) — por se entender então, precisamente, que estes constituíam uma limitação àquela liberdade individual.

Note-se todavia que, no respeitante à administração municipal, e à revelia da tendência que se acaba de referir, com a conquista pela burguesia de uma forte posição no interior da ordem estatal, «surgem as primeiras definições de administração autónoma (territorial)», considerando estas a administração autónoma como «um elemento de ligação entre o Estado e a Sociedade» (Ernst Forsthoff).

b) A conceção liberal do Estado e da Administração

A compreensão liberal do princípio da separação de poderes (que não coincide por inteiro com a dos pensadores que o formularam – Locke e Montesquieu) confere um

aplica-se agora a todo e qualquer indivíduo que caia na sua previsão, não sendo mais possível ao rei (ou quem quer que seja) estabelecer derrogações ou incidências singulares, com aplicação de critérios subjetivos, arbitrários e imprevisíveis. A generalidade e a abstração da lei asseguram-lhe as respetivas racionalidade, justiça e legitimidade

⁵ Traduz-se *grosso modo* (sem entrar na distinção entre reserva de lei e prevalência de lei) na subordinação de toda a atividade do executivo (governo e administração) e dos tribunais à *Lei*, i. é, às normas positivas e escritas emanadas do parlamento. É claro que também no Antigo Regime vigoravam leis imperativas que obrigavam todos os órgãos do Estado: o carácter inovador do princípio reside no estarem agora separados (separação de poderes), como é próprio do Direito, o autor (ou autores) das leis e aqueles (a estas *definitivamente sujeitos*) a quem cabe a respetiva aplicação.

⁶ Tenha-se presente que não aforam anulados pela onda revolucionária apenas os poderes dos «déspotas ilustrados», mas também e ainda quase todos os corpos sociais sobrevividos da época medieval que, não obstante o acentuado declínio que conheceram nos últimos tempos do Antigo Regime, lutavam então pela sobrevivência, coexistindo ainda com o poder central típico do Estado de Polícia a com toda uma Administração moderna que transitaria intacta para o novo Estado Liberal (AUGUSTO DE ATHAYDE, *Direito Administrativo da Economia*, cit., pp. 140-141).

papel de primordial importância ao Parlamento e à função legislativa a este atribuída em exclusivo.

A conceção liberal de Estado parte da “subordinação do Estado ao direito”: é o «Estado de Direito» Liberal. A lei é agora entendida (novo conceito de lei) como regra necessariamente geral e abstrata, enquanto expressão da racionalidade e já não da *voluntas* de um soberano: só pode ser lei a disposição tomada em abstrato, e que se destina a ser aplicada a todos os indivíduos⁷ – isto por contraposição à situação anterior, juridicamente “estruturada de acordo com critérios singularizados e, frequentemente, de privilégio”⁸. Ela é também e ainda autodefinição de interesses pela comunidade política afirmada no Parlamento, por um acordo de vontades esclarecidas que constitui a expressão da *vontade geral*⁹.

Note-se que, e como sublinha J. J. Gomes Canotilho, o conceito de lei adotado pelo Estado de Direito resulta de um repositório histórico de variados contributos¹⁰.

Desde logo, temos a dimensão material e universal da lei como «lei boa e justa», racional, virada para o bem comum, sempre presente no pensamento ocidental, da antiguidade grega ao jusnaturalismo cristão-medieval.

Mas temos também os sucessivos contributos de Hobbes (que salienta os momentos voluntarista e positivo da lei – a lei como vontade e ordem), de Locke (com a sua acentuação da lei geral e abstrata como instrumento de liberdade, de guia para homens livres que atuam no seu próprio interesse, e em virtude de tais características como proteção da vida, liberdade e propriedade dos súbditos contra o arbítrio do soberano – é a cosmovisão liberal propriamente dita), de Montesquieu (que estabelece a ligação da lei ao poder legislativo próprio das assembleias representativas, no quadro do princípio da separação de poderes), de Rousseau (que entende ser a lei instrumento de atuação da igualdade política – é a lei «duplamente» geral, quanto ao objeto e quanto à origem: porque dirigida a todos, sem aceção de pessoas, e porque fruto também da vontade igual de todos) e de Kant (a lei como expressão da razão)¹¹.

A lei distingue-se agora nitidamente dos demais atos normativos (nomeadamente das normas internas da Administração): acentuam-se os elementos típicos sempre presentes nos atos legislativos, que são, para além da generalidade e da abstração, a

⁷ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 717-720.

⁸ SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, *Esbozo histórico sobre la libertad de comercio y la libertad de industria*, «Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi», Coordinación R. Gómez-Ferrer Morant, Madrid: Ed. Civitas, 1989, p. 701.

⁹ Conceito elaborado por ROUSSEAU – a par do conceito de *soberania popular* –, e que viria a ser consagrado na «Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão» de 1789. Note-se todavia que (e não obstante as ambiguidades próprias deste período, bem patentes na divisão entre os moderados mais afeiçoados ao modelo inglês e os jacobinos radicais – fiéis ao pensamento do filósofo de Genebra – que atravessou a Revolução Francesa), a conceção imperante no Estado Liberal não entende a vontade geral como *voluntas* (mesmo geral, no sentido de vontade da maioria que assim impõe o seu domínio) mas como *ratio*, ou seja, como expressão de um acordo racional.

¹⁰ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 717-720.

¹¹ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 717-720.

eficácia externa e a identificação do seu objeto próprio com a liberdade e propriedade dos cidadãos¹².

O Parlamento é tido como o fórum de representação da sociedade, por contraposição aos outros dois poderes (executivo e judicial) cuja legitimidade é apenas indireta, e que continuam (sobretudo o executivo) a ser objeto de desconfiança, por corporizarem um Estado que não deixa de ser entendido como «o outro», aquilo que resta do Estado-de-Polícia, em suma, como uma realidade sempre estranha à sociedade e tendencialmente antagónica desta.

Por oposição ao *status quo ante*, consagra-se em benefício da assembleia representativa a quem é confiada doravante a função legislativa uma tripla reserva de lei: uma *reserva de Parlamento* (através do monopólio atribuído a este órgão da produção normativa), uma *reserva de função legislativa* (decorrente do conceito material de lei – segundo este, apenas é considerada «lei» a norma que contenda com a liberdade e propriedade dos cidadãos) e uma *reserva de direito* (visto ser a lei escrita do parlamento a única fórmula admitida de criação de direito).

O direito administrativo que concretiza a subordinação do Estado à lei nasce com o Estado de Direito: trata-se de um direito especial, relativo à Administração Pública, que visa proteger os particulares (a sua vida e segurança, a sua liberdade e a sua propriedade) contra as autoridades administrativas (potencialmente adversas).

O novo princípio da legalidade administrativa – nos termos do qual a Administração apenas pode atuar por meios jurídicos e sempre com sujeição a uma lei prévia – constitui a expressão fundamental da submissão do Estado (mais concretamente, do poder executivo) ao Direito. Ele tem que se ser visto à luz do princípio da separação de poderes tal qual este é entendido pelos mentores deste modelo de Estado, os quais como vimos atribuem ao poder legislativo – ou seja, ao Parlamento – um papel de primeiríssima importância na vida política e jurídica da comunidade.

Com efeito, a novidade é que a Administração passa a estar sujeita a normas que lhe são impostas já não pelo seu supremo dirigente (pelo monarca), mas de fora, ou seja, por um outro poder do Estado independentizado do executivo, isto é, pelo Parlamento¹³. O novo Estado assenta na *filosofia individualista* (Locke, Kant), na doutrina do *liberalismo económico* (Adam Smith, David Ricardo) e no *modelo jurídico liberal*. Vejamos o que significam sobretudo os dois últimos postulados.

¹² É o conceito material de lei: a lei como regra que cria direito (que modifica a esfera jurídica dos cidadãos), que não se confunde com as «leis administrativas», a lei material como ato que intervém na propriedade e na liberdade dos cidadãos, que se distingue das normas do Executivo emanadas noutros domínios tidos como irrelevantes – outros âmbitos que não o da administração agressiva ou ablativa, que interfere por definição com as ditas liberdade e propriedade (neste ponto, ver por todos, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 717-720).

¹³ Na verdade, no «Ancien Régime» o problema não residia tanto na inexistência ou insuficiência de leis limitadoras da atividade da poderosa Administração de então, mas sobretudo na circunstância de o autor dessas leis – o supremo titular por excelência da função legislativa – ser, em *ultima ratio*, o próprio monarca, ou seja, o dirigente máximo da primeira destinatária das ditas leis. Ora, por definição não é direito, não é jurídica a norma de conduta que alguém livremente dá a si mesmo...

c) *O liberalismo económico*

O Estado de Direito Liberal propugna (paradoxalmente, tal como o Estado que o antecedeu) a separação entre Estado e sociedade; todavia, e ao invés do que sucedera com o Estado-de-Polícia, o objetivo agora é reduzir o Estado e as tarefas a assumir por ele (o mesmo é dizer, o poder executivo, a Administração Pública e a respetiva atividade) a uma expressão mínima. A obsessão pela ideia de liberdade leva não apenas a uma *limitação interna* do poder político (pela sua divisão), mas também a uma *limitação externa*, nomeadamente “pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade”¹⁴. O Estado passa a ter como única tarefa interna “a garantia da paz social e da segurança dos bens e das vidas, de forma a permitir o pleno desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas próprias leis naturais”¹⁵.

O Estado Liberal procura assim intervir o menos possível na sociedade, e desde logo na atividade económica, sendo esta tida como uma mera continuação da atividade privada geral. Para a teoria económica liberal em que assenta o novo modelo de Estado a economia autorregula-se, não precisando de se regular pelo direito: há uma ordem económica, e não uma ordem *jurídica* económica¹⁶. A vida económica é deixada ao livre jogo dos agentes económicos, que a modelam e conformam através de instrumentos jurídicos exclusivamente fornecidos pelo direito privado – constituindo o *mercado* a expressão do conjunto das relações interindividuais em que se funda toda a atividade económica. Entendia-se então que qualquer intervenção dos poderes públicos no mercado seria por definição arbitrária e atentatória da liberdade individual – para além de conduzir inevitavelmente ao desperdício, isto pela simples razão de não se guiarem tais poderes pelo critério do lucro (sendo a falta desse critério na vida económica, à época, sinónimo de ineficiência)¹⁷.

O interesse geral da comunidade não é visto numa perspetiva coletiva, que transcenda os indivíduos, na medida em que se entende traduzir ele o somatório aritmético dos interesses dos respetivos membros. No mundo das atividades económicas, cada indivíduo, ao orientar as suas energias, a sua inventiva e o seu talento para a produção e para a distribuição de bens ao menor custo possível, num ambiente concorrencial fundado numa ordem jurídica contratual estável e segura, dava dessa forma o melhor contributo possível (ainda que involuntariamente¹⁸) para a prosperidade geral. Com a possibilidade que agora se abre de se obter o próprio benefício, permite-se também do mesmo passo alcançar um maior bem-estar para toda a comunidade¹⁹: é a teoria da «mão invisível» de Adam Smith.

¹⁴ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I (*Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais*), 5.^a ed., Coimbra, 1996, p. 86.

¹⁵ JORGE REIS NOVAIS, *Tópicos de Ciência Política e Direito Constitucional Guineense*, vol. I, Lisboa, 1996, p. 18.

¹⁶ J. SIMÕES PATRÍCIO, *Introdução ao Direito Económico*, cit., p. 9.

¹⁷ LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, ob. cit., p. 20.

¹⁸ Porquanto o seu objetivo não era filantrópico, mas ao invés, e tão só, a realização do próprio interesse.

¹⁹ SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, *Esbozo histórico...*, cit., p. 703.

d) O modelo jurídico liberal: traços gerais

Como vimos, diferentemente do Estado de Polícia, o Estado Liberal não tem fins próprios: com a sua atividade (que é essencialmente uma atividade jurídica – legislativa e jurisdicional) ele visa apenas assegurar a coexistência dos cidadãos e garantir a possibilidade de cada um por si alcançar o próprio bem-estar, através do livre desenvolvimento da sua atividade económica individual, atividade esta cujo único limite é a igual liberdade dos demais membros da comunidade.

Estamos perante uma compreensão do Estado e do Direito essencialmente *negativa* (ausência de *fins positivos próprios* e por conseguinte de um *dever fazer*, de uma assunção de funções e tarefas viradas para a realização desses fins) e *formal* (ausência de conteúdo das normas jurídicas, as quais se limitam a fixar o quando geral e as condições de realização das atividades individuais): a ordem jurídica é neutra no respeitante ao conteúdo e fins dos contratos celebrados sob a sua égide, assim como à função e destino da propriedade privada que garante e regula (os quais são deixados à livre disposição dos respetivos titulares).

A conceção liberal de Estado é ainda e por último *jurídica*, “no sentido de que a característica essencial da sua atividade é o tratar-se de uma atividade jurídica”: compete assim ao Estado, através do Direito, “estabelecer o quadro geral das regras dentro do qual a liberdade individual de cada cidadão possa coexistir com a liberdade dos demais”, correndo as demais formas possíveis de atividade estadual o risco de serem consideradas despóticas por se traduzirem numa desnecessária compressão das liberdades individuais e do direito de propriedade²⁰. É também neste sentido que se fala em Estado de Direito – no sentido de ser “a instituição da ordem jurídica a sua função, ou seja, a criação e manutenção de uma ordem jurídica como condição para a coexistência da liberdade dos cidadãos: o Estado só se justifica pelo Direito e enquanto atuar na forma do Direito”²¹.

e) O modelo jurídico liberal: Estado Liberal e direito público

O papel do direito em geral é esse: tão só o de proporcionar as condições necessárias para que a liberdade económica individual se possa exercer em toda a sua plenitude, com os «kantianos» limites, todavia, do exercício da liberdade dos demais consociados.

Por conseguinte, também o recém-nascido direito público se desinteressa da economia, preocupando-se apenas com a salvaguarda da ordem pública; ele só tem em mente o objetivo de garantir a segurança e as demais condições necessárias ao desenvolvimento dos negócios privados fruto da livre iniciativa económica dos indivíduos. Não se verificam por isso à época os pressupostos em que hoje assenta a interpenetração entre direito público e direito privado: ao invés, a separação entre um e outros ramos do direito começa por ser absoluta.

O modelo jurídico do Estado Liberal não gira pois em torno do direito público: pelo contrário, “a ordenação que se pretende da realidade económica leva-se a cabo de forma principal através de normas de direito privado”, de acordo com os postulados do capitalismo: o sistema concretiza-se logicamente em torno do princípio do dispositivo, e não a partir de normas imperativas, sendo os indivíduos particulares “os protagonistas

²⁰ LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *ibidem*.

²¹ LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *ibidem*.

fundamentais do processo de criação jurídica no âmbito económico”²². Os instrumentos deste processo são a liberdade contratual e princípio da autonomia da vontade privada.

No domínio económico predominam assim as figuras do contrato e do direito de propriedade, as quais constituem os fundamentos últimos do modelo jurídico do Estado Liberal; o mesmo é dizer que este se apoia essencialmente no direito privado (civil e comercial).

É certo que cabia ao direito público zelar pelo interesse coletivo: mas não lhe competia intervir “na esfera privada da atividade económica, pois que os interesses da coletividade eram aí realizados espontaneamente através do livre jogo da iniciativa e do risco individuais, permeáveis tão só ao direito privado comum e comercial”²³.

f) *Uma ordem jurídica assente no contrato, no direito de propriedade e, por fim, na proteção da empresa capitalista: a mercantilização do direito*

A ordem jurídica do liberalismo assenta no contrato e num direito de propriedade tendencialmente absoluto, por oposição ao sistema do *status* em que se fundava todo o direito do Antigo Regime – o qual ditava múltiplas limitações à liberdade contratual (à validade e à estabilidade dos contratos) e à propriedade decorrentes de imperativos éticos ou políticos.

Os primeiros interesses a serem objeto de tutela jurídica no Estado Liberal (em detrimento dos interesses singulares e muitas vezes privilegiados até então protegidos pela ordem jurídica do Antigo Regime) são os dos *proprietários*: “estes respondem em grande medida a uma configuração estática da titularidade do seu direito patrimonial”²⁴.

Dá-se a abolição dos institutos jurídicos tradicionais que, no interesse das múltiplas comunidades provindas do universo medieval (familiares – como o morgadio –, territoriais ou outras), *estratificavam e condicionavam* a propriedade plena, com base em critérios singularizados e, frequentemente, de privilégio, sendo tais institutos substituídos por disposições de carácter *geral e abstrato*, normalmente inseridas em códigos que tornam a propriedade num direito absoluto ou ilimitado e tendencialmente pleno. Fala-se por isso no «direito sagrado e inviolável de dispor à sua maneira de todos os seus bens», naquilo a que alguém designou por «individualismo possessivo».

Mas num segundo momento opera-se o reconhecimento, por sua vez em detrimento dessa configuração estática do direito de propriedade, de uma «propriedade dinâmica», “apoiada no sistema de produção e no tráfico mercantil que, inclusive, passará a ser protegida com preferência sobre a dos proprietários em sentido estrito” – acabando a tutela jurídica do comerciante, do industrial e do financeiro por prevalecer sobre a do proprietário²⁵.

É a superação da ideia de *propriedade* pela ideia de *empresa*, com a «comercialização» do direito: procura-se agora proteger o diligente homem de negócios. Na prática legislativa e judicial, “enquanto se podam de modo inexorável as vantagens jurídicas que conservavam lavradores, ganadeiros, artesãos, estabelece-se um muito

²² SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, ob. cit., loc. cit.

²³ LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, ob. cit., p. 19.

²⁴ SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, *Esbozo historico...*, cit., p. 702.

²⁵ SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, ob. cit., loc. cit.

subtil e coerente sistema para fortalecer e ampliar os *privilégios* a favor dos prestamistas” (legislação sobre hipotecas, reserva de propriedade, etc.), dos comerciantes, dos industriais e dos financeiros (regulamentação da sociedade anónima e dos negócios e títulos abstratos, limitações da responsabilidade)²⁶. Em sede de fontes de direito, é atribuído valor coercivo geral às regras promulgadas pelas grandes empresas, ou seja, às condições gerais de contratação por estas impostas.

Esta simpatia pelos negócios abstratos leva ao reforço da propensão para banir qualquer consideração para lá da vontade declarada, e com isso toda a significação social do negócio (ou seja, a respetiva causa) – «mercantilizando-se» o direito privado que desta forma se coloca ao serviço do capitalismo. O direito do Estado desliga-se assim de toda a norma extrapositiva, rebaixando-se à condição de direito supletivo e não imperativo, na medida em que prevalecem as regras convencionais, «filhas» da autonomia privada, que ficam «axiomaticamente» fora do controlo estadual. O suporte patrimonial dos direitos subjetivos “realça-se de modo manifesto”: tais direitos tornam-se sumamente abstratos, “sem limitações implícitas, não censuráveis mesmo quando abusivamente exercitados”²⁷ (constituindo um típico exemplo desta tendência a legalização da usura).

1.3.2. O «Estado de Direito Social» ou «Estado Administrativo» do séc. XX

a) *Transição do Estado Liberal para o Estado Social*

A partir da segunda metade do séc. XIX acelera-se a interpenetração entre Estado e Sociedade, em virtude sobretudo do alargamento do público político a que deram causa a segunda revolução industrial e o conseqüente e exponencial crescimento das cidades.

Nos finais do séc. XIX generaliza-se o sufrágio universal, organizam-se os primeiros partidos políticos de massas e começam-se a movimentar os grupos de interesse (sindicatos e outros).

É com a 1.^a Grande Guerra Mundial (1914-1918) que surgem as primeiras atividades estaduais de envergadura²⁸: os Estados apossam-se da direção da economia para fazer face ao esforço de guerra (*mobilização económica*), e no final da guerra mantêm importantes poderes de intervenção na vida económica, agora para minorar os problemas decorrentes da desmobilização dos soldados e da depauperação provocada pelo conflito. Mas é sobretudo com a crise de 1929 que se iniciam com carácter sistemático as políticas económicas dirigistas e o chamado Estado-Providência (*Welfare State*). Estas políticas teorizadas por J. M. Keynes foram implementadas nos EUA por F. D. Roosevelt (foi o chamado *New Deal*) e ainda, de algum modo, na Europa, quer sob regimes (supostamente) democráticos (como a República alemã de Weimar e a República espanhola), quer sobretudo sob a égide dos regimes autoritários e intervencionistas que se multiplicaram neste último continente nos anos 30.

No período do entre guerras emergem as chamadas Constituições de transição (de transição do Estado Social para o Estado Liberal), cujos textos já assinalam ao Estado a prossecução de tarefas e fins de carácter económico, atribuindo-lhes consideráveis

²⁶ SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, ob. cit., p. 703.

²⁷ SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, ob. cit., loc. cit.

²⁸ J. SIMÕES PATRÍCIO, *Introdução ao Direito Económico*, cit., p. 31.

poderes de intervenção nas atividades económicas; são paradigmáticas deste período de transição a Constituição alemã de Weimar (de 1919) – que influenciou, entre outras, a Constituição Portuguesa de 1933 e a própria Constituição Italiana de 1947 – e a Constituição da República Espanhola de 1933.

Os regimes autoritários que proliferam na Europa neste período tentam ressuscitar o corporativismo medieval, como reação ao individualismo liberal do século anterior (criando, porém, apenas o que se chamou o «corporativismo de Estado» — dum Estado autoritário e centralizador, já negador, por exemplo, da autonomia local).

Só depois da segunda guerra mundial, com a consolidação do Estado Social de Direito e com a derrota das potências do Eixo, são as corporações extintas, enquanto o Estado (agora novamente interventor) chama a si novas e múltiplas funções e atribuições; (re)surgem, porém, por sua vez, no seio da Sociedade, os centros de ação e de poder independentes do Estado.

Nas palavras de Baptista Machado, nesta época mantém-se a dupla emancipação (do Estado em relação à Sociedade, e vice-versa), não se traduzindo o aumento das funções estaduais necessariamente numa «estatização» das mesmas funções (por absorção de uma organização administrativa estadual imediata alargada — «justamente aquela que corresponde à figura e à posição do Estado-Soberano tradicional»). Não assim «se o Estado, nesta área, sai do casulo das suas formas de organização clássicas e se abre a uma articulação concreta e organizativamente diferenciada com as forças sociais; e se, ao mesmo tempo, as organizações de direito privado emergem da sua pura privacidade para cooperar na resolução de problemas que hoje caem no âmbito da esfera pública — da esfera pública não estadual, bem entendido»; «esfera pública não-estadual ou mesmo público -corporativa» tratando-se como se trata «da diferenciação de uma zona de poder social público que representa o contrapeso da sociedade organizada em processos de regulação que, abandonados apenas à administração direta do Estado, acabariam por permear de novo toda a sociedade com o *imperium* do poder político — acabariam por a estatizar» (Baptista Machado).

E assim surgem duas formas de estruturas intermédias entre Estado e Sociedade, inspiradas por princípios organizativos distintos: os princípios da participação e da descentralização.

O Estado Social de Direito – ou Estado Administrativo – só se consolida pois a partir do segundo pós-guerra, aumentando significativamente a esfera de intervenção estadual na vida económica e social. As necessidades ditadas pela reconstrução de uma Europa devastada pela guerra levam (entre outras consequências no plano da intervenção dos poderes públicos na economia) ao decretamento de nacionalizações, à assunção pelo Estado da atividade bancária e ao advento nos países ocidentais do fenómeno da planificação económica²⁹.

Completando o que já se iniciara com a Primeira Grande Guerra Mundial, especialmente o período do entre guerras, “assistiu-se, quer durante as hostilidades de 1939-1945, quer particularmente no após-guerra, ao crescente interesse do Estado na economia – a chamada *intervenção económica* – substituindo-se de vez o tradicional abstencionismo pelo comprometimento público na economia”; num primeiro tempo, “em ordem a suprir lacunas (desinteresse ou insuficiência) da iniciativa privada”, depois

²⁹ J. SIMÕES PATRÍCIO, *Introdução ao Direito Económico*, cit., p. 31.

“corrigindo-lhe deliberadamente os excessos ou os defeitos de atuação”, enfim, “dirigindo (programando, até) a economia global”³⁰.

b) Traços essenciais do Estado Social de Direito ou Estado Administrativo

O Estado de Direito que pontifica na segunda metade do séc. XX é um Estado descentralizado: assiste-se a uma profunda mutação da organização administrativa, com o fenómeno de pluralização da Administração. Traduz-se esta pluralização no deixar de haver uma única Administração central ou centralizada, para passarem a coexistir muitas administrações em diferentes níveis territoriais. A partir sobretudo da década de 50 do séc. XX, por decalque da descentralização territorial, chega a vez da multiplicação das administrações institucionais, quer de tipo associativo, quer de tipo fundacional, dinamizando-se um processo de descentralização imprópria, dita técnica, funcional ou por serviços (processo esse designado entre nós por «devolução de poderes»).

Alarga-se também o leque dos domínios de intervenção da Administração Pública: a par da tradicional Administração de polícia mais ou menos alheada da vida económica consolidam-se os primeiros organismos de coordenação económica; e sobretudo nasce uma nova Administração de serviço público, de fomento e de infraestrutura. O Estado deixa de ter uma postura meramente negativa ou passiva, de simples proteção da ordem pública, para passar a agir sobre a sociedade e sobre a economia.

Tudo isto – e nomeadamente a nova posição do Estado como produtor de bens e serviços essenciais – passou a ser possível por ter o ocidente conhecido uma *era de inédita prosperidade* entre meados/finais da década de 40 (pós II Grande Guerra Mundial) e meados/finais da década de 70 (pós crises petrolíferas). Estamos a falar dos trinta anos de crescente e contínua prosperidade do mundo ocidental, período em que o chamado Estado Social, Estado Providência ou Estado Administrativo típico do séc. XX conheceu o seu apogeu, em que os poderes públicos (mesmo nas economias de mercado) chamaram a si (à titularidade pública) a maioria das atividades hoje designadas de interesse económico geral – de produção e distribuição dos bens e serviços essenciais ao bem-estar das populações.

Foi sobretudo nessa época que se construíram novas infraestruturas (ou se completaram ou desenvolveram a um nível nunca antes atingido redes já existentes) e se erigiram a partir delas os grandes serviços públicos, a saber (e entre outros) nos sectores dos transportes públicos, das telecomunicações (serviços postais, telefones e televisão) e da energia (da eletricidade, carvão, derivados do petróleo e gás natural).

Essas atividades económicas, *ex novo* ou pela via da nacionalização das empresas privadas que operavam nesses sectores, passaram a ser exploradas por empresas públicas as mais das vezes em regime de monopólio legal – sendo quando muito objeto de concessão a privados, mas sempre sob direta supervisão dos poderes públicos, que mesmo neste caso mantiveram a responsabilidade pela execução de tais serviços públicos.

Em suma, e em consequência desta nova postura interventora do Estado, aparece uma administração social ou de prestação – mais abrangentemente, uma Administração de serviço público (prestação de bens e serviços essenciais), de fomento e de infraestrutura – a par da tradicional Administração de autoridade.

³⁰ J. SIMÕES PATRÍCIO, *Introdução ao Direito Económico*, cit., p. 11.

Dá-se por isso uma atenuação da separação Estado-sociedade: a Administração deixa de ser a portadora de uma lógica estranha à sociedade, passando a prestar bens e serviços (Administração prestadora ou constitutiva), a contratar (em vez de se limitar a fazer uso das suas tradicionais prerrogativas de autoridade, através da prática de atos administrativos e da edição de regulamentos administrativos) e a utilizar inclusive formas organizativas (de sociedade comercial, de fundação e de associação privadas) e de atuação de direito privado: é a chamada Administração de concertação. A Administração abre-se também à participação dos administrados (Administração participada ou «aberta») – seja a título consultivo, seja mesmo por associação ao exercício do poder administrativo.

c) As transformações sofridas pelo direito público: do princípio da legalidade ao princípio da juridicidade

O próprio fundamento último do direito administrativo – o princípio da legalidade administrativa – sofre ao longo da primeira metade do séc. XX uma significativa evolução: a Administração passa a estar (mais amplamente) sujeita ao direito, e não apenas à lei.

A mudança a que se assiste é a do princípio da legalidade da administração, que se transmuta num mais lato *princípio de juridicidade*: o clássico e fundamental parâmetro da atividade administrativa começa a ser entendido como um princípio de juridicidade, através da sujeição da Administração também aos direitos fundamentais e aos princípios gerais de direito administrativo, e já não como princípio de legalidade estrita.

Em contrapartida, tende-se a admitir uma discricionariedade administrativa limitada pelos direitos fundamentais e por princípios jurídicos, bem como, dentro de certos limites de forma e competência, a existência de regulamentos complementares e mesmo de regulamentos independentes, sobretudo quando emanados por órgãos representativos dos poderes regional e local.

d) As transformações sofridas pelo direito público (cont.): o novo conceito de lei

Importa lembrar aqui também a alteração das características da lei: com efeito, a generalidade e a abstração deixam de integrar o conceito de lei, admitindo-se em certos casos, como atos próprios da função legislativa, a lei-individual e a lei-medida.

A primeira teorização desta última figura deve-se a Carl Schmitt, com a sua distinção entre lei e medida: segundo o constitucionalista alemão, a (lei) medida seria uma ordenança de um legislador extraordinário com valor de lei, mas que constituiria a uma só vez *lei e sua execução*.

Segundo a posterior reflexão de Ernst Forsthoff (que reflete a evolução entretanto registada na prática constitucional) a lei-medida provém já não de um legislador extraordinário, mas do próprio legislador ordinário que, em resposta às exigências próprias da sociedade técnica do séc. XX, se vê obrigado a utilizar a lei para prosseguir escopos concretos, assim invadindo a esfera de ação tradicionalmente reservada ao poder executivo. Pese a diminuição das possibilidades de defesa do cidadão face a tais

leis concretas, individuais ou temporárias, estas são constitucionalmente admissíveis se forem orientadas por uma dimensão de justiça material³¹.

Enfim, lei perde o timbre da verdade racional (de que seria semântica expressão) que lhe imprimiram os ideólogos do liberalismo, esvanecendo-se o seu tradicional carácter exclusivamente garantístico dos direitos dos particulares: é o fim da reserva de lei enquanto reserva de função legislativa, pela impossibilidade de se manter um conceito material de lei referido apenas à liberdade e propriedade dos cidadãos. A lei passa a ser também instrumento de definição dos interesses públicos a cargo da Administração, fenómeno que adquire uma especial importância precisamente no domínio do direito administrativo da economia.

e) As transformações sofridas pelo direito público (cont.): a evolução do princípio da separação de poderes: de uma separação rígida a uma divisão funcional e flexível

Finalmente, importa assinalar que o próprio princípio da separação de poderes em que por sua vez assenta o princípio da legalidade administrativa sofre uma significativa transformação. Com efeito, dilui-se a fronteira entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

O séc. XX assiste ao fim da reserva lei enquanto reserva de Parlamento: o Governo recebe poderes normativos e até competência legislativa normal (veja-se o caso da Constituição Portuguesa de 1976, já na sequência da anterior ordem constitucional – nomeadamente a figura do decreto-lei, no âmbito da competência legislativa concorrente, que torna o Governo num «hospedeiro» da função legislativa).

Dá-se por outro lado um reforço do poder judicial, que passa a controlar não apenas a legalidade (estrita) da atuação administrativa (nas áreas de atuação vinculada), mas mais amplamente a sua juridicidade (estendendo-se por conseguinte o controlo jurisdicional às zonas de atuação discricionária, com referência aos princípios gerais de direito). Alarga-se o domínio do juridicamente relevante, deixando a lei de ser a única fórmula de criação do direito: é o desaparecimento da reserva de lei enquanto reserva de criação de direito.

1.3.3. Último quartel do século XX e primeira década do séc. XXI: contexto global da crise do Estado Social ou Administrativo

a) A crise do Estado Social; o ressurgimento do liberalismo económico

Nas décadas de 70 e de 80 do séc. XX o mundo em geral, e as economias dos países ocidentais em particular, conheceram uma crise profunda, sofrendo profundas mudanças que ditaram uma irreversível alteração desse estado de coisas.

Para essas mudanças concorreram uma série de causas, umas públicas e notórias, outras nem tanto, mas que hoje estão mais ou menos identificadas – sendo que o peso relativo de cada uma delas nas consequências produzidas na economia é muito dificilmente determinável. À cabeça das causas mais imediatas e notórias está o

³¹ Nesta matéria, ver por todos J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 717-720.

primeiro choque petrolífero (que se deu no início dos anos setenta do séc. XX), que abalou profundamente as economias ocidentais³², apontando-se usualmente este acontecimento como a marca do início do declínio do modelo intervencionista de Estado, do Estado-Administrativo (ou Estado-Providência).

O facto é que – e como hoje se constata já sem margem para qualquer dúvida séria – chegou ao fim a era de prosperidade do mundo ocidental, com a conseqüente necessidade de alteração (no sentido de uma forte redução) dos fins e funções do Estado.

A primeira resposta ao declínio económico que se seguiu a esta crise surgiu no mundo anglo-saxónico, onde a tradição liberal estava (e está) mais arreigada, com a verdadeira revolução política e ideológica iniciada no final da década de setenta pelo Presidente norte-americano Ronald Reagan e pela Primeira-Ministra britânica Margaret Thatcher nos respetivos países. Note-se que os governos liderados por estes estadistas limitaram-se a pôr em prática as teses neoliberais dos economistas da Escola de Chicago (onde avulta a figura de Milton Friedman) e (já também nos campos da Filosofia Política e da Teoria do Direito e do Estado) de pensadores como Friederich Hayek; ou seja, uma vez mais a mudança política foi precedida por uma mudança nas mentalidades³³.

Os bons resultados económicos alcançados pelos governos americano e britânico nas décadas de oitenta e noventa contagiaram as políticas económicas e de reforma administrativa de muitos outros países do mesmo espaço civilizacional, tendo-se iniciado nesta época o forte emagrecimento do (até então) cada vez mais agigantado Estado-Providência implantado no segundo pós-guerra.

b) A implosão da URSS e a «globalização»; a UEM e o alargamento da UE a leste

O processo de mudança que se tem vindo a descrever acelerou-se em consequência do fenómeno da chamada «globalização» que se seguiu à implosão da União das

³² Consistiu o chamado «choque petrolífero» numa cartelização dos preços do petróleo, traduzida numa inesperada e abrupta subida de preços levada a cabo (de forma abertamente concertada) pelos Estados Árabes do Golfo Pérsico – países produtores que então abasteciam, numa situação de quase exclusividade, todo o mundo industrializado.

³³ FRIEDERICH VON HAYEK (1899-1922) foi laureado com o Prémio Nobel da Economia em 1974 pelos seus estudos sobre as crises económicas cíclicas (prémio que partilhou com K. G. MYRDAL).

Mas os trabalhos mais divulgados de HAYEK extravasam o domínio económico. A sua primeira (e mais célebre) obra – *The Road to Serfdom (O caminho para a servidão)* – remonta inclusive ao final da década de 30 do séc. XX. Neste livro o autor critica duramente o intervencionismo estatal na economia emergente nessa década em ambos os lados do Atlântico (nos Estados Unidos com a política do «New Deal» do Presidente F. D. Roosevelt, e na Europa com o advento do fascismo italiano e do nacional socialismo alemão), sustentado a tese do carácter intrinsecamente totalitário de qualquer sistema de planificação económica – e, em contraponto, das virtudes (também) políticas da economia de mercado, como único antídoto eficaz face à ameaça totalitária. Mas a obra maior de HAYEK (também nos domínios da filosofia política e da sociologia jurídica) é sem dúvida o (muito mais recente) *Law, legislation and liberty* (Lei, legislação e liberdade).

Uma das mais contundentes críticas de HAYEK – dirigida sobretudo ao modelo jurídico-político do Estado de Direito da Europa continental, moldado pelo positivismo jurídico – é o da absolutização da vontade do legislador, que sem qualquer limite relevante, o qual, ao sabor das flutuações da maioria, vai afeiçoando as leis às pretensões dos grupos de pressão mais bem organizados. Também o Estado Providência do segundo pós-guerra constituiu um alvo preferencial das suas críticas.

Repúblicas Socialistas Soviéticas e ao fim da «guerra fria» entre as potências ocidentais lideradas pelos EUA e a U.R.S.S. e os respetivos «Estados-satélites», nos últimos anos da década de oitenta (estertor esse cujo marco histórico foi a queda do «Muro de Berlim», em 1989) e, em geral, ao estertor do sistema comunista de economia planificada vigente numa quarta parte da Terra.

Esta mudança, note-se, assumiu uma especial relevância na China, cuja economia se liberalizou radicalmente (não obstante se ter mantido a vertente ditatorial do regime, cerceadora das liberdades políticas e de expressão³⁴).

Com a adesão à União Europeia dos países europeus que se libertaram da esfera de influência da extinta URSS, e em geral com o incremento do comércio mundial pressionado pelas mudanças políticas referidas (sobretudo no âmbito do GATT/OMC), as economias da Europa Ocidental abriram-se muito mais à concorrência dos produtos (e da própria força de trabalho qualificada) provenientes do resto do mundo.

A internacionalização das economias dos países europeus – que deu saltos qualitativos com o aprofundamento da integração económica europeia (nomeadamente com a implementação da União Económica e Monetária³⁵ em 1993, na sequência do

³⁴ E mesmo de alguma intervenção pública na economia, através nomeadamente de um ainda relevante sector público empresarial e de algum controlo político nas maiores empresas, por intermédio da presença discreta de um representante do partido único (Partido Comunista Chinês).

³⁵ Traduzida na instituição de uma moeda única em quase todos os países da UE e na criação de um Banco Central Europeu e de um Sistema Europeu de Bancos Centrais que passou a centralizar as principais competências até então detidas pelas autoridades nacionais – nomeadamente a emissão de moeda e a fixação das taxas de juro e das taxas de câmbio.

Tenha-se presente que a convergência das políticas económicas e de reforma administrativa dos Estados europeus na última década, no âmbito da União Económica e Monetária, assentou (e assenta) em três vetores essenciais, todos eles tributários do pensamento económico clássico ou liberal.

Em primeiro lugar, muito deveu (e deve) esta trajetória comum dos Estados membros da UE ao impulso de um poder executivo comunitário (a Comissão Europeia) dotado dos meios e da vontade política necessários para alargar o mercado interno a um número cada vez maior de sectores – e desde logo aos chamados serviços económicos de interesse geral, palco da maioria das privatizações, acabando progressivamente com as exceções que estes representavam às liberdades de circulação e às regras comunitárias da concorrência.

Em segundo lugar, assenta tal convergência na moeda única (o euro) gerida por um Banco Central Europeu independente quer das instituições comunitárias, quer dos executivos nacionais, autoridade esta que, em obediência ao pensamento económico mais ortodoxo (nomeadamente às teorias monetaristas clássicas), assume quase em exclusivo e a todo o custo a missão de garantir a estabilidade dos preços no território do euro através do controlo da massa monetária em circulação (mesmo que – confessadamente – com prejuízo de outros objetivos macroeconómicos como o crescimento económico e o pleno emprego).

Em terceiro lugar, ela passa por uma política comum orçamental (no âmbito da União Económica e Monetária) centrada no equilíbrio das contas públicas de cada Estado membro, nomeadamente na contenção do défice público e da dívida pública – reduzindo-se por essa via ainda mais a margem de manobra de cada Estado membro para utilizar pela via do respetivo orçamento políticas deficitárias que visem a prossecução dos referidos objetivos do crescimento económico e do pleno emprego.

Por força sobretudo das exigências de manutenção da estabilidade dos preços no âmbito da União Económica e Monetária, obrigaram-se pois os Estados membros da UE que adotaram o euro, no chamado «Pacto de Estabilidade e Crescimento», a segurar em apertados limites o seu défice orçamental e a respetiva dívida pública, sob pena de pesadas penalidades financeiras. Efetivamente, pouco mais resta hoje aos Estados do «euro», para aumentar o emprego e para fazer crescer as respetivas economias, do que atrair os capitais externos (proporcionando as melhores condições possíveis ao o investimento

Tratado de Maastricht) e com os mais recentes acordos do GATT/OMC – teve como principal consequência a deslocação dos centros de decisão nacionais em importantes matérias para fora do âmbito estadual.

c) *A Globalização e consequente desindustrialização das economias ocidentais*

Pelas razões que se tem vindo a apontar, no mundo ocidental deixou o Estado de dispor dos tradicionais meios de intervenção conjuntural na economia para minorar os efeitos de contextos internacionais adversos – e as adversidades seguiram-se de facto à maior abertura aos mercados externos de produtos, serviços e capitais e ao derrube de barreiras alfandegárias.

Logo na década de setenta do séc. XX, como vimos, os Estados europeus ocidentais e as respetivas empresas começaram a não poder suportar as notórias ineficiências dos seus pesados sectores empresariais públicos, assim como a excessiva rigidez da sua legislação laboral e as (cada vez mais) elevadas despesas sociais com os seus trabalhadores – desde logo por já não disporem os primeiros (nomeadamente os Estados do «euro») do recurso a panaceias como a desvalorização da moeda, a descida administrativa das taxas de juro diretoras e a injeção de (mais) dinheiro na economia.

Passaram-se pois a debater as respetivas exportações (sobretudo as de produtos com menor valor acrescentado) com a concorrência de mercadorias oriundas dessas zonas do mundo agora produzidas e transformadas por uma mão-de-obra já razoavelmente qualificada³⁶.

O mais gravoso efeito deste processo que se acelerou sobretudo a partir da década de noventa – da chamada globalização – para as economias ocidentais foi a *desindustrialização* e consequente e progressivo *declínio do crescimento económico*, que resultou de duas «migrações económicas» (chamemos-lhes assim) inversas com recíproca influência, em jeito de círculo vicioso.

A primeira dessas «migrações» foi (e continua a ser) a fuga do grosso da atividade industrial para outras paragens (nomeadamente para a Ásia) onde os custos de produção eram (e são) acentuadamente inferiores (em parte devido a menores custos de contexto, nomeadamente ambientais, urbanísticos e sócio laborais) – deslocação do investimento propiciada pela liberalização universal da circulação de capitais.

estrangeiro) e incrementar as exportações (reduzindo desde logo os custos laborais das empresas, de forma a torná-las competitivas nos mercados externos).

A rutura com o passado é de tal monta que, numa perspetiva histórica, um prestigiado juspublicista como Sabino Cassese sustenta inclusive, em sede dos princípios e normas fundamentais da vida económica nos Estados membros da UE, que a grande distinção passou a ser entre a “velha Constituição Económica” de cada Estado (que em Itália vai da unificação do país – em finais do séc. XIX – aos anos oitenta do séc. XX) e uma “nova Constituição Económica” comum marcada pela primazia dos princípios e normas comunitárias, cujos desenvolvimentos consistem nos recentíssimos fenómenos, entre outros, da sistemática oposição a qualquer tipo de intervencionismo estatal, da acentuada tendência no sentido da abolição ou redução das barreiras aduaneiras e consequente abertura aos mercados internacionais e da perdurante e aflitiva crise das finanças públicas (SABINI CASSESE, *La Nuova Costituzione Economica*, 2.ª ed., Roma-Bari, 2000, *apud* E. PAZ FERREIRA, *Direito da Economia*, cit., pp. 64-65).

³⁶ Mercadorias e trabalhadores até então (sublinhe-se) circunscritas a territórios isolados do resto do mundo e a estádios de desenvolvimento tecnológico ainda muito atrasados em virtude de barreiras alfandegárias ou dos próprios sistemas políticos isolacionistas ali implantados.

E a segunda «migração económica», subsequente à primeira, foi (e é) a entrada nos mercados dos países ocidentais das mercadorias lá produzidas (no oriente), que vão apresentando melhorias progressivas de qualidade e que são vendidas a preços imbatíveis. Esta invasão deveu-se (deve-se) também, por seu turno, ao movimento de liberalização do comércio internacional de mercadorias, traduzido numa progressiva desproteção alfandegária dos ditos países ocidentais face a importações de países terceiros, como já acima se referiu.

O estertor da indústria causou inúmeros problemas às economias e por consequência às finanças públicas dos países ocidentais, como o desequilíbrio da balança comercial, o agravamento do desemprego e a consequente quebra das receitas tributárias e aumento das despesas públicas sociais. Como fator de agravamento da saúde das economias ocidentais temos também, desde a década de 70 do século passado, o fenómeno da *regressão demográfica*, desta feita como resultado de uma crise de valores.

Tudo isto obrigou enfim a profundas transformações do quadro jurídico da economia e das finanças públicas, acabando por se traduzir na imperiosa e inadiável necessidade de sucessivos cortes estruturais na despesa pública (com as concomitantes reformas ao nível da organização administrativa e do funcionalismo público e do respetivo enquadramento jurídico), na «desregulamentação» no domínio da segurança social, na flexibilização das leis laborais, na privatização das empresas públicas e “no avanço do mercado como instrumento de decisão económica” – gerando a incapacidade estatal para a disciplina independente da economia “uma verdadeira crise de «governabilidade» da economia à escala nacional”³⁷.

Note-se que todas estas medidas de redução da despesa pública e de aumento da eficiência do sector público subsistente e da economia em geral, não obstante os bons resultados conseguidos sobretudo na década de oitenta, não foram suficientes para reequilibrar as finanças públicas dos Estados ocidentais, tendo-se mesmo assim agravado muitíssimo o défice público (e por consequência a dívida pública) – sobretudo nas duas últimas décadas do séc. XX, agora em virtude das já assinaladas vicissitudes da globalização e, nomeadamente na Europa, da nova etapa da integração económica da maioria dos Estados deste continente (que acentuou os problemas dos países europeus com economias mais frágeis que não obstante optaram por integrar a zona euro).

Ora, a progressiva e acelerada deterioração das finanças públicas obrigou estes Estados a recorrer ao mesmo ritmo a empréstimos ao exterior para conseguirem manter pelo menos o essencial do modelo de Estado Social, Administrativo ou Infraestrutural que constituiu a sua «imagem de marca» no séc. XX. Até que, atingindo alguns Estados da zona euro patamares insustentáveis de endividamento, eclodiu, em 2009, a chamada crise da dívida soberana, que afetou (e afeta ainda) não apenas a zona euro mas também toda a União Europeia.

³⁷ LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, ob. cit., p. 72.

1.3.4. Último quartel do Século XX e primeira década do séc. XXI (cont.): a reforma do Estado Social ou Estado Administrativo

a) *As privatizações e a passagem do Estado prestador ao Estado Regulador*

A reforma do Estado Administrativo ou Estado Providência que tem vindo a ser levada a cabo nas três últimas décadas pelos Estados ocidentais (e nomeadamente europeus) para tentar contrariar a progressiva debilitação das finanças públicas a que deram causa os fatores enunciados no ponto anterior, continuou-se a guiar por critérios de eficiência, passando no campo social e laboral por uma maior flexibilidade da legislação laboral e por maior racionalização do sistema de segurança social (fala-se por isso num novo conceito de «flexisegurança», a partir das recentes experiências governativas britânica³⁸ e nórdica) e, no campo económico (o que ora mais nos importa), sobretudo pela privatização de organizações e tarefas públicas.

Esta privatização traduziu-se na passagem de um *Estado prestador* de bens e serviços a um *Estado regulador*; com efeito, não houve lugar a uma desregulamentação propriamente dita das atividades económicas: ao invés, a retirada do Estado dos sectores produtivos onde intervinha diretamente, na qualidade de agente económico e normalmente em regime de monopólio, foi compensada pela (re)criação de quadros regulatórios por vezes bastantes extensos, cuja atuação passou a ser confiada não ao Governo e à administração dele dependente, mas a *entidades reguladoras independentes* dotadas de fortes poderes de intervenção.

O processo das privatizações ocorreu também em Portugal e noutros países próximos (sobretudo em Espanha e na Itália, mas também na França e na Alemanha) nos últimos vinte anos do séc. XX – por conseguinte com uma relativa proximidade temporal entre si –, tendo-se desenrolando ademais sob a comum e decisiva influência do Direito Económico Comunitário, depois (e sempre que necessário) das pertinentes revisões constitucionais³⁹.

Note-se, entretanto, que por força da quase extinção dos sistemas de economia totalmente planificada vigentes na U.R.S.S. e nos países da Europa de Leste, deu-se o realinhamento desses países pelo modelo ocidental.

b) *Privatização formal, privatização material, privatização organizativa e privatização funcional*

Voltando ao processo das privatizações, e para finalizar este ponto: são vários os caminhos e as formas da privatização de organizações e tarefas públicas a que se acaba de fazer referência, pelo que importa conhecê-los e distingui-los entre si.

Temos em primeiro lugar a (mera) *privatização formal*, levada a cabo em nome da eficácia da atuação dos poderes públicos: é a chamada «fuga para o direito privado», que se processa através da adoção pelas organizações públicas de formas jurídico-organizativas privadas – sociedades comerciais, fundações – com vista à total

³⁸ Impulsionada pela tendência moderada representada por Tony Blair, líder do Partido Trabalhista inglês que viria a suceder a John Major (herdeiro político de Margaret Thatcher) na chefia do governo britânico.

³⁹ Nomeadamente nos países com textos constitucionais extensos, que conferem relevo à chamada Constituição Económica programática (como é o caso por excelência da Itália).

submissão ao direito privado, por conseguinte, quer da atividade dos novos entes, quer mesmo da sua organização e funcionamento.

Fenómenos distintos do da «fuga para o direito privado» são os fenómenos associados da *privatização material* e da *privatização organizativa*: aqui já estamos perante uma verdadeira privatização de atividades tradicionalmente reservadas à Administração, com substancial privatização também das próprias entidades que as desenvolviam – isto é, com simultânea venda a privados de parte ou da totalidade do capital social das empresas públicas que até esse momento exploravam tais atividades, em muitos casos em regime de monopólio (são as chamadas «privatizações», que entre nós ocorreram sobretudo na década de noventa).

Sublinhe-se uma vez mais que como pano de fundo destas privatizações temos a criação de entidades reguladoras independentes (autoridades administrativas independentes) cuja missão é assegurar a livre concorrência entre os operadores (públicos e privados, ou só privados) que agora desenvolvem essas atividades económicas, e os direitos dos utentes dos bens e serviços de «interesse económico geral» (antigos «serviços públicos»): é a tão propalada passagem do *Estado prestador* ao *Estado regulador* já acima mencionada.

Enfim, para além das privatizações formal, material e organizativa que se acaba de referir, tem-se expandido o mecanismo tradicional da privatização funcional ou «Administração por particulares», com um forte incremento da entrega a privados da exploração de atividades que não obstante continuam reservadas à Administração Pública (continuando esta a responsabilizar-se pela respetiva execução, dispondo para tanto dos necessários poderes de supervisão e intervenção na atividade concessionada).

Outras formas de associação de privados ao desempenho de tarefas e funções públicas, e que acrescem à clássica devolução ou delegação de poderes processada ao abrigo do regime de concessão de exploração de serviços públicos a que se acaba de fazer referência, são ainda a celebração de contratos de prestação de «serviços de imediata utilidade pública» (*out sourcing*) e a constituição de sociedades de capitais mistos sob controlo público.

c) *O conceito inovador de regulação pública*

O moderno conceito de regulação pública só pode ser apreendido à luz dos acontecimentos, tendências e movimentos a que acaba de fazer referência, nomeadamente da profunda mudança nos fins e funções do Estado por eles causada.

Com a revalorização dos princípios da iniciativa económica privada, da economia de mercado aberto e da livre concorrência, e a concomitante retirada dos poderes públicos das atividades económicas de interesse geral enquanto prestadores de bens e serviços, o Estado (aqui entendido em sentido amplo) passou desta última qualidade (de prestador) àquela que se entende agora ser a sua genuína vocação: a de (mero) *regulador*.

O Estado assume-se agora prioritariamente como regulador nomeadamente das ditas atividades de interesse económico geral, munindo-se para o desempenho desse novo papel de fortes poderes de supervisão e intervenção de carácter não apenas administrativo, mas também jurisdicional e «legislativo/normativo» (o que faz destas autoridades verdadeiros minigovernos sectoriais).

A titularidade desta panóplia de poderes tem em vista a salvaguarda em cada um dos sectores regulados, não apenas da lei e do interesse público, mas também (e sobretudo, dir-se-á) da sua, leal e efetiva concorrência entre operadores (indutora de eficiência, à luz do pensamento económico clássico) e dos interesses dos utentes/consumidores dos bens e serviços produzidos.

Neste processo as vezes mais lento e complexo de transição para o mercado – de verdadeira construção de «fileiras de mercado» nos antigos sectores públicos – constituiu um objetivo primeiro dessas autoridades o evitar que aos antigos monopólios públicos viessem (venham) a suceder monopólios privados.

O *princípio da eficiência*, enquanto princípio instrumental da realização do interesse geral ou interesse público primário, passa a ocupar um lugar de primeiro plano: o objetivo é garantir e estruturar o funcionamento eficiente do sector regulado.

É em nome desse princípio que se dá ainda a separação orgânica das autoridades reguladoras relativamente ao Governo e à Administração estadual dele dependente, gozando tais autoridades de um estatuto de maior ou menor independência – no mínimo de uma autonomia reforçada.

O mesmo se diga da exigência de um elevado perfil técnico-científico dos membros dos órgãos diretivos dessas autoridades: também ele é ditado pelo princípio da eficiência, em razão da enorme complexidade técnica e económica desses sectores regulados e por consequência também da respetiva regulação – perfil esse que por outro lado reforça a «independentização» daqueles titulares de cargos públicos face ao poder executivo governamental.

Essa independência é também exigida pelo facto de o Estado por vezes manter uma presença nas atividades reguladas, concretamente nos antigos operadores públicos privatizados, seja através da titularidade de *golden shares* (ações privilegiadas, em termos legal ou estatutariamente previstos), seja mesmo pela manutenção de uma posição acionista maioritária – e de precisarem as autoridades reguladoras, em razão de um tal contexto, de manterem total imparcialidade e equidistância face também a esses operadores, obstando assim a situações de falta de neutralidade que poderiam inclusive por em causa a imprescindível confiança dos investidores privados.

E isto não apenas por força dos princípios chamados imediatamente à colação (princípios da concorrência, imparcialidade, igualdade e transparência), mas também para evitar a repetição do erro cometido nas antigas empresas públicas encarregadas da exploração de serviços públicos essenciais, de os preços sociais por elas praticados acabarem por ser fixados, sob intensa pressão do Governo, e por razões eleitoralistas, num patamar muito inferior àquele que seria suficiente para tornar o bem ou serviço produzido acessível – mas não tão baixo ao ponto de provocar um grave desequilíbrio financeiro nas respetivas contas de exploração ou diretamente nas finanças públicas (na hipótese de parcial subsídio estadual desses preços).

Refira-se, a este propósito, que o conflito subjacente entre a regulação económica (determinação do preço eficiente do bem ou serviço) e regulação social (garantia da universalidade do acesso) foi ultrapassado pela separação entre a componente económica e a componente social, sendo esta última salvaguardada através de regimes especiais de proteção dos consumidores mais vulneráveis, por via do financiamento público direto a estes utentes.

Tudo o que se vem de dizer se reforça no caso de a atividade de prestação dos bens e serviços de interesse económico geral se ter que desenvolver através de uma

infraestrutura de rede: requer-se aqui, e desde logo, uma gestão independente dessa infraestrutura, de modo a garantir o acesso igual de todos os operadores a tal rede única.

2. OS SISTEMAS DE ADMINISTRAÇÃO

2.1. O SISTEMA BRITÂNICO OU DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

O Sistema Britânico, adotado pelo Reino Unido e pelas suas antigas colónias (pelos Estados Unidos e, de um modo geral, pelos países membros da «Commonwealth»), é caracterizado por ter uma organização administrativa descentralizada, subordinada ao direito comum (não existe em rigor um direito administrativo como ordenamento autónomo distinto do direito comum), e pela existência de um único tipo de Tribunais, os tribunais comuns ou judiciais, que julgam indiferenciadamente quer os litígios entre particulares, quer os litígios entre a administração e os privados.

No Reino Unido não existe a figura abstrata do Estado, com todos os seus atributos, a qual constitui como vimos o referencial obrigatório da Administração na Europa continental desde o séc. XV – do Estado enquanto pessoa jurídica de direito interno, titular de direitos e adstrito a obrigações para com os seus cidadãos. Em vez dessa entidade abstrata, manteve-se através dos séculos como referencial político e administrativo da nação britânica a figura do rei – que todavia é, neste sistema, política e juridicamente irresponsável.

Tenha-se presente que se trata de um país que não sofreu a influência do direito romano justiniano e onde as ambições de hegemonia da Coroa se goraram no séc. XVII⁴⁰, tendo por isso nele sobrevivido as características medievais de comunidade altamente descentralizada: continuou a ser um sistema organizado não «de cima para baixo», mas sim «de baixo para cima».

Todo o território do Reino Unido está dividido, a dois níveis sobrepostos, em paróquias e condados, comunidades locais que elegem os seus órgãos e que através destes satisfazem os seus interesses próprios: é o sistema do *self government* ou autoadministração. Em contrapartida, não coexiste com estas administrações, que são totalmente independentes do governo, qualquer aparelho administrativo centralizado

O facto de não se ter implantado no território, sob a égide da coroa, uma administração estadual hierarquicamente estruturada e dependente do executivo, traduziu-se na inexistência de um poder administrativo forte e estruturado «a par» dos outros poderes públicos (Parlamento e tribunais), inviabilizando por isso um esquema de separação orgânica de poderes – o que abriu caminho a um papel preponderante dos Tribunais que justifica a designação pela qual o sistema é conhecido (Sistema de Administração Judiciária).

⁴⁰ Com efeito, as atribuições por que passou a Inglaterra ao longo do século XVII, cujo conjunto se convencionou designar de *Revolução Inglesa*, acabaram por se traduzir no triunfo político e militar das instâncias representativas da sociedade – Parlamento e Tribunais – sobre a Coroa, e não como aconteceu na Europa continental, por influência da Revolução Francesa, numa mera substituição do monarca absoluto por um novo poder público centralizado e hegemónico, ou seja, subordinado afinal em muitos aspetos à mesma lógica do regime deposto.

Por exemplo, entre nós, bem como nos demais sistemas administrativos continentais, para construir uma estrada que tenha de passar num terreno de um particular, o Governo, através de um seu Ministro, ou um município, por deliberação da respectiva assembleia municipal, *expropria* o terreno ao particular, através de um *ato administrativo* (um ato unilateral e autoritário que opera por si só a transferência da propriedade do bem imóvel para a titularidade do ente público, contra o pagamento da indemnização arbitrada), e pode *executar* logo o ato expropriativo (pois os atos administrativos são *títulos executivos*), apoderando-se materialmente do terreno, com recurso à força se necessário (porque para além de executivos, os atos administrativos são também *executórios*).

Tudo sem interferência dos Tribunais, não sendo necessária qualquer prévia declaração ou autorização judicial para o efeito (claro está, isto independentemente de, *a posteriori*, o expropriado, se entender que o ato é ilegal, poder recorrer logo aos tribunais, e pedir ao juiz inclusive que sustenha a execução do ato como medida cautelar⁴¹).

No caso do sistema judiciário, a Administração não tem este prévio poder de autoridade: para obrigar o particular (no mesmo exemplo, o proprietário do terreno) nos termos que se acaba de referir, ela tem que recorrer ao Tribunal – e só se este decidir que o terreno deve ser efetivamente expropriado, é que o proprietário, por ordem do Tribunal, e na sequência do pedido da Administração nesse sentido, se verá forçado a vender-lhe o dito terreno. Compete pois neste sistema aos tribunais (e continuando com o nosso exemplo) a prévia avaliação do interesse público da passagem da estrada por aquele terreno, face aos direitos do proprietário.

Por isso sustenta a nossa doutrina juspublicista que no sistema de administração judiciária quem *administra* são afinal os Tribunais, uma vez que, na verdade, estes têm o poder de decidir no sentido contrário às pretensões da administração, em função da avaliação que levarem a cabo em cada caso do interesse público invocado por aquela. Não por acaso se fala no direito inglês, nestas situações, em *venda forçada*, enquanto no nosso sistema se utiliza o termo *expropriação*.

Nos sistemas de administração judiciária haverá com certeza normas de direito público, que fogem à lógica do direito comum, e cujo acervo constitui o chamado *administrative law*: mas não há um verdadeiro direito administrativo no sentido em que o conhecemos na Europa continental de há duzentos anos para cá, o mesmo é dizer, enquanto ramo autónomo do direito, com princípios privativos e com uma lógica própria.

Desde logo, todas as relações jurídicas – mesmo as que se estabelecem entre a Administração e os particulares – são relações de direito privado. Não existem consequentemente tribunais administrativos (como tribunais comuns em matéria administrativa), e os tribunais (que são todos tribunais comuns ou judiciais) tratam a administração como um particular. Por isso tal sistema é também conhecido como sistema de direito comum.

⁴¹ E sem prejuízo de também nos tribunais competentes – que para esta específica matéria, de determinação da justa indemnização, são os tribunais comuns (naquilo que constitui um desvio ao critério de repartição de competências entre as duas jurisdições) – poder ser discutido o valor da indemnização arbitrada.

O Sistema britânico ou de administração judiciário caracteriza-se, em suma:

— Por ser um sistema descentralizado;

— Pelo facto de o direito que rege as relações entre a Administração Pública e os particulares ser também o Direito Privado, estando uma e outros numa posição de paridade, uma vez que a Administração não dispõe de prerrogativas de autoridade;

— Pela inexistência de tribunais administrativos, sendo a atuação da Administração fiscalizada pelos Tribunais comuns;

— Pelo poder de plena jurisdição face à Administração que está cometido aos Tribunais: estes não estão circunscritos a uma fiscalização de legalidade da atividade administrativa, podendo anular atos e obrigar a administração à prática de atos em razão da avaliação do interesse público que fizerem em cada caso.

2.2. O SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO EXECUTIVA OU CONTINENTAL

O sistema de administração executiva ou francês (também dito continental, ou de ato administrativo) é um sistema centralizado, que se baseia no plano organizativo num corpo de funcionários hierarquicamente estruturado. Neste sistema a Administração Pública é forte e corresponde a um poder soberano do Estado.

O particular entendimento do princípio da separação de poderes vigente na Europa continental desde a Revolução Francesa justifica e origina um direito especial, distinto do direito comum, destinado a regular a atividade administrativa: é o Direito Administrativo.

Nos termos deste direito especial que entre nós rege a Administração Pública, toda a vez que a lei confia a esta a realização de um determinado interesse público cuja satisfação envolva e afete direitos e interesses de particulares, ela (Administração) goza um poder de autoridade de definir o direito aplicável em cada situação (o chamado *préalable*) através de um ato de autoridade, e de impor as determinações desse ato aos particulares sem recurso prévio aos Tribunais (por ser ele, ato administrativo, *executório*, em virtude do impropriamente dito «privilégio de execução prévia»): tenha-se presente o exemplo já referido da expropriação de terrenos a construção de uma estrada.

Porque a atividade administrativa se rege por um direito próprio e acentuadamente distinto do direito privado, há neste sistema também uma ordem jurisdicional distinta da ordem jurisdicional comum, que aplica aquele direito e que é composta por tribunais próprios, especializados em razão da matéria.

2.3. A PROGRESSIVA CONVERGÊNCIA DOS DOIS SISTEMAS

Nas últimas décadas tem-se verificado uma aproximação do Sistema Britânico ao sistema continental, e vice-versa. São causas primeiras dessa evolução a construção da União Europeia e a generalização do Estado Social.

Tem-se vindo a assistir a uma administrativização do Sistema Britânico, através da respetiva centralização, designadamente com a criação de ministérios nos domínios do ensino, da saúde, do emprego e da segurança social, e com a estruturação de corpos hierarquizados de funcionários.

Multiplicam-se as normas administrativas, as quais, pela sua crescente importância, são inclusive objeto de cuidadas compilações (sob a designação de *Administrative Law*), com a conseqüente e progressiva sujeição da Administração a um universo crescente de regras e princípios distintos do direito comum – podendo-se falar hoje numa submissão também da Administração, nesses sistemas, ao princípio da legalidade.

Foram-se criando também na segunda metade do séc. XX os chamados *administrative tribunals*, entidades especializadas em razão da matéria (p. ex., segurança social), que julgam recursos de atos da Administração mas que não são verdadeiros tribunais nem são compostos por juizes, mais se assemelhando às nossas autoridades reguladoras independentes – acabando todavia por desempenhar as funções que entre nós cabem aos tribunais administrativos, tendendo a transformar-se em verdadeiras jurisdições administrativas.

Quanto ao sistema continental, comece por se dizer mesmo nos estados tradicionalmente centralizados (como a França) surgiu uma orientação fortemente descentralizadora, que tende, «a jusante», a esvaziar o Estado em benefício das regiões e das comunidades locais – em paralelo com a perda de importância daquele também «a montante», aqui em benefício da União Europeia.

Relevante é também, no sentido da aproximação dos dois sistemas, a recente tendência, de que já acima se falou, de diminuição do peso do Estado na sociedade.

Do mesmo modo, o progressivo «uso e abuso» do direito privado por parte da Administração, em moldes idênticos afinal no sistema Britânico puro (por este ser direito mais atrativo do que o direito administrativo do ponto de vista da eficiência e da eficácia da atuação administrativa) constitui um fator de homogeneização dos dois sistemas.

Também se tem assistido na Europa continental ao aumento dos poderes dos Tribunais, no âmbito do reforço dos direitos fundamentais dos cidadãos e da concretização do princípio da tutela judicial efetiva no plano legislativo, através designadamente da outorga de poderes de plena jurisdição aos Tribunais Administrativos. A saber, tem-se vindo a reforçar o poder decisório destes tribunais desde logo no âmbito da tutela cautelar, com atribuição de poderes de condenação da Administração (através quer de proibições, quer de injunções) e inclusive de pura e simples substituição desta, designadamente no âmbito da execução de julgados. É paradigmática desta tendência a profunda e ambiciosa reforma do contencioso administrativo português de 2002.

TÍTULO III

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO

Cap. I

A ADMINISTRAÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO: A PROBLEMÁTICA DO PODER DISCRICIONÁRIO

1. NOÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

1.1. ENTRADA NO TEMA

1.1.1. Primeira noção de discricionariedade administrativa

Quando exerce poderes discricionários, a Administração deixa de atuar na zona da *legalidade* estrita, para o fazer na zona do *mérito*. Em vez de a respetiva atuação se traduzir na aplicação de regras jurídicas (pois estas, por definição, ficam agora para trás), ela (Administração) passa a guiar-se por critérios de oportunidade ou conveniência. Cabe-lhe a si (e já não ao legislador, em abstrato) escolher, em cada situação concreta, os meios mais adequados à realização do interesse público, em função de parâmetros técnicos e à luz de ditames de eficácia e eficiência (pois nesta tarefa impende sobre o órgão administrativo um dever de boa administração, que decorre do princípio da prossecução do interesse público).

Adiantando uma primeira noção de competência discricionária, será esta a liberdade atribuída a um órgão administrativo de, por delegação do legislador, ser ele (órgão) a conformar o conteúdo das decisões relativas a casos concretos numa determinada matéria, o mesmo é dizer, o conteúdo dos atos administrativos resultantes do exercício dessa competência.

Note-se que o uso do termo liberdade, sem mais, não retrata com fidelidade a posição jurídica da Administração nesta sede, que é (continua a ser) de uma posição de poder-dever: por isso nos fala Giannini da discricionariedade administrativa como uma *liberdade juridicamente determinada*.

A posição da Administração sob a égide do seu direito estatutário (do direito administrativo) não é pois – não pode ser – uma posição análoga à dos privados, o que afasta qualquer hipótese de equiparação do ato discricionário ao negócio jurídico.

Aos privados é-lhes concedida pela ordem jurídica a possibilidade de construírem juridicamente a sua vida com base num princípio de liberdade de escolha – de escolha não apenas dos meios, mas também dos pressupostos e dos fins da sua atuação.

Diferentemente, para a Administração constitui o interesse público a estrela polar da sua «navegação»: enquanto aos privados o direito permite tudo o que não for objeto de proibição legal, a Administração só pode atuar se para tanto dispuser de base legal,

constituindo elementos vinculados da sua atuação externa, que da mesma lei (*lato sensu*) têm que constar, a própria outorga da competência, o fim público que a esta preside e, em regra, os pressupostos da mesma atuação.

Se quisermos recorrer a uma representação geométrica desta diferença, enquanto as possibilidades de atuação dos privados se abre em forma de leque (até ao infinito), as escolhas da Administração no âmbito da discricionariedade administrativa, como se de um cone se tratasse, vão-se fechando e convergindo para um vértice, que é o interesse público.

1.1.2. Discricionariedade quanto ao conteúdo e demais elementos do ato administrativo

Note-se ainda que a noção preliminar de discricionariedade administrativa que acabamos de adiantar está já bastante restringida, pois o poder discricionário não se esgota numa liberdade de conformação do *conteúdo* do ato a praticar.

Com efeito, também pode ser concedida discricionariedade aos órgãos administrativos no respeitante a outros elementos do ato administrativo, a saber quanto à escolha (i) das respetivas *forma* e (ii) *procedimento* de formação, e bem assim no que concerne (iii) ao preciso *momento da prática do ato*. Em casos excecionais, como o das competências de planeamento, poderá igualmente o órgão competente criar os próprios *pressupostos* do ato (no caso referido, do plano).

Se em relação pois a estes elementos do ato administrativo (o *conteúdo*, a *forma* e o *procedimento*) pode o legislador conceder discricionariedade à Administração, já (i) a própria *competência* (em si mesma considerada), (ii) o *fim* público que lhe preside, assim como, em regra, (iii) os *pressupostos* do ato, não são de escolha discricionária.

Iremos dedicar a nossa atenção, por norma, à *discricionariedade de conteúdo* do ato administrativo, em virtude da muito maior importância que esta apresenta no direito administrativo. Pelo que, doravante, e sempre que utilizarmos o conceito, damos por adquirida tal aceção mais limitada da discricionariedade, reportada à conformação do conteúdo do ato administrativo a praticar.

1.2. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COMO ESPÉCIE DO GÉNERO «DISCRICIONARIEDADE»: AS DISCRICIONARIEDADES POLÍTICA, LEGISLATIVA E JUDICIAL

1.2.1. As discricionariedades política, legislativa e judicial

A par da discricionariedade administrativa deparam-se-nos também idênticas liberdades de conformação no exercício das restantes funções do Estado. As discricionariedades legislativa, política e jurisdicional, no que concerne a cada um dos atos próprios das referidas funções – que são, respetivamente, a lei, o ato político e a sentença – serão por conseguinte figuras próximas da discricionariedade administrativa.

Quanto às discricionariedades legislativa e política, comece por se dizer que, tal como as liberdades de conformação quer da Administração, quer dos tribunais, conhecem como limite superior a lei (*lato sensu*), também a liberdade de conformação

dos órgãos político-legislativos tem por seu turno um limite superior, que é a Constituição, a qual constitui o seu parâmetro imediato de atuação. Reconduzem-se pois as quatro liberdades de conformação (e não obstante as suas marcantes diferenças) a um mesmo género – o da *discricionariedade dos atos jurídico-públicos*.

1.2.2. Discricionariedade legislativa e discricionariedade administrativa

Não obstante o que se acaba de dizer, e quanto à discricionariedade legislativa, lembra Gomes Canotilho as relevantes diferenças que ela apresenta relativamente à discricionariedade administrativa.

Desde logo, a atividade legislativa, sendo como é, *latu sensu*, uma atividade de cumprimento das tarefas assinaladas na lei fundamental, e estando materialmente vinculada a esta, não é propriamente definível ou concebível como uma atividade de execução de normas, mais precisamente das normas constitucionais.

Com efeito, o legislador, não obstante ter que respeitar os pressupostos e os fins que a Constituição lhe assinala aqui e ali, não está sujeito a uma sistemática precedência da lei fundamental quanto àqueles parâmetros (pressupostos e fins): diferentemente, ele (legislador) pode criar os pressupostos da sua atuação e escolher livremente os fins desta.

Já a Administração, no exercício da discricionariedade administrativa (ou seja, quando pratica atos administrativos discricionários), nunca deixa de desenvolver uma atividade de execução ou complemento da lei.

Quer isto dizer que há (tem que haver) sempre uma precedente norma legal que, pelo menos, pré-determine os pressupostos da sua (dela Administração) atividade e assinala o fim que terá que presidir ao exercício da competência discricionária. A Administração goza apenas por conseguinte de uma “oportunidade relativa” na ponderação dos meios a utilizar para a realização dos fins que a lei lhe assinala – traduzindo-se por regra essa ponderação numa complementação ou aperfeiçoamento, em cada caso concreto, do tipo legal ou *tatbestand*, ou seja, dos pressupostos e dos fins por definição predeterminados na lei habilitante.

A discricionariedade legislativa, tal de resto como a discricionariedade política, é pois, no mínimo, uma discricionariedade *fortíssima* ou *soberana*, diferentemente do que sucede com a discricionariedade administrativa (e também com a judicial).

Apesar destas objeções, admitimos mesmo assim (e acompanhamos aqui a opinião de Fernanda Paula Oliveira) que a diferença entre as duas discricionariedades (administrativa e legislativa) será ainda de grau ou quantitativa, e não qualitativa.

É que, por um lado, muitas são as matérias em que o legislador conhece idênticas limitações quanto aos pressupostos e mesmo quanto aos fins da sua atividade, nomeadamente no preenchimento dos conceitos imprecisos e cláusulas gerais que abundam na lei fundamental (desde logo em toda a matéria dos direitos, liberdades e garantias).

Por outro lado, temos que ter presente que em certos tipos de atuação concreta da Administração os pressupostos de facto da atuação desta não estão legalmente determinados, o que acontece no domínio do planeamento (urbanístico, ambiental, económico, etc.). Não nos podemos esquecer igualmente do exercício da autonomia

contratual pública (poder ou faculdade, afinal, próxima ou afim da discricionariedade administrativa), através do qual a Administração, mais do que complementar os pressupostos legais, procede na aplicação da lei à sua *criação*.

1.2.3. Discricionariedade judicial e discricionariedade administrativa

No que respeita à discricionariedade judicial, dúvidas não subsistem no sentido de que também os tribunais não se limitam, no exercício da função que lhes cabe de aplicação e conservação da ordem jurídica, a uma tarefa de estrita execução da lei – gozando antes de uma liberdade de conformação pelo menos tão ampla quanto a da Administração no exercício dos seus poderes discricionários, como entre nós tem demonstrado a sociedade Castanheira Neves.

Para este entendimento pacífico convergiram, por um lado, os mais importantes estudos levados a cabo no séc. XX sobre o problema das lacunas legais, e ainda correntes metodológicas como a escola do direito livre, a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores; e por outro lado o crescente recurso do legislador a conceitos de valor e cláusulas gerais, que convocam a colaboração do juiz na realização em concreto do direito.

O juízo subjacente à sentença deixou pois de ser considerado um processo decisional puramente lógico-dedutivo, por se traduzir ele necessariamente e cada vez mais em raciocínios de concordância prática, em valorações autónomas e em apreciações teleológicas, com momentos também emotivo/volitivos, e não exclusivamente cognoscitivos.

Naturalmente, estes juízos de aplicação do direito a casos concretos próprios da função jurisdicional são (devem ser) em tudo distintos daqueles que são específicos da função administrativa ativa, como acima se procurou deixar claro no esboço de distinção que encetámos entre estas duas funções do Estado.

De todo o modo, e visto que também não concebemos a função jurisdicional como uma atividade de estrita aplicação subsuntiva ou lógico dedutiva de regras jurídicas, não passará por aqui (por essa suposta diferença entre uma atividade jurisdicional de estrita e mecânica aplicação de regras e o exercício de um poder discricionário presuntivamente «liberto» das teias da lei) a linha divisória a traçar entre a função administrativa e a função jurisdicional, na hora de definir os limites do controlo jurisdicional da atuação administrativa discricionária.

1.3. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVAS EM PERSPETIVA HISTÓRICA

1.3.1. Nos primórdios do Estado Liberal

O paradigma do Estado de Direito, no que à Administração Pública se refere, assenta desde a sua origem em duas premissas essenciais, uma *a priori* e outra *a posteriori*: (1) a da sua sujeição (dela Administração) à lei (princípio da legalidade administrativa) e, sobretudo, (2) a do controlo judicial da respetiva atividade externa.

Nos primórdios do Estado Liberal (grosso modo, na primeira metade do séc. XIX), o papel reduzido da Administração e do Estado e a conseqüente contenção da atividade

legislativa permitiam às relativamente poucas leis que compunham o direito administrativo a atribuição aos órgãos administrativos de competências em regra vinculadas.

E podia por seu turno a Administração desempenhar satisfatoriamente as modestas tarefas que, no âmbito da sua atuação externa lhe eram confiadas pelo ordenamento jurídico-administrativo através do exercício de tais poderes vinculados (atuação externa essa então limitada, segundo a conceção do tempo, às medidas que afetassem a liberdade e a propriedade dos cidadãos).

A ideia da sujeição da Administração à lei era então por isso indissociável do paradigma das competências vinculadas dos órgãos administrativos na sua atividade externa (isto é, naquela atividade que contendia com a liberdade e propriedade dos cidadãos, única então tida por juridicamente relevante), e do quase total controlo sucessivo do exercício dessas competências que os tribunais iam podendo então levar a cabo, uma vez que (reitere-se) a atividade controlada era em regra vinculada.

O mesmo é dizer que no exercício desses poderes externos (por norma vinculados) não assistia normalmente à Administração *liberdade de conformação* do conteúdo das decisões que lhe competia tomar.

E este paradigma, por sua vez, correspondia por inteiro à conceção do princípio da separação de poderes dos protagonistas das revoluções liberais «filhas» da Revolução Francesa, que atribuía a máxima importância ao parlamento (e à função legislativa a este atribuída em exclusivo), considerando os outros dois poderes (poder executivo ou administrativo e poder judicial) simples executores da lei, seus meros braços mecânicos na sua aplicação aos casos concretos (e não mais do que isso).

1.3.2. Na transição para o Estado Administrativo do séc. XX

Como é sabido, as profundas transformações políticas, económicas, tecnológicas e sociais por que passou a Europa a partir de meados do séc. XIX (e por arrastamento o resto do mundo), e que foram originadas sobretudo pela segunda revolução industrial, implicaram uma ampliação dos fins e funções do Estado, com uma inédita aceleração da produção legislativa sobretudo na área do direito administrativo.

As leis deste ramo do direito foram assim habilitando progressivamente a Administração a aprofundar e a ampliar a sua intervenção na atividade económica e, em geral, na esfera da sociedade – em domínios e a níveis antes insuspeitados.

Naturalmente, esta inevitável evolução do direito público e da Administração ditada pelo progresso civilizacional foi-se compadecendo cada vez menos com a regra da outorga aos órgãos administrativos de meros poderes vinculados – obrigando o legislador a utilizar neste sector do ordenamento jurídico sempre mais conceitos imprecisos (sobretudo conceitos de valor) e cláusulas gerais, e a conceder-lhe (a ela Administração) mais poderes discricionários.

Ou seja, na aplicação desses conceitos e cláusulas e no exercício de tais poderes (discricionários) passou a assistir à Administração uma maior liberdade de conformação do conteúdo do ato a praticar em cada situação concreta.

Com a complexificação da realidade conformada pelo direito administrativo cada vez mais se foram evidenciando pois as naturais limitações do legislador, no sentido de

este não poder prever de antemão, pressupondo-os e conformando-os por via geral e abstrata, todos os circunstancialismos próprios de cada situação da vida – os quais requeriam (e requerem), nos domínios da oportunidade e da conveniência, regulações mais ajustadas (em complemento da regulação legal) que só a autoridade encarregue da aplicação da lei «em primeira mão» tinha (e tem) condições de estabelecer caso a caso.

Por seu turno, e com estas progressivas indeterminações legais, também os tribunais – que na sua missão de controlo da legalidade da atividade administrativa, por deterem na matéria em causa a «competência da competência» (a *Kompetenz-Kompetenz*), determinam eles próprios em última instância, soberanamente, os respetivos limites, através de uma operação de autocontrolo (*self-restrain*) – foram forçados a uma reflexão similar, só que (em termos lógicos) *a posteriori*.

Com efeito, começaram os juízes a dar-se conta da impropriedade das incursões nesses espaços de mérito, oportunidade ou conveniência da Administração ativa (já para lá portanto dos parâmetros da legalidade ou juridicidade) que o legislador começou a proporcionar à Administração através de indeterminações na estrutura das normas legais e de conceitos imprecisos, espaços com que eles (juízes) se confrontavam quando eram chamados a controlar a aplicação da lei pela Administração.

E foi-se paulatinamente desenhando a tendência de os juízes se recusarem a substituir os impugnados pontos de vista da Administração pelos seus próprios pontos de vista (deles, juízes), de declinarem em suma o desenvolvimento de uma *atividade de dupla administração*.

É com esta evolução pois que vai emergindo e ganhando os seus atuais contornos aquela que é hoje pacificamente considerada a mais importante e complexa problemática do direito administrativo (a par de outras afins, mas de cariz mais processual): a da *discricionariedade administrativa* – mais precisamente, dos *limites do controlo jurisdicional da Administração*, problemática que se suscita quando aquela exerce os ditos *poderes discricionários*, ou, mais amplamente, sempre que interpreta e aplica *normas e conceitos indeterminados*.

1.3.3. Antecipação de algumas considerações críticas sobre a abordagem tradicional à problemática da discricionariedade administrativa

A primeira abordagem doutrinária à problemática de que se tem vindo a falar – por assim dizer tendencial ou instintiva, porquanto corresponde à mais tradicional e arreigada visão das relações entre lei, Administração e tribunais – é a que parte de uma posição de máxima desconfiança face à Administração, privilegiando o papel de controlo sucessivo dos tribunais como «remédio» para as (desse ponto de vista) sempre indesejáveis indeterminações das normas jurídico-administrativas.

Mas uma tal aproximação é «constitucionalmente desadequada», pela sua pouca atualidade e pela «parcialidade» que revela, face nomeadamente à (mais equilibrada) conceção do princípio da separação de poderes atualmente imperante que como vimos reconhece a cada um dos poderes do Estado uma autonomia não apenas orgânico/formal, mas também material ou substantiva.

Para além disso, ela é também criticável no plano da ciência do direito administrativo, e sob mais do que um ângulo de análise, tudo como melhor se verá.

Acrescem, enfim, as naturais limitações quer do legislador quer, também, dos próprios juízes (como já acima fizemos referência) – cujo «realístico» reconhecimento tenderá a favorecer a autonomia material ou substantiva da Administração face aos outros poderes do Estado.

1.4. OS TRÊS DISTINTOS PLANOS EM QUE SE COLOCA A PROBLEMÁTICA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

1.4.1. Razão de ordem

São essencialmente três os planos em que se coloca a problemática da discricionariedade administrativa: (1) o da identificação ou localização da discricionariedade na estrutura lógico-formal da norma jurídico-administrativa (perspetiva teórico-normativa); (2) o do alcance e limites do controlo jurisdicional dos atos administrativos discricionários (perspetiva jurídico-metodológica); e (3) o dos limites constitucionais à atribuição pelo legislador de poderes discricionários à Administração Pública (perspetiva dogmático-constitucional).

1.4.2. O plano da identificação ou localização da discricionariedade na estrutura lógico-formal da norma jurídico-administrativa (perspetiva teórico-normativa)

No primeiro plano, importa dar resposta à prévia questão de se saber o que é a discricionariedade administrativa, ou seja, onde ou quando é que ela surge nas normas jurídico-administrativas.

Basicamente, a resposta a esta questão passa pela distinção entre (1) os segmentos ou momentos de estrita vinculação da Administração a regras jurídicas, com sujeição a um programa pré-definido pelo legislador e (2) os segmentos ou momentos em que à mesma Administração já assiste um maior ou menor espaço ou margem de conformação do conteúdo da decisão a tomar.

Nos momentos ou segmentos de estrita vinculação, a aplicação da lei pela Administração, por ter esta, imediata ou mediamente (por remissão), como parâmetro(s) de atuação, *regras jurídicas*, faz com que os tribunais administrativos possam e devam, na sua atuação revisora da atividade administrativa, levar a cabo um controlo *total e positivo* do modo como ela (Administração) aplicou a lei (significando o adjetivo «positivo» que a atuação do tribunal não deverá ser apenas cassatória, de anulação/declaração de nulidade do ato, devendo incluir também a determinação do conteúdo do ato a praticar, enquanto ato devido).

Diferentemente, nos momentos ou segmentos discricionários, por não ter a Administração como parâmetro(s) de atuação (imediato ou mediato) regras jurídicas, já não se segue *necessariamente* a consequência da sujeição da atividade administrativa de aplicação da lei a um controlo judicial total e positivo.

As questões que se discutem nesta sede são pois de cariz teórico-normativo (reconduzindo-se à teoria geral do direito).

Desde logo, passam as respostas a dar pela distinção teórica, na aplicação da lei pela Administração, entre aquilo que, na estrutura da norma, são (1) operações (ainda)

de mera interpretação (e de integração de lacunas extralegais), o mesmo é dizer, que se incluem ainda no domínio vinculado da normas jurídico-administrativa, e as (2) operações que já traduzem o exercício do poder discricionário (em sentido amplo).

Aqui se situa, mais precisamente, toda a temática dos conceitos normativos imprecisos *versus* discricionariedade administrativa, incluindo a distinção entre as várias categorias de conceitos imprecisos (conceitos classificatórios, conceitos imprecisos-tipo e conceitos subjetivos).

Mas não é só o problema da interpretação *versus* discricionariedade que se suscita neste plano: com efeito, também nele se coloca uma importante questão, de escolha entre uma das duas alternativas que se passa a enunciar.

A primeira dessas hipóteses alternativas é a de a discricionariedade constituir um fenómeno das normas jurídico-administrativas indeterminadas limitado ao *âmbito da consequência jurídica da norma*: estaríamos aí perante uma discricionariedade de consequências jurídicas, traduzida numa habilitação legal de escolha pela Administração de qualquer das condutas à partida possibilitadas pela norma.

Na segunda dessas hipóteses, e ao invés, a discricionariedade circunscrever-se-ia ao *âmbito do pressuposto de facto da norma*, constituindo ela, neste caso, uma habilitação legal para a Administração *completar* ou *integrar* primeiramente o *pressuposto de facto normativo imperfeito* em cada caso concreto, para depois – e só depois – poder determinar a consequência jurídica, ou seja, a solução ditada pelos agora já completados pressupostos da sua atuação.

Estes temas serão devidamente analisados mais adiante.

1.4.3. O plano do alcance e limites do controlo jurisdicional dos atos administrativos discricionários (perspetiva jurídico-metodológica)

No segundo plano (o do alcance e limites do controlo jurisdicional dos atos administrativos discricionários – perspetiva jurídico-metodológica), já «subimos» para o nível constitucional, nomeadamente das decorrências do princípio da separação ou divisão de poderes. Está aqui em causa o posicionamento de maior ou menor independência da Administração (do poder executivo) face aos outros dois poderes do Estado (ao poder legislativo e ao poder judicial).

Neste plano, pode inclusive acontecer que o exercício de uma competência qualificável como discricionária no plano antecedente – e ao qual já não se siga *necessariamente* por essa razão a consequência da respetiva sujeição a um controlo judicial total e positivo –, por motivos de outra ordem (decorrentes designadamente do princípio da separação de poderes), acabe por ser submetido também a esse controlo total e positivo.

Exemplo típico da hipótese a que se acaba de fazer referência será o do exercício daqueles poderes que, por razões de ordem vária, são atribuídos pelo legislador a órgãos administrativos, mas que têm natureza jurisdicional (traduzindo desvios ao princípio da separação de poderes em matérias não essenciais, consentidos pela moderna aceção – mais flexível – deste fundamental princípio da organização política e jurídica do Estado).

Incluem-se desde logo neste universo os *poderes sancionatórios*, de aplicação (chamemos-lhes assim) de «direitos penais e processuais penais menores» (entre outros, os contraordenacionais, os disciplinares-desportivos, os disciplinares-profissionais e mesmo os disciplinares-funcionários). Mas não só: também integram tal conjunto certas competências atribuídas às entidades reguladoras de atividades ou serviços de interesse económico geral, de *resolução de conflitos inter-privados*, nomeadamente entre operadores económicos dos setores regulados.

Nestes âmbitos, o órgão administrativo, ao exercer uma competência materialmente jurisdicional, funciona afinal, se bem virmos, como um tribunal de primeira instância. Caberá por isso aos tribunais propriamente ditos, quando instados para tanto, um controlo total e positivo destas específicas atividades que a Administração por vezes também desenvolve, enquanto mera «hospedeira» da função (jurisdicional) a que elas se reconduzem.

Tais poderes de qualificação da infração e de determinação da medida da sanção serão, no primeiro sentido (impróprio), discricionários (pois resulta de uma pura e inquestionável constatação, face à indeterminação normativa típica dos estatutos disciplinares e das normas contraordenacionais, a liberdade de conformação de que goza a autoridade aplicadora da lei). Mas já não o serão no segundo sentido, sujeitos como estão – ainda que por esta particular razão – a um controlo judicial sucessivo máximo.

E pode acontecer o fenómeno inverso.

Vejamos o caso do exercício de certas competências à partida qualificadas como vinculadas no plano antecedente, como sucede nomeadamente com os atos de diagnose, exame ou avaliação de conhecimentos. Note-se bem que por vezes estes atos condicionam mesmo o acesso a uma profissão privada, aplicando por conseguinte leis que são, por definição, restritivas da liberdade de direitos, liberdades e garantias – razão pela qual não pode inclusive nestes casos a competência deixar de ser concebida como vinculada (por nos situarmos em matéria de reserva de lei).

Pois bem, tais atos, se atendêssemos apenas ao plano da identificação ou localização da discricionariiedade na estrutura lógico-formal da norma jurídico-administrativa, estariam à partida sujeitos a um controlo judicial total e positivo.

Mas por motivos de outra natureza – que têm a ver com fatores como a prática «em massa» de alguns deles, designadamente dos exames académicos, e também com a sua incontornável natureza subjetiva ou «altamente pessoal», características essas que comprometem a respetiva «repetibilidade» em sede judicial – não podem ser submetidos a esse controlo total e positivo, devendo também em tais casos o juiz submeter-se a alguma autocontenção.

Como é evidente, não é possível formular aqui (e antecipando o terceiro plano que se analisará de seguida) um juízo de inconstitucionalidade da norma legal por esta atribuir às autoridades examinadoras em matéria de reserva de lei um poder, afinal, de «livre conformação» do conteúdo do ato a praticar – um poder que, se não for qualificável como discricionário, traduz um fenómeno equivalente.

Na verdade, os atos que resultam do exercício desta competência, e que, não obstante o seu carácter à partida vinculado (por consubstanciarem operações de diagnose, e não de prognose), apresentam as assinaladas características subjetivas de «irrepetibilidade», não podem deixar de se interpor entre o candidato à profissão protegida ou regulada e o acesso a esta.

Só poderão por isso o legislador e a própria Administração «remediar» este défice de proteção jurídica *ex post* em matéria de direitos, liberdades e garantias na *dimensão adjectiva* destes direitos, e num momento logicamente anterior inclusive ao da prática do ato: a saber, *através de acrescidas garantias de imparcialidade e idoneidade técnico-científica na organização e no procedimento examinatórios*.

Enfim, outros fatores externos à estrutura da norma jurídica, mas que convocam o princípio da divisão de poderes e, à luz deste princípio, a questão do alcance e limites do controlo jurisdicional dos atos administrativos discricionários, poderão contribuir para *alargar* (consolidando uma *reserva de discricionariedade* a favor da Administração) ou, pelo contrário, *reduzir* (enfraquecendo essa reserva) o espaço ou margem de livre apreciação ou decisão, tudo como melhor veremos.

1.4.4. O plano dos limites constitucionais à atribuição pelo legislador de poderes discricionários à Administração Pública (perspetiva dogmático-constitucional)

Neste terceiro plano o que está em causa não é o (correto ou incorreto) exercício de um determinado poder discricionário – nomeadamente em função do alcance e limites do controlo jurisdicional dos atos administrativos em que se venha a traduzir esse exercício – mas antes a *questão prévia* da constitucionalidade da norma legal atributiva desse poder discricionário.

Colocando-se a questão da discricionariedade administrativa neste plano, o controlo judicial já não deverá incidir sobre o *exercício* de tal poder administrativo (pela Administração), tendo como parâmetro imediato a lei e direito, mas antes sobre a (legitimidade da) *atribuição* desse poder (pelo legislador), devendo adotar o juiz como parâmetro imediato do controlo a Constituição.

São os casos desde logo das matérias objeto de reserva de lei, as quais, assim como não devem ser objeto de regulamento independente ou mesmo complementar (de integração ou de desenvolvimento de um regime legal), também – por identidade ou maioria de razão – não poderão ser objeto de futura regulação *in concreto* pela Administração, através da atribuição (e do exercício, caso a caso) de poderes discricionários.

O ato discricionário poderá (deverá) então ser judicialmente anulado não por um qualquer vício próprio (por um incorreto exercício do poder discricionário), mas por, *a priori* (e sem haver lugar a mais indagações), se traduzir na aplicação de uma lei, ela sim (e só ela, *de per se*) inválida, por ofensa à Constituição.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONCEITOS NORMATIVOS IMPRECISOS

2.1. INTERPRETAÇÃO, INTEGRAÇÃO DE LACUNAS EXTRALEGAIS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A primeira distinção que importa fazer nesta matéria é entre (1) as atividades de (1a) *interpretação da lei*, (1b) *preenchimento de lacunas extralegais*, e de (2) *exercício da*

discricionariedade (que poderemos considerar um *preenchimento de lacunas intralegais*).

Pois bem, as duas primeiras operações (interpretação e integração de lacunas) são (têm que ser) levadas a cabo pela Administração, enquanto primeira aplicadora da lei, mesmo que a norma aplicada lhe confira meros poderes vinculados.

Mas elas não suscitam naturalmente os problemas levantados pelo exercício de poderes discricionários.

Com efeito, as tarefas de interpretação e integração de lacunas constituem em princípio operações típicas da ciência jurídica, essencialmente objetivas, cujo acerto pode e deve por isso o juiz administrativo controlar.

Na ciência jurídica, não deixe de se ter presente, parte-se necessariamente da dogmática premissa de que, de entre as várias interpretações possíveis de uma determinada norma entre si concorrentes, só uma é a juridicamente correta, sendo as demais inválidas (o mesmo se passando com o recurso aos lugares paralelos em que se traduz, em primeira linha, a integração de lacunas).

É certo que, e como vimos supra, hoje se reconhece e aceita que tais operações não serão puramente lógico-dedutivas, envolvendo espaços de criação jurídica, e que são terreno também, naturalmente, de divergência e controvérsia.

Mas a verdade é que estamos sempre e de todo o modo ainda *na zona da legalidade ou juridicidade*, ou seja, no campo próprio de atuação dos juristas, e por conseguinte também dos juízes (isto é, dos tribunais), os quais, reitero-se, poderão e deverão revê-las (substituindo designadamente a interpretação ou integração levada a cabo pelo órgão administrativo pela sua própria interpretação ou integração). O mesmo é dizer, repita-se, e facilitando um pouco a explicação, que estamos ainda no domínio do exercício de poderes vinculados, por contraposição ao dos poderes discricionários.

Ora, *a discricionariedade começa onde acaba a interpretação (e a integração de lacunas extralegais)*. E, é claro (já se adivinha), aqui temos o primeiro dos problemas que se suscitam nesta matéria: referimo-nos agora à problemática – aparentemente apenas *próxima* da da discricionariedade (mas que como melhor veremos *a ela se acaba afinal por se reconduzir...*) – do preenchimento dos *conceitos normativos imprecisos* pela Administração no momento da aplicação da norma jurídico-administrativa, nomeadamente (e como abaixo se analisará com o devido detalhe) da utilização pela Administração de uma *margem de livre apreciação* ou *decisão* nesse preenchimento.

Exemplos bem ilustrativos desta categoria (conceitos normativos imprecisos) são os conceitos duais que exprimem uma de duas grandezas opostas, como «alto» (por contraposição a «baixo»), «perto» (em confronto com o oposto conceito de «longe»), «grande» (*versus* «pequeno»), etc.: estamos nestes casos perante paradigmáticos *conceitos imprecisos-tipo*.

E a questão que logo se coloca nesta sede é a seguinte: será o preenchimento pela Administração desses *conceitos imprecisos* que constem das normas de direito administrativo uma *mera tarefa interpretativa*, ou, diferentemente, estaremos já perante uma *modalidade de exercício de discricionariedade administrativa* (utilização pelo legislador de conceitos normativos imprecisos como forma de concessão de discricionariedade à Administração)?

É um tema que se irá tratar nos pontos seguintes (distinção entre discricionariedade propriamente dita ou em sentido estrito e conceitos imprecisos).

2.2.A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM SENTIDO ESTRITO

2.2.1. Discricionariedade administrativa como resultante de indeterminações normativas estruturais e conceituais

Temos vindo a falar genericamente no fenómeno da indeterminação normativa, sem cuidar todavia da distinção entre a *indeterminação normativa estrutural* (normas de estrutura aberta, de tipo claramente permissivo) e a (mera) *indeterminação conceitual* (*conceitos imprecisos*).

É chegado o momento de proceder a essas distinções, tarefa a que nos vamos dedicar nas alíneas seguintes.

Mas para tanto necessário se torna recordar primeiro a estrutura da norma jurídica, no âmbito da teoria geral do direito.

Como é sabido, a norma jurídica é composta por duas partes.

A primeira dessas partes é a *previsão* da norma: trata-se de uma antevisão do legislador de uma dada situação (ou de um facto, ou de uma relação) cujo enunciado é um desenho típico, estilizado, daquilo que é descrito (isto é, abstraído o mais possível de circunstancialismos concretos, a fim de acautelar, tanto quanto possível, a não exclusão do âmbito de aplicação da norma das situações que, de acordo com a respetiva *ratio*, se lhe devam submeter), e que na norma jurídico-administrativa constitui o *pressuposto* da atuação administrativa.

E a segunda parte da estrutura da norma é a *estatuição*: depara-se-nos agora o seu segundo e subsequente enunciado, que determina a consequência que ocorrerá *ipso facto*, ou então (nomeadamente na norma jurídico-administrativa) a medida ou atuação administrativa a que terá de haver lugar, sempre que na vida real se verifique uma situação (facto ou relação) que espelhe a previsão normativa. Nas normas jurídico-administrativas, deverá o destinatário da norma (o órgão administrativo) providenciar no sentido da correspondência da dita medida ou atuação à verificação *in concreto* do pressuposto da norma (da situação, facto ou relação descrita na respetiva previsão).

Estas duas partes da norma estão ligadas por um *operador deôntico*, ou seja, por um termo (ou conjunto de termos) que fixa o tipo de correspondência ou comunicação entre elas (previsão e estatuição), determinando o *sentido do dever ser* que a norma apresenta ao seu destinatário/aplicador, que poderá ser o de um *dever* (na norma imperativa prescritiva), o de uma *proibição* (na norma imperativa de proibição) ou o de uma *permissão* (na norma permissiva, que para um universo de situações afasta – ou possibilita o afastamento – de uma proibição relativa).

2.2.2. Indeterminações normativas estruturais e discricionariedade de escolha criativa

a) A discricionariedade de decisão

A discricionariedade está indiscutivelmente presente num primeiro tipo de situações, a saber, quando o legislador atribui à administração o poder de, uma vez verificados na vida real os pressupostos que convocam a sua intervenção (e que estão

descritos na *hipótese* da norma), (1) tomar, ou pelo contrário, (2) não tomar, uma determinada decisão prefigurada na *estatuição* da norma (em jeito de consequência).

A ligar a hipótese e a estatuição está um *operador deôntico*, neste caso o conceito de «*pode*» – conceito que atribui à Administração, em cada caso concreto sujeito à sua apreciação, a faculdade da *escolha* entre *tomar*, ou, ao invés, *não tomar*, aquela medida tipificada na estatuição da norma. A norma tem por isso uma *estrutura aberta*, «bifurcando-se» em duas possibilidades alternativas que serão à partida, uma e outra, igualmente legítimas. É a primeira modalidade de poder discricionário, que se designa *discricionariedade de decisão*.

b) *A discricionariedade de escolha de medida*

Também se nos depara um fenómeno de inequívoca atribuição de poder discricionário à Administração quando a lei, a seguir à enunciação dos pressupostos (à hipótese da norma), predetermina um leque de medidas alternativas, podendo a Administração escolher qualquer uma dessas medidas: estando obrigada a tomar uma delas, cabe-lhe apenas escolher qual (aqui o operador deôntico é mais extenso: «tomará o órgão uma das seguintes medidas»).

Estamos, neste segundo caso em que a norma apresenta igualmente uma abertura ou indeterminação *estrutural* (e não *conceitual*), perante a chamada *discricionariedade de escolha de medida*.

c) *A discricionariedade de escolha criativa, já no campo das indeterminações conceituais*

Finalmente, uma terceira e inquestionável modalidade de concessão de discricionariedade que aquela em que o legislador confia à Administração a escolha da medida a tomar, mas sem sequer prefigurar as alternativas possíveis – o mesmo é dizer que lhe atribui a tarefa de ser ela própria (Administração) a definir ou configurar em concreto a medida que vier a ser objeto dessa escolha, com edição apenas (pelo legislador) de uma diretiva ou orientação genérica.

Aqui, e não obstante a norma já não ser aberta na sua estrutura, através deste tipo de conceitos concede o legislador à Administração uma *discricionariedade máxima*, merecendo por isso esta modalidade de concessão de poder discricionário a designação de *discricionariedade de escolha criativa*.

São utilizados neste caso conceitos extremamente vagos e/ou mais ligados às faculdades de ação da Administração, habitualmente designados por «conceitos subjetivos» ou «conceitos discricionários»: por exemplo, «tomará o órgão a medida que for requerida pelo *interesse público*», «adotará a providência que for tida por *conveniente*», «fará o que se revelar *necessário* para restabelecer a situação anterior», etc. etc.. Voltaremos a esta matéria da «*discricionariedade de escolha criativa*» no tema que trataremos de seguida – o dos *conceitos imprecisos*.

2.3. OS CONCEITOS NORMATIVOS IMPRECISOS

2.3.1. Os conceitos normativos no direito administrativo e nos outros ramos do direito

Importa uma prévia chamada de atenção para a problemática dos conceitos imprecisos, vagos ou indeterminados que nos surgem inúmeras vezes nas normas jurídico-administrativas.

Como é óbvio, também existem conceitos destes nas normas dos outros ramos do ordenamento jurídico, como o direito penal e o direito privado; e (sabemo-lo igualmente) nesses outros ramos que não o direito administrativo (*lato sensu*), tal problemática (a da necessidade – ou não – da destrição entre as operações puramente interpretativas e a existência e utilização de uma margem de livre apreciação ou decisão) não se coloca.

Uma primeira explicação para o particular relevo que os conceitos imprecisos assumem no direito administrativo relativamente aos outros ramos do direito, reside no facto de estarem muito mais sedimentados o significado e alcance dos conceitos normativos em sectores do ordenamento jurídico como o direito civil ou no direito penal, tendo estes direitos como têm, atrás de si, muitos séculos – para não dizer milénios – de história.

Em contrapartida, as normas de direito administrativo não só integram um ramo do direito muito mais recente, como se assistiu à respetiva e vertiginosa proliferação no século XX, pelas causas já referidas, elevando-se por consequência – e por óbvias razões, também supra mencionadas – os níveis de imprecisão dos respetivos conceitos.

Mas a principal razão para os distintos termos em que a questão se coloca num e noutros ramos do direito é outra: tem ela a ver com o facto de, por definição, as normas de direito privado ou de direito penal serem aplicadas (e interpretadas), em primeira e última «mão», por uma única autoridade, por um único poder do Estado – ou seja, pelos tribunais. Com efeito, nestas áreas do direito é sempre o juiz quem, em primeira e última instância, fixa a interpretação da norma e preenche os respetivos conceitos, sem nenhuma outra autoridade «de permeio» que com ele «concorra» em razão do princípio da separação ou divisão dos poderes do Estado – ao invés do que acontece, em regra, nas normas jurídico-administrativas.

Como já vimos acima, o juízo jurisdicional subjacente à sentença deixou de ser considerado um processo decisional puramente lógico-dedutivo, por se traduzir ele também necessariamente e cada vez mais em raciocínios de concordância prática, em valorações autónomas e em apreciações teleológicas, com momentos também emotivo/volitivos, e não exclusivamente cognoscitivos. Não nos pode por isso espantar que o juiz tenha um papel criativo na aplicação dos conceitos indeterminados que surjam noutros ramos do direito, contribuindo assim com a sua parte para a solução das controvérsias que lhes são submetidas.

A diferença pois relativamente à aplicação de conceitos imprecisos contidos em normas jurídico-administrativas está no facto de, nas controvérsias entre os particulares e a Administração surgidas a propósito da execução (por esta) dessas normas, um dos destinatários das normas em causa e que é igualmente parte na relação controvertida – a Administração – desenvolver também ali uma função estadual que, não obstante a sua vinculação à lei e ao direito, pode requerer algum espaço de manobra, *alguma*

autonomia quer face ao legislador (o qual aliás, e já por isso, a habilitou a fazer escolhas através da margem de livre apreciação ou decisão), *quer face aos tribunais*.

Terá por isso neste caso o juiz que proceder a um prudente exercício de autocontenção, sendo esta maior ou menor em função de uma série de fatores que adiante se analisarão – exercício a que já não haverá lugar (a que não poderá mesmo haver lugar, sob pena de denegação de justiça...) quando tiver o tribunal que preencher conceitos imprecisos em julgamentos cíveis ou criminais.

2.3.2. Conceitos subjetivos ou discricionários e conceitos classificatórios

a) *Entrada no tema*

Os conceitos imprecisos acabam por se reconduzir também ao fenómeno da indeterminação normativa.

Só que aqui a indeterminação está em *conceitos* da norma, e não na *estrutura* desta.

E o problema que se levanta é o de saber se o preenchimento desses conceitos imprecisos ou indeterminados pela Administração (que não é também tarefa que, na aplicação da norma, redunde numa solução única ou inequívoca) constitui uma operação que ainda deva ser considerada *interpretativa*, ou se, diferentemente, já não estamos no domínio da interpretação, mas antes no da *discricioniedade administrativa* (de liberdade de conformação do conteúdo da medida a adotar). Consoante a resposta, haverá ou não lugar à revisão desse preenchimento pelo juiz administrativo.

b) *Os conceitos subjetivos ou discricionários*

Já vimos que dúvidas não subsistem, a jusante, quanto aos *conceitos subjetivos* ou *discricionários*: a sua utilização pelo legislador é uma modalidade de concessão de poder discricionário, uma verdadeira delegação de poder do legislador na Administração.

c) *Os conceitos classificatórios: conceitos jurídicos, conceitos técnico-científicos e conceitos descritivo-empíricos*

E o mesmo acontece, a montante, com os *conceitos classificatórios*, que também não deixam dúvidas mas agora no sentido oposto (no sentido do seu carácter vinculado): a sua (aparente) imprecisão é resolvida em sede ainda de interpretação jurídica, em virtude das remissões que eles (implicitamente) operam para parâmetros decisórios tão precisos quanto os das regras jurídicas. Quanto a estes, importa todavia distinguir os diversos tipos de parâmetros decisórios a que a Administração deverá recorrer por via de tais remissões.

Pode ser, e desde logo, uma remissão para a própria ciência jurídica. Estamos agora a falar dos *conceitos jurídicos*, que não são meros conceitos legais, mas antes conceitos já enraizados na dogmática jurídica, e cujo exato significado (não obstante a sua aparente imprecisão) pode e deve ser encontrado nesta ciência que, por definição, o juiz domina (não obstante, obviamente, a possibilidade da existência de controvérsias doutrinárias, em termos similares aos já referidos a respeito da interpretação das normas jurídicas).

Pode ainda um outro tipo de conceitos classificatórios remeter o aplicador e intérprete da norma para as normas extrajurídicas das chamadas ciências exatas, ou seja, para os domínios da física, da química, da medicina, da matemática, etc.: estamos agora no universo dos *conceitos técnico-científicos*.

Finalmente, podem ainda outros conceitos – os chamados *conceitos descritivo-empíricos* – remeter para *circunstâncias de tempo ou de lugar* ou para conhecimentos não científicos, mas *empíricos*, que estão na posse das pessoas comuns que lidam com a matéria em causa – razão pela qual tais conhecimentos ou circunstâncias, uma vez (re)conhecidas, hão-de ditar ao aplicador/intérprete uma solução unívoca, e que será a única solução correta a adotar no caso.

2.3.3. Os conceitos imprecisos-tipo: as teorias da margem de livre apreciação

a) *Entrada no tema*

O problema dos conceitos normativos imprecisos subsiste contudo com uma terceira e muito mais numerosa categoria de conceitos imprecisos – com os chamados *conceitos imprecisos-tipo*, que passamos a analisar.

É hoje mais ou menos consensual na doutrina e jurisprudência administrativas que, por força do princípio da separação de poderes ou funções (de uma separação não apenas *orgânica*, mas também *funcional* ou *material*), assiste sempre à Administração uma *margem de livre apreciação ou decisão*, por estreita que seja tal margem, no preenchimento deste tipo de conceitos (dos chamados *conceitos imprecisos-tipo*).

Isto, reitere-se, por contraposição, a jusante, aos também ditos *conceitos classificatórios* (cuja imprecisão é apenas aparente) e, a montante, aos por sua vez denominados *conceitos subjetivos* ou *discricionários* (conceitos a uma vez caracterizados como vimos por um elevado grau de indeterminação e por uma mais estreita associação às faculdades de atuação administrativa) –, gozando a mesma Administração, dentro dessa margem, de uma liberdade de subsumir ou não ao conceito a situação concreta que se lhe depare.

b) *A teoria dos conceitos imprecisos de W. Jellinek e a teoria da folga de Otto Bachof*

Quando se diz que assiste à Administração uma margem de livre apreciação no preenchimento dos conceitos imprecisos ou indeterminados-tipo, significa isto, muito sinteticamente, que, por um lado, tais conceitos apresentam um “núcleo duro” de situações passíveis de ocorrer na vida real onde não existe qualquer possibilidade de valoração administrativa autónoma (no sentido de incluir ou excluir a situação concreta do conceito).

E significa isto também que, em lado oposto, um outro conjunto virtual de situações se pode configurar, situações essas que, ao invés, e com o mesmo grau de certeza (sem haver lugar também a uma valoração administrativa autónoma), *não cabem (manifestamente) no conceito*.

Em ambas as hipóteses o preenchimento do conceito constitui uma tarefa interpretativa necessariamente objeto de controlo judicial *a posteriori*.

Mas entre esses dois extremos, o conceito apresenta uma «auréola», uma zona cinzenta ou indefinida, onde se agrupam situações intermédias – as quais, quando ocorrem, proporcionam à Administração uma *folga* em cada operação de subsunção do caso concreto à previsão normativa, que lhe permite incluir ou excluir no/do conceito a situação concreta cuja resolução lhe incumba.

Note-se que não está em discussão a própria ocorrência dos pressupostos de facto cuja verificação a lei exige para que a Administração possa exercer a competência em questão, mas tão só uma determinada qualificação, ou (como melhor veremos) um aditamento ou complemento, em cada caso, a esses pressupostos imperfeitos ou incompletos desenhados em abstrato na hipótese da norma legal.

Naturalmente, a verificação em concreto da ocorrência dos próprios pressupostos legalmente definidos, essa sim, é em regra um elemento vinculado, e não de escolha ou ponderação discricionária, e como tal objeto dos poderes de cognição do juiz administrativo.

Acaba-se de expor, *grosso modo*, a teoria dos conceitos imprecisos de Walter Jellinek, em que se filia a “teoria da folga”, de Otto Bachof (a que, em parte, também recorreremos nesta brevíssima e – alerte-se – *muito simplificada* explicação).

c) As teorias da defensabilidade (de Ule) e da razoabilidade (de origem francesa)

Outras teses que defendem também a existência da denominada “margem de livre apreciação” chegam a idênticos resultados, ainda que por outros caminhos.

É o caso das teorias da *defensabilidade* (de ULE) e da *razoabilidade* (de origem francesa).

Segundo estas teses, se o juízo da Administração e a decisão tomada em consonância com tal juízo, (i) se revelarem *sustentáveis* (se, por hipótese, as pessoas em geral fossem indagadas sobre a respetiva concordância ou discordância relativamente aos mesmos juízo e decisão, e se dessa indagação – segundo um juízo de prognose póstuma – resultasse uma divisão de opiniões), (ii) se forem *objetivamente* reconhecidos como *razoáveis* (apesar de o próprio julgador a quem o litígio é apresentado, ou qualquer outro hipotético observador imparcial, poder não concordar *subjetivamente* com eles), *então estaremos perante a dita margem de livre apreciação, equivalente à discricionarietà propriamente dita.*

Já se situam por conseguinte os mesmos juízo e decisão administrativas fora dos poderes cognitivos do juiz administrativo.

Resumindo, nesta margem de livre apreciação ou decisão, em moldes em tudo idênticos aos do exercício do poder discricionário propriamente dito, a Administração pode e deve proceder a uma integração ou preenchimento definitivo dos conceitos indeterminados, atendendo às circunstâncias do caso concreto, com recurso à sua experiência, designadamente através da formulação de juízos valorativos – não devendo então o juiz, mais tarde, sobrepor o seu juízo ao juízo administrativo, num exercício de autocontenção dos seus poderes de controlo da atividade administrativa.

d) *Recondução da operação de preenchimento do conceito na chamada margem de livre apreciação à figura da discricionariedade administrativa*

Refira-se por fim que não é profícuo ou sequer viável para estes efeitos uma distinção em que alguma doutrina persiste (pelo menos em termos de tal distinção adquirir suficientes nitidez e «operacionalidade» para ser um critério fiável) quanto à «localização» na norma do conceito impreciso, consoante este se situe na *hipótese* ou na *estatuição* da norma, para daí poder retirar consequências relevantes no que concerne à natureza das operações em causa.

Segundo essa doutrina, teríamos dois tipos de conceitos imprecisos, consoante eles se situassem (i) na *hipótese* da norma (ligando-se aos respetivos *pressupostos*) ou (ii) na *estatuição* da norma (ligando-se às *faculdades de ação* do órgão administrativos que a lei atribui a este, e que ele deverá exercer quando se verificarem na vida real aqueles pressupostos). O raciocínio é o seguinte: enquanto o preenchimento dos primeiros seria uma operação *cognitiva*, e não uma verdadeira ou livre escolha determinada pela vontade (e portanto uma tarefa tendencialmente *vinculada*), já o dos segundos seria uma operação *volitiva*, o mesmo é dizer, determinada pela vontade do aplicador da norma (e por conseguinte essencialmente *discricionária*).

Mas esta distinção, apesar de sugestiva, não é consistente, sendo o exemplo que se segue suficientemente esclarecedor quanto à sua improcedência.

Imaginemos uma norma com o seguinte teor: «Sempre que no decurso de uma manifestação ocorrerem *perturbações da ordem pública*, a polícia adotará de imediato as *necessárias* medidas de contenção». O primeiro conceito em itálico (situado na hipótese da norma e ligado aos seus pressupostos) seria assim de uma natureza distinta do segundo conceito em itálico (situado na estatuição da norma e ligado às faculdades de ação conferidas à Administração pela mesma norma).

Agora vamos alterar um pouco a redação da norma: «Sempre que no decurso de uma manifestação ocorrerem *perturbações da ordem pública* que tornem *necessária* a adoção de medidas de contenção, a polícia atuará, adotando de imediato essas medidas». Como se vê, o conceito «*necessária(s)*» passou da estatuição para a hipótese, e nem por isso a norma deixou de ter o mesmíssimo conteúdo, ou seja, a mesma «dose» de discricionariedade (igualmente distribuída pelos conceitos «*perturbações da ordem pública*» e «*necessária(s)*») – apenas se tendo modificado a técnica da respetiva redação!

Não há por isso razão para sustentar que a operação de preenchimento do conceito impreciso quando este se situe na hipótese da norma seria de tipo cognitivo, por confronto com a operação de preenchimento do conceito impreciso quando este se situe na estatuição da norma, que já seria de tipo volitivo... para daí retirar consequências relevantes quanto à maior ou menor intensidade da discricionariedade atribuída à Administração num e noutro caso!

É aliás inexequível uma distinção talhante e operativa, na atividade da Administração de aplicação de normas imperfeitas ou indeterminadas, entre operações cognitivas e operações volitivas.

Na verdade, no momento da aplicação da norma, é indissociável do preenchimento que a Administração fizer do conceito, no uso dessa «liberdade» (chamemos-lhe assim), a concreta conformação da decisão tomada; o mesmo é dizer que é não possível dissociar a *livre apreciação* da *livre decisão*.

Espaço ou margem de livre apreciação é por conseguinte o mesmo que *espaço ou margem de livre decisão*: o que significa que a dita «margem de livre apreciação» no preenchimento dos conceitos imprecisos-tipo é um fenómeno reconduzível ao da discricionariedade administrativa. Assim sendo, através desses conceitos, e nos termos e limites indicados, concede também o legislador à Administração poderes discricionários.

Não é pois um método profícuo tentar distinguir entre uma e outra figura, razão pela qual elas passam na nossa exposição a ser abrangidas pela mesma designação, de discricionariedade administrativa, a qual constitui para nós, e definitivamente, um espaço de autonomia do poder executivo, protegido por uma específica *reserva de administração*, que é a *reserva de discricionariedade da Administração*.

Em suma, *poder discricionário, conceitos subjetivos, conceitos imprecisos-tipo e margem ou espaço de apreciação ou decisão* nestes conceitos, *discricionariedade cognitiva* e *discricionariedade volitiva*, são variações de um mesmo fenómeno que é o do *espaço de decisão da Administração*. Estamos a falar aqui da Administração enquanto poder executivo, que nesse espaço atua com *material* (e não apenas orgânico-formal) *independência* face aos demais poderes soberanos do Estado (nomeadamente ao legislativo e ao judicial), cabendo-lhe um papel criativo de complementação de normas intencionalmente incompletas, imperfeitas ou inacabadas – de normas onde a *programação* da sua atividade (dela Administração) é *débil* (programação débil).

3. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E PRERROGATIVAS DE AVALIAÇÃO; NATUREZA E FUNDAMENTO DA DISCRICIONARIEDADE; LEGALIDADE VS JURIDICIDADE

3.1. A RESERVA DE DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO: AS PRERROGATIVAS DE AVALIAÇÃO

3.1.1. Noções prévias

Como vimos, sempre que o juiz for chamado a exercer a sua atividade de controlo sucessivo dos atos discricionários, perante o espaço de *reserva de discricionariedade* da Administração (na discricionariedade propriamente dita e no espaço de livre apreciação ou decisão dos conceitos normativos imprecisos), deverá ele fazer um esforço ou exercício de autocontenção.

Sem prejuízo do entendimento da juridicidade funcional e material da atuação administrativa discricionária, repita-se, deverá o julgador determinar, por interpretação da lei, a quem cabe a responsabilidade última da decisão (se ao juiz se ao administrador).

O mesmo é dizer que deverá ele (julgador) determinar onde começa (e acaba) o espaço ou margem de livre apreciação ou decisão da Administração, relevando para a determinação desses limites (para o respetivo «avanço» ou «recuo»), e seguindo agora no essencial o ensinamento de Vieira de Andrade, as chamadas *prerrogativas de avaliação*.

Oferecerão maiores ou menores dificuldades, em termos de controlo judicial sucessivo – traduzindo-se por isso em prerrogativas de avaliação da Administração, quando oferecerem (ou à medida em que forem oferecendo) maiores dificuldades – os fatores que se passa a identificar.

3.1.2. A qualidade do sujeito administrativo

A maior ou menor *capacidade técnica ou científica* requerida jogará, respetivamente, a favor ou contra a ampliação da margem de livre decisão.

Por exemplo, ela será maior em júris universitários constituídos para a realização de provas de progressão nas carreiras académicas; e menor (i) nos normais júris formados para avaliar candidatos ao ingresso na função pública, ou (ii) no âmbito da prestação de provas para progressão na carreira geral da função pública, ou ainda (iii) em júris profissionais/corporativos.

Também a legitimidade *político-social* do órgão competente é um importante fator a ter em conta.

Contribuirá para o reforço da reserva de discricionariedade ser o autor o próprio Governo (todo ele, em Conselho de Ministros, em Conselho de Ministros restrito, ou mesmo um só membro do Governo, ministro ou secretário de Estado).

Ao nível do poder local, o mesmo se diga de o ato for praticado por um órgão deliberativo (Assembleia Municipal), ou executivo mas colegial e dotado de legitimidade democrática direta (Câmara Municipal). Também terá uma maior legitimidade político-social um órgão colegial em que participem representantes de forças sociais.

Pelo contrário, jogará contra a reserva de discricionariedade, e por confronto com os exemplos que se acaba de adiantar, o ser o órgão competente um órgão individual inserido na cadeia hierárquica, como um diretor-geral ou um diretor de serviços.

3.1.3. A qualidade da matéria

A *qualidade da matéria* é também um fator relevante. Importa lembrar desde logo a matéria dos *direitos fundamentais*: se estivermos perante atos de aplicação de normas restritivas de direitos, liberdades e garantias, caso a norma atributiva da margem de apreciação passe o teste da constitucionalidade (por se tratar de matéria objeto de reserva de lei, e a mais sensível de entre as que a Constituição reserva ao legislador), então, e de todo modo, terá que se reduzir ao mínimo (quando não a zero) a dita margem.

Naturalmente, o mesmo se diga das demais matérias reservadas à lei (e que não são poucas na nossa lei fundamental).

A *necessidade de ponderação de interesses complexos, públicos ou privados* (como localização de uma central de coíncineração de resíduos tóxicos industriais) releva também e muito, só que agora no sentido oposto ao do fator a que se acaba de fazer referência (direitos, liberdades e garantias e outras matérias reservadas a lei), ou seja, no sentido do reforço da reserva de discricionariedade.

3.1.4. O tipo ou modo de decisão

Finalmente, o *tipo ou modo de decisão* também conta muito para o recuo ou avanço dos limites do controlo judicial da Administração.

Temos em primeiro lugar os *atos de exame, diagnose ou avaliação de conhecimentos* – atos que, e como vimos, sendo à partida vinculados, levantam todavia não poucos problemas em sede de revisão judicial, e que são em tudo idênticos aos suscitados pelas medidas discricionárias.

Desde logo, são em muitos casos praticadas «em massa» (nomeadamente os exames escolares).

E, para além disso, estamos de todo o modo e por definição, perante *decisões altamente pessoais*, cujo resultado enferma por isso sempre de alguma incerteza. Com efeito, o exame ou diagnóstico de conhecimentos não é tão exato como poderia ser um sistema automático ou automatizado de avaliação de conhecimentos, em virtude das condicionantes e características pessoais do examinador que sempre nele (resultado) se projetam, impossibilitando uma total objetividade.

Estas circunstâncias e características dificultam, naturalmente, a possibilidade da sua repetição/revisão pelo tribunal.

Especial atenção merecem, também, quanto ao tipo e modo de decisão, os *conceitos de valor*.

Uma relevante categoria de conceitos de valor aponta decisivamente para o aumento do espaço ou margem de livre apreciação ou decisão: é ela a dos *conceitos de valor no âmbito de juízos sobre aptidões pessoais e profissionais*, como «especialista» numa dada matéria, «jurista de reconhecido mérito» ou «profissional reputado» (por referência a uma determinada atividade profissional).

Outros conceitos que reforçam a reserva de discricionariedade administrativa são ainda os *conceitos de valor no âmbito de avaliações técnicas especializadas*, como «aptidão agrícola» ou «potencial petrolífero relevante».

Uns e outros conceitos valorativos apelam também e sobretudo a juízos de experiência do órgão administrativo competente.

Já uma outra categoria de conceitos de valor aponta, pelo contrário, para um maior controlo judicial, como bem nota Freitas do Amaral: referimo-nos agora àqueles cujo preenchimento não requer uma valoração eminentemente pessoal do órgão administrativo, mas antes *objetiva*, como são desde logo os que dizem respeito à moral pública e aos bons costumes.

Estes últimos apelam a valorações pré-existentes na comunidade (ou dominantes no extrato populacional que para o efeito releve), às conceções éticas vigentes, que a Administração (e depois dela o juiz) deverá primeiramente averiguar e para as quais se terá que remeter, não devendo o titular do órgão administrativo (ou sequer o julgador, no momento sucessivo do controlo) sobrepor a essas valorações objetivas o seu próprio juízo ético pessoal. É claro o parentesco do preenchimento destes conceitos com a operação de subsunção: ao intérprete e aplicador da lei podem-se-lhe deparar neste caso parâmetros cognitivos/decisórios tão precisos quanto os das regras jurídicas.

Enfim, as *decisões de prognose* (como «justo receio de vir a ser perseguido no seu país de origem», e «perigo para pessoas e bens») e as *decisões com consequências políticas* (como a autorização para a realização de uma oferta pública de aquisição de ações de um banco em fase de reprivatização) apontam por seu turno para uma maior autolimitação judicial.

3.2. NATUREZA E FUNDAMENTO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

3.2.1. A discricionariedade administrativa, por norma, como habilitação legal para a Administração completar ou integrar o pressuposto de facto normativo imperfeito

A grande questão que se coloca, quanto à natureza da discricionariedade, é a de saber se por norma esta constitui ou não um fenómeno limitado ao âmbito da consequência jurídica das normas jurídico-administrativas. Sendo a resposta positiva, o mesmo quer dizer que se traduzirá a discricionariedade administrativa em princípio numa liberdade de escolha entre duas ou mais condutas possíveis, entre duas ou mais consequências jurídicas possíveis, todas elas igualmente legítimas.

Mas se, diferentemente, a discricionariedade apenas operar, por regra, no *âmbito dos pressupostos de facto* das mesmas normas jurídico-administrativas, em caso de (intencional) imperfeição, incompletude ou indeterminação desses pressupostos na descrição que as ditas normas deles empreendam em abstrato, então nesta hipótese passará a atividade discricionária por uma prévia tarefa de complementação, em concreto (caso a caso – sempre que seja chamada a aplicar a norma) dos ditos pressupostos normativos imperfeitos ou incompletos.

A consequência jurídica, ou seja, a conduta a adotar pela Administração, já não será neste caso propriamente o resultado de uma escolha livre da Administração.

Diferentemente, e partindo da dogmática premissa de que quase toda a atividade administrativa – mesmo esta (a discricionária) – é uma *atividade jurídica*, a uma vez *sujeita ao direito* e *criadora de direito* (configurando-se o exercício do poder discricionário, neste último caso não como processo cognitivo lógico-formal, dedutivo ou semântico, mas como processo «tópico-teleológico»), estará nesta hipótese a Administração obrigada a duas operações consecutivas:

- (i) Num primeiro momento, a adotar naquele caso *critérios objetivos* que complementem os critérios legais;
- (ii) E num segundo momento a retirar a devida consequência, ou seja, a tomar a decisão ou medida resultante da aplicação cumulada de uns e outros critérios (dos critérios legais e dos critérios adotados para o caso concreto), *que face a tais critérios (no seu conjunto) será a única solução possível (solução unívoca)*.

Estamos a falar evidentemente de uma estrutura lógica do *iter* decisório, e não necessariamente de uma sequência cronológica e formalmente seccionada nos dois momentos que se acaba de distinguir.

O que importa pois é que os fundamentos da decisão sejam *objetivos*, no sentido de (em jeito de exercício lógico) serem passíveis de uma prévia enunciação em abstrato,

agregável à norma legal (aos respetivos pressupostos) – fazendo um todo com ela, com (possibilidade de) abstração portanto das concretas circunstâncias da aplicação da norma legal àquele caso particular.

Os critérios desta forma aditados aos critérios legais constituirão assim uma verdadeira regulação suplementar, o mesmo é dizer que serão (conjuntamente com a previsão legal) a *norma para aquela situação concreta*.

Frise-se, entretanto, que nunca se ressaltará em demasia as distintas naturezas das operações de concretização/execução criativa da lei levadas a cabo pela Administração ativa e pelos tribunais. Mas uma vez precavidos quanto à dissemelhança destas duas funções do Estado (administrativa e jurisdicional), e portanto das operações que as concretizam, sempre diremos que a atividade administrativa discricionária (não por acaso qualificada por alguns autores como de *preenchimento de lacunas intralegais*) evoca de algum modo as situações em que o juiz, na tarefa de integração das lacunas extralegais, e à falta de normas reguladoras de «lugares paralelos» que possam ser aplicadas analogicamente à situação *sub judicio*, se «senta no lugar do legislador» e faz (só para aquele caso) a norma que o legislador faria se «ali estivesse».

De acordo com este entendimento, reitere-se, a discricionariedade administrativa deixa de ser, por norma, uma possibilidade de livre escolha entre duas ou mais consequências jurídicas possíveis (entre duas ou mais condutas igualmente legítimas).

Diferentemente, o que sucede é que, em virtude da (intencional) insuficiência ou imprecisão, na previsão legal, dos critérios determinantes de uma ou outra dessas consequências (de uma ou outra dessas condutas), *fica a Administração obrigada, no plano da aplicação da lei, e antes do mais, a especificar ela própria os pressupostos da sua própria atuação*, assim completando (em cada situação concreta) os inacabados pressupostos legais.

E só depois desta primeira operação se produzirá a consequência jurídica, ou seja, só então se enunciará a solução a adotar naquela situação concreta – a qual, depois de completados ou aperfeiçoados os pressupostos legais, *será então a única solução legítima ou possível para o aplicador da lei, deixando assim de ou ser uma entre duas ou mais soluções legítimas*.

A ideia que preside a esta tese é muito simples: a fim de evitar a arbitrariedade em que obviamente se traduziria uma completa indiferença da lei e do direito perante a escolha pela Administração de uma ou outra de entre um leque de condutas (todas elas) legalmente admissíveis, a determinação de qualquer dessas consequências jurídicas terá sempre que se basear em critérios objetivos também por ela (Administração) previamente definidos.

Como é evidente, esta obrigatória tarefa de complementação dos pressupostos legais traduz-se antes do mais no exercício de um dever jurídico de boa administração; e deverá orientar-se pelos princípios gerais da atividade administrativa (desde logo pelos princípios da razoabilidade e da racionalidade), com os quais se terá que obrigatoriamente conformar.

É esta segunda tese (a da regra da discricionariedade administrativa como habilitação legal para completar ou integrar o pressuposto de facto normativo imperfeito) a sustentada pela doutrina mais autorizada, seja no direito comparado, seja entre nós (cfr. Rogério Ehrhardt Soares, Sérvulo Correia e Vieira de Andrade) – a qual, não apenas por esse argumento (de autoridade), mas sobretudo pelo seu mérito intrínseco (que tentámos evidenciar), deverá ser a posição adotada.

3.2.2. As exceções à regra: alguns exemplos de verdadeira liberdade de escolha entre duas ou mais consequências jurídicas possíveis

Começámos no ponto anterior por colocar a questão de se saber, quanto à natureza da discricionariedade, se por norma esta constitui ou não um fenómeno limitado ao âmbito da consequência jurídica das normas jurídico-administrativas; e concluímos pela negativa, ou seja, que em princípio a discricionariedade administrativa não se traduz numa liberdade de escolha entre duas ou mais condutas possíveis, entre duas ou mais consequências jurídicas possíveis, todas elas igualmente legítimas, antes se configurando como habilitação legal para completar ou integrar o pressuposto de facto normativo imperfeito.

Mas se assim é por regra, não deixam de existir no ordenamento jurídico-administrativo relevantes exceções a essa regra, e que não são tão poucas como isso. Trata-se sobretudo de decisões de escolha de pessoas, de entre conjuntos restritos e predeterminados de «elegíveis», para as investir em cargos dirigentes ou, sendo já titulares de órgãos que nos termos de lei possam receber competências delegadas, para lhes atribuir novas responsabilidades através de atos de delegação de poderes – decisões essas que a lei permite que assentem em critérios subjetivos de confiança pessoal.

Temos desde logo a competência dos órgãos delegantes para a prática de atos de delegação de poderes e para a respetiva revogação (cf. art.º 44.º/1 e 50.º/b) CPA), assim como para a tomada de decisões de avocação (primeiro inciso do art.º 49.º/2 CPA). Sendo tais atos *intuitu personae*, assiste aos órgãos seus autores na respetiva emanção uma discricionariedade de decisão máxima, uma verdadeira e própria liberdade de escolha entre as duas alternativas que se lhes afiguram (a de praticar ou não o ato delegatório, a de revogá-lo ou não, a de avocar ou não este ou aquele assunto em concreto).

Também em sede de provimento em qualquer cargo de direção superior na Administração Pública, dispõe o competente membro do Governo de um poder de livre escolha (discricionariedade de escolha de medidas alternativas) entre os três candidatos melhores classificados no âmbito do procedimento concursal de seleção previamente levado a cabo para o efeito pela CRESAP (Comissão de Recrutamento para a Administração Pública).

Assim, e segundo o n.º 8 do art.º 19.º da Lei n.º 2/2004, de 15.01 (que aprova o Estatuto do Pessoal Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Central, Regional e Local do Estado), “[o] júri, após conclusão da aplicação dos métodos de seleção previstos, elabora a proposta de designação indicando três candidatos, ordenados por ordem alfabética e acompanhados dos fundamentos da escolha de cada um deles, e apresenta-a ao membro do Governo que tenha o poder de direção ou de superintendência e tutela sobre o serviço ou órgão a que respeita o procedimento concursal, que previamente à designação pode realizar uma entrevista de avaliação aos três candidatos”; e mais prevê o n.º 12.º do mesmo artigo que “[o]s cargos de direção superior são providos por despacho do membro do Governo competente, no prazo máximo de 45 dias, a contar da data do recebimento das propostas de designação referidas no n.º 8 ou no n.º 10, em regime de comissão de serviço”.

É ainda, paradigmaticamente, o caso do regime de designação pelo Conselho Superior da Magistratura dos presidentes dos tribunais de comarca constante da Lei de Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto).

Partimos, claro, do pressuposto de que estes atos de escolha dos juizes presidentes dos tribunais das comarcas por parte do CSM, por analogia com os atos de nomeação de funcionários para lugares em organismos ligados ao exercício de funções típicas de soberania (como as forças militares e militarizadas, a diplomacia e os serviços inspetivos), são também eles *atos (materialmente) administrativos* de nomeação, ainda que praticados por um órgão público inserido no poder judicial, e não atos de outra natureza (designadamente política ou eleitoral)⁴², isto no espírito da redução ao mínimo da categoria dos atos políticos enquanto «atos livres de direito».

Segundo o artigo 92.º, n.º 2 da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, o presidente do tribunal de comarca é nomeado pelo Conselho Superior de Magistratura, por escolha, de entre os juizes que cumpram os requisitos legais previstos concretamente nas alíneas dessa mesma norma. Tal significa que não está em causa a realização de um qualquer procedimento concursal, nem sequer a lei exige que seja efetuada uma ponderação dos currículos do *universo de elegíveis*⁴³.

Por outro lado, estamos perante uma hipótese em que o legislador combina requisitos mínimos vinculados relativamente elevados ou exigentes com a máxima discricionariedade na escolha a efetuar entre os elegíveis ou nomeáveis. Com efeito, só são «elegíveis» no segundo exemplo citado os três candidatos melhor classificados em prévio procedimento concursal anterior no caso do provimento em cargos de direção superior da Administração Pública, e no terceiro exemplo, de entre os juizes do tribunal em causa, apenas aqueles como exercício de funções efetivas de juiz desembargador com notação de Muito Bom e exercício efetivo como juiz de direito durante pelo menos 15 anos com última classificação de serviço de Muito Bom – cfr. art.º 92.º/2 da Lei n.º

⁴² Com efeito, não deixa de estar aqui presente um fator político que poderia conduzir à qualificação de tais nomeações como verdadeiros atos políticos, e portanto nessa qualidade excluídos do controlo jurisdicional, a par de atos como os de nomeação pelo Governo de embaixadores fora da carreira, de nomeação (até à extinção da figura) dos antigos governadores civis, e de nomeação do Chefe de Estado-Maior General das Forças Armadas e dos chefes de estado-maior dos três ramos destas, e os de nomeação dos titulares dos mais altos cargos de Estado da competência da Assembleia da República.

Note-se que a analogia é de algum modo sugestiva, pois também aqui o ato é praticado por um dos dois órgãos de cúpula do terceiro poder soberano do Estado (poder judicial), órgãos de governo das magistraturas especialmente legitimados que participam indubitavelmente no exercício de poderes soberanos, tratando-se ademais, como se trata, do preenchimento dos mais altos cargos do aparelho judicial, ou seja, dos cargos de presidentes dos tribunais.

⁴³ A nomeação em comissão de serviço para exercício do cargo de Juiz presidente do tribunal da comarca não se assume como exercício de uma profissão, nem como progressão de carreira. Daí que não esteja em causa um qualquer *procedimento concursal*, nem a emissão de um ato administrativo que permita aos interessados progredir na carreira: antes estamos no âmbito do exercício de uma competência que envolve escolhas com espaços de valoração próprias sobre as aptidões pessoais dos elegíveis de cada um dos «eleitores» do CSM (ou seja, de cada um dos membros deste órgão colegial).

É que o cargo de Presidente de Tribunal de Comarca não é uma categoria de carreira a que aspirem a aceder os que preenchem as condições para tanto, e que, por conseguinte, em não se abrindo vagas em número suficiente para todos os nomeáveis ou elegíveis, se possa dizer terem estes, nos termos de lei (e mesmo inexistindo um procedimento concursal) um interesse legalmente protegido ou uma expectativa jurídica que deva ser também considerada no *iter* decisório do ato de nomeação. A nomeação de um não afeta por isso legítimos interesses dos demais, mas tão só meras expectativas (expectativas de facto e não, reitera-se, *de jure*).

62/2013, de 26 de Agosto). Mas os referidos normativos, uma vez preenchidos tais requisitos, falam apenas em escolha ou nomeação, sem estabelecer qualquer restrição ou condicionante.

Note-se – e recorrendo à construção das prerrogativas de avaliação – que, nos dois últimos exemplos que se vem de expor, o poder de escolha ora analisada atribuído aos membros do Governo e ao CSM *vai bem mais além* do que (i) as normais decisões com consequências políticas (por se tratar da organização e funcionamento do topo quer da Administração Pública, quer do sistema jurisdicional, no segundo e terceiro exemplos referidos, respetivamente), (ii) tomadas por órgãos com especial legitimidade democrática (como são os casos quer dos membros do Governo quer do CSM), e do que (iii) a aplicação de conceitos subjetivos ou de escolha discricionária no âmbito de juízos sobre aptidões pessoais – cúmulo de fatores que já reclamam, todos eles, como vimos, a maximização do espaço de escolha administrativa e a minimização da avaliação e do controlo jurisdicional⁴⁴.

Na verdade, e continuando a analisar o segundo e terceiro exemplos referidos, se atendermos ao conteúdo das mencionadas normas do Estatuto do Pessoal Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Central, Regional e Local do Estado e da Lei de Organização do Sistema Judiciário, facilmente se constata que está aqui em causa o exercício de uma discricionariedade máxima, dispondo quer os membros do Governo, quer (colegialmente) os membros do CSM de *total liberdade de escolha do candidato que consideram mais adequado para o cargo dirigente em causa*. Tenha-se bem presente que, podendo o legislador ter escolhido um outro regime de maior vinculação destas competências atribuídas ao Governo e ao CSM, respetivamente, a verdade é que ele – agora por sua vez no exercício da discricionariedade (legislativa) que previamente lhe assiste – optou por reconhecer aos órgãos de topo do poder executivo e do poder judicial, nesta matéria, uma discricionariedade máxima, um verdadeiro poder de livre escolha.

Nessa medida, as opções tomadas ao abrigo dos mencionados normativos possuem um elevado cunho subjetivo, subjazendo-lhe a ponderação pessoal, do membro do Governo em causa ou de cada um dos «eleitores» do CSJ, no que tange às qualidades dos *elegíveis* e da confiança depositada nos mesmos. Estamos pois perante um típico ato de exercício da liberdade, não impondo a lei, neste caso em concreto, qualquer tipo de atuação vinculada (sem prejuízo do cumprimento, claro está, dos requisitos constantes respetivamente do art.º 8.º da Lei n.º 2/2004 e do artigo 92.º/2 da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto).

Em suma, quando nos confrontamos com os raros casos em que à Administração são conferidos poderes desta natureza, não faz evidentemente sentido falar da discricionariedade administrativa máxima por eles traduzida como habilitação legal para completar ou integrar um pressuposto de facto normativo imperfeito...

⁴⁴ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 3.ª ed., Coimbra, 2013, pp. 52-43.

3.2.3. Poder discricionário e poder regulamentar

Note-se que a exigência de objetividade e de densificação em concreto dos pressupostos normativos da atuação administrativa não equivale a uma (obrigatória) cristalização de critérios.

O órgão administrativo pode (e deve) alterar o critério que vinha a seguir em casos anteriores, se tal vier a ser ditado pelo chamado *interesse público atual*: por alteração de circunstâncias, e mesmo sem essa alteração, em virtude de uma «mudança de rumo» – normal em caso de substituição do(s) titular(es) do órgão, mas que pode legitimamente ocorrer mesmo mantendo-se esse(s) titolare(s).

É isso mesmo também aliás – essa flexibilidade na busca das melhores vias para a realização do interesse público, que inclui a hipótese do chamado «arrepiar de caminho» – que a lei visa quando outorga poderes discricionários à Administração.

E no que se acaba de afirmar reside também a diferente natureza do poder discricionário face ao poder regulamentar: como se passa a demonstrar, este último não pode ser considerado um poder discricionário dotado apenas da particularidade de o respetivo exercício se traduzir em comandos gerais e abstratos (e não individuais e concretos).

São na verdade ambos poderes de autoridade que a lei outorga à Administração para que esta a *complemente* (a ela lei) – o primeiro para a prática de atos administrativos (atos concretos), e o segundo para a emanação de normas regulamentares jurídico-administrativas.

Mas o exercício do poder discricionário implica por definição que a Administração esteja sempre em condições de desenhar, caso a caso, e à luz do interesse público atual, a solução mais ajustada às circunstâncias que se lhe deparem (ou seja, a melhor solução possível do ponto de vista do interesse público) – o que afasta qualquer hipótese de necessária cristalização de critérios para o futuro.

Diferentemente, o poder regulamentar, dando origem a verdadeiras normas jurídicas que nisso são iguais às normas legais exequendas (partilhando a natureza destas), visa o estabelecimento de um regime complementar do regime legal *por definição de aplicação uniforme*, que não admite derrogações singulares nem qualquer «esticão» que o faça alcançar casos situados para lá do seu objetivado âmbito de aplicação.

O que o titular do poder discricionário *não pode é alterar arbitrariamente o critério anteriormente seguido*, por força dos princípios da igualdade e da proibição do arbítrio, tudo como melhor veremos.

3.3. A SUBMISSÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO AO DIREITO: JURIDICIDADE *VERSUS* LEGALIDADE

3.3.1. No Estado Liberal, a sujeição da Administração à lei sob o signo das competências vinculadas

Como vimos, o Estado de Direito assenta desde o seu início na premissa da sujeição do poder executivo à lei: é o princípio da legalidade da Administração.

Em virtude do reduzido papel que o Estado Liberal oitocentista assinalava à Administração e em geral ao Estado, e conseqüentemente da parca legislação administrativa então existente, as competências dos órgãos administrativos eram em regra vinculadas, como sublinhámos supra.

Note-se que o domínio da lei (à época apenas lei formal ou parlamentar, recorde-se) na atividade administrativa era aliás ele próprio bem mais reduzido, deixando de fora da sua alçada não poucos poderes administrativos.

Com efeito, muitas competências que nos nossos dias são pacificamente consideradas *externas* e por isso juridicamente relevantes (por de todo o modo tocarem a esfera dos particulares), não eram então tidas como tal.

Era o caso dos poderes da Administração sobre certas categorias de cidadãos no âmbito das (ainda hoje designadas) *relações especiais de poder*, de indivíduos integrados na sua organização interna através de laços especialmente intensos, nomeadamente funcionários públicos, militares, alunos (das escolas públicas) e presos. Hoje reconhece-se serem tais pessoas particularmente dependentes da Administração sujeitos externos relativamente a ela, na relação consigo estabelecida, numa segunda dimensão dessa relação composta por direitos e deveres justiciáveis – e não apenas seus elementos internos, no âmbito de uma relação orgânica ou equiparável.

E era também o caso das competências administrativas em matéria de subvenções – e em geral de toda a (então muito incipiente, sublinhe-se) administração prestativa ou constitutiva, de prestação de bens e serviços aos cidadãos. Agora não pela mesma ordem de razões do caso anteriormente referido, mas por se considerar do mesmo modo que só tinham relevância jurídica (o mesmo era dizer, relevância jurídica externa à Administração) aqueles poderes que contendessem com a liberdade e a propriedade dos cidadãos (como os poderes tributários, os poderes de polícia e o poder expropriativo) – sendo as ditas competências nesse âmbito da administração prestativa (âmbito muito pouco relevante no séc. XIX, note-se) igualmente remetidas, por exclusão de partes, para a esfera interna da Administração.

A tais atividades administrativas concebidas como «internas» acrescia ainda – nesse mundo interior da Administração aparentemente alheado do direito e da vida corrente da sociedade civil – a execução daquelas tarefas confiadas também ao poder executivo, designadamente as relativas à defesa e aos negócios estrangeiros, cuja natureza *sui generis* no concerto dos poderes do Estado não era então devidamente apreendida (pois o estudo da quarta função do Estado a que *grosso modo* elas se reconduziam – da função política – só se viria a desenvolver no séc. XX).

Internas (e por conseguinte não justiciáveis pelos cidadãos que se pudessem sentir por elas lesados) eram pois as normas regulamentares e as decisões concretas emanadas pela Administração nessas matérias. No que se refere aos atos da Administração

relativos a situações concretas em tais âmbitos, a sua discricionariedade (ou livre conformação do respetivo conteúdo pelo órgão administrativo) era, por assim dizer, natural, no sentido de não pôr em causa o princípio da legalidade da Administração: estávamos em esferas ou regiões alheias ao domínio próprio da lei (da norma positiva e escrita emanada pelo parlamento) – o mesmo era dizer, na época, em esferas ou regiões alheias, *tout court*, ao direito.

Bem podia pois a Administração, através do exercício das suas poucas competências (então qualificadas como) externas, em regra vinculadas, desempenhar satisfatoriamente as modestas tarefas de gestão quotidiana dos negócios públicos que lhe eram confiadas pelo ordenamento jurídico-administrativo do Estado Liberal – e que eram apenas, do ponto de vista externo ou da sociedade, aquelas que contendiam com os direitos fundamentais de liberdade ou de primeira geração, ou seja, com as liberdades civis e políticas e com o direito de propriedade dos cidadãos.

Em suma, reitere-se, a sujeição da Administração à lei não era então por isso dissociável do paradigma das competências vinculadas dos órgãos administrativos na sua atividade externa (isto é, naquela atividade que contendia com a liberdade e propriedade dos cidadãos, única então tida por juridicamente relevante), e do quase total controlo sucessivo do exercício dessas competências que os tribunais iam podendo então levar a cabo.

3.3.2. Com a transição para o Estado Social, a ampliação da discricionariedade administrativa

Mas como vimos acima também, nas últimas décadas do séc. XIX e na primeira década do séc. XX, e sobretudo no período seguinte (o que mediou entre as duas grandes guerras mundiais), assistiu-se a uma notória ampliação dos fins e funções do Estado, com uma inédita aceleração da produção legislativa sobretudo na área do direito administrativo: as sempre mais numerosas leis deste ramo do direito foram assim habilitando progressivamente a Administração a ampliar e a aprofundar a sua intervenção na esfera da sociedade, em novos domínios e a outros níveis.

Ora, esta evolução do ordenamento administrativo foi-se compadecendo cada vez menos com a outorga aos órgãos administrativos de meros poderes vinculados – obrigando o legislador a utilizar neste sector do ordenamento jurídico a conceder discricionariedade à Administração.

Note-se que também aqueles domínios que eram tidos por «coutadas» da Administração (como o das relações especiais de poder e o da administração prestativa), alheios por isso à lei e ao direito, dada a profunda transformação operada no direito administrativo no seu todo (e nomeadamente no plano dogmático), passaram aos poucos a ganhar «direitos de cidade» neste ramo do ordenamento jurídico.

O mesmo é dizer que as competências administrativas nessas matérias – designadamente na administração prestativa e no âmbito das relações especiais de poder (no que a estas se refere, sempre que emanados no âmbito da relação considerada externa entre a Administração e aqueles cidadãos dela particularmente dependentes) – tornaram-se, com a transição do Estado Liberal para o Estado Social ou Administrativo, *competências externas* e como tal juridicamente relevantes.

De todo o exposto decorre que se ampliou muito o espaço da chamada discricionariedade administrativa, passando a assistir à Administração uma maior ou menor liberdade de conformação do conteúdo de uma boa parte dos atos administrativos por si praticados.

3.3.3. As primeiras reações à ampliação do fenómeno da discricionariedade administrativa

As primeiras reações da doutrina e da jurisprudência a esta evolução foram ainda muito condicionadas pelas conceções fundadoras ou matriciais do modelo jurídico do Estado Liberal que temos vindo a mencionar.

Primeiramente, tendeu-se a considerar os poderes discricionários (todos eles, «internos» ou «externos») como poderes desvinculados do direito, o mesmo era então dizer, desligados da lei, no sentido então exclusivo (e excludente) de regra positiva e escrita de origem parlamentar: por essa mesma razão, passaram eles a ser considerados «males necessários».

O receio passou a ser o de um ressurgimento por essa via do arbítrio régio que caracterizara o Antigo Regime: aquilo a que, através da consagração dos princípios da separação de poderes e da legalidade administrativa, se fechara a *porta*, parecia estar a regressar ao Estado de Direito pela *janela* (agora perigosamente entreaberta) da discricionariedade administrativa.

A atribuição de tais poderes à Administração pela lei começou pois por ser encarada, segundo essas primeiras reações – tributárias da conceção clássica do liberalismo jurídico de matriz positivista –, como um mal talvez necessário por vezes, mas a evitar sempre que possível do ponto de vista legislativo. E, como constatámos também acima, o remédio que acabaria por ser proposto para esse alegado mal – como radical antídoto do suposto carácter por definição ajurídico, ou desvinculado da lei, do poder discricionário – seria, no plano sucessivo, o do controlo jurisdicional total desse poder.

Mas tal entendimento é de rejeitar, vimo-lo também, por mais do que uma razão.

Na verdade, e por um lado, são naturais essas limitações do legislador que a concessão de poder discricionário à Administração procura superar: aquele não pode prever de antemão, conformando-os por via geral e abstrata, todos os circunstancialismos próprios de cada situação da vida – os quais requerem muitas vezes regulações mais ajustadas (em complemento da regulação legal) que só a autoridade encarregue da aplicação da lei «em primeira mão» tem condições de estabelecer caso a caso.

E, por outro lado, não constituem também solução adequada ao perigo do arbítrio da decisão administrativa discricionária, posteriores incursões judiciais nesses espaços de mérito, oportunidade ou conveniência da administração ativa (já para lá portanto dos parâmetros da legalidade ou juridicidade) que o legislador proporciona à Administração através de indeterminações na estrutura das normas legais e de conceitos imprecisos.

Não devem por conseguinte os juízes, em sede de mérito, oportunidade ou conveniência, substituir os impugnados pontos de vista da Administração pelos seus próprios (deles, juízes) pontos de vista: porque por via de uma tal *atividade de dupla administração* poderá ocorrer a substituição de um ato arbitrário (o da Administração)

por um outro ato afinal tão ou mais arbitrário do que primeiro (o do tribunal). No nosso sistema de administração executiva cabe tão só aos juízes a missão de aplicar e conservar a ordem jurídica, através do controlo da conformidade da atividade administrativa com a lei e com o direito.

A resposta ao problema suscitado pela discricionariedade administrativa não passava (e não passa) pois por aí.

3.3.4. Da legalidade à juridicidade: os princípios gerais da atividade administrativa

Partindo do correto pressuposto de que também o exercício do poder discricionário não pode ser uma atividade alheia ao direito, de que não pode o resultado desse exercício ser indiferente ao direito (não podendo valer juridicamente o mesmo qualquer escolha que Administração faça ao abrigo desse poder), a resposta passou (e passa) pela sujeição ao mesmo direito do poder discricionário.

Só que não já uma sujeição à lei, no sentido positivista/oitocentista de regra jurídica escrita, na medida em que, de facto, e por definição, o poder discricionário se exerce para lá do alcance da regra jurídica: o que se trata agora é da submissão da discricionariedade administrativa ao crivo dos princípios jurídicos, mais precisamente dos chamados *princípios gerais da atividade administrativa*.

Com efeito, e diferentemente do postulado pela crença positivista que imperou no séc. XIX, o direito não é constituído apenas por regras, mas também por princípios: e a estes cabe (passou a caber) um fundamental papel no direito administrativo, nomeadamente no controlo interno do poder discricionário.

Desde os primórdios, dois importantes princípios constitucionais de direito administrativo diretamente decorrentes do princípio da legalidade – a saber, os genéricos princípios da *prossecação do interesse público* e do *respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares* – nunca deixaram de constituir obrigatórios parâmetros de decisão para toda a atividade administrativa, também onde o império da regra escrita não chegasse.

Quanto aos demais princípios gerais da atividade administrativa, enquanto parâmetros de controlo dos atos discricionários, foram eles sendo pretorianamente revelados pela jurisprudência administrativa, um após outro.

O primeiro princípio a funcionar como parâmetro de controlo interno do poder discricionário (e para além dos que se acaba de referir) foi o *princípio da igualdade* – princípio enformador do Estado do Direito, ligado como nenhum outro à ideia de dignidade da pessoa humana, e que não podia deixar de constituir um prioritário critério de atuação também para o poder executivo.

Seguiu-se no pós-guerra o *princípio da imparcialidade* (que com a igualdade apresenta um parentesco próximo, mas que com ele se não confunde, como melhor veremos), depois (e seguindo uma ordem mais lógica do que cronológica) os princípios da *justiça* e da *proporcionalidade*, e por fim os *princípios da racionalidade* e da *razoabilidade* – princípios estes (os quatro últimos) que, por assim dizer, «transitaram» da zona do mérito para a da juridicidade, deixando de ser tidos por meros critérios de boa administração para se alcandorarem ao plano dos princípios jurídicos. Por último o princípio da *boa-fé* é transposto do direito civil para o direito administrativo, para se aplicar também à Administração, com as necessárias adaptações.

Em suma, é o próprio fundamento último do direito administrativo – o princípio da legalidade administrativa – que sofre ao longo do séc. XX (sobretudo da sua primeira metade) esta significativa evolução: a Administração passa a estar (mais amplamente) sujeita ao direito, e não apenas à lei.

Como vimos já, a mudança a que se assiste é a do princípio da legalidade da administração, que se transmuta num mais lato *princípio de juridicidade*. O clássico e fundamental parâmetro da atividade administrativa começa a ser entendido já não como princípio de legalidade estrita (de sujeição a regras legais), mas como um princípio de juridicidade, através designadamente da sujeição da Administração, quer na atividade de gestão pública, quer na atividade de gestão privada, não apenas à lei (no sentido estrito de regras legais), mas também aos direitos fundamentais e aos princípios gerais de direito administrativo.

Foi (e é) esta a contrapartida da maior abertura manifestada ao fenómeno da expansão da discricionariedade administrativa, depois de uma primeira reação de negação e repúdio: *a sua limitação pelos direitos fundamentais e por princípios jurídicos*.

Cap. II

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO ADMINISTRATIVO (CONT.): OS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1. NOÇÕES PRÉVIAS

1.1.1. A relevância dos princípios gerais de direito administrativo em toda a atividade da Administração

Impõe-se um primeiro esclarecimento de ordem metodológica.

É que os princípios gerais da atividade administrativa, não obstante a sua crucial importância para o estudo do poder discricionário, constituem uma matéria que ultrapassa a discricionariedade, pela projeção que eles (princípios) têm em toda a atividade administrativa, e não apenas na atuação autoritária unilateral e relativa a situações concretas, ou seja, no domínio do ato administrativo.

Nomeadamente, têm os ditos princípios gerais uma enorme importância também nas atividades regulamentar, contratual pública, material (operações materiais) e de gestão privada da Administração (que será objeto da nossa atenção no capítulo seguinte). Daí o seu tratamento num capítulo autónomo.

1.1.2. Princípios gerais de direito, princípios gerais com assento constitucional, princípios gerais com valor reforçado em setores especiais do direito administrativo e princípios especiais privativos desses setores

Já elencámos acima os princípios gerais da atividade administrativa com alcance universal: são eles, recorde-se, o princípio da *legalidade* (na vertente de sujeição da Administração às regras legais), os princípios da *prosecução do interesse público* e do *respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares*, e os princípios da *boa administração*, *igualdade*, *proporcionalidade*, *justiça*, *razoabilidade* e *racionalidade*, *imparcialidade* e *boa-fé*.

Tenha-se presente que todos os princípios jurídicos, sem prejuízo do seu papel supletivo e integrativo relativamente às regras legais, estão ao nível destas, no sentido em que gozam do valor e da força jurídica que constituem atributos da lei.

Mas no que respeita em particular às normas legais jurídico-administrativas, enquanto normas atributivas de poderes de autoridade à Administração Pública, apresentam os princípios gerais da atividade administrativa um valor supralegal, na medida em que têm consagração constitucional (cfr. art.º CRP). Pode por isso a própria norma legal de direito administrativo (e não imediatamente o ato administrativo que a aplique, por si mesmo) vir a ser considerada inválida, por inconstitucional, se violar flagrantemente um daqueles princípios.

Mais se diga que têm todos os princípios jurídicos, evidentemente, igual valor e força jurídica. Todavia, podem alguns deles apresentar um valor reforçado em setores especiais do direito administrativo, o qual deverá ser levado em conta, designadamente em situações de concorrência ou colisão (como melhor se verá abaixo). São os casos dos princípios da igualdade, da imparcialidade e da proporcionalidade no direito da contratação pública.

Enfim, em cada setor especial do direito administrativo outros princípios jurídicos específicos desse setor podem concorrer com os princípios gerais de direito administrativo para a regulação das situações concretas que caíam no seu particular domínio de aplicação. Continuando a adiantar como exemplo o sector da contratação pública, são agora os casos, nesta específica matéria, dos princípios da concorrência, publicidade e transparência.

1.1.3. Regras jurídicas e princípios jurídicos: a lógica dos princípios, por contraposição à das regras

Convirá ainda rememorar um aspeto de teoria geral do direito, e que é o da diferença entre as regras jurídicas e os princípios jurídicos.

Ambos são normas jurídicas, o mesmo é dizer que regras e princípios são, umas e outros, pautas de conduta igualmente imperativas.

Mas enquanto no caso das regras estamos perante normas que, uma vez verificado na vida real o pressuposto nelas enunciado, prescrevem, proíbem ou autorizam uma determinada conduta ou consequência, em moldes perentórios ou definitivos, já os princípios não o fazem nesses termos do «tudo ou nada». Os princípios são normas elásticas, mandatos de otimização, que impõem ao seu destinatário o esforço o de fazer o melhor possível para a salvaguarda do direito ou bem jurídico por si (princípio) tutelado; e esse «melhor possível» significa que terá o mesmo destinatário que atender à reserva do possível (do possível fáctico e possível jurídico).

Um determinado princípio pode apresentar uma *relação de pertinência* com a situação concreta, devendo por isso ser convocado e ser objeto da devida ponderação: enquanto princípio ele constituirá tópico obrigatório de argumentação ou ponderação jurídica em toda a hipótese em que se suscite um problema situado no seu domínio de operatividade, devendo ser chamado à colação – isolada ou contextualizadamente, tudo depende – sempre que se trate de aferir a legitimidade ou admissibilidade da solução a dar a uma certa questão.

Mas não significa o que se vem de dizer que esse princípio tenha sempre que prevalecer sobre outros que com ele porventura concorram para a regulação da situação concreta em causa. Com efeito, pode verificar-se nessa hipótese uma *colisão* de princípios, que exija o sacrifício, em maior ou menor medida, de um deles, impondo-se na dita situação concreta a sua (deles princípios) hierarquização. Assim, se a situação em causa se não situar no «núcleo duro» de cobertura do referido princípio, apenas se colocam interrogações sobre o cumprimento integral de todas as derivações e decorrências lhe sejam que imputáveis, podendo-se falar tão só numa sua *perturbação* ou *desassossego* – o que *não é igual à respetiva violação*, ou seja, que haja aí uma contrariedade à ordem jurídica com uma consequência *invalidante*.

Em suma, sendo os princípios normas abertas, carentes de um preenchimento valorativo, as suas prescrições não se prestam à clássica operação de subsunção envolvida pela aplicação das regras escritas – sendo a respetiva violação sobretudo uma questão de grau ou de medida, a determinar em função do (maior ou menor) carácter intrusivo da ofensa concreta provocada e do valor ou bem concretamente afetado, através de um juízo de *concordância prática*. Outros princípios que não aquele poderão pois apresentar maior relevo na particular situação em causa, reclamando uma solução harmonizadora.

1.2. AS FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

1.2.1. Função positiva e função negativa

Constitui a *função positiva* dos princípios a respetiva contribuição para a regulação da situação concreta, ora autonomamente, valendo então como fundamento direto da solução jurídica a dar ao caso, ora em concorrência com regras jurídicas.

Já através da sua *função negativa* dá-se o afastamento de regras infraordenadas desconformes com eles – sendo então possível uma subsequente assunção de função positiva, com aplicação por extensão ou analogia de outra regra ou com direta regulação da situação.

1.2.2. Função interpretativa e função integrativa

Enquanto através da *função interpretativa* um princípio convocável para a resolução de um caso concreto conduz ao desempate entre as várias interpretações possíveis de uma norma ambígua, serve a *função integrativa* dos princípios para preencher a lacuna intralegal em que se traduz o exercício do poder discricionário.

2. OS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

2.1.1. Os subprincípios do primado da lei, da precedência de lei e da reserva de lei

O princípio da legalidade da Administração no que respeita designadamente à atividade da administração de gestão pública (traduzida na prática de regulamentos e de atos administrativos, e na celebração de contratos administrativos), desdobra-se em três subprincípios, e são eles o princípio do *primado da lei*, da *precedência de lei* e da *reserva de lei*.

Segundo o princípio do *primado da lei*, não pode a atividade da administração contrariar a lei: existindo contrariedade entre o ato da administração e a lei, prevalece esta, com a consequente invalidade do ato, regulamento ou contrato administrativo que a contradiga.

Segundo o princípio da *precedência de lei*, requer-se que pelo menos o poder administrativo para a prática do ato ou para celebração do contrato, e o fim que lhe presida – ou o assunto ou objeto sobre o qual verse o regulamento –, estejam fixados em lei prévia.

Enfim, exige o princípio da *reserva de lei* que nas matérias cuja regulação a Constituição reserve à lei não pode o próprio legislador atribuir à Administração – e muito menos a Administração atribuir-se a si mesma – o poder de praticar atos discricionários ou de emanar regulamentos *praeter legem*.

2.1.2. Significado e alcance do princípio da precedência de lei

É nos quadros da conformidade com a lei, e não da mera compatibilidade, ou seja, da necessidade também de *precedência* de lei para toda a atividade administrativa externa (e não apenas de não contrariedade com a lei, como propugna o princípio do primado), que deve ser entendido o princípio da legalidade, o que de resto está explícito no art. 3.º, n.º 1 do CPA.

Como ali se diz, essa atividade realiza-se em “obediência à lei”, confinando-se ela aos “limites dos poderes que lhes estejam atribuídos” e “em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes forem conferidos”. Tal conformidade limita-se todavia a exigências de *precedência* em matéria de normas de competência e de fins, constituindo expressão da legitimidade da discricionariedade administrativa outorgada por lei (ou regulamento) à Administração e da autonomia regulamentar e contratual pública desta, a habilitação constitucional constante do art.º 199.º, al. g) («Competência administrativa do Governo») para serem praticadas e tomadas administrativamente quaisquer medidas jurídicas “necessárias ao desenvolvimento económico e social e à satisfação de necessidades coletivas”.

Sendo a atuação da Administração Pública comandada pela lei, são por conseguinte ilegais não apenas os atos (regulamentos ou contratos) administrativos produzidos contra proibição legal, como também aqueles que não tenham previsão ou habilitação legal, ainda que genérica.

2.1.3. Alcance do princípio da legalidade relativamente à atividade dos privados e à atividade de gestão privada da Administração

Bem diferente da legalidade que se tem vindo a tratar é aquela outra «legalidade» que liga os particulares à lei, delineada segundo uma lógica de mera *compatibilidade*, decorrente da sua liberdade geral de atuação ou direito (fundamental) ao desenvolvimento da personalidade consagrada no art.º 26.º/1 CRP e no art. 67.º do Código Civil, segundo o qual “*as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário*”.

Refira-se, a propósito, que não tem o princípio da legalidade o mesmo alcance no respeitante à atividade de gestão privada da Administração: aqui a exigência de precedência legal limita-se ao ato jurídico-público de execução de lei do qual derivou o recurso a meios ou instrumentos jurídicos de direito privado, precisamente porque a “legalidade” do exercício destes é já apreciada segundo os regimes de *compatibilidade* por que se rege, em geral, a atuação dos privados.

2.1.4. Consequências possíveis da inobservância da lei pela Administração

Enfim, a violação ou inobservância da lei pela Administração poderá gerar, conforme os casos, ora a mera *irregularidade* formal ou procedimental (não invalidante do ato final ou principal ou do contrato), ora a sua *invalidade*, ora ainda a respetiva *ineficácia* (quando não se observem os requisitos de que esta depende).

E quando da prática de condutas violadoras da lei resultarem danos para terceiros, poderá essa inobservância gerar – cumulativamente com a consequência invalidade do ato jurídico inquinado, ou independentemente de uma consequência desse tipo, se de mera ação material se tratar – a *responsabilidade civil* da pessoa coletiva pública, e ainda a responsabilidade disciplinar, *mandatária* (perda de mandato ou dissolução do órgão colegial, sempre por decisão judicial) ou mesmo *criminal* do titular do órgão a quem tal decisão seja imputável.

2.2. OS PRINCÍPIOS DA PROSSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E DO RESPEITO PELOS DIREITOS E INTERESSES LEGALMENTE PROTEGIDOS DOS PARTICULARES

2.2.1. Poder discricionário da Administração vs autonomia privada

Como vimos supra, o poder administrativo ou executivo é um poder de execução que prossegue os interesses definidos pelo legislador e só pelo legislador, o que significa desde logo que a Administração Pública não tem liberdades propriamente

ditas; ou seja, e diferentemente do que acontece com os particulares, ela não dispõe de *espaços de licitude* onde possa atuar fora do direito, em função de fins por si livremente escolhidos, desde que não contrários à lei. Enquanto aos privados é permitido tudo o que a lei não proíbe, podendo estes conformar juridicamente as respetivas atividades quanto aos fins, a Administração está vinculada à satisfação de *necessidades, interesses* ou *fins* que lhe são fixados de fora (pelo legislador), os quais ela tem obrigatoriamente que prosseguir.

Assim, quando a lei outorga à Administração *poderes discricionários*, tais poderes traduzem-se quando muito numa escolha de *meios*, e não de *fins*: a Administração Pública nunca escolhe por conseguinte os seus fins. Não é pois possível a cada órgão administrativo usar os poderes que o legislador lhe atribui para prosseguir outros fins que não aqueles que cada lei lhes fixa especificadamente.

2.2.2. A contraposição de interesses a dirimir pela Administração no exercício do poder discricionário

No exercício do poder discricionário verifica-se sempre uma contraposição de interesses que, precisamente por inexistir por definição uma regulação predeterminada, por via geral e abstrata, em regras jurídicas, tal exercício se destina a dirimir em cada caso concreto através de um jogo de ponderações ou de concordância prática.

Tal contraposição dá-se (pode-se dar) entre interesses públicos entre si conflitantes e entre o interesse público e interesses particulares.

2.2.3. A correspondência entre poderes vinculados e direitos subjetivos públicos perfeitos, e entre poderes discricionários e interesses legalmente protegidos dos particulares

Por norma, à titularidade pela Administração de poderes discricionários corresponde, na esfera jurídica do particular, uma posição de mero interesse legalmente protegido ou interesse legítimo. A posição jurídica ativa do particular, contraposta à posição passiva da Administração de ter que pautar a sua conduta, no exercício do poder discricionário, pelos princípios jurídicos que regem também a sua atividade, é pois uma posição de *interesse legalmente protegido*.

Pode todavia coexistir o poder discricionário com direitos subjetivos imperfeitos (que ainda não gozam de tutela plena face à Administração): tal sucede com os chamados *direitos enfraquecidos*, de que constitui exemplo típico a sujeição do direito de propriedade ao poder expropriatório e ao poder tributário do Estado. E direitos subjetivos imperfeitos são também os designados direitos "*prima facie*", cujo conteúdo não está perfeitamente delimitado, carecendo ainda de uma densificação por parte da autoridade administrativa – como acontece com certos direitos a subvenções.

De todo o modo, reitere-se, e fora o caso dos direitos fundamentais enfraquecidos, como a liberdade de empresa e o direito de propriedade, há uma incompatibilidade de raiz o entre poder discricionário e verdadeiros direitos subjetivos públicos reconduzíveis a direitos, liberdades e garantias.

2.3. O PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO

2.3.1. O princípio da boa administração do novo CPA: os valores da eficiência, economicidade e celeridade

O n.º 1 do art.º 5.º do CPA consagra, enquanto acervo de verdadeiros e imediatos padrões de conduta, sob a genérica epígrafe de «Princípio de boa administração», os critérios de *eficiência, economicidade e celeridade*, erigindo-se no n.º 2, como prévia condição da respetiva efetividade, uma organização desburocratizada da Administração propiciadora da necessária aproximação dos serviços à população.

Este novo princípio geral da atividade administrativa é um corolário do princípio da prossecução do interesse público.

Consagram-se de modo explícito duas vertentes do dever de boa administração, a saber, a da *celeridade* (dimensão que assume uma especial relevância no procedimento) e a da *eficiência* ou *economicidade*. Note-se que estes dois últimos conceitos têm um significado próximo, exprimindo ambos a exigência de se «fazer muito com pouco» – de se conseguir os melhores resultados possíveis com os (por definição escassos) recursos disponíveis.

Como já foi notado⁴⁵, e diferentemente do homólogo preceito da Lei Italiana de Procedimento Administrativo, falta uma expressa menção à vertente da eficácia, que com a da eficiência se não confunde, pois a exigência de uma atuação eficaz tem a ver com a (máxima) adequação dos meios utilizados aos resultados que se pretende obter. Mas não deixa a eficácia de ser uma componente indissociável do dever de boa administração – aliás a única vertente deste princípio com expressa consagração constitucional, enquanto fundamento ou razão de ser de um patamar mínimo de unidade da Administração que funcione como contrapeso aos princípios da descentralização e da desconcentração administrativas (cf. art.º 277.º/3 CRP).

2.3.2. Perspetiva tradicional do princípio da boa administração: a sua fraca relevância jurídica face aos demais princípios gerais da atividade administrativa

A relevância jurídica do princípio da boa administração não será equiparável à dos demais princípios gerais da atividade administrativa que se abordam neste capítulo. Segundo o entendimento tradicional, sendo o dever de boa administração um dever jurídico, ele seria à partida um dever jurídico imperfeito, por falta de sanção jurisdicional: não haveria um direito dos administrados à boa administração judicialmente sindicável, pelo facto de os tribunais (e designadamente os tribunais administrativos) controlarem apenas a legalidade, e não o mérito, oportunidade ou conveniência da atividade administrativa⁴⁶.

⁴⁵ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular*, in «Comentários ao novo CPA», Lisboa, 2015, pp. 165 e 176.

⁴⁶ D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2.ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 46-48

É aliás a nossa lei do contencioso administrativo muito clara e incisiva nesse sentido. Segundo o n.º 1 do art.º 3.º («Poderes dos Tribunais Administrativos») do CPTA – Código do Processo nos Tribunais Administrativos, «[n]o respeito pelo princípio da separação e interdependência de poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração da normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação». E também o n.º 1 do art.º 71.º do mesmo Código dispõe que «[q]uando a emissão do ato pretendido envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar» – limitando-se então a «explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do ato devido».

Faltaria pois ao princípio da boa administração o elemento subjetivante e garantístico, direcionado à tutela dos particulares face à Administração, caracterizador dos demais princípios gerais da atividade administrativa (nomeadamente os da legalidade, prossecução do interesse público e proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, igualdade, proporcionalidade, justiça, razoabilidade, imparcialidade e boa-fé).

Há todavia – e como sublinhava também a mesma doutrina – aspetos vários da atividade administrativa (alguns deles regulados no CPA) em cujo âmbito o incumprimento desse dever gera consequências jurídicas, por expressa determinação legal.

São os casos das reclamações e recursos administrativos, conducentes à revogação, anulação, suspensão, modificação, substituição de atos da Administração, reclamações e recursos esses que figuram no CPA (cf. art.ºs 184.º a 199.º) como garantias graciosas dos particulares, e que se podem fundar em vícios de mérito do ato impugnado.

Também a violação por um funcionário público dos chamados deveres de zelo e aplicação constitui infração disciplinar, originando a aplicação de sanções disciplinares ao infrator (cf. al. e) do n.º 1 e n.º 7 do art.º 73.º, e art.ºs 176.º a 240.º, da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Lei n.º 35/2014, de 20.VI).

O mesmo se diga, no âmbito da responsabilidade da Administração pelos danos causados no exercício da sua atividade (cf. art.ºs 7.º a 10.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31.XII) da prática de um facto ilícito e culposo por um órgão ou agente administrativo que cause prejuízos a terceiros, ou da chamada «falta de serviço» causadora também de danos (n.ºs 3 e 4 do art.º 7.º), na medida em que quer o grau de diligência e zelo (no primeiro caso), quer o carácter anómalo ou não do funcionamento do serviço (no segundo caso), contribuem respetivamente para definir a medida de culpa do agente ou da imputabilidade do dano ao serviço, e, consequentemente, os termos e limites da responsabilidade de um e de outro.

Enfim, uma importância cada vez maior apresenta o controlo do Tribunal de Contas quer sobre a atividade de gestão pública, quer sobre a atividade de gestão privada da Administração. Este controlo ultrapassa e muito a verificação da legalidade financeira da despesa pública, estendendo-se à aferição da racionalidade económico-financeira das decisões da Administração nesta matéria – invocando o TdC, na sua mais recente jurisprudência, precisamente, o dever constitucional e legal de boa administração.

Em suma, à luz de um correto entendimento do princípio da separação de poderes, diremos, e acompanhando agora Gomes Canotilho⁴⁷, que não coincidem também neste art.º 5.º do novo CPA a *norma legal de ação* e a *norma legal de controlo*, não podendo o princípio aqui consagrado, não obstante o seu carácter vinculativo para a atuação administrativa, ser objeto de controlo jurisdicional em toda a extensão da respetiva força dirigente.

2.3.3. Significado e alcance da positivação do princípio da boa administração em sede de controlo jurisdicional da Administração

Isto posto, poder-se-á questionar o significado e alcance jurídicos da consagração do princípio da boa administração no CPA, para além dos que se acaba de referir: estaremos perante mais um princípio essencialmente retórico, como já foi dito⁴⁸, ou traz-nos o art.º 5.º do CPA alguma inovação substancial?

Sublinhe-se, desde logo, que constituirá o princípio da boa administração o suporte lógico que faltava de inúmeras prescrições do CPA, nomeadamente de carácter procedimental, assim como, naturalmente, das disposições legais mencionadas no ponto anterior, relativamente às quais ele poderá doravante exercer um importante papel integrativo e interpretativo. O mesmo se diga ainda no que respeita à remissão para regras técnicas que se considera existir no âmbito quer dos chamados conceitos imprecisos classificatórios de tipo técnico-científico, quer de certas indeterminações normativas que apresentam a mesma natureza: tal remissão encontra agora um fundamento positivo neste princípio⁴⁹.

Quanto ao mais, dúvidas não subsistem de que o princípio da boa administração, ao sujeitar a Administração a critérios de eficiência e de eficácia, não pode deixar de se configurar como um princípio com um âmbito normativo substantivo, e que, como os demais princípios gerais da atividade administrativa de alcance universal, tem a pretensão de conformar o conteúdo de toda e qualquer atuação administrativa⁵⁰.

É inegável que, e ainda nas palavras de Assis Raimundo, “[n]a atual metodologia de aplicação do direito, até ver e salvo demonstração em contrário, qualquer princípio que seja normativo (e jurídico) tem um tipo de vinculatividade que pode levar à invalidação de atuações que sejam com eles desconformes” – isto não obstante o ser possível (e, no caso, acrescentamos nós, desejável), por interpretação, relativamente a um dado princípio, retirar-se “do conjunto do ordenamento jurídico um papel menor do que à partida pareceria”⁵¹.

O mesmo é dizer que a consagração deste princípio no conjunto dos princípios gerais da atividade administrativa (no mesmo enfiamento sistemático) trouxe inevitavelmente o elemento de radicação subjetiva que lhe faltava.

⁴⁷ A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional, in «Nos dez anos da Constituição», Lisboa, 1986, pp. 345 e ss.

⁴⁸ Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, op. cit., pp. 54-58.

⁴⁹ Num sentido próximo, ver MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, op. cit., p. 184.

⁵⁰ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, op. cit., p. 166.

⁵¹ Ob. cit., p. 183.

Não obstante, o elemento garantístico não tem (não pode ter) neste novo princípio a preponderância que apresenta nos demais princípios de âmbito universal que constam do pórtico do Código, mais precisamente os consagrados nos art.ºs 3.º a 10.º.

Muito dificilmente poderá por isso, a nosso ver, uma decisão administrativa que passe os crivos da racionalidade e da razoabilidade, da justiça e da proporcionalidade, vir a ser invalidada apenas por violação do princípio da boa administração.

Funcionará pois o novel princípio da boa administração sobretudo enquanto fator de consolidação e reforço de outros princípios afins e confinantes, como o (já citado) da responsabilidade, e os da proporcionalidade, justiça e razoabilidade (para além do da administração eletrónica): sublinha Mário Aroso de Almeida, a este respeito, que o juízo sobre a eficiência administrativa se pode tornar num importante auxiliar da fiscalização jurisdicional da observância pela Administração desses outros princípios⁵²

Na verdade, poderão tais princípios tradicionais, por si só, não oferecer já um sustentáculo suficiente para fundar devidamente um juízo negativo sobre uma conduta administrativa discricionária cuja objetiva contrariedade com o direito seja, não obstante, manifesta – sempre no plano principiológico, ou seja, dos grandes parâmetros jurídicos que, para lá do mundo das regras, nunca deverão deixar de balizar também a atividade administrativa, independentemente do específico princípio designável para acolher cada um deles.

O sentido deste alargamento será (poderá ser) pois, em suma, o de alguma intensificação do controlo da atividade administrativa pelos tribunais, constituindo (podendo constituir) esta consagração um passo de importância idêntica aos que, num passado relativamente recente, levaram à transição das exigências de proporcionalidade e justiça da zona do mérito para a zona da juridicidade, com as consequentes redução da primeira e ampliação da segunda.

2.4. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.4.1. O princípio da igualdade na Constituição; sentido e implicações da consagração do princípio no CPA

O Código do Procedimento Administrativo, no seu art.º 5.º, decalca a fórmula do art.º 13.º da Constituição: ali se diz que nas suas relações com os particulares, a Administração Pública deve reger-se pelo princípio da igualdade, não podendo “privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever ninguém em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

Todavia, e como é óbvio, o princípio da igualdade não se resume à proibição de tais discriminações (e de outras do mesmo teor): sucede, tão só, que o tratamento desigual pela Administração em razão de qualquer um destes fatores, dada a especial censurabilidade da decisão discriminatória à luz dos valores constitucionais, constituirá

⁵² Ob. cit., p.61.

uma agravante do respetivo vício, podendo o ato praticado padecer de nulidade naquelas situações em que a arbitrariedade seja mais evidente ou manifesta⁵³.

O princípio da igualdade de tratamento que impende sobre a Administração traduz-se numa autovinculação (casuística) da Administração no âmbito dos seus poderes discricionários, devendo ela utilizar critérios substancialmente idênticos para a resolução de casos idênticos. É por isso a mudança de critérios, sem qualquer fundamento material, violadora do princípio da igualdade: a Administração só pode afastar-se de uma prática anterior que não seja ilegal se existirem alterações na dimensão do interesse público prosseguido ou dos interesses particulares com ele comprometidos⁵⁴.

Os autores que se acaba de citar consideram ainda como *momentos mais relevantes da vinculação da Administração pelo princípio da igualdade* a proibição de medidas administrativas portadoras de incidências coativas desiguais na esfera jurídica dos cidadãos (igualdade na repartição de encargos e deveres), a exigência de igualdade de benefícios ou prestações concedidas pela Administração (administração de prestações) e o direito à compensação de sacrifícios, quando a Administração, por razões de interesse público, impôs a um ou vários cidadãos sacrifícios especiais, violadores do princípio da igualdade perante os encargos públicos (cfr. art.º 22.º da Constituição e art.º 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31.XII).

Juntaríamos, da «nossa lavra», à ideia genérica da igualdade de benefícios concedidos pela Administração, a exigência da adoção do concurso público para a respetiva atribuição. O procedimento concursal é imposto em regra pelo art.º 47.º/2 CRP para o acesso a empregos públicos, e pelo direito (comunitário e nacional) da contratação pública para a adjudicação dos mais importantes contratos públicos. Pois bem, constituem estes normativos expressão de um princípio concursal em que se desdobra o princípio da igualdade, que a nosso ver se estende (se deverá estender) aos procedimentos e decisões de atribuição a privados de outros bens, atividades e negócios públicos em domínios como o do acesso ao ensino superior público e o da atribuição de subvenções e outros apoios financeiros públicos.

Importa ainda ter presente que esta ideia de *igualdade formal* contempla por vezes exceções, podendo ser corrigida – convertendo-se por conseguinte em desigualdade – para assegurar a *igualdade material* (cf. art.º 9.º, al. d) CRP). Ou seja, o princípio da igualdade pode impor, em certos casos, a obrigação de distinção (de discriminação positivas) por forma a poder compensar-se (juridicamente) a desigualdade (fáctica) de oportunidades.

Tenha-se presente que, se o princípio da igualdade exige o tratamento igual de situações (essencialmente) iguais, impõe também que seja tratado desigualmente (e na medida dessa desigualdade) aquilo que é, na sua essência, jurídica ou materialmente desigual.

Sublinhe-se, ainda a ideia de autovinculação ou regra do precedente: quando, em matéria de procedimento, ela se projete ao nível da respetiva *decisão*, pressupõe necessariamente a existência de uma decisão anterior com a qual possa ser confrontada a decisão em causa.

⁵³ Sobre o tema, ver GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, 4.ª edição revista, vol. I, 201X (anotação ao art.º 13.º), e MARTIM DE ALBUQUERQUE, “*Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*”, Coimbra, 1993.

⁵⁴ Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «Constituição Anotada», vol. I, 4.ª edição revista, págs. 333 e segs.

Finalmente, frise-se que inexistente um direito à igualdade na ilegalidade: não há em regra um direito (ou uma imposição) à igualdade na ilegalidade, um direito (ou sujeição) à repetição dos erros ou vícios cometidos em casos idênticos anteriores.

2.4.2. A (auto) vinculação ao precedente: a propósito da figura das “diretivas de discricionariedade”, as diferentes naturezas do poder discricionário e do poder regulamentar

Note-se ainda que admitir a autovinculação da Administração à decisão precedente não significa o reconhecimento de qualquer vinculatividade externa às chamadas “*diretivas de discricionariedade*”, que são meros regulamentos internos tendentes ao estabelecimento de critérios de aplicação uniforme da lei. São coisas diferentes, opostas até: a concessão legislativa de poderes discricionários envolve uma proibição de desatender as circunstâncias concretas de cada caso, pelo que não pode uma norma interna vir, afinal, inovar no ordenamento jurídico, mediante a transformação (em vinculado) de um poder que o legislador configurou como discricionário.

Tenha-se pois presente que a exigência de objetividade e de densificação em concreto dos pressupostos normativos da atuação administrativa não equivale a uma (obrigatória) cristalização de critérios.

O órgão administrativo pode (e deve) alterar o critério que vinha a seguir em casos anteriores, se tal vier a ser ditado pelo chamado *interesse público atual*: por alteração de circunstâncias, e mesmo sem essa alteração, em virtude de uma «mudança de rumo» – normal em caso de substituição do(s) titular(es) do órgão, mas que pode legitimamente ocorrer mesmo mantendo-se esse(s) titular(es).

Reitere-se, é isso mesmo também – essa flexibilidade na busca das melhores vias para a realização do interesse público, que inclui a hipótese do chamado «arrepiar de caminho» – que a lei visa quando outorga poderes discricionários à Administração.

E no que se acaba de afirmar reside também a diferente natureza do poder discricionário face ao poder regulamentar: este último não pode ser considerado um poder discricionário dotado apenas da particularidade de o respetivo exercício se traduzir em comandos gerais e abstratos (e não individuais e concretos).

São na verdade um e outro poderes de autoridade que a lei outorga à Administração para que esta a *complemente* (a ela lei) – o primeiro para a prática de atos administrativos (atos concretos), e o segundo para a emanação de normas regulamentares jurídico-administrativas.

Mas o exercício do poder discricionário implica por definição que a Administração esteja sempre em condições de desenhar, caso a caso, e à luz do interesse público atual, a solução mais ajustada às circunstâncias que se lhe deparem (ou seja, a melhor solução possível do ponto de vista do interesse público) – o que afasta qualquer hipótese de necessária cristalização de critérios para o futuro.

Já o poder regulamentar, dando origem a verdadeiras normas jurídicas que nisto são iguais às normas legais exequendas (partilhando a natureza destas), visa o estabelecimento de um regime complementar do regime legal *por definição de aplicação uniforme*, que não admite derrogações singulares nem qualquer «esticão» que o faça alcançar casos situados para lá do seu objetivado âmbito de aplicação.

O que, e em suma, o titular do poder discricionário *não pode é alterar arbitrariamente o critério anteriormente seguido*, por força dos princípios da igualdade e da proibição do arbítrio.

2.4.3. Sanções da violação do princípio da igualdade pela Administração

Importa aferir agora das consequências da violação do princípio pela Administração.

A primeira questão que se coloca tem a ver com a qualificação ou da posição jurídica do particular – do seu direito a um tratamento igual – como direito fundamental, de que depende a aplicação ou não do *regime dos direitos fundamentais* (art.º 18.º CRP) à exigência constitucional da igualdade de tratamento. Com efeito, se vingar a qualificação do direito em causa como direito fundamental, então o ato administrativo desigual padecerá de *nulidade* — que é a sanção que corresponde aos atos que violam o conteúdo essencial de um direito fundamental (alínea *d*) do n.º 2 do art.º 161.º do CPA); não sendo assim, à violação do princípio corresponderá tão só a sanção jurídica da anulabilidade.

A jurisprudência do STA é uniforme no sentido de que a violação do princípio acarreta por regra a mera anulabilidade do ato administrativo viciado, por falta de norma expressa que preveja a sanção da nulidade (cf. Acórdão do STA Pleno de 23.X.90). É todavia defensável a nulidade de atos administrativos que ofendam de modo grosseiro ou gravoso (arbitrário) os ditames da igualdade jurídica de tratamento ou, como vimos, que discriminem os seus destinatários com ofensa aos valores referidos no art.º 6.º do CPA e 13.º da Lei Fundamental (como a raça ou a condição social).

2.5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.5.1. O princípio da proporcionalidade: sentido e alcance; as vertentes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito

Segundo o art.º 7.º/1 do CPA, “a prossecução do interesse público, a Administração Pública deve adotar os comportamentos adequados aos fins prosseguidos”. Mais prescreve o n.º 2.º do mesmo artigo que “as decisões da Administração que colidam com direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afetar essas posições na medida do necessário e em termos proporcionais aos objetivos a realizar”.

O princípio da proporcionalidade (normalmente identificado com a ideia de *proibição do excesso*, mas que também abrangerá uma vertente de *proibição de defeito* ou de proteção insuficiente) constitui um *limite interno* da discricionariedade administrativa, que implica não estar a Administração obrigada apenas a prosseguir o interesse público — a alcançar os fins visados pelo legislador —, mas a consegui-lo pelo meio que represente relativamente às posições jurídicas dos particulares um menor sacrifício (ou a sua tutela mínima ou suficiente), desdobrando a disposição legal, quanto a este aspeto, a juridicidade da decisão administrativa nas ideias de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* (embora caibam as três num conceito amplo de proporcionalidade).

Sublinhe-se que o CPA explicita no n.º 2 do art.º 7.º as duas vertentes de verificação da «justa medida» do exercício do poder administrativo, a saber a da *necessidade* (a que se reporta a expressão “na medida do necessário”) e a da «proporcionalidade em sentido estrito», continuando-se a expressar esta última exigência (mas só esta) no enunciado do "em termos proporcionais aos objetivos a realizar".

A exigência da proporcionalidade de toda a actuação administrativa que implique o sacrifício de posições jurídicas dos administrados requer pois, num quadro de soluções alternativas necessariamente objeto de prévia avaliação, que a decisão seja:

- (i) *adequada* (subprincípio da adequação): a lesão de posições jurídicas dos administrados tem de revelar-se adequada, apta, à prossecução do interesse público visado, tendo em conta os resultados que se pretende alcançar;
- (ii) *necessária* (princípio da necessidade): a lesão daquelas posições tem que se mostrar necessária ou exigível (por não subsistir outra alternativa de satisfação do interesse público menos custosa para o particular afetado);
- (iii) *proporcional* (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito): não basta a sujeição da medida em causa aos dois crivos anteriormente mencionados, impondo-se ainda a verificação de uma relação de proporção entre o benefício alcançado para o interesse público pela dita medida e o sacrifício imposto por ela ao particular, mesmo descontando já os diferentes pesos à partida dos interesses em confronto (proporcionalidade *custo/benefício*).

2.5.2. Em especial, a proporcionalidade em sentido estrito

Vamos deter-nos um pouco mais na vertente da proporcionalidade em sentido estrito, que ela bem o merece.

Depois de passar os crivos da necessidade e da adequação, o ato a praticar (ou já questionado nos tribunais) tem que ser sujeito a um último e mais exigente teste postulado também pelo princípio da proporcionalidade, como acabamos de ver; e consiste este último teste num confronto, e numa ponderação relativa, entre o interesse público que a medida restritiva pretende satisfazer e o(s) interesse(s) do particular sacrificado(s) pela mesma medida.

Assim, provando-se que existia para a Administração uma alternativa que, não obstante implicar um ligeiro decréscimo em termos de satisfação do interesse público (por comparação com a decisão efetivamente adotada), se traduziria em contrapartida num muito menor sacrifício para o particular, então o ato (ou projeto de ato) já não passará este último teste, sendo ainda nesta hipótese inválido.

Note-se que apesar de o órgão proceder (ter que proceder) a um confronto direto entre o interesse público em causa e o interesse particular sacrificado, nem por isso estes interesses são por esta via colocados em pé de igualdade (o que nunca poderá acontecer, frise-se bem): o que se exige é que haja uma proporção (e daí a designação desta operação, de *proporcionalidade em sentido estrito*) entre o grau de realização do interesse público e o grau do sacrifício imposto ao particular. O interesse público tem a primazia sobre os interesses particulares, mas não é (não pode ser num Estado de Direito) um valor absoluto ou absolutizante.

Não pode, pois, ser indiferente para o direito uma tão evidente desproporção como a que traduz a escolha de uma medida alternativa através da qual se consegue uma *ligeira* melhoria em termos de realização do interesse público, se essa escolha implicar, face a outras possibilidades de atuação, um *enorme* e por isso *desproporcionado* sacrifício para o particular afetado – isto, reitero-se, mesmo que o termo de comparação seja o (por definição prevalecente) interesse público.

2.5.3. A aparente dimensão meramente garantística das vertentes da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito

No que respeita às vertentes da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (já não relativamente à da adequação, como melhor se verá), continua o princípio a ser formulado no novo CPA em termos puramente garantísticos, de defesa da posição de particulares, como aliás é ele normalmente concebido – como uma via de sentido único... Dir-se-ia, pois, que um ato ou decisão procedimental *desproporcionadamente favorável* aos particulares interessados não violaria o princípio da proporcionalidade e não seria inválido — que, obviamente, é (ou devia sê-lo). E não apenas quando o desproporcionado favor de uns interessados for o desfavor excessivo de outros, mas também quando se tratar de um sacrifício desproporcionado de interesses próprios da Administração, tendo, então, legitimidade para a impugnação o Ministério Público e o agente ou “autor” popular — sempre que a sua intervenção contenciosa seja admitida.

Não se veem razões lógicas ou teleológicas para afastar essa dimensão do princípio da proporcionalidade — ou, pelo menos, o seu relevo para determinados efeitos — a não ser, claro, a sua origem garantística. E não tem nada de estranho aproveitar princípios e regras criados para proteger determinadas posições ou interesses sociais, como meio de proteção de situações ou interesses que, com o evoluir dos tempos, se vão identificando com aqueles.

Tenha-se presente, aliás, a evolução neste mesmo sentido da formulação do princípio da proporcionalidade no direito da contratação pública, mais precisamente no que se refere ao conteúdo dos contratos administrativos.

Assim, ao n.º 2 do art.º 179.º do CPA de 91 (“O órgão administrativo não pode exigir prestações contratuais desproporcionadas ou que não tenham uma relação direta com o objeto do contrato”) sucedeu em 2008 o art.º 281.º do CCP («Proporcionalidade e conexão material das prestações contratuais»), segundo o qual “[o] contraente público não pode assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionadas ou que não tenham uma conexão material direta com o fim do contrato”.

É certamente mais completa a formulação do citado preceito do CCP; todavia, mesmo no período em que vigorou o último capítulo do CPA de 91, ninguém defendia a validade de obrigações contratuais desproporcionadas assumidas pela Administração. Antes prevalecia o entendimento de que o referido normativo do anterior Código se limitava a pôr o acento tónico na defesa da posição do cocontratante, mas sem por isso excluir a simétrica invalidade de uma desproporção das prestações a cargo do contraente público lesiva do interesse público.

2.5.4. A aparente dimensão meramente funcional da vertente da adequação

Procedeu o legislador do novo Código a uma separação sistemática da vertente da *adequação* relativamente às outras duas (as de verificação da «justa medida»), vertente essa que, num primeiro e distinto número do artigo em causa, aparenta agora estar ligada apenas à prossecução do interesse público, e já não às posições jurídicas dos particulares.

Explica-se, do ponto de vista dogmático, a opção tomada. Passamos aqui a seguir a magistral lição de Aldo Sandulli⁵⁵, que julgamos ter influenciado o legislador.

Desde logo, a *adequação*, sendo um elemento do princípio, antecede logicamente os outros dois (a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*), configurando-se quase como um seu pressuposto.

Mas, acima de tudo, é esta específica exigência, de entre a tríade de elementos que compõem o princípio, aquela que mais se aproxima do paradigma do controlo de mérito, por estar em causa, antes do mais, o correto exercício da função administrativa, mais concretamente a escolha acertada dos meios idóneos à realização do fim público.

Na verdade, esta necessária relação de adequação ou idoneidade da medida escolhida relativamente ao fim visado convoca mais os valores da celeridade, eficiência, eficácia e economicidade da atuação administrativa, do que os da sua justeza. Por outras palavras, o interesse imediata e substancialmente lesado pela escolha de uma medida inadequada ao fim em vista é o interesse público, secundarizando-se e instrumentalizando-se por isso, por definição, os interesses particulares também eventualmente afetados, na identificação das causas da invalidade. Isto diferentemente do que sucede com as operações de verificação da justa medida da atuação administrativa, que já pressupõem por assim dizer uma paridade substantiva e um tendencial confronto entre os interesses dos particulares tocados pela atuação em causa, por um lado, e o interesse público por esta prosseguido, por outro lado.

No que respeita à exigência de adequação ao fim em vista, e tendo agora presente a apreciação crítica que mantemos relativamente ao entendimento puramente garantístico das outras duas vertentes do princípio, passou o legislador «do 8 para o 80». Na verdade (e este é o perigo que vemos no preciosismo dogmático que ditou esta alteração), não se pode perder, (também) no que a esta vertente do princípio da proporcionalidade se refere, a perspetiva subjetivante e garantística, direcionada à tutela dos particulares face à Administração.

Desde logo, se a decisão inadequada da Administração colidir com direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos, também ela não poderá deixar de enfermar, *a fortiori*, de uma invalidade subjetiva, ainda por violação do princípio de proibição do excesso (numa aceção ampla do termo): com efeito, se o sacrifício de tais posições jurídicas se afigura ilegítimo pelo mero facto de a actuação administrativa ter pecado por excesso no sentido rigoroso do conceito (sendo apenas esse excesso a causa da invalidade), que dizer da prévia situação em que o ato da Administração, por inadequado ao fim em vista, se revela totalmente inútil, tornando por isso de todo inútil também o sacrifício por si acarretado para as ditas posições jurídicas?

Enfim, mesmo configurando-se o interesse particular afetado como um mero interesse simples ou de facto, terá sempre o seu titular legitimidade para reagir

⁵⁵ *La proporzionalità dell' azione amministrativa*, Milão, 1998.

procedimental e processualmente contra o ato administrativo violador desta vertente do princípio da proporcionalidade.

2.5.5. A proibição de defeito ou proibição de proteção insuficiente

Como já acima se aludiu, tem vindo a doutrina a salientar o prolongamento da ausência, na formulação legal do princípio, de um quarto subprincípio, que é o da *proibição de defeito ou proibição de proteção insuficiente*⁵⁶.

A razão da não autonomização pelo legislador (e pela jurisprudência) desta indiscutível vertente do princípio prende-se, a nosso ver, com o caduco paradigma do contencioso administrativo impugnatório ou de mera anulação, fruto por seu turno de uma vetusta e inadequada conceção do princípio constitucional da separação de poderes que entre nós perdurou até há muito pouco tempo.

Com efeito, e até à reforma do contencioso administrativo de 2002, de pouco valeria a invalidade por violação do princípio da proporcionalidade de um ato administrativo impugnado com um tal fundamento, por não disporem os tribunais administrativos do poder de condenar a administração a praticar um novo ato com um conteúdo já por si pré-determinado em razão do nível suficiente de proteção exigido pela integral observância do princípio.

Tendo as coisas mudado entretanto profundamente – designadamente com a introdução, na nova legislação do contencioso administrativo, da figura da ação de condenação na prática de ato devido –, a não contemplação expressa da vertente da proibição de defeito ou de proteção insuficiente no novo CPA deve-se sobretudo à inércia de um legislador substantivo lento em extrair as muitas consequências dessa verdadeira revolução do direito administrativo que foi a reforma da justiça administrativa de 2002.

2.6. OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA, DA RAZOABILIDADE E DA RACIONALIDADE

2.6.1. Noções prévias

a) *Entrada no tema*

Reza o art.º 8.º do CPA («Princípios da justiça e da razoabilidade») que “a Administração Pública deve tratar de forma justa todos aqueles que com ela entrem em relação, e rejeitar as soluções manifestamente desrazoáveis ou incompatíveis com a ideia de Direito, nomeadamente em matéria de interpretação das normas jurídicas e das valorações próprias do exercício da função administrativa”.

Dos dois princípios acolhidos neste artigo do Código – justiça e razoabilidade –, só o da razoabilidade é novo; melhor dizendo, só este é agora (com o CPA de 2015) objeto de expressa consagração legal, porquanto de há muito é ele reconhecido e enunciado e

⁵⁶ Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, ob. cit., p. 63.

pela jurisprudência como princípio geral da atividade administrativa limitador do poder discricionário da Administração.

Faz todo o sentido a junção destes princípios no mesmo artigo: quer um, quer outro são princípios com uma forte componente prática ou pragmática, que fazem apelo ao conceito de «homem médio» ou «bom pai de família», respetivamente ao sentimento dominante de justiça e ao bom senso ou senso comum (e que são, um e outro valores, património imaterial das pessoas que integram, «aqui e agora», a comunidade de onde emergem quer o aparelho administrativo, quer as instâncias judicativas).

b) Esboço de destrição dos elementos referentes ao princípio da justiça e ao princípio da razoabilidade

Os dois princípios misturam-se no mesmo enunciado, o que dificulta a destrição dos elementos que dizem respeito a um e a outro (ou mais a um do que a outro).

Mas diríamos que enquanto a menção às “soluções manifestamente desrazoáveis” diz sobretudo respeito ao princípio da razoabilidade (convocando o advérbio “manifestamente” o chamado *erro manifesto de apreciação*), a invocação da “ideia de direito” se reporta essencialmente ao princípio da justiça. Isto apesar de a ordem destes fatores não corresponder à sequência de indicação dos princípios, seja na epígrafe, seja no enunciado: enquanto nestes a justiça precede a razoabilidade, a exigência de rejeição de soluções manifestamente desrazoáveis precede a exigência de rejeição de soluções incompatíveis com a ideia de direito.

c) Breve consideração sobre a função também interpretativa dos princípios gerais da atividade administrativa

Recorda-nos o legislador, com a redação do art.º 8.º do novo Código, que os princípios gerais da atividade administrativa – todos eles, e não apenas estes – se projetam para lá da matéria da discricionariedade (das “valorações próprias do exercício da função administrativa”), condicionando globalmente a atuação da Administração, incluindo por conseguinte a atuação vinculada desta. Desde logo, e para além dos atos unilaterais/autoritários e relativos a situações concretas, ou seja, para lá do domínio do ato administrativo, têm os ditos princípios uma enorme importância também nas atividades regulamentar, contratual pública e material (operações materiais); e ultrapassam mesmo o domínio da atividade materialmente administrativa, alcançando ainda a chamada gestão privada da Administração.

Mas acima de tudo, e para o que ora nos importa, não se esgotam os ditos princípios (reitere-se, todos eles, e não só os da justiça e razoabilidade) na *função integrativa intralegal* (preenchimento da lacuna intralegal em que se traduz o exercício de cada competência discricionária) que lhes é própria enquanto parâmetros conformadores da discricionariedade administrativa: com efeito, eles desempenham também uma *função interpretativa*, na tarefa (primeiro administrativa, e depois, eventualmente, judicial) de aplicação e interpretação das regras que regem a dita atividade também nos seus momentos vinculados, contribuindo, a par dos clássicos cânones hermenêuticos da interpretação jurídica (os elementos literal, histórico, sistemático e finalístico), para o desempate entre os vários entendimentos possíveis a que se podem prestar tais regras.

2.6.2. O princípio da justiça

a) *Entrada no tema*

O entendimento dominante sobre o princípio da justiça é sintetizável em poucas linhas.

É relativamente recente a transição deste princípio da zona do mérito para a zona da legalidade, tendo ele gerado (e continuando a gerar), enquanto princípio jurídico, dificuldades de interpretação e aplicação. O problema é que a justiça se apresenta como um ideal por definição inatingível: justo deveria ser todo o direito positivo, justas deveriam ser por conseguinte também todas as sentenças e todas as decisões administrativas pelo menos no seu espaço próprio de criação jurídica, enquanto atos de autoridade de aplicação do direito aos casos concretos.

Situando-se o princípio da justiça num patamar superior de abstração, ele tem um papel subsidiário face aos demais (pois todos eles se reconduzem na «escala ascendente» à ideia aristotélica de justiça), só sendo por isso convocável quando a decisão sindicada, apesar de não ser discriminatória, parcial, desproporcionada ou tomada de má-fé, for mesmo assim *clamorosamente injusta*.

O princípio da justiça não apresentará pois, senão em casos-limite, autonomia jurídica em relação a outros princípios em que ele se desdobra (ou lhe são instrumentais), como os da igualdade, da imparcialidade, da boa-fé e da proteção de direitos e interesses legalmente protegidos.

Ele constituirá, digamos assim, uma última “*ratio*” da subordinação da Administração ao Direito, permitindo invalidar aqueles atos que, não cabendo em nenhuma das condicionantes jurídicas expressas da atividade administrativa, constituem, no entanto, uma afronta intolerável aos valores elementares da Ordem Jurídica, sobretudo aos plasmados em normas respeitantes à integridade e dignidade das pessoas, à sua boa-fé e confiança no Direito.

b) *Breve excursão sobre a ideia de Direito enquanto referência última do princípio da justiça.*

Importa aprofundar um pouco o se entende por *ideia de direito*.

Como é sabido, a construção da *ideia de direito*, ou do *direito justo* apresenta-se como alternativa quer às concepções jusnaturalistas que dominaram o pensamento jurídico até ao séc. XVIII (que defendiam a ideia de um direito válido *per se*, sempre reconhecível pela razão humana, independentemente das circunstâncias de espaço e de tempo), quer às concepções positivistas oitocentistas (e que apesar de tudo ainda hoje predominam no nosso espaço civilizacional), as quais remetiam (e remetem) a matéria dos preceitos éticos, dos valores e em geral dos critérios de aferição de um dado direito — de uma dada norma jurídica — como justa ou injusta, para o âmbito de um conhecimento intersubjetivo e por isso inacessível, dado o seu suposto carácter subjetivo e opinável⁵⁷.

O direito justo parte das premissas da precedência lógica e superioridade axiológica dos princípios jurídicos, enquanto *princípios de direito justo*, relativamente às regras

⁵⁷ cf. KARL LARENZ, *Derecho Justo*, Madrid, 1993, p. 23 e segs.

jurídicas. Segundo Larenz, "o princípio não se obtém a partir da generalização da regra": há antes "que fazer uma viagem de retorno desde a regulação para se chegar aos pensamentos de regulação que a esta subjazem e a partir dos quais a regulação aparece como algo dotado de sentido"; e sendo esses pontos de chegada *princípios de direito justo*, está justificada a dita regulação⁵⁸.

Continuando a acompanhar Larenz, os princípios jurídicos, enquanto pensamentos diretores de regulações jurídicas existentes ou meramente possíveis, não sendo regras suscetíveis de aplicação, podem todavia condensar-se em regras. É pois na qualidade de normas «materiais» (e não ainda de formais proposições jurídicas, traduzidas na conexão causal entre um pressuposto de facto e uma consequência jurídica) que eles remetem para um conteúdo intelectual conducente por sua vez a uma específica regulação. Os princípios só indicam assim a direção onde se situa (situará) a regra que importa delinear, sendo um primeiro passo para a sua obtenção e enunciação, o qual determinará (deverá determinar) de todo o modo os passos subsequentes⁵⁹.

E o que faz com que um princípio seja um princípio de direito justo? Sendo os princípios causa de justificação das regras, só podem ser justos os que por sua vez remetam, a partir de uma carga de sentido imediata, para um sentido de base ou último, um fim derradeiro que preside a todo o direito, e que constitui a causa final de justificação de toda a pretensão normativa⁶⁰. É este sentido fundamental ou fim último que a moderna filosofia do direito designa através da expressão «ideia de direito» que encontramos revolucionariamente consagrada neste art.º 8.º do novo CPA.

Ainda segundo a exposição de Larenz, a ideia de Direito é o princípio fundamental de todo o Direito, relativamente ao qual os ditos princípios de direito justo, como primeira concretização, são já princípios de segundo grau. Enquanto última instância frente a tudo o mais que subjaz ao direito positivo, esta construção da ideia de direito imprime ao direito o sentido de algo que é devido⁶¹, e que de algum modo escapa ao domínio da vontade (da *voluntas* quer do legislador, quer, no caso que nos ocupa, da Administração).

Sublinhe-se, enfim, que a «ideia de direito» não é uma pura abstração, apresentando um conteúdo mínimo (indiscutivelmente válido apenas para o nosso espaço civilizacional e para a nossa época) — identificável com os valores da *paz jurídica* e da *realização da justiça*, nas suas várias concretizações, de justiça igualitária, justiça comutativa e justiça distributiva⁶². Quanto aos princípios de «direito público justo», são como tal qualificáveis o princípio da participação, os princípios da responsabilidade, igualdade, proporcionalidade e imparcialidade, e os princípios que estão na génese do conceito de Estado de Direito, a saber, os da limitação e controlo do poder, da juridicidade, da não retroatividade das normas jurídicas, da tutela jurisdicional, e ainda o princípio processual do contraditório⁶³.

⁵⁸ Autor e obra citados, p. 35.

⁵⁹ Autor e obra citados, pp. 38-39.

⁶⁰ Autor e obra citados, p. 38.

⁶¹ Autor e obra citados, p. 39.

⁶² Autor e obra citados, p. 41.

⁶³ Autor e obra citados, pp. 127 e segs.

c) *Relevo jurídico*

Num esforço de máxima posituação do princípio, referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁶⁴ que não deverá a Administração Pública pautar a sua conduta por critérios de justiça abstrata: assim, sustentam aqueles autores, para que uma decisão administrativa se possa considerar (juridicamente) inválida por violação deste princípio, terá que se considerar tão só a justiça “*constitucionalmente plasmada*” em “*certos critérios materiais ou de valor, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana, da efetividade dos direitos fundamentais, da igualdade*”.

Deste ponto de vista, não é, portanto, por referência à conceção subjetiva do administrador ou do juiz, sobre o que seria justo naquele caso, que se encontra o parâmetro da eventual invalidade do ato injusto, mas sim por referência aos critérios e valores de justiça positivados no ordenamento jurídico, sobretudo ao nível constitucional.

Todavia, e como acabamos de ver, o teor do atual art.º 8.º, quando intima a Administração (e por consequência os tribunais) a compatibilizar a interpretação das normas jurídicas e as escolhas e valorações discricionárias que venham a ditar e a enformar a sua atuação com a *ideia de direito*, sem deixar de afastar também o subjetivismo administrativo ou judicial, aponta noutro sentido que não é exatamente coincidente com o indicado pelos citados constitucionalistas. E o mesmo se poderá dizer do princípio da razoabilidade: em moldes similares, o parâmetro da invalidade de um ato administrativo por desrazoabilidade da escolha administrativa que ditou o respetivo conteúdo e sentido, se por um lado não corresponde – não pode corresponder – ao senso subjetivo do titular do órgão administrativo ou do juiz, por outro lado não se esgota em critérios de razoabilidade extraídos das soluções plasmadas no ordenamento jurídico positivo.

Em termos práticos, e como vimos, quer o princípio da justiça, quer o princípio da razoabilidade assentam num critério da *defensabilidade*, fazendo apelo ao conceito de «homem médio» ou «bom pai de família», respetivamente ao sentimento dominante de justiça e ao senso comum enraizados na comunidade de onde emergem quer o aparelho administrativo, quer as instâncias judicativas. Note-se que terão que ser valores enraizados na comunidade, e não modas ou opiniões passageiras.

Terão pois quer o juízo da Administração e a decisão tomada em consonância com tal juízo, que se revelar *sustentáveis*, com sujeição ao seguinte teste: se as pessoas em geral fossem indagadas sobre a respetiva concordância ou discordância em relação à justiça ou à razoabilidade dos mesmos juízo e decisão, não poderia resultar dessa indagação – sempre segundo um juízo de prognose póstuma – um sentimento ou juízo dominante de repúdio ou discordância, apesar de o próprio administrador ou julgador (ou qualquer outro hipotético observador imparcial) poder não concordar *subjetivamente* com tal sentimento ou juízo imperante na comunidade.

Deverão assim, e em suma, os juízes (e antecipadamente, os próprios juristas e decisores da Administração, quer na interpretação das normas que lhe cumpre aplicar, quer no âmbito das valorações que lhe são próprias) orientar-se por estas diretrizes, sem tomar como parâmetro apenas e necessariamente o ordenamento jurídico positivo.

⁶⁴ Ob. cit., vol. II, pág. 802.

2.6.3. O princípio da razoabilidade: características distintivas

O *princípio da razoabilidade*, que a nossa jurisprudência administrativa tem revelado e observado (desde há muito que os tribunais administrativos fundamentam a anulação de atos administrativos discricionários no chamado *erro manifesto de apreciação*) obteve finalmente consagração legal expressa.

A razoabilidade constitui uma cláusula geral, um crivo grosso a que primeiramente deverá ser submetido o exercício do poder discricionário, uma primeira diretriz de verificação da arbitrariedade (ou não arbitrariedade) do dito exercício que se não reconduza à violação de outros princípios como os da proporcionalidade, igualdade e imparcialidade.

Traduz-se a aplicação deste princípio num controlo da qualidade global da ponderação dos interesses efetuada pela Administração, numa verificação por definição não aprofundada ou detalhada da genérica e prévia aceitabilidade, «justificabilidade» ou plausibilidade da decisão em causa. Diferentemente do juízo de proporcionalidade, não está em causa uma aferição da «justa quantidade», da medida ou intensidade do sacrifício imposto a um determinado interesse em razão da satisfação de um outro interesse⁶⁵.

Adianta Sandulli⁶⁶ como exemplos de hipotéticas decisões desrazoáveis (casos a que acrescentamos algum colorido) a que vedasse a circulação no centro de uma cidade apenas aos veículos mais recentes – dos já apetrechados com dispositivos antipoluição (por pertencerem presuntivamente a pessoas com mais posses) –, ou que a permitisse a todos os veículos privados, menos ambulâncias, carros de bombeiros e outros veículos de socorro (por hipótese, em razão do ruído das sirenes).

2.6.4. O princípio da racionalidade; confronto com os princípios da justiça e da razoabilidade

Distinto quer do princípio da justiça, quer do princípio da razoabilidade, é o *princípio da racionalidade*.

Com efeito, as exigências de razoabilidade ou de justiça não se confundem com a exigência de racionalidade, coerência lógica ou completude material das decisões administrativas: é por força do princípio da racionalidade, e não dos da justiça ou razoabilidade, que as ditas decisões não podem assentar substantivamente (em termos de *iter* decisório) em fundamentos entre si antinómicos, ou contraditórios com o fim que expressamente se visa atingir, ou ainda em fundamentos obscuros, falsos, contraditórios entre si ou com a decisão tomada, inexistentes ou insuficientes.

E nem se diga que esta exigência já está expressa na ordem jurídica, no âmbito do dever de fundamentação expressa dos atos administrativos: com efeito, este último é um imperativo de forma, e não de substância da decisão — sendo tal vício de forma indiciador, é certo, de um vício material, mas que com este se não confunde.

⁶⁵ Cf. Aldo Sandulli, op. cit., pp. 288-344

⁶⁶ Op. cit., p. 314

2.7. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

2.7.1. Entrada no tema

Na redação da reforma 2015, dispõe o atual art.º 9.º do CPA («Princípio da imparcialidade») que “a Administração Pública deve tratar de forma imparcial aqueles que com ela entrem em relação, designadamente, considerando com objetividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório e adotando as soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção”⁶⁷.

2.7.2. Funções preventiva e sucessiva do princípio da imparcialidade

Refira-se que começam por ser corretamente identificadas neste novo preceito as duas vertentes do princípio (positiva e negativa).

Na sua função preventiva, o princípio da imparcialidade subjaz a regras que impedem situações suscetíveis de viciar a formação da vontade dos órgãos administrativos, como acontece desde logo com o regime geral das garantias de imparcialidade – impedimentos, escusas e suspeições – consagrado, mais adiante, nos art.ºs 69.º a 76.º do CPA. Constituem pois um desenvolvimento e uma concretização deste princípio estas regras consagradoras das garantias de imparcialidade, sobretudo as relativas à escusa e suspeição, na verdade muito inovadoras relativamente ao que dispunha o anterior Código.

Já na sua função sucessiva o princípio obriga o órgão administrativo, no processo de formação da respetiva vontade, a ponderar positivamente todos os interesses que lhe cumpra considerar, e, na sua vertente negativa, a desconsiderar interesses irrelevantes (como as afinidades – ou ao invés desarmonias – pessoais, familiares, sociais, políticas, desportivas, locais, regionais, nacionais, rácicas, culturais, linguísticas, etc.).

2.7.3. A dimensão procedimental e organizativa do princípio da imparcialidade (remissão)

Surge-nos também como novidade um imperativo, *primo* de prévia identificação pela Administração daquelas situações à partida suspeitas, em que, objetivamente, se deverá entender não reunir o órgão *ab initio* as necessárias condições de imparcialidade (mesmo inexistindo uma qualquer regra jurídica garantidora de prévias garantias de imparcialidade), e, *secundo*, de superação ou resolução dessa situação, em sede organizacional e procedimental – tema que será melhor tratado adiante quando

⁶⁷ Sobre o princípio da imparcialidade, ver JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A imparcialidade da Administração como princípio constitucional*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1974, pp. 233 e segs.; MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*, Coimbra, 1995; e DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação; para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra, 1996.

abordarmos o princípio da imparcialidade como princípio também da organização administrativa.

Decorre deste imperativo a possibilidade da futura anulação de uma decisão tomada num tal contexto suspeito do ponto de vista da imparcialidade, em caso de incumprimento desse dever, com dispensa por conseguinte da demonstração de uma efetiva violação do princípio nas ponderações levadas a cabo pelo órgão.

2.8. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

2.8.1. Entrada no tema

Segundo o art.º 9.º, n.º 1 do CPA, “no exercício da atividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé”. E mais se diz no n.º 2 do mesmo artigo que “no cumprimento do disposto no número anterior, devem ponderar-se os valores fundamentais do Direito relevantes em face das situações consideradas, e, em especial, a confiança suscitada na contraparte pela atuação em causa e o objetivo a alcançar com a atuação empreendida”.

2.8.2. A boa-fé subjetiva

A Administração está obrigada a atuar lealmente e de forma transparente: mesmo que a sua intenção última seja reta e louváveis os objetivos imediatos visados do ponto de vista do interesse público, ela não pode «esconder o jogo», ou fazer promessas informais que não quer, ou que sabe que não pode, vir a cumprir – com o objetivo (por exemplo) de ir «entretendo» o particular e, insidiosamente, levá-lo com isso a não exercer em tempo um direito que lhe assista contra ela (nomeadamente, de interpor uma ação de dentro do prazo legalmente previsto).

Por exemplo, em matéria de concessão de vistos de trabalho ou de residência a estrangeiros sem especiais qualificações, mas que cumpram os requisitos legais, verifica-se em alguns casos a prática de, por sistema, haver um primeiro ato negativo com uma fundamentação sumária (normalmente por remissão) ao abrigo de uma cláusula geral de carácter residual que a lei contempla, que apela a um juízo de prognose (do tipo «não será concedido o visto se for de prever que a pessoa não venha a conseguir durante todo o tempo que durar a autorização de residência angariar os seus meios de subsistência», ou se «for conjecturável» ou «provável» o ser o objetivo último do requerente o de imigrar ilegalmente»).

Só que depois – e designadamente após uma bem fundamentada reclamação ou recurso hierárquico do ato de recusa – o visto acaba por ser concedido...

Percebe-se o objetivo que preside a essa prática (que normalmente corresponde a instruções superiores informais), e que é o de desincentivar tais pedidos por sistema. Pois bem, provando-se a prática e as razões que lhe estão subjacentes, esses (primeiros) atos de recusa terão que ser considerados inválidos, por violação do princípio da boa-fé.

2.8.3. A boa-fé objetiva ou tutela da confiança

Não viola apenas o princípio da boa-fé a conduta pouco transparente ou desleal. Também uma atuação apenas errática – que vá acalentando objetivamente esperanças e expectativas no particular ao longo do procedimento, mas que acabe por redundar, inopinadamente, num ato de recusa – pode violar o princípio da boa-fé, por lesar a confiança que o particular foi legitimamente depositando na Administração (de que esta acabaria por tomar uma decisão num determinado sentido que não aquele que acabou por ser o do ato final). O ato administrativo será inválido também neste caso.

3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO. A ADMINISTRAÇÃO E O DIREITO PRIVADO

3.1. INTRODUÇÃO

3.1.1. Noções gerais

a) O direito administrativo como quadro regulador próprio da Administração

Como se começou por sublinhar no início do presente curso, a Administração Pública, quando entendida no seu sentido subjetivo ou orgânico mais rigoroso (ou seja, enquanto conjunto que integra apenas o Estado e as demais pessoas coletivas públicas, cujas organização, funcionamento e atividades por regra se sujeitam em bloco e em primeira linha ao direito público), atua normalmente através de formas jurídicas de direito administrativo, por conseguinte com recurso essencialmente aos principais atos jurídicos regulados por este ramo do direito, e que são o *regulamento administrativo*, o *ato administrativo* e o *contrato administrativo*.

Constitui pois o direito administrativo o quadro regulador próprio da Administração: é sobretudo nele que a Administração encontra não apenas os fundamentos mas também os limites da sua atividade externa.

b) O contencioso próprio da Administração

Dada a especificidade do direito administrativo (aqui se incluindo o direito financeiro público e o direito tributário enquanto direitos administrativos especiais) relativamente aos demais ramos do direito, por expresse imperativo constitucional (cf. art.ºs 209.º/1/b) e 212.º CRP) existe, a par da ordem jurisdicional comum composta pelos tribunais judiciais, uma distinta ordem jurisdicional destinada a apreciar e julgar os *litígios emergentes das relações jurídico-administrativas e fiscais* (incluindo portanto as relações tributárias, enquanto relações jurídico-administrativas especiais), e que é a dos *tribunais administrativos e fiscais*.

A organização, funcionamento e atividade destes tribunais estão reguladas no ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19.II) e no CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22.II).

Note-se, mais do que uma jurisdição especializada, são o Supremo Tribunal Administrativo, os Tribunais Centrais Administrativos e demais tribunais administrativos e fiscais os tribunais comuns em matéria administrativa (e tributária).

c) O direito privado como direito definidor dos limites à atividade lícita da Administração

Como vimos, a Administração encontra não apenas os fundamentos mas também os limites da sua atividade externa no direito administrativo; mas é todavia o direito privado, enquanto direito comum da atividade de todos os sujeitos jurídicos, que

assinala os *limites à atividade administrativa lícita* da Administração – e temos aqui o primeiro tipo de relações entre a Administração e o direito privado.

Constituindo como constitui o objetivo deste ramo do direito a proteção das esferas jurídicas dos particulares, ele fixa em função dessa tutela limites externos às condutas de todos os sujeitos de direito, inclusive dos sujeitos públicos, o mesmo é dizer, da Administração. Ora, sendo esses limites violados, ilícita se torna a atuação violadora, seja ela levada a cabo por outros particulares, seja por sujeitos públicos. E tal violação constitui os responsáveis pelos danos causados no dever de indemnizar os lesados, não sendo causa de exclusão da ilicitude o estatuto de autoridade pública dos sujeitos públicos.

Por exemplo, se a Administração invade um terreno propriedade de um particular, tomando posse dele e demolindo uma qualquer construção que ali exista, sem estar munida de título bastante (como um ato administrativo prévio que determine a demolição da construção por ser ela clandestina, ou que declare a utilidade pública do terreno para efeitos de expropriação), tal conduta é ilícita, pois atenta contra o direito de propriedade do titular do terreno numa situação em que a ordem jurídica não autoriza o sujeito público em causa a comprimir ou extinguir tal direito.

d) A utilização pela Administração dos instrumentos jurídicos de direito privado (remissão)

Os instrumentos fornecidos pelo direito privado podem ser também utilizados pela Administração, em alternativa aos disponibilizados pelo direito administrativo – e este é o segundo e mais importante tipo de relações entre a Administração e o direito privado, a que nos iremos dedicar doravante.

Com efeito, e para lá da especial capacidade jurídica de direito público das pessoas coletivas públicas (integrada pelas suas competências), não deixam estas de ser titulares, como pessoas jurídicas que são antes do mais, da capacidade geral de gozo e exercício de direitos que é apanágio de todas elas (pessoas coletivas). Simplesmente, no que aos entes públicos se refere, o exercício de tal capacidade geral torna-se residual: ele só pode ocorrer nos casos em que o legislador assim disponha expressamente, e ainda, excecionalmente, nas situações em que a pessoa coletiva pública não disponha dos poderes jurídico-administrativos bastantes para a adequada prossecução das respetivas atribuições pela via do direito público.

Uma especial atenção merece a atividade contratual da Administração: é essencialmente nesta que se coloca a dicotomia direito administrativo/direito privado, o mesmo é dizer, a obrigatoriedade (ou, quando não, a faculdade) de os órgãos administrativos recorrerem, para a prossecução das atribuições das respetivas pessoas coletivas públicas, ao *contrato administrativo* ou, mais amplamente, ao *contrato público*, tema que será abordado no ponto que se segue.

e) O contencioso da atividade de direito privado da Administração

Mas antes de terminar este ponto, refira-se ainda que quando a Administração atue ao abrigo do direito privado, serão em princípio competentes os tribunais comuns (cíveis) para apreciar e julgar os litígios emergentes das relações constituídas ao abrigo de tais atos.

Tem-se todavia verificado, por razões de ordem vária, uma *tendência expansiva* da jurisdição administrativa, no sentido de esta abranger também, e cada vez mais, litígios emergentes de relações de direito privado em que as pessoas coletivas de direito público sejam parte.

Tal acontece com o contencioso emergente de questões de validade, interpretação, execução e cumprimento dos contratos de direito privado, desde que antecedidos de procedimentos regulados pelo direito administrativo procedimental, tudo como melhor veremos infra.

E o mesmo se diga do contencioso da responsabilidade extracontratual da Administração emergente de atos jurídicos ou condutas (materiais) ativas ou omissivas. Com efeito, nos termos das al. *g*) e *h*) do n.º1 do art.º 4 do ETAF, a apreciação e julgamento de todos estes atos e condutas, mesmo quando praticados no âmbito da atividade de gestão privada da Administração – e por isso mesmo sujeitos ao regime substantivo dos art.ºs 500.º e 501.º do Código Civil, e já não ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, constante dos art.ºs 7.º a 11.º, e 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31.12 –, tais apreciação e julgamento, dizíamos, cabem hoje aos Tribunais Administrativos.

3.1.2. A atividade contratual pública da Administração

a) O princípio da autonomia contratual administrativa; o contrato administrativo e respetivo regime substantivo geral

Comece por se dizer que desde 1992 (ano de entrada em vigor do primeiro Código de Procedimento Administrativo) reconhece a lei expressamente o princípio da autonomia contratual administrativa, ou seja, a possibilidade de, em alternativa à prática de um ato administrativo (e ao abrigo da mesma competência), a Administração celebrar um *contrato administrativo* (desde que outra coisa não resulte da lei ou da natureza das relações a estabelecer – cf. art.º 278.º do CCP –, como sucede com os poderes estritamente vinculados ou, por outra ordem de razões, com os poderes sancionatórios).

Caracterizam-se os contratos administrativos, por contraposição aos contratos de direito privado que a Administração pode também celebrar como vimos em alguns casos, pela sua sujeição (no que respeita, mais precisamente, à vida do contrato – às respetivas interpretação, validade, execução e cumprimento) a um regime substantivo distinto do regime legal comum, regime este que outorga à Administração prerrogativas (e também sujeições, no que respeita designadamente ao direito dos particulares ao reequilíbrio financeiro do contrato, verificadas certos pressupostos) que são exorbitantes relativamente àquele regime comum.

Com efeito, dispõe a Administração, face ao cocontratante particular, de poderes de intervenção na execução do contrato administrativo impensáveis em qualquer relação contratual privada (assente, por definição, na essencial igualdade das partes e dos fins por estas prosseguidos), designadamente de *dirigir* e *fiscalizar* o modo de execução das prestações, de *aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato*, e de *modificação unilateral* das cláusulas contratuais e mesmos de (antecipada) *resolução* do mesmo por razões de interesse público (cf. art.º 302.º e segs. do CCP), sem prejuízo, nestes últimos casos, do pagamento da justa indemnização a que houver lugar pelos danos causados com a modificação ou com a (por definição antecipada) resolução.

b) *Os contratos administrativos nominados: o contrato de trabalhos em funções públicas, os contratos de compras públicas e os contratos de concessão*

Mas se a Administração dispõe da alternativa, relativamente à prática de um ato administrativo, de celebrar um contrato administrativo (desde que outra coisa não resulte da lei ou da natureza das relações a estabelecer), está em contrapartida bem mais limitado o recurso ao contrato de direito privado, como alternativa ao contrato administrativo, designadamente quando isso seja à partida juridicamente exequível, por ser o objeto do contrato que ela (Administração) pretenda celebrar passível de contrato de direito privado.

Tal acontece desde logo no âmbito da gestão dos recursos humanos, mais precisamente do recrutamento de trabalhadores: com efeito, são sempre e por definição contratos administrativos os contratos laborais que a Administração celebra com os seus futuros funcionários e agentes (é a figura do *contrato de trabalho em funções públicas*, cujos procedimento de formação e regime substantivo estão regulados na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – Lei n.º 35/2014, de 20.VI).

De entre os contratos da Administração, e para além do contrato de trabalho em funções públicas, são também por determinação legal contratos administrativos (típicos ou nominados) os contratos ditos de *abastecimento* ou *compras públicas*, a saber os *contratos de empreitada* (contratos de *empreitada de obras públicas*), assim como os *contratos de aquisição de serviços* e os *contratos de locação e aquisição de bens móveis*. Todos eles são ainda qualificados pela doutrina como *contratos com objeto passível de contrato de direito privado*, na medida em que nada os distingue dos contratos privados com idêntico objeto.

Enfim, e diferentemente, *contratos administrativos por natureza* são os designados *contratos com objeto passível de ato administrativo*, os quais, ao invés dos anteriormente referidos, são juridicamente insuscetíveis de ser celebrados entre particulares, não se colocando sequer por isso à partida a alternativa de a Administração recorrer a uma figura contratual análoga de direito privado. Nesta categoria avultam os *contratos de concessão*, que podem ser concessões de exploração de (i) *obras públicas*, de (ii) *serviços públicos*, de (iii) *bens do domínio público* e de (iv) *jogos de fortuna e azar*.

Os contratos que se tem vindo a identificar como contratos administrativos são, qualitativa e quantitativamente, os mais relevantes em toda a atividade contratual pública, sendo que, reitera-se, quando celebrados pelo Estado, pelas Regiões Autónomas, pelas autarquias locais, pelos institutos públicos e pelas associações públicas (e com as exceções que abaixo se ressaltarão), sujeitam-se a um *regime substantivo de direito administrativo*.

E tal sucede seja por força de lei especial (como sucede com o contrato de trabalho em funções públicas e com o contrato de concessão de exploração de jogos de fortuna e azar), seja porque são eles à partida expressamente abrangidos quer pelo *regime substantivo geral dos contratos administrativos* fixado no Título I da Parte III do CCP, quer pelas disposições especiais que compõem o Título II da mesma Parte III do CCP, e que regulam os demais contratos administrativos nominados referidos (mais precisamente, a empreitada de obras públicas, as demais concessões, a aquisição de serviços e a aquisição e a locação de bens móveis).

Quanto aos restantes contratos – designadamente inominados – que, para lá dos que se acaba de identificar, possam as pessoas coletivas públicas celebrar, serão ainda e obrigatoriamente, *contratos administrativos*, ou seja, contratos cuja *vida* ou *execução* está também submetida ao *regime substantivo geral dos contratos administrativos* consagrado no Título I da Parte III do CCP, e nos termos do art.º 1.º/6 CCP:

- (i) Os contratos que pelas partes como tal sejam qualificados, expressa ou implicitamente (atendendo designadamente ao respetivo regime substantivo, decorrente da lei ou do próprio clausulado do contrato);
- (ii) Os demais contratos, para além das concessões, com objeto passível de ato administrativo ou que consubstanciem o exercício de outros poderes públicos;
- (iii) Os contratos que confirmam ao cocontratante direitos especiais sobre coisas públicas ou que lhe atribuam o exercício de funções próprias dos órgãos do contraente público;
ou
- (iv) Os contratos que, para além de estarem submetidos, nos termos de lei, a um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público, prevejam ainda prestações do cocontratante que condicionem ou substituam, de forma relevante, as atribuições do contraente público.

c) *A sujeição dos procedimentos de formação do contrato de trabalhos em funções públicas, dos contratos de compras públicas, dos contratos de concessão e do contrato público de sociedade a um regime de direito administrativo procedimental*

Acresce à sujeição de todos os contratos ora em análise a um *regime substantivo de direito administrativo*, enquanto *contratos públicos com natureza de contrato administrativo*, e ainda que por outra ordem de razões – mais precisamente, por presumir a lei o estarem as respetivas prestações típicas submetidas à concorrência de mercado –, o só poderem ser celebrados quando precedidos de procedimentos pré-contratuais, por regra de tipo concursal (cf. art.º 16.º/2 CCP). São eles por isso (na medida em que se sujeitam a tais procedimentos), e para além de contratos administrativos, também *contratos públicos* «tout court».

Tais procedimentos são regulados por normas de *direito administrativo procedimental* que constam quer da Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas (no que respeita aos contratos de trabalho em funções públicas), quer de legislação especial (como é o caso concessão de jogos de fortuna e azar), quer ainda, e sobretudo, da Parte II do CCP (o que acontece com os demais contratos mencionados, a saber, os de compras públicas e os de concessão).

d) *Contrato administrativo e contrato público sem natureza de contrato administrativo*

Note-se por fim, que são por definição *contratos públicos (tout court)* – e sejam eles contratos administrativos ou contratos de direito privado (tal não importa para esta classificação) – todos os contratos que por exigência legal (ou por vontade do órgão público competente) sejam *precedidos de qualquer um dos procedimentos regulados na Parte II do CCP*. Ora, prescreve o art.º 5.º/1 do CCP a sujeição à Parte II do CCP da

formação dos contratos a celebrar cujo objeto abranja prestações que estejam ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado.

Tenha-se presente que pode um *contrato administrativo* sujeitar-se ao Título I da Parte III do CCP, e não à parte II do mesmo Código, e vice-versa: pode um contrato, no seu procedimento de formação, sujeitar-se à Parte II do CCP, sendo só por isso um *contrato público* (tout court), e não ser ele todavia um contrato administrativo (o mesmo é dizer que pode ser ele um *contrato de direito privado*, *substantivamente* regulado pelo Código Civil, e não pelo Título I da Parte III do CCP).

3.1.3. A atividade contratual privada da Administração

a) Os contratos de prestação de serviços, de alienação e locação ativa de bens móveis, de constituição de sociedades de economia mista e sobre bens imóveis; os demais contratos de direito privado

Dispõe, enfim, a Administração da faculdade de celebrar contratos de direito privado, cujo regime substantivo será portanto à partida o do Código Civil (e, se for o caso, também o da legislação comercial aplicável), nos seguintes casos:

- (i) Quando pretenda *prestar* (e não adquirir) *serviços*;
- (ii) Quando pretenda *alienar* (e não adquirir), ou *dar em locação* (e não locar), *bens móveis*;
- (iii) Quando pretenda celebrar *contratos de sociedade com particulares*, constitutivos de sociedades mistas ou de economia mista (sendo todavia duvidoso o caráter privado dos contratos de sociedade celebrados entre uma das referidas pessoas coletivas públicas que integram a Administração em sentido subjetivo ou restrito – Estado, Regiões Autónomas, autarquias locais, institutos públicos e associações públicas – e particulares por força dos quais o Estado – ou outra pessoa coletiva pública – adquira uma *influência dominante* na sociedade constituída); e ainda
- (iv) Quando pretenda *adquirir, alienar, permutar, arrendar ou dar de arrendamento bens imóveis*.

E poderá recorrer ao direito privado também para celebrar outros contratos relativamente aos quais se não verifique qualquer dos pressupostos acima enunciados, e que são, recorde-se, (i) o da respetiva sujeição a um regime substantivo de direito administrativo, (ii) o traduzir-se o seu objeto num exercício de poderes públicos, (iii) o da outorga ao contraente privado, através deles, de direitos especiais sobre coisas públicas ou do exercício de funções administrativas que caibam aos órgãos do contraente público, ou (iv) o do cúmulo da submissão, nos termos de lei, a um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público, com a previsão de prestações do contraente privado que venham a condicionar ou a substituir, de forma relevante, as atribuições do contraente público.

Note-se que os contratos de sociedade e os relativos a bens imóveis, não obstante serem à partida (e substantivamente) contratos de direito privado, estão também, como os acima referidos, sujeitos por regra a procedimentos pré-contratuais regulados por normas de direito administrativo procedimental, normas estas constantes da Parte II do CCP (no que se refere aos contratos de sociedade – cf. art.º 16.º/2/f) CCP) e do Regime

Jurídico do Património Imobiliário Público (DL n.º 280/2007, de 07.VIII), no que concerne aos contratos sobre bens imóveis.

b) Breve comentário sobre a recente publicização dos contratos de aquisição de serviços e de locação e aquisição de bens móveis

Uma observação ainda sobre este universo dos contratos de direito privado da Administração: até 2008 (ano de início de vigência do CCP), e diferentemente do que hoje sucede, não eram qualificados por lei como contratos administrativos os contratos de aquisição e locação de bens móveis e de aquisição de serviços – no fundo, e à exceção das empreitadas, todos os demais contratos de abastecimento ou de compras públicas.

As exceções, nestas categorias, eram os contratos de *fornecimento contínuo* (atento o carácter continuado e duradouro da relação contratual instituída) e de *aquisição de serviços de imediata utilidade pública*. Neste último caso, os serviços prestados pelo particular cocontratante satisfazem diretamente interesses públicos a cargo do contraente público, sendo normalmente adiantado como exemplo típico a limpeza dos espaços dominiais, como ruas e praças, por confronto com a vulgar limpeza de repartições públicas. Só estas duas espécies de aquisição de bens e serviços eram pois classificadas pela lei como contratos administrativos.

Por isso falava a doutrina, com propriedade, no recurso ao direito privado nos chamados *negócios auxiliares* (exemplificando com a compra de papel e demais consumíveis de escritório necessários ao funcionamento das repartições públicas) e na *gestão dos bens do domínio privado da Administração* (como a administração do património florestal, traduzida, entre outras operações, na plantação de árvores, e nos respetivos e periódicos abate e venda no mercado).

Hoje já não é rigorosa tal descrição, dada a administrativização de algum modo forçada de todos os contratos de aquisição de serviços e de aquisição (e locação) de bens móveis.

Esta novidade trazida pelo CCP ter-se-á devido, cremos, à dificuldade quer da distinção entre serviços indiferenciados e *serviços de imediata utilidade pública*, quer da aferição da longevidade bastante de um contrato de fornecimento de bens para este ser qualificável como *contínuo*.

Alguma doutrina tem todavia criticado acerbamente tal extensão do universo dos contratos administrativos nominados, salientando sobretudo a inutilidade desta qualificação no que concerne à aquisição de serviços de curta duração e, sobretudo, às aquisições pontuais de bens móveis.

Com efeito, e dado o carácter instantâneo dos efeitos deste último tipo de contratos, é-lhes inaplicável um regime substantivo como o dos contratos administrativos, concebido que foi tal regime para contratos de execução continuada. Por conseguinte, sendo o direito privado de aplicação subsidiária aos aspetos substantivos dos contratos administrativos (o direito civil é a última das fontes na hierarquia consignada no art.º 280.º CCP), nestes casos será apenas o direito privado o único efetivamente convocável, por não terem aplicação prática as fontes de direito administrativo (designadamente o Título I da Parte III do CCP, os princípios gerais de direito administrativo e “as restantes normas de direito administrativo” – cf. art.º 280.º/3 CCP).

3.1.4. O contencioso da atividade contratual da Administração

Como vimos, a figura geral do contrato público que nos surge no art.º 1.º do CCP é um conceito amplo que inclui duas figuras bem distintas entre si.

Temos assim por um lado os contratos (independentemente da sua designação ou natureza) que a Administração celebre cuja formação se submeta à Parte II do Código, em virtude de o respetivo abranger prestações que sejam ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (cfr. art.º 16.º, n.º1, e art.º 5.º, n.º 1 CCP, *a contrario*). E temos por outro lado os contratos administrativos propriamente ditos (“*dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*” (art.º 1.º, n.º 1 CCP).

Depara-se-nos pois um conceito amplo de contrato público que tem uma exata correspondência no plano do contencioso administrativo.

Com efeito, cabe por um lado à jurisdição administrativa a apreciação todas as questões relativas à formação, interpretação, validade e execução quer de “...*contratos a respeito dos quais haja lei específica que os submeta, ou admita que sejam submetidos, a um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público*”, (alínea e) do art.º 4.º do ETAF).

E, do mesmo modo, compete por outro lado aos tribunais administrativos dirimir também os litígios relativos à interpretação, validade e execução de “...*contratos de objeto passível de ato administrativo, de contratos especificamente a respeito dos quais existam normas de direito público que regulem aspetos específicos do respetivo regime substantivo, ou de contratos em que pelo menos uma das partes seja uma entidade pública ou um concessionário que atue no âmbito da concessão e que as partes tenham expressamente submetido a um regime substantivo de direito público*” (alínea f) do art.º 4.º do ETAF).

3.2. O DIREITO ADMINISTRATIVO PRIVADO

3.2.1. A submissão ao direito administrativo de certos aspetos relativos à formação e à vida e execução dos contratos de direito privado da Administração

a) *Entrada no tema*

Comece por se referir que, mesmo nos casos que se acaba de identificar, em que as pessoas coletivas públicas podem recorrer ao direito privado nas suas relações com terceiros, designadamente com particulares, não deixa o direito administrativo de se sobrepor ao direito privado de múltiplas formas.

Tal sobreposição dá origem a um direito compósito ou misto que a doutrina designa de *direito administrativo privado* ou *direito privado administrativo*.

b) A submissão a normas de direito administrativo (procedimental) dos procedimentos de formação de contratos de direito privado de carácter económico cujo objeto abranja prestações que estejam ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado.

Desde logo, e como vimos já, a celebração de um contrato de direito privado de carácter económico cujo objeto abranja prestações que estejam ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado é necessariamente precedido por um procedimento pré-contratual regulado pelo direito administrativo (procedimental).

Esse direito administrativo procedimental consta designadamente (e no que aos contratos de cariz económico se refere) da Parte II do CCP, o que faz de tal contrato a celebrar um *contrato público* (ainda que não *administrativo*).

c) A submissão também a algumas normas de direito administrativo substantivo da vida e execução de contratos de direito privado de carácter económico cujo objeto abranja prestações que estejam ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado

Para além disso, a tais contratos públicos de carácter económico sujeitos à Parte II do CCP mas que não configurem relações contratuais administrativas, são-lhes ainda aplicáveis de todo o modo algumas das disposições do Título II da Parte III do mesmo Código que como vimos se destinam a regular aquelas relações, concretamente os regimes (i) de invalidade (art.ºs 283.º a 285.º), (ii) de limites à modificação (art.ºs 311.º a 315.º), (iii) de cessão da posição contratual e de subcontratação (art.ºs 316.º a 324.º)⁶⁸.

Tal se deve ao facto de a salvaguarda dos valores e interesses que presidem à regulação publicística dos procedimentais pré-contratuais conducentes à celebração de contratos de carácter económico, designadamente aos valores da concorrência e não discriminação dos operadores económicos, se projetarem necessariamente em alguns aspetos da vida desse contratos em termos que obviamente extravasam a lógica própria da disciplina civilística.

Com efeito, para além de a invalidade do contrato poder ser causada pela violação de normas procedimentais (são as chamadas invalidades derivadas, que postulam um regime específico de invalidade), tais valores e interesses requerem também específicas limitações à autonomia das partes na respetiva execução. É bem ilustrativa dessa projeção a norma da al. *c*) do n.º 1 do art.º 313.º CCP, que a ela procura dar resposta, segundo a qual não é possível a modificação de qualquer contrato público quando sejam introduzidas alterações que, se fizessem parte do caderno de encargos posto a concurso, teriam ocasionado ou uma diferente ordenação das propostas avaliadas nesse procedimento concursal ou a admissão ao mesmo de outras propostas.

⁶⁸ Esta unidade de regime, pelo menos quanto a estes aspetos, já defendida por algumas vozes na doutrina, está expressamente contemplada na redação proposta para o n.º 3 do art.º 280.º do Código que consta do Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos.

d) *A submissão ao princípio administrativista da decisão prévia de todos os contratos da Administração, incluindo os de direito privado, mesmo fora do âmbito de aplicação da Parte II do CCP.*

Acresce a estas regulações parciais de direito público o hoje designado *princípio da decisão prévia*, extensível a toda a atividade contratual privada da Administração (tema tratado pela doutrina mais antiga através da teoria dos dois degraus – degrau público e degrau privado).

Também a formação da vontade da Administração de contratar ao abrigo do direito privado, pois, e mesmo fora do âmbito de aplicação da Parte II do CCP, requer sempre a tomada de um ato prévio de direito público: mais concretamente, há sempre lugar a uma prévia decisão de contratar, e de autorização da inerente despesa, que é regulada pelo direito administrativo organizativo e pelo direito financeiro público.

3.2.2. Aplicação à Administração dos princípios gerais e normas do Código do Procedimento Administrativo concretizadoras de preceitos constitucionais em sede de gestão privada e execução técnica (material)

a) *As atividades da Administração de gestão pública, gestão privada e execução técnica*

Segundo o n.º 3 do art.º 2.º do CPA, “[o]s princípios gerais da atividade administrativa e as disposições do presente Código que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada” – entendendo-se por Administração Pública, segundo o n.º 4 do mesmo artigo, os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas, das autarquias locais e suas associações de direito público, das entidades administrativas independentes, dos institutos públicos e das associações públicas.

Comece-se por se explicitar que a expressão atividade de gestão pública designa a atividade normalmente desenvolvida pelos referidos órgãos administrativos sob as formas próprias do direito administrativo (avultando aqui os chamados «atos príncipes» deste ramo do direito – o regulamento, o ato e contrato administrativo), a qual se contrapõe às atividades técnica e de gestão privada (que se traduz em atos praticados sob formas jurídicas de direito privado) que os órgãos de tais entes públicos também desenvolvem ou podem desenvolver (como vimos a título pontual e excecional).

A esta atividade de gestão pública aplica-se o CPA na sua globalidade, em todas as suas disposições e princípios gerais (assim como os demais regimes de direito administrativo geral, como o da responsabilidade civil extracontratual da Administração e o património imobiliário público). Já quanto às atividades técnica e de gestão privada, só se lhes aplicam os “*princípios gerais da atividade administrativa*”, bem como as “*normas que (no Código de Procedimento Administrativo) concretizam preceitos constitucionais*”.

b) *Âmbito subjetivo de aplicação do art.º 2.º/3 do CPA*

Toda a atuação da Administração está pois sujeita “*aos princípios gerais da atividade administrativa constantes do Código*” e às “*normas que concretizam preceitos constitucionais*”. Tal sucede por conseguinte também com as atividades meramente técnica ou a de gestão privada, que se se traduzem respetivamente na

realização de operações materiais e no exercício de atividades jurídicas em moldes jusprivatistas – atividades estas que, no respeitante ao direito público, ficam apenas sujeitas aos princípios gerais da atividade administrativa e às normas concretizadoras de preceitos constitucionais.

Quanto à normal atividade das entidades administrativas privadas, que por definição se expressa em formas jurídicas de direito privado, decorre *a contrario*, do disposto no n.º 3 do art.º 2.º que tais princípios gerais da atividade administrativa e normas concretizadoras de preceitos constitucionais não se lhe aplicarão. Não se regem pois à partida também por aqueles blocos ou conjuntos normativos as sociedades comerciais em mão pública (empresas públicas societárias), as *régies* cooperativas e as associações privadas com maioria de associados públicos.

Já outro será o regime das *entidades públicas empresariais* e das *fundações públicas de direito privado* criadas ao abrigo do Código Civil até à entrada em vigor da Lei-Quadro das Fundações – Lei n.º 24/2012, de 09 de Julho (cujo art.º 57.º, n.º 1 reitera taxativamente, agora em termos absolutos, a proibição relativa de constituição de tais entidades ao abrigo do direito privado que já constava da parte final do n.º 4 do art.º 3.º da LQIP, aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15.I), que este diploma qualifica (a todas elas) como pessoas coletivas de direito público. Quer as entidades públicas empresariais quer as fundações públicas de direito privado reconduzem-se à categoria dogmática dos institutos públicos, sendo por isso os respetivos órgãos também órgãos administrativos abrangidos pela previsão do art.º 2.º/3 CPA⁶⁹.

c) *Âmbito objetivo de aplicação do art.º 2.º/3 do CPA e problemas suscitados por esta previsão*

Manda o art.º 2.º/3 do CPA aplicar à atividade técnica ou *jure privatorum* da Administração Pública, para além dos princípios gerais referidos, “*as normas do presente Código que concretizam preceitos constitucionais*”.

Suscitam-se alguns esclarecimentos e reservas a este preceito legal, porquanto há preceitos constitucionais que se referem à partida à atividade jurídico-pública da Administração, razão pela qual se suscitam dificuldades à valência das suas concretizações legislativas relativamente à atividade técnica ou de gestão privada dos órgãos administrativos.

Tal acontece desde logo com os chamados *direitos fundamentais dos administrados*, consagrados no art.º 268.º da Constituição, cuja densificação foi (e é) de resto a primeira das tarefas do Código, e que são o *direito de audiência dos interessados* (art.º 267.º/5 CRP e 100.º e 101.º, e 121.º a 125.º CPA), o *direito à informação procedimental* (art.º 268.º/1 CRP e art.ºs 82.º a 85.º CPA), o *direito de acesso aos registos e arquivos administrativos* (art.º 268.º/2 CRP e 17.º CPA), o *direito à proteção de dados pessoais* (art.º 35.º/2 CRP e art.º 18.º CPA), o *direito à notificação das decisões da Administração* que afetem direitos ou interesses legalmente protegidos (art.º 268.º/3, primeira parte, da CRP, e art.ºs 110.º a 114.º CPA) e o *direito à fundamentação*

⁶⁹ Tal sujeição é reafirmada pelo art.º 48.º da referida Lei-quadro das Fundações: aqui se dispõe que as subsistentes fundações públicas de direito privado estão sujeitas na atividade técnica ou de gestão privada que por norma desenvolvem, aos princípios constitucionais de direito administrativo e aos princípios gerais da atividade administrativa (para além de se lhes aplicarem alguns normativos da Parte III do Código, a saber, o regime de impedimentos e suspeições dos titulares dos órgãos e agentes da Administração – atuais art.ºs 69.º a 76.º).

das decisões da Administração que afetem direitos ou interesses legalmente protegidos (art.º 268.º/3, segunda parte, da CRP, e art.ºs 152.º a 154.º CPA).

Note-se que mesmo os princípios gerais da atividade administrativa que, numa primeira análise, diríamos serem privativos da atividade de gestão pública, como o princípio da proporcionalidade, não são de fácil adequação, nomeadamente à atividade de gestão privada da Administração.

A aplicação dos princípios e sobretudo dos preceitos concretizadores das ditas garantias fundamentais dos administrados à atividade técnica e de gestão privada dos órgãos administrativos fará sobretudo sentido num universo relativamente delimitado de situações.

Referimo-nos àqueles casos em que, *contra natura* e porventura num patamar já de duvidosa constitucionalidade, o legislador remete para o direito privado (e concomitantemente para o contencioso dos tribunais comuns) atuações de (órgãos de) pessoas coletivas de direito público que, não obstante se situarem em domínios como o da atividade prestativa ou constitutiva, p. ex. o da outorga de subsídios ou subvenções, nem por isso deixam de se traduzir no desempenho da função administrativa e de afetar direitos ou interesses legalmente protegidos (podendo mesmo ser sobremodo lesivas de tais direitos e interesses), reclamando nessa medida a efetivação de um núcleo mínimo de garantias juspublicísticas.

Com efeito, não são incomuns os casos de “rescisão unilateral” pelo organismo público contratante do contrato de atribuição de ajudas, por alegado “incumprimento” do beneficiário de “obrigações contratuais”, em virtude de uma execução técnica tida por “deficiente” do projeto de investimento aprovado, culminando esta sequência fiscalizadora/sancionatória, e malgrado em não poucas situações ter sido a totalidade das ajudas afeta a investimentos efetivamente realizados, com uma exigência ao particular da «devolução» do subsídio por inteiro, sempre com escrupuloso cumprimento dos termos previstos no «clausulado do contrato».

O organismo responsável limita-se a comunicar isto mesmo que se acaba de dizer, sem mais, ao particular contraente – por vezes com uma adicional informação de que, para mais esclarecimentos sobre o motivo da rescisão, deverá o ex-beneficiário contactar os serviços regionais do organismo onde apresentara o seu projeto... A notificação segue amiúde para uma morada incorreta, sendo também em não poucos casos realizada na pessoa de um terceiro alheio à relação contratual.

Entretanto – e num muito curto prazo – é emitida uma certidão de dívida no valor global do contrato, a qual constitui título executivo nos termos da legislação especial aplicável, e é intentada uma ação executiva no competente Tribunal de Comarca, para a qual o executado é devidamente citado (assim se suprindo, pretensamente, a falta da notificação administrativa), originando muitas vezes a respetiva insolvência, dado o elevado valor da dívida.

Enfim, refira-se que as vicissitudes sequenciais que se acaba de hipotizar não são inventadas: elas ocorreram cumulativamente num verdadeiro *case study* que deu origem aos acórdãos n.º 03B027, de 22.05.2003 do Supremo Tribunal de Justiça, e n.º 218/2007, de 23.03.2007, do Tribunal Constitucional.

Repare-se bem que esta sequência estaria porventura livre de reparos (jurídicos), se lhe fosse apenas aplicável o direito privado, o mesmo é dizer, se com um violento esforço de idealização imaginássemos tratar-se de um puro contrato privado entre

peças privadas (*rectius*, entre um privado e um ente público «despido das suas vestes de *imperium*»).

Mas afigura-se evidente – mesmo que se aceite, do ponto vista da conformidade com a lei fundamental, esta duvidosa remissão para o direito privado da atividade de pessoas coletivas de direito público no domínio das subvenções – que também na matéria em causa não podem os particulares ficar totalmente à mercê do arbítrio da Administração, e é isso, cremos, que o n.º 3 do art.º 2.º do Código pretende assegurar.

Assim, e independentemente da prévia material qualificação da decisão de rescisão do contrato em causa como ato administrativo ou como ato negocial privado, e por consequência da relação jurídica em causa como uma relação jurídico-administrativa ou como uma relação jurídico-privada, no caso relatado deveria de todo o modo ter havido lugar a uma audiência do interessado, e a corretas fundamentação e notificação da decisão, ainda que com as devidas adaptações, ou seja, não forçosamente nos estritos e detalhados termos prescritos no CPA.

Também o organismo em causa tinha a obrigação de sujeitar o seu projeto de decisão ao crivo da proporcionalidade – aferindo no caso, e desde logo, se não haveria alguma possibilidade de aproveitamento, mesmo que parcial, do projeto executado.

E deveriam enfim (deverão) os tribunais cíveis, enquanto tribunais competentes por regra para apreciar e julgar os litígios emergentes das relações de direito privado entre as pessoas coletivas públicas e outros sujeitos de direito, controlar igualmente a observância pela Administração dos princípios e preceitos de que fala o n.º 3 do art.º 2.º do Código – o que muitas vezes se recusam infelizmente a fazer, através de sentenças assumidamente *contra legem*.

3.3. A FUGA PARA O DIREITO PRIVADO

3.3.1. Noções gerais

Verifica-se um progressivo abandono pelos principais diplomas de direito administrativo de conceitos mais amplos e complexos normalmente reportados à atividade materialmente administrativa levada a cabo pela Administração Pública em sentido orgânico ou subjetivo – como o de «atividade de gestão pública», «função materialmente administrativa» ou (em vez destes dois) «desempenho da atividade administrativa» (era a expressão consagrada no primeiro anteprojecto do CPA de 2015).

Tal resulta de uma renúncia pelo legislador à tradicional prévia separação de águas entre, por um lado, uma normal aplicação dos regimes gerais de direito administrativo à conduta das pessoas coletivas públicas no setor primordial da sua atuação e que constitui o seu quadro jurídico específico, e, por outro lado, e a título excepcional, uma muito pontual aplicação de tais regimes ao exercício de poder públicos de autoridade por entidades privadas.

Deve-se esta tendência, sem qualquer dúvida, ao agravamento sentido nas duas últimas décadas da chamada *fuga para o direito privado* – fenómeno que se refletiu não apenas num considerável aumento das situações de prossecução de parcelas da função administrativa por entidades administrativas privadas, mas também na sujeição ao direito privado de substanciais áreas de atuação de muitas das clássicas pessoas coletivas de direito público.

Tal tendência, diz-se, tem descaracterizado a tradicional Administração Pública, já não subsistindo nos nossos dias, pelo menos com a clareza de outrora, a premissa base a que se fez referência acima – a da essencial correspondência entre a natureza jurídico-organizativa de um ente (pessoa coletiva de direito público ou de direito privado) e do direito que em regra lhe é aplicável, enquanto seu direito estatutário (respetivamente, o direito administrativo ou o direito privado).

No que respeita às derrogações do princípio da correspondência entre a natureza jurídico-pública de um ente e o seu direito estatutário (que é o direito administrativo), não estamos a falar do clássico e pacífico caso das (antigas) empresas públicas, atuais «entidades públicas empresariais», cuja atividade, de cariz económico-empresarial, à partida orientada por critérios de eficiência, de há muito se entende ajustar-se melhor ao direito privado. Queremo-nos referir, sim, à sujeição «pela metade» ao direito privado de outras categorias de entes públicos de cariz não empresarial, muitos das quais desenvolvem inclusive uma típica administração de autoridade.

3.3.2. A «fuga para o direito privado» com multiplicação do fenómeno da «dupla capacidade jurídica» (uma de direito privado e outra de direito público)

a) Um exemplo de «dupla capacidade jurídica»: a Agência para a Modernização Administrativa, IP

A título de exemplo, a lei orgânica da AMA – Agência para a Modernização Administrativa, IP – o DL n.º 43/2012, de 23 de Fevereiro –, depois de, no seu art.º 1.º, qualificar a AMA como um instituto público integrado na administração indireta do Estado que prossegue atribuições nas áreas da modernização e simplificação administrativa e da administração eletrónica, equipara no n.º 3 do seu art.º 3.º este organismo “a entidade pública empresarial, para efeitos de desenvolvimento e gestão de redes de lojas para os cidadãos e para as empresas” – o mesmo é dizer que remete o exercício de toda esta atividade a desenvolver pela AMA para o direito privado.

b) Outros casos de inteiras categorias de entes públicos com «dupla capacidade jurídica»: as entidades reguladoras independentes, as associações públicas profissionais e as fundações públicas universitárias

Mais relevantes são os casos em que a lei sujeita ao direito privado determinados campos de atuação de toda uma categoria de pessoas coletivas públicas.

É o que sucede, paradigmaticamente, com as entidades reguladoras independentes, relativamente à respetiva «gestão financeira e patrimonial»: em tais áreas de atuação manda o n.º 3 do art.º 4.º da respetiva lei-quadro (Lei n.º 67/2013, de 28.VIII) que se lhes aplique, supletivamente, o regime das entidades públicas empresariais (RJSPE – DL n.º 133/2013, de 3.X), remetendo-as assim nestas matérias para o direito privado. E o mesmo se diga quanto a uma terceira área de atuação, a saber, a da «gestão de pessoal»: segundo o n.º 1 do art.º 32.º do referido diploma, aos trabalhadores destas entidades é aplicável o regime do contrato individual de trabalho.

Outras categorias de pessoas coletivas públicas, como as associações públicas profissionais e as fundações públicas universitárias, apresentam também esse duplo regime, gerador igualmente de uma inédita «dupla capacidade jurídica» (uma

capacidade de direito privado e uma capacidade de direito público). No que a esses entes se refere, aplica-se o direito privado a umas tantas áreas de atuação, nomeadamente à respetiva gestão patrimonial, financeira e de pessoal, e o direito público às demais áreas.

Estes termos são explicitamente utilizados pelo Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior, aprovado pela Lei n.º 62/2007, de 10.IX (cujo art.º 134.º, n.º 1, dispõe que as fundações públicas universitárias “*regem-se pelo direito privado, nomeadamente no que respeita à sua gestão financeira, patrimonial e de pessoal*”).

Quanto às associações públicas profissionais, determina o art.º 2.º, n.º 2, al. b) da Lei n.º 2/2013, de 10.I (que estabelece a sua comum disciplina) o serem tais entidades regidas pelas normas e princípios que disciplinam as associações privadas no que concerne à respetiva “organização interna”. O mesmo é dizer que às ordens profissionais se aplicará por regra o direito privado nos seus assuntos «domésticos», ou seja, em todas as áreas de atuação alheias às relações regulatórias externas estabelecidas entre elas e os profissionais colegiados (ou os candidatos à profissão também sujeitos à sua jurisdição), incluindo o regime laboral dos respetivos funcionários (que é o do Código do Trabalho, nos termos do art.º 41.º do diploma).

Em contrapartida, aplica-se o direito público, no que a umas e outras concerne, à atividade de gestão pública por si desenvolvida, em direta prossecução das atribuições que constituem a sua razão de existir.

Diga-se por último que em todos estes casos, não obstante a pouca clareza das normas definidoras dos respetivos regimes, estamos longe ainda do figurino das entidades públicas empresariais: em caso de dúvida a regra é (continua a ser) a da aplicação do direito público, configurando-se a sujeição ao direito privado como a exceção. Só que agora as exceções já não são apenas casos pontuais (designadamente uma ou outra prerrogativa de autoridade), mas inteiras áreas de atuação.

3.3.3. O contencioso da atividade das pessoas coletivas públicas sujeitas em primeira linha ao direito privado e de quaisquer entidades privadas, quando investidas em poderes públicos, e tal atividade se desenvolva ao abrigo destes poderes

Para julgar os litígios emergentes da atividade quer das pessoas coletivas públicas sujeitas em primeira linha ao direito privado (é o que acontece como melhor veremos com as *entidades públicas empresariais* e com as chamadas *fundações públicas de direito privado*), quer das entidades privadas (sejam estas substantivamente privadas – caso das empresas concessionárias – ou substantivamente públicas, desde que tenham natureza jurídico organizativa privada), são evidentemente competentes os tribunais comuns (cíveis), porquanto é o direito privado que rege, em primeira linha, a respetiva atividade.

Diverso todavia será o regime contencioso aplicável, se qualquer destas entidades estiver investida em poderes públicos de autoridade, e sempre que exerça tais poderes. Com efeito, e segundo a al. d) do art.º 4.º do ETAF, compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto questões relativas à fiscalização da legalidade das normas e demais atos jurídicos praticados por quaisquer entidades, *independente da sua natureza*, desde que *no exercício de poderes públicos*.

PARTE II
DIREITO DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

TÍTULO I
NOÇÕES GERAIS E SISTEMA ORGANIZATIVO

1. NOÇÃO DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A organização administrativa é o modo de estruturação em concreto que a Constituição e a lei dão à Administração Pública numa dada época.

A Administração Pública (recorde-se) é o conjunto de entidades, órgãos e serviços do Estado quem cabe primacialmente o desempenho da função administrativa. Fora da organização administrativa ficam portanto o Presidente da República e os respetivos serviços (as chamadas Casa Civil e Casa Militar), a Assembleia da República e os seus funcionários e os tribunais, incluindo os tribunais administrativos (compreendendo-se no conceito de tribunais quer os juízes quer os próprios funcionários judiciais): como já vimos, todos estes órgãos de soberania e respetivos serviços também não integram o poder executivo ou administrativo, antes desempenhando outras funções e integrando-se noutros poderes do Estado⁷⁰.

Importa agora precisar que a Administração Pública não é uma organização, mas antes um conjunto de organizações ou um sistema organizativo plural: por isso, e agora na definição de Vital Moreira, a organização administrativa é o “*sistema de entidades, órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas coletivas públicas, que asseguram a título principal, em nome da coletividade, a satisfação regular e contínua dos interesses públicos*”.

2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E O SISTEMA ORGANIZATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NELES FUNDADO

2.1. ENTRADA NO TEMA

Os mais importantes princípios constitucionais da organização administrativa são o *princípio da descentralização*, o *princípio da desconcentração*, o *princípio da participação*, o *princípio da subsidiariedade*, os *princípios da unidade da Administração* e o *princípio da imparcialidade*. Neles assenta todo o sistema organizativo da Administração Pública portuguesa.

⁷⁰ O Presidente da República desempenha em exclusivo a *função política*, a Assembleia de República a *função legislativa* e os tribunais a *função jurisdicional* – integrando-se a AR e os tribunais, respetivamente, e a título exclusivo, no *poder legislativo* e no *poder judicial*.

Note-se que os quatro primeiros princípios (descentralização, desconcentração, subsidiariedade e participação) constituem desdobramentos de um princípio mais amplo, que é o *princípio da aproximação dos serviços públicos aos interessados*.

Pretendeu o constituinte, com a consagração destes princípios, contrariar normativamente a tendência natural do poder para se centralizar e concentrar nos órgãos centrais do Estado, tendência essa historicamente reforçada entre nós pela condição de capital imperial de que a cidade de Lisboa usufruiu durante cinco séculos.

2.2. O PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO

2.2.1. O conceito de descentralização

O *princípio constitucional da descentralização administrativa* está consagrado nos art.ºs 6.º, n.º 1, 267.º, n.º 2, e 235.º e segs. da Constituição e traduz-se numa imposição aos poderes constituídos de transferência de poderes administrativos (atribuições e competências) do centro para a periferia, com a especificidade de essa transferência se operar a favor de pessoas coletivas públicas distintas do Estado.

A descentralização concretiza-se numa *vertente «estática»* e numa *vertente «dinâmica»*: enquanto a vertente estática se esgota com a criação por lei de novas pessoas coletivas públicas dotadas de atribuições e competências «herdadas» do Estado, a vertente dinâmica traduz-se num sempre inacabado processo de transferência de novas atribuições e competências do Estado-Administração para os entes públicos menores.

Um sistema descentralizado implica pois a transferência de poderes decisórios para outros entes que não o Estado, assumindo estes últimos e a título próprio a prossecução de interesses públicos que presidem àqueles poderes – ao invés do sistema centralizado, em que todos os interesses públicos são levados a cabo apenas por uma única pessoa coletiva, ou seja, o próprio Estado.

Com a descentralização a função administrativa não fica apenas entregue ao Estado, mas também a outras pessoas coletivas públicas, nomeadamente territoriais (autarquias locais – cfr. art. 235.º e ss. CRP).

São vantagens da descentralização (e designadamente da descentralização em sentido estrito, ou seja, territorial) a garantia das liberdades locais e a abertura às sensibilidades próprias da população de cada terra. Com a descentralização concretiza-se também nos âmbitos regional e local a participação política dos cidadãos, através de uma reprodução nestes níveis territoriais dos quadros e institutos da democracia representativa que moldam o Estado a nível nacional.

Claro está, constituem desvantagens da descentralização o esbatimento da unidade do Estado (balcanização do Estado) e uma menor homogeneidade da ação política e administrativa, sendo usual a crítica à descoordenação no exercício da função administrativa por ela provocada e ao mau uso dos poderes administrativos que propicia. Mas todas estas desvantagens não têm comparação com o mal maior que a descentralização esconjura, e que é o da hipertrofia do Estado.

2.2.2. Descentralização em sentido estrito (descentralização territorial) e descentralização técnica ou funcional (devolução de poderes)

O princípio da descentralização conhece ainda duas aceções: uma *aceção ampla*, que coincide com a noção que se acaba de dar, e uma *aceção estrita*, que abrange apenas a *descentralização territorial* ou *descentralização verdadeira* ou *propriamente dita*.

A descentralização administrativa em sentido estrito é a descentralização territorial, constitucionalmente garantida pelo *princípio da autonomia local*: diz respeito apenas (1) à (re)criação das autarquias locais sob a nova ordem constitucional com uma autêntica autonomia que a Constituição expressamente consagra e garante, (2) à criação de novas autarquias (nomeadamente das futuras regiões administrativas ou áreas metropolitanas) e (3) ao processo de transferência para as autarquias já existentes (atualmente freguesias, municípios e, por extensão, associações públicas de municípios) de novas atribuições e competências providas do Estado-Administração, com base na *incidência local* das matérias ou assuntos em causa que os qualifica como interesses próprios das autarquias locais.

A aceção ampla do princípio da descentralização administrativa engloba ainda o processo de *devolução de poderes*, conducente à também chamada *descentralização técnica, funcional ou por serviços*.

2.2.3. A devolução de poderes

A devolução de poderes implica a criação de pessoas coletivas públicas de *fins singulares*, com outorga a estas de atribuições e competências até então assumidas diretamente pelo Estado (pela região autónoma ou pelo município), mas que nem por isso deixam de ser reconduzíveis a *interesses públicos estaduais* (regionais ou locais) imputáveis a toda a comunidade nacional (ou comunidade regional ou local). Por conseguinte, as atribuições (ditas) próprias das pessoas coletivas públicas criadas pelo processo de devolução de poderes pertencem, de raiz, ao Estado (à região autónoma ou município).

Em suma, no fenómeno da devolução de poderes uma pessoa coletiva pública territorial entrega a uma outra entidade também pública (seja ela criada ou não especialmente para o efeito) determinadas atribuições que pertencem (continuam a pertencer) de raiz à primeira, a fim de que a segunda as prossiga enquanto ente instrumental da primeira, o mesmo é dizer, sob a forma de administração indireta (Freitas do Amaral).

Não obstante, tudo se passa, formalmente, como se tais atribuições pertencessem por inteiro e desde a origem ao ente público que as recebe: o véu da personalidade jurídica e a consequente autonomia patrimonial, administrativa e financeira dos institutos públicos separam para (quase) todos os efeitos estas entidades do ente matriz.

Este processo é, como se acaba de constatar, bem distinto do da verdadeira descentralização (ou descentralização em sentido estrito ou propriamente dita), o qual (recorde-se) se circunscreve à criação de pessoas coletivas públicas de âmbito territorial e fins múltiplos e à transferência para estas, a título de interesses próprios – da respetiva

comunidade substrato – de novas atribuições e competências que dessa forma são verdadeiramente subtraídas ao feixe das atribuições e competências da administração estadual e ao círculo dos interesses públicos estaduais.

A criação de *institutos públicos* e outras pessoas coletivas públicas com fins específicos, como as *fundações públicas*, as *empresas públicas institucionais (entidades públicas empresariais)* e as *associações públicas de entidades privadas* constitui um expediente que a nossa doutrina administrativa designa tradicionalmente por *devolução de poderes* – erigindo-se como modelo alternativo de organização de Administração Pública que se opõe a outro modelo que é o da integração de poderes.

As novas pessoas coletivas públicas criadas passam a ter a seu cargo um específico conjunto de interesses públicos restritos a um determinado domínio, descarregando o Estado (ou a região autónoma, ou o município) do desempenho das tarefas correspondentes.

A razão de ser da criação destes novos entes, que passam a ter uma vida e uma atuação separadas do Estado-Administração, reside nas especiais exigências que as matérias em causa requerem aos organismos públicos incumbentes. Com efeito, terão estes de usufruir, para o desempenho das funções em causa, de um mínimo de autonomia administrativa e financeira, bem como, no caso dos institutos públicos, deverá o Governo dispor da possibilidade de nomear para os seus conselhos diretivos dirigentes recrutados fora do aparelho burocrático; e isto por se entender inadequada para levar a cabo tais tarefas a tradicional burocracia da Administração direta do Estado, por estar ela espartilhada pelos poderes hierárquicos e por mais apertadas regras em sede de contabilidade pública.

Assim sendo, quando o Estado procede diretamente à prossecução desses interesses, pese a sua especificidade estamos perante um sistema de *integração de poderes*. O sistema de integração de poderes é por conseguinte aquele em que por regra os interesses públicos são prosseguidos pelo Estado (ou demais pessoas coletivas de população e território).

Diferentemente, quando o Estado cria uma nova pessoa coletiva pública com fins específicos, para ser esta (e não ele Estado) a prosseguir esses interesses (na medida em que, pelas razões indicadas, estará ela mais vocacionada e jurídica e tecnicamente melhor apetrechada tendo em conta o domínio em causa), transmitindo-lhe parte dos seus poderes (atribuições e competências), estamos perante um sistema de *devolução de poderes*.

Temos portanto um sistema de devolução de poderes quando alguns interesses públicos do Estado (ou de outros entes territoriais) são postos por lei a cargo das pessoas coletivas de fins singulares. Diz-se *devolução* porque o Estado transfere parte dos seus poderes para uma pessoa coletiva pública diferente.

Estes entes auxiliares ou instrumentais são dotados de autonomia jurídica, administrativa e financeira, mas ficam em regra submetidos aos poderes de superintendência do Governo (do governo regional ou da câmara municipal), assim como à tutela inspetiva e aos demais poderes tutelares legalmente fixados.

2.3. O PRINCÍPIO DA DESCONCENTRAÇÃO

2.3.1. O conceito de desconcentração; desconcentração originária e derivada

O *princípio constitucional da desconcentração administrativa* traduz-se também numa imposição aos poderes constituídos no sentido de estes transferirem competências do centro para a periferia, com a especificidade (relativamente à descentralização) de essa transferência se operar em regra dentro da pessoa coletiva pública, *maxime* do Estado, ou seja, entre órgãos do mesmo ente público.

Em regra pois, transferem-se com a desconcentração apenas *competências* (e não também atribuições), processando-se ela apenas *entre órgãos* e por princípio entre órgãos da mesma pessoa coletiva (e não entre órgãos de distintos entes públicos).

As alternativas da concentração e desconcentração de poderes têm a ver com a organização vertical da estrutura administrativa, mais concretamente com o modo de distribuição do poder decisório nessa estrutura.

Num sistema de concentração de poderes, o poder decisório tende a concentrar-se em poucos órgãos mais próximos do topo da hierarquia, ou mesmo num único órgão (precisamente no que ocupa o topo dessa hierarquia).

Ao invés, quando há lugar a uma *desconcentração de poderes*, o poder decisório reparte-se entre os vários órgãos da cadeia hierárquica, havendo lugar a uma maior diversidade de competências dentro da mesma organização. A desconcentração consiste pois e em suma numa atribuição de poderes decisórios a órgão intermédios da pirâmide hierárquica.

São vantagens da desconcentração as maiores eficiência, rapidez e qualidade das decisões tomadas pelas instâncias subalternas e que resultam do facto de melhor de adequarem essas decisões a uma realidade de que os seus autores têm, por razões de proximidade, um mais completo e preciso conhecimento. Costuma-se apontar, como reverso da medalha, a desvantagem da (por regra) menor preparação dos subalternos.

Refira-se ainda que a desconcentração pode ser *originária* ou *derivada*.

A *desconcentração originária* ou *legal* é feita pelo próprio legislador: é a própria lei que reparte o poder decisório por diversos órgãos (por exemplo, no âmbito do Ministério do Ambiente, Ordenamento Territorial e Desenvolvimento Regional, as competências atribuídas às Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional, e noutros ministérios às respetivas direções regionais).

Já na modalidade de *desconcentração derivada* ou *voluntária* a transferência de poderes não se processa a título definitivo; acresce que, sendo necessariamente e em abstrato objeto de expressa previsão legal, é mera possibilidade que só se concretiza caso a caso através do instituto da *delegação de poderes*, mais precisamente por ato administrativo ou, em certos casos de delegação intersubjetiva, por contrato administrativo.

Na modalidade de delegação de poderes por ato administrativo, a lei, não obstante atribuir o poder decisório de raiz a um único órgão, concede a este a possibilidade de delegar parte da sua competência noutro órgão: é o instituto da *delegação de poderes*,

regulado nos art.ºs 44.º a 50.º do CPA. Já na modalidade da delegação de poderes por contrato, regulada nos art.ºs 116.º a 136.º da nova Lei das Autarquias Locais (Lei n.º 75/2013, de 12.09), requer a lei o prévio acordo entre delegante e delegado, não se aplicando o regime da delegação por ato administrativo pelas razões que melhor se explicarão infra.

Passa-se a analisar estes dois desdobramentos do princípio da desconcentração.

2.3.2. Desconcentração originária

a) *Noções gerais*

Como vimos, com a desconcentração originária, e diferentemente da descentralização, transferem-se por regra e através de lei apenas *competências*, e não também atribuições, processando-se a desconcentração apenas *entre órgãos* e por princípio entre órgãos da mesma pessoa coletiva (e não entre órgãos de distintos entes públicos).

Mas pode ocorrer um fenómeno – não muito comum, é certo – de *desconcentração originária intersubjetiva*, ou seja, *entre órgãos de pessoas coletivas distintas*. Vejamos pois.

b) *Desconcentração originária intersubjetiva*

O mais normal é que a desconcentração intersubjetiva seja derivada, e não originária, ou seja, que se processe, nos termos de lei, através de um ato ou contrato de delegação de poderes. Pode todavia a lei estabelecer, atipicamente, um mecanismo de desconcentração simultaneamente *originária* (ou legal) e *intersubjetiva* – uma *desconcentração intersubjetiva* –, isto é, entre órgãos de pessoas coletivas distintas, mas sem implicar qualquer transformação nas respetivas atribuições. Nestes casos, note-se, preexiste sempre uma posição sujeição do ente público para quem sejam transferidas as competências a poderes de superintendência do sujeito que é o titular originário de tais competências, ou seja, o integra o primeiro a administração indireta do segundo.

Não ocorre aqui pois um processo de descentralização, nem sequer uma descentralização funcional ou devolução de poderes, mediante formal transferência de atribuições de um ente territorial ou primário para um outro ente de fins singulares (e utiliza-se aqui o adjetivo *formal* na medida em que, como vimos, substancialmente, os fins prosseguidos pelas entidades que integram a administração indireta do ente primário são sempre fins que a este último continuam a pertencer).

Diferentemente, através deste tipo de desconcentração, o legislador, sem alterar as atribuições do ente matriz (que se mantêm na titularidade deste), procede a uma repartição das correspondentes competências entre órgãos de pessoas coletivas distintas, sendo que o órgão desconcentrado passa a assumir um *caráter duplo*: sem deixar de continuar integrado na pessoa coletiva em que inicialmente se insere (e de ser um órgão desta, prosseguindo as respetivas atribuições através do exercício das demais competências), no respeitante à competência desconcentrada ele transforma-se num órgão indireto ou secundário da entidade titular da correspondente atribuição, renascendo inclusive no exercício dessas competências em alguma medida a hierarquia afastada pelo véu da personalidade jurídica própria do ente instrumental.

Consequentemente, (1) os atos praticados no exercício da competência desconcentrada são juridicamente imputados à pessoa coletiva titular da correspondente atribuição, sendo esta quem responde civilmente pelos prejuízos causados por tais atos; (2) o órgão titular originário da competência mantém poderes de supervisão sobre os atos praticados pelo órgão para quem a competência é transferida, não podendo os mesmos atos ser revogados por outro órgão da pessoa coletiva de fins singulares a que pertence o órgão beneficiário da competência transferida.

Constitui exemplo da figura que se acaba de descrever a atribuição de certas competências em matéria de constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas de emprego público no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, originariamente concentradas no membro do governo com a tutela da saúde, aos conselhos de administração dos hospitais institutos públicos ou sob forma de entidade pública empresarial.

Ainda no exemplo que se acaba de dar, o conselho de administração do hospital torna-se sincronicamente órgão de duas pessoas coletivas públicas – nomeadamente do próprio instituto público ou empresa pública hospitalar e do Estado – Ministério da Saúde. Assim, sempre que exerça a competência desconcentrada, o órgão seu titular está a prosseguir não as atribuições próprias da pessoa coletiva em que se insere, mas as atribuições da entidade onde inicialmente se concentram (se concentravam) todos os poderes que constituem instrumentos jurídicos dessas atribuições.

Enfim, questão que se levanta é, naturalmente, a da se é ou não possível a transferência de poderes que se acaba de referir (por lei) entre duas pessoas coletivas públicas que, não obstante a diferença de grau ou de plano de uma face à outra (podendo mesmo existir entre elas uma relação de tutela, designadamente de legalidade), estejam entre si numa relação essencialmente de equiordenação, como acontece entre o Estado e os municípios, e entre os municípios e as freguesias existentes nos respetivo territórios. Nesta hipótese, sublinhe-se, não preexiste entre os dois sujeitos públicos sequer uma relação de superintendência ou qualquer sistema de controlo de mérito: antes subsiste na titularidade do ente público cujo órgão ou órgãos sejam destinatários das competências transferidas uma autonomia constitucionalmente consagrada face aos demais sujeitos públicos situados em grau ou plano superior – face designadamente ao titular originário de tais competências.

Pois bem, na situação que ora se hipnotiza qualquer transferência de poderes teria (terá) de ser acompanhada por uma transferência de atribuições: é que o ente público a quem sejam atribuídas as competências só poderá exercer estas últimas através dos seus órgãos, em direta prossecução das atribuições correspondentes às competências transferidas, de que passa necessariamente a ser titular (porventura em situação de partilha ou concorrência com o titular originário) – e fá-lo-á (fá-lo-á) por definição com plena liberdade, o mesmo é dizer, sem sujeição a quaisquer poderes de supervisão ou de orientação, e muito menos hierárquicos, cujo exercício pelo ente de grau superior poria em causa, por definição, a autonomia do ente de grau inferior.

Todavia, e em tal hipótese, já não estaremos perante a figura da desconcentração originária ou legal de poderes, mas face ao distinto e suprarreferido fenómeno da descentralização de poderes na sua vertente dinâmica – de uma transferência por lei de novas atribuições e competências do Estado e de outras pessoas coletivas públicas mais «centrais» ou de grau mais elevado para distintas pessoas coletivas públicas mais periféricas ou de grau menos elevado relativamente ao ente titular originário das competências e atribuições transferidas.

c) *Desconcentração originária intersubjetiva com transferência de atribuições ou «desconcentração personalizada»*

Refira-se que alguma doutrina (por todos, Vital Moreira) adota o conceito de «desconcentração personalizada» – que parece fazer jus à hipótese que se acaba de refutar – mas como alternativa às expressões «devolução de poderes» e «descentralização técnica, funcional ou por serviços». E tal doutrina fá-lo com o duplo intuito de, por um lado, (1) excluir deste âmbito as associações públicas de entidades privadas (incluindo em vez disso estas últimas, a par das autarquias locais, no fenómeno da verdadeira descentralização) e de, por outro lado, (2) sublinhar a dupla ficção jurídica que traduz o processo de criação dos institutos públicos e das empresas públicas institucionais, por confronto com os especiais contextos da criação, funcionamento e atividade das associações públicas (de entidades privadas).

Não é de seguir esta orientação, desde logo na medida em que as associações públicas se reconduzem *prima facie* ao fenómeno da devolução de poderes. Mas também e sobretudo porque à criação de institutos públicos, fundações públicas e empresas públicas institucionais presidem as mais das vezes motivações e objetivos que não é possível confinar à figura da desconcentração de poderes, tal qual ela tem vindo a ser descrita.

É por isso excessivamente redutora uma tal etiqueta (ou seja, o não passar a criação dessas pessoas coletivas públicas de uma mera «desconcentração personalizada») quando aplicada a todo o universo da devolução de poderes.

Não obstante o que se acaba de dizer, dentro do fenómeno da devolução de poderes, a personalização de certos serviços públicos é de tal modo artificial que nesses casos se justifica por inteiro uma designação que os distinga dos demais casos de devolução de poderes, a saber a de «desconcentração personalizada». Paradigmático é o caso do Ministério da Saúde, cujos serviços – quer centrais, quer periféricos – foram objeto de uma completa segmentação, através da respetiva transformação em diferentes institutos públicos, com quase total esvaziamento da Direção-Geral de Saúde (hoje praticamente circunscrita a funções de estudo, consultivas e de relações públicas).

Como é óbvio, a estrutura piramidal do Ministério da Saúde manteve-se *qua tale* sob as novas vestes institucionais, não deixando os membros de Governo (Ministro e Secretários de Estado da Saúde) e o próprio diretor-geral de, em termos práticos ou operacionais, manter o seu comando, a sua *influência dominante ou determinante*, sobre toda a referida estrutura. Nestes casos, pois, temos um fenómeno que é, todo ele – ou seja, a própria artificial criação de novos entes públicos com formal partilha de atribuições – de *desconcentração originária intersubjetiva com partilha de atribuições*.

2.3.3. A desconcentração derivada ou delegação de poderes: noções prévias; a delegação de poderes por contrato administrativo

a) *Noções prévias*

Como vimos, na *desconcentração derivada* ou *voluntária* a transferência de poderes não se processa a título definitivo, sendo uma mera possibilidade legalmente prevista que se concretizável através do instituto da *delegação de poderes* – por *ato*

administrativo ou, em certos casos de delegação intersubjetiva, por *contrato administrativo*.

Na modalidade de delegação de poderes por ato administrativo, regulado nos art.ºs 44.º a 50.º do CPA, vimo-lo também, a lei atribui o poder decisório de raiz a um único órgão, mas concede a este a possibilidade de delegar parte da sua competência noutro órgão.

Já na modalidade da delegação de poderes por contrato, regulada nos art.ºs 116.º a 136.º do Regime Jurídico das Autarquias Locais (Lei n.º 75/2013, de 12.09), requer a lei o prévio acordo entre delegante e delegado para se efetivar a delegação, e não se aplica o regime da delegação por ato administrativo do CPA, pelas razões que se explanarão de seguida.

b) A delegação de poderes por contrato administrativo: uma delegação intersubjetiva com partilha de atribuições

Como vimos na abordagem ao item da descontração originária intersubjetiva, por maioria de razão também nesta sede (delegação de poderes) não se pode operar entre duas pessoas coletivas públicas equiordenadas (entre o Estado e um município, ou entre um município e uma freguesia do respetivo território) uma transferência de poderes por decisão unilateral (por ato administrativo) do ente de grau superior.

Note-se, são as posições essencialmente paritárias do delegante e do delegado nas situações ora em análise também incompatíveis com o regime da delegação consagrado no CPA: em tais situações o exercício das competências delegadas é levado a cabo, por definição, com plena liberdade, o mesmo é dizer, sem sujeição a quaisquer poderes de supervisão ou de orientação do órgão do ente de grau superior, os quais poriam em causa, por definição, a autonomia do ente de grau inferior.

Por isso prevê a lei – mais precisamente os supracitados normativos do atual Regime Jurídico das Autarquias Locais – que a delegação nestes casos se processe sempre por contrato interadministrativo (contrato de delegação), implicando ela (delegação), por definição, uma partilha de atribuições entre os entes públicos a que pertencem o órgão delegante e o órgão delegado.

Distancia-se também por isso o respetivo regime (consagrado nos art.ºs 121.º a 123.º do RJAL) do da delegação por ato administrativo: não se submetendo nenhum dos contraentes ao exercício de poderes de autoridade do outro, a execução do contrato assenta “num plano de igualdade jurídica, segundo uma ótica de harmonização das respetivas atribuições” (cf. art.º 338.º do CCP – «Contratos entre contraentes públicos» –, diploma este subsidiariamente aplicável a estas delegações, com prioridade relativamente ao CPA, por força do art.º 120.º/2 do RJAL). Acresce que a mudança dos titulares dos órgãos dos contraentes públicos não determina a caducidade do contrato (art.º 123.º/3) e a revogação deste só é possível por mútuo acordo (art.º 123.º/4), apenas podendo ser objeto de resolução unilateral “por incumprimento da contraparte ou por razões de relevante interesse público” (art.º 123.º/6).

Note-se que não ocorre aqui, por outro lado, um processo de descentralização, na medida em que não são definitivamente *transferidas* mas tão só partilhadas, e a título não definitivo, atribuições e competências originariamente pertencentes apenas ao ente de grau superior. Passa por conseguinte o órgão delegado, por definição, a prosseguir também tais atribuições sempre que exerça os poderes delegados, tendo que ser

observados os limites do âmbito territorial que confinem as atribuições do ente público delegatário (como é o caso por excelência das autarquias locais, cujas atribuições estão confinadas ao respetivo território), nos termos aliás expressamente prescritos na al. c) do art.º 45.º do CPA.

Enfim, e como melhor veremos, esta modalidade nova e *sui generis* de delegação de poderes, por assentar numa base voluntária, é também desdobramento de um outro princípio de organização administrativa, e que é o *princípio da colaboração entre entes públicos*, e que encontra expressão desde logo na figura do auxílio administrativo, hoje regulada no art.ºs 66.º CPA.

2.3.4. A desconcentração derivada ou delegação de poderes (cont.); a delegação de poderes por ato administrativo

a) *Delegação de poderes por ato administrativo: entrada no tema*

Como vimos, a desconcentração derivada ou voluntária por delegação unilateral é a modalidade de desconcentração cuja efetivação depende de um ato administrativo (ato de delegação) do titular da competência, em termos sempre objeto de prévia e específica previsão legal.

Também por intermédio desta figura se transferem por regra tão só *poderes ou competências* entre órgãos de uma mesma pessoa coletiva pública, e não, concomitantemente, *atribuições*, designadamente as correspondentes às competências delegadas, *por definição entre dois distintos sujeitos públicos*.

b) *Delegação de poderes por ato administrativo (cont.): a delegação intersubjetiva sem partilha de atribuições*

Não obstante, está hoje expressamente prevista e regulada por lei a delegação intersubjetiva de competências: não só como vimos na nova Lei das Autarquias Locais (na modalidade de delegação por contrato administrativo), mas também, e no que respeita à delegação por ato administrativo, única que agora nos interessa, no novo CPA, mais precisamente no seu art.º 44.º.

Tal como na desconcentração originária intersubjetiva, o ato unilateral de delegação intersubjetiva – entre órgãos de distintas pessoas coletivas – pressupõe do mesmo modo um vínculo de superintendência entre o ente territorial ou primário em que se insira o órgão delegante e o ente público de fins singulares a que pertença o órgão delegado, o mesmo é dizer, a integração do segundo ente na administração indireta do primeiro.

Em termos idênticos aos que vimos ocorrer na desconcentração originária intersubjetiva, na figura hoje prevista no CPA não são também delegadas atribuições no ente público infraordenado, mantendo-se as atribuições correspondentes à competência delegada na titularidade do ente público supraordenado.

O ato de delegação limita-se pois a operar uma transferência provisória do exercício de uma competência entre órgãos de pessoas coletivas distintas. Destarte, assume o órgão delegado também um *carácter duplo*: continuando integrado noutra pessoa coletiva, no respeitante ao exercício da competência nele delegada, e enquanto durar a delegação, sempre que exerça a competência delegada, transforma-se ele num órgão

indireto ou secundário da pessoa coletiva em que se insere o órgão delegante, prosseguindo apenas as atribuições desta última.

c) *Delegação de poderes por ato administrativo (cont.): pressupostos*

Regressando à figura geral da delegação de poderes por ato administrativo (por regra intrasubjetiva), ela define-se como o ato através do qual um órgão administrativo competente para decidir *numa determinada matéria* permite, nos termos de lei, que outro órgão ou agente da mesma pessoa coletiva ou de pessoa coletiva distinta passe a exercer o correspondente poder de decisão nessa mesma matéria (cf. art.º 44.º CPA).

Órgão delegante é portanto o que permite ao outro exercer parte da sua competência; e *órgão delegado* o que vai poder exercer essa competência que lhe foi *transferida* (mais precisamente, cujo exercício lhe foi transferido). Os poderes cujo exercício é objeto de transferência do delegante para o delegado são os *poderes delegados*.

Para que ocorra uma válida delegação de poderes é necessário, nos termos do art.º 44.º/1 CPA: (a) que uma lei permita a prática de um tal ato, tendo esta *lei de habilitação* que identificar o (eventual) *órgão delegante*, quais especificamente os *poderes delegáveis* (não sendo delegável a globalidade dos poderes do delegante – cf. art.ºs 47.º/1 e 45.º/a) CPA) e o órgão (ou órgãos) apto(s) a beneficiar da delegação, ou seja, o(s) futuro(s) *órgão(s) delegado(s)*; (b) a efetiva prática de um específico ato (administrativo) de delegação, o qual, e agora no que respeita ao respetivo conteúdo, terá que conter a *descrição rigorosa e detalhada dos poderes delegados*, sob pena de *invalidade* e (c) a *publicação* desse ato, que é condição da respetiva *eficácia* (cf. art.º 47.º CPA).

d) *Delegação de poderes por ato administrativo (cont.): regime*

A relação que se estabelece entre delegante e delegado – a relação delegatória – é uma relação específica de suprainfraordenação.

Pré-existindo entre delegante e delegado uma relação hierárquica propriamente dita – como em regra sucederá –, a delegação suspende temporariamente essa relação de hierarquia no âmbito das matérias por aquela abrangidas.

Com efeito, a relação delegatória afasta o poder típico do superior hierárquico, que é o de direção ou decisão, na medida em que, no âmbito das matérias por si abrangidas, a delegação transfere as responsabilidades para o delegado.

Na esfera do delegante mantêm-se apenas (a) os poderes de *supervisão* necessários ao *controlo sucessivo* dos atos praticados ao abrigo da delegação (poderes de, oficiosamente, *revogar, anular, suspender, modificar* ou *substituir* os atos do delegado⁷¹ – art.º 49.º/2 CPA) e (b) um poder reforçado de *superintendência* (de emitir

⁷¹ O CPA de 2015 deixou de prever a revogação, anulação, modificação ou substituição a pedido do destinatário do ato ou outro interessado através de um *recurso delegatório*: segundo o n.º 2 do art.º 199.º, só haverá lugar a um tal recurso em caso de expressa disposição legal. E o mesmo se passa com os demais recursos administrativos especiais previstos no n.º 1 do mesmo artigo, a saber (i) para o órgão da mesma pessoa coletiva que exerça poderes de supervisão sobre os atos praticados pelo órgão autor do ato, e (ii) para o órgão colegial, de atos e omissões de qualquer dos seus membros, comissões ou secções: para todos estes casos, exige o corpo do n.º 1 do dito art.º 199.º que a interposição de recurso esteja expressamente prevista na lei.

diretivas e instruções genéricas acerca do modo como o delegado deverá exercer a competência para si transferida – art.º 49.º/1 CPA).

Para além dos poderes de supervisão e de (reforçada) superintendência que cabem ao delegante relativamente ao modo como o delegado deverá exercer a competência delegada, ao primeiro assiste também um poder discricionários de (unilateralmente) *avocar* o exercício da competência delegada relativamente aos casos específicos em que entender ser conveniente chamar a si poder de decisão, mantendo-se a delegação em todas as demais matérias e casos (art.º 49.º/2 CPA).

Nos termos do art.º 50.º CPA, pode também o delegante por termo livremente e a todo o momento à delegação, através da respetiva *revogação* – caducando o ato, de todo o modo, com a mera mudança de titular do órgão delegado (o que caracteriza o ato de delegação como um ato *intuitus personae*, ou seja, que se baseia numa relação de confiança entre as pessoas físicas dos titulares dos órgãos delegante e delegado).

Enfim, nos termos do art.º 48.º CPA deverá o delegado fazer sempre menção dessa sua qualidade nos atos praticados ao abrigo da delegação, não podendo a falta dessa menção prejudicar o exercício dos direitos dos interessados (designadamente de impugnação contenciosa).

e) Delegação de poderes por ato administrativo (cont.): natureza

Por força do princípio da irrenunciabilidade das competências, o delegante continua a ser o *titular* da competência (e das correspondentes atribuições, se for o caso): o que ele se limita a transmitir é apenas o seu *exercício*, exercício este que (no caso dos poderes, e não necessariamente das atribuições, na hipótese da delegação intersubjetiva) passa a constituir, *prima facie*, um exclusivo do delegado.

Ou seja, não obstante o continuar a ser o delegante o único titular da competência delegada, enquanto durar a delegação, e fora os casos de avocação, ele não a pode exercer; em contrapartida, o delegado passa a exercer *prima facie* a competência, mas isso não o torna seu titular.

O limitar-se a delegação a ser uma transferência apenas do exercício, e não (também) da titularidade dos poderes delegados, resulta dos poderes de controlo, superintendência e avocação que se mantêm na esfera do delegante: eles só se explicam como manifestações de um poder cuja titularidade continua na esfera do delegante.

Não se percebe a lógica desta restrição dos direitos de impugnação graciosa dos particulares: se o que se pretendia era reforçar o princípio da desconcentração, e designadamente na modalidade de desconcentração derivada em que se traduz a delegação de poderes, então o legislador deveria ter eliminado os poderes de supervisão do delegante, quando menos os mais gravosos – a saber os que incidem sobre o mérito, oportunidade ou conveniência do ato do delegado, como o de revogação e, sobretudo, os de modificação e substituição.

Fique de todo o modo o esclarecimento de que, ao abrigo do art.º 13.º do CPA, pode qualquer interessado requerer junto do delegante (ou do órgão com poderes de supervisão sobre os atos praticados pelo órgão autor do ato, ou do colégio relativamente aos atos praticados por algum dos seus membros ou secções) a revogação, anulação, modificação ou substituição de ato praticado pelo delegado, e que pode o delegante exercer os seus poderes na sequência desse requerimento. O que deixa de existir é um direito do particular requerente à decisão, e, da banda do órgão requerido, o correspondente dever de decidir; e, na mesma ordem de razões, não suspende o requerimento o prazo de recurso contencioso do ato praticado pelo delegado.

2.4. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

2.4.1. Noções prévias

a) *Entrada no tema*

O princípio da participação e os mecanismos legais da sua concretização representam, em termos político-constitucionais, o resultado da moderna tendência, nas democracias de tipo ocidental, de reformulação dos quadros da democracia representativa tradicional.

Com efeito, a estatização da vida em sociedade que caracteriza a segunda metade do séc. XX, com a generalização do modelo Estado Social de Direito — fala-se, neste sentido, no advento da “sociedade técnica” ou “de massas” —, provocou o agigantamento do aparelho administrativo do Estado, bem como uma crescente complexidade e tecnicização, aumentando, na prática, a sua distância quer dos órgãos político-legislativos dotados de legitimidade democrática (o Parlamento e o próprio Governo) quer dos administrados, fugindo, por aí, ao respetivo controlo.

As formas de democracia participativa no direito administrativo, constituem, por isso, também uma modalidade de controlo político do executivo por parte dos cidadãos/administrados (para quem o voto assume, nessa dimensão, cada vez menor significado prático).

b) *Participação individual e coletiva*

Concretizando no nosso ordenamento jurídico a tendência que se acaba de referir, prescreve o art.º 261.º/1 CRP que a Administração Pública será estruturada de modo a garantir a participação dos interessados na sua gestão efetiva. E o n.º 5 do mesmo artigo dispõe ainda que o processamento da atividade administrativa será objeto de lei especial que assegurará a participação dos cidadãos na formação das deliberações que lhes disserem respeito.

Enquanto a primeira norma citada prevê a *participação coletiva* na *organização administrativa*, através designadamente do assento em órgãos administrativos colegiais de representantes de interesses setoriais privados, a segunda prevê a *participação individual* no âmbito da *atividade administrativa*, mais precisamente no procedimento administrativo, traduzida sobretudo do trâmite da audiência dos interessados (cf. art.º 267.º/5 CRP e art.ºs 100.º e 12.º a 125.º CPA). Ora, como é bom de ver, só a primeira modalidade de participação nos interessa, pois só ela se configura como um *princípio geral da organização administrativa*.

Refira-se ainda que ao nível legislativo, não faltam as previsões legais de mecanismos de participação: a título de exemplo, prevê a Lei-Quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004, de 15.I), no seu art.º 17.º/3, o poder o diploma orgânico de cada instituto público prever outros órgãos, para além do conselho diretivo e do fiscal único, de natureza consultiva ou de participação dos destinatários da respetiva atividade.

c) *Participação consultiva e participação com associação ao exercício do poder*

A participação pode ser implementada para o exercício de funções meramente consultivas.

Tal sucede com a modalidade de participação individual no procedimento administrativo através da audiência dos interessados, que se acaba de referir. E ocorre também quando os órgãos administrativos colegiais em que têm assento representantes de interesses setoriais privados têm também caráter consultivo: é esta última modalidade a prevista e regulada no art.º 7.º/1 do Regime da Organização da Administração Direta do Estado (Lei n.º 4/2004, de 15.I), segundo o qual “[o]s órgãos consultivos apoiam a formulação e acompanhamento de políticas públicas da responsabilidade do Governo, através da cooperação entre a Administração Pública, individualidades de reconhecido mérito e representantes de interesses económicos e sociais”.

Mas pode haver lugar a uma forma mais intensa de participação na gestão dos negócios públicos, com associação ao exercício do poder. Nesse caso, os representantes de interesses setoriais privados têm assento em órgãos colegiais de administração ativa, que são titulares de verdadeiros poderes administrativos, ainda que sempre em posição minoritária relativamente aos demais membros do órgão que não apresentam essa condição.

2.4.2. O fenómeno da participação de privados na gestão dos negócios públicos

a) *A essência do fenómeno da participação*

Nas assertivas palavras de Mario Nigro, “participar não é exercer o poder só, é tomar parte no seu exercício”⁷² – sublinhe-se, tomar parte, e não ser parte, nem fazer parte⁷³. A participação, no seu significado mais elementar, “indica e realiza o «tomar parte», num processo de decisão, de sujeitos diversos daqueles aos quais um ordenamento atribui institucionalmente a competência para prover e que ordena (organiza) estavelmente para este escopo”⁷⁴.

O «participante» é por isso e em suma «o estranho» relativamente ao membro da família, o «laico» relativamente ao sacerdote, o «outro» relativamente ao sujeito: um «estranho», um «laico», um «outro» que são admitidos tão só para acompanhar o sujeito primário no caminho de uma escolha⁷⁵.

⁷² JEAN RIVERO, *Introdução à obra coletiva «La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative»*, Bruxelas, 1986, p. 12.

⁷³ RENE CAPITAN, *Démocratie et participation politique*, Paris, 1972, p. 31.

⁷⁴ MARIO NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, RTDPC, 1980, pp. 266-267. Ver também MARIO CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977, pp. 34 e ss.

⁷⁵ MARIO NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, cit., p. 267.

b) A participação coletiva na gestão da Administração através da representação de interesses setoriais

A atual Constituição desvalorizou o corporativismo que estruturava a organização do Estado na anterior lei fundamental, substituindo o princípio corporativista da autorregulação profissional e social pelo princípio da participação na vida política e administrativa, através da intervenção das associações de carácter económico e social junto do Governo e demais centros de poder político e administrativo (como o Conselho Económico e Social – cf. art.º 92.º CRP).

Note-se que são frequentes, para além das normas gerais acima referidas, as previsões específicas de participação dos interessados por intermédio das referidas organizações representativas de interesses setoriais (sindicais e outras) em instâncias da Administração, como estabelecimentos ou serviços públicos de ensino (art.º 77.º CRP), de segurança social (art.º 56.º/2/b) CRP) e de saúde (art.º 64.º/4 CRP)⁷⁶.

Em todos estes casos, a eleição como técnica de participação dos cidadãos na gestão administrativa assinala o seu carácter representativo ou indireto, visto que os interessados ou participantes se limitam a designar representantes que terão assento em órgãos diretivos encarregados da gestão de interesses determinados cuja especificidade constituiu o justificativo da personificação⁷⁷.

c) As associações públicas de entidades privadas como típica modalidade de participação dos interessados da gestão dos negócios públicos

As associações públicas traduzem por excelência a ideia de participação dos interessados em assuntos público-estaduais, no desempenho de tarefas que o ordenamento jurídico atribui primeiramente ao Estado-administração, mas que o legislador delega nos mesmos interessados (*rectius*, numa organização que os representa – falando-se por isso em participação representativa⁷⁸) por devolução de poderes. Nesse preciso sentido elas são (e só elas), parafraseando Nigro, o «estranho» e o «outro».

Ao invés do que sucede com as autarquias locais, as associações públicas são muito mais (quando não exclusivamente) um instituto de democracia participativa do que de democracia representativa, correspondendo à implementação do princípio da participação e não da descentralização. Não por acaso a figura da associação pública e “outras formas de representação democrática” previstas no art.º 267.1 CRP são

⁷⁶ *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra, 1997, p. 254.

⁷⁷ *Représentation...*, cit., p. 64.

⁷⁸ São radicalmente distintas a *representação política* e a *representação participativa* ou também dita “*de interesses*”. Como explica Sánchez Mórón, a primeira concretiza-se através de fórmulas eletivas, atribuindo o direito de voto a todo o cidadão (de certa idade) pelo mero facto de sê-lo e sem mais qualificação”, podendo-se falar neste sentido de “*representação política*”: “assim sucede com o Parlamento, a representação municipal e a regional, cada vez mais estendida”; corresponde ela aos ordenamentos ou comunidades gerais identificados por “um conjunto de convivência em torno de um território”, onde a equivalente “unidade organizativa” acolhe “a representação global e indiferenciada dos interesses existentes no seio da comunidade” (*La participación...*, cit., p. 240). E a segunda concretiza-se nos outros casos em que a “representação se pode também instituir com base na fórmula eletiva”, mas em que, diferentemente, “o ordenamento representado não é de carácter geral, mas particular”, ou seja, nos casos em que uma coletividade é determinada “por certas características pessoais específicas dos seus membros, como podem ser a profissão, a atividade económica ou social” ou ainda “a qualidade de utente de um serviço” cuja representação é suscetível de se instituir “com base na fórmula eletiva” (SÁNCHEZ MÓRON, op. cit., loc. cit.).

qualificadas neste preceito como instrumentos de *desburocratização* e de “*participação dos interessados*” na “gestão dos serviços públicos”.

d) *Distinção entre a modalidade de participação dos interessados da gestão dos negócios públicos através de associações públicas e a descentralização (territorial)*

Pelas razões que se acaba de explanar não se pode confundir a participação administrativa com a verdadeira descentralização administrativa (em sentido próprio ou estrito), que apenas a territorial: na verdade, se no séc. XIX a administração autárquica vestia bem o papel do «outro» relativamente ao Estado, o mesmo não se passa nos nossos dias: a autonomia municipal já não é hoje uma instituição “com raízes sociais ou corporativas, mas uma forma de administração legitimada pela democracia e pela divisão vertical de funções (poderes), descentralizada e que, precisamente por isso, alivia o Estado da sua carga”⁷⁹.

As autarquias locais são pois atualmente sujeitos primários das suas competências, por força de um princípio de separação vertical de poderes generalizadamente consagrado nas constituições do segundo pós-guerra, e que de algum modo se traduziu numa rutura com a tradicional unidade política e administrativa do Estado.

As coletividades territoriais configuram-se muito mais (senão exclusivamente) por conseguinte como instituições de democracia representativa, ainda que à escala local (implantadas homogénea e regularmente em todo o território do Estado, e que inclusive reproduzem a estrutura do mesmo Estado em quadros territoriais menores) do que (como outrora de facto sucedia) instituições de democracia participativa (de participação da sociedade, dos cidadãos, na gestão dos assuntos públicos ao nível local), correspondendo à implementação do *princípio da descentralização* e não do *princípio da participação*.

Em suma, a ideia das coletividades territoriais como instrumentos de participação dos cidadãos nos assuntos locais a que ainda se referem muitos autores é por isso uma relíquia do passado, uma injustificada sobrevivência no plano conceptual e dos princípios da organização administrativa do papel que tais entidades desempenharam noutros tempos, nos primórdios do Estado de Direito.

e) *A associação de entidades privadas (concessionários e outros) ao exercício da função administrativa*

A associação de privados ao exercício da função administrativa, seja em substituição das entidades públicas concedentes ou delegantes, seja através de uma parceria institucionalizada com os poderes públicos, designadamente por intermédio de uma participação minoritária em empresas públicas societárias de economia mista que desempenhem elas próprias uma função administrativa, constitui uma modalidade *sui generis* de participação dos interessados na organização administrativa.

Estes são chamados a colaborar com o Estado ou outro ente público por uma ordem de razões distinta das que entroncam na democracia direta, e que se ligam antes à necessidade de a Administração recorrer ao *know how* e ao investimento privados para a execução de tarefas públicas.

⁷⁹ KLAUS STERN, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Madrid, 1987, p. 703.

2.5. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

2.5.1. O conceito de subsidiariedade

Com a entrada em vigor da Carta Europeia de Autonomia Local e com a revisão constitucional de 1992, ganhou um exposto assento em duas fontes de direito supralegais (respetivamente, num instrumento direito internacional convencional e na própria lei fundamental) o *princípio da subsidiariedade*, enquanto novo princípio da organização administrativa interna do Estado Português.

O princípio da subsidiariedade respeita apenas às autarquias locais, complementando o princípio da descentralização territorial.

Segundo o novo princípio, no âmbito da função administrativa, mais do que um direito a assumir a prossecução dos *interesses públicos locais* ou *com refração local* (designadamente em domínios como o do urbanismo e ordenamento do território, o do abastecimento público de água potável e saneamento, etc.), gozam inclusive as autarquias locais de uma preferência relativamente ao Estado na satisfação das necessidades coletivas em geral: o mesmo é dizer que, por princípio, deverá o Estado atuar a título subsidiário, assumindo apenas as tarefas que pelas respetivas características e por razões de (maior) escala ele possa desempenhar com substanciais ganhos de eficácia e de eficiência.

Com o princípio da subsidiariedade ultrapassa-se o tradicional critério de repartição de atribuições de acordo com a clássica distinção entre *interesses locais* e *interesses nacionais*, em virtude de nos nossos dias já não dever ser a «*localização do interesse*» a determinante a levar em consideração.

Na verdade, o progresso das comunicações (quer das vias e meios de transporte, quer das telecomunicações) a que se assistiu nas últimas décadas reduziu drasticamente o afastamento causado pela distância geográfica, reduzindo por isso as diferenciações e especificidades que tinham como causa última aquele afastamento – e tornando de algum modo caduca a contraposição entre interesses locais e interesses estaduais. Numa situação de potencial concorrência entre os poderes estadual, regional e local para a satisfação de interesses cada vez mais homogêneos e indiferenciados, deverão ser a amplitude e a natureza da tarefa, bem como exigências de eficácia e eficiência económicas, os critérios que deverão passar a ditar a respetiva outorga ao Estado ou às autarquias locais (Margarida d'Oliveira Martins).

O princípio da subsidiariedade vem pois trazer uma maior flexibilidade neste domínio, no sentido de as mesmas matérias ou assuntos, desde que correspondam (ou devam corresponder) a atribuições de entidades públicas, poderem ser prosseguidas seja por entidades locais ou regionais, seja pelo Estado, por aplicação apenas dos suprarreferidos critérios.

Dúvidas já não subsistem de que, em sede de repartição de atribuições públicas, hoje o legislador se deverá guiar pelo princípio da subsidiariedade, atendendo apenas por conseguinte aos critérios acima mencionados, e não à localização ou sequer à incidência (local ou apenas nacional) dos interesses ou necessidades a satisfazer.

Operou-se por isso uma verdadeira inversão de papéis: se dantes apenas o Estado gozava de uma competência geral e plena para assunção de tarefas públicas, apenas ficando o legislador obrigado a confiar às autarquias locais o núcleo essencial daquelas que dissessem respeito aos seus interesses próprios (por aplicação do critério da específica relevância local dos assuntos ou matérias em causa), hoje são as autarquias locais as primeiras e preferenciais candidatas à assunção das mesmas tarefas, reservando-se ao Estado um papel subsidiário no que respeita ao exercício da função administrativa: ele só deverá desempenhar as tarefas que por razões de escala as autarquias não possam assumir sem perdas de eficiência.

2.5.2. O princípio da subsidiariedade como diretiva constitucional dirigida ao legislador ou como critério de repartição de competências entre o Estado e as autarquias locais imediatamente aplicável no silêncio da lei

a) Entrada no tema

Coloca-se todavia a questão de se saber se o princípio da subsidiariedade se dirige apenas ao legislador, ou antes se, no que concerne às matérias e assuntos não expressamente atribuídas por lei ao Estado (ou às autarquias), ou seja, em caso de silêncio do legislador, se constitui ele próprio (princípio da subsidiariedade) como critério de repartição de atribuições – legitimando assim a assunção pelas mesmas autarquias das tarefas que elas entendam poder levar a cabo com ganhos de eficácia e eficiência, através de uma «ocupação» pela via regulamentar do terreno «deixado vago» pelo legislador.

Esta pergunta não tem uma resposta fácil, pois, não obstante a máxima efetividade deste princípio constitucional apontar para a segunda das hipóteses referidas, o princípio da legalidade administrativa – plasmado sobretudo, no que à relação entre a lei e os atos normativos da Administração de refere, no art.º 112.º da Constituição («Atos normativos») – requer especiais cautelas. Indispensável se torna pois, e antes do mais, uma breve incursão na temática dos regulamentos independentes, mais precisamente dos regulamentos autónomos.

b) A prévia e necessária delimitação por lei dos domínios de atuação em cujo âmbito podem as autarquias locais «ocupar», através de regulamentos seus, os «espaços livres» deixados pelo legislador

Fugindo à regra dos regulamentos administrativos, tradicionalmente vocacionados para executar ou complementar leis anteriores, os regulamentos independentes não são antecedidos, no plano substantivo, por qualquer específico regime legal, procedendo a Administração, por seu intermédio, e num modo em tudo idêntico ao do legislador, à disciplina inicial de uma matéria virgem no ordenamento jurídico.

Tal nota característica dos regulamentos pertencentes a esta particular espécie de atos normativos da Administração leva a que apenas tenham legitimidade para os emanar o Governo, no exercício da função administrativa (regulamentos independentes do Governo – cf. art.º 112.º, 6 e 7, e 199.º, al. g) CRP), os governos e assembleias regionais (regulamentos autónomos das Regiões Autónomas – cf. art.ºs 227.º, al. g), e 233.º/1 CRP) e as autarquias locais (regulamentos autónomos – cf. art.º 241.º CRP).

Mas até os regulamentos independentes, note-se, não deixam de se subordinar ao princípio da precedência de lei – princípio esse segundo o qual, recorde-se, não se esgota a vinculação da Administração à lei na vertente do primado da lei sobre toda a atividade administrativa (no sentido de esta nunca poder contrariar aquela), mas também, e para além disso, num outro tipo de sujeição, traduzida na impossibilidade de a Administração fazer algo que afete a esfera de terceiros sem prévia e específica permissão legal, não podendo desenvolver qualquer atuação externa se lhe faltar o devido suporte legal na lei (não lhe sendo permitido, por assim dizer, um atuar «por conta própria»).

Ora, segundo o art.º 112.º/7 da Constituição os regulamentos independentes são sempre por isso regulamentos (legalmente) *delegados* ou *autorizados*. Com efeito, extrai-se deste normativo do texto básico a exigência de *todos os regulamentos* (inclusive os independentes) se ancorarem em lei que, no mínimo, fixe previamente a *competência subjetiva e objetiva* para a respetiva emissão – podendo a lei habilitante ser a própria lei fundamental.

No caso dos municípios e demais autarquias locais, a norma diretamente habilitante é o art.º 241 CRP (definição da «competência subjetiva»). Deverá este preceito da Constituição conjugar-se com a lei das autarquias locais (especificamente prevista no art.º 237.º/1), diploma que elenca obrigatoriamente e desde logo, num plano mais elevado ou abstrato, os respetivos *domínios de atuação* – e à cabeça os *domínios de atuação comuns ou concorrenciais relativamente ao Estado*; e deverá ele articular-se também, num plano mais concreto e específico, com a legislação avulsa que, nesses mesmos domínios de atuação, fixa as múltiplas *atribuições* das autarquias locais (as tarefas ou fins a estas outorgados). Configura-se pois esta legislação, sobretudo a lei das autarquias locais, como a norma definidora dos assuntos ou matérias passíveis de virem a ser conformados através da atividade regulamentar independente das autarquias (definição da «competência objetiva»).

Segundo o art.º 23.º da atual lei das autarquias locais (Lei n.º 75/2013, de 12.IX), em conjugação com outras leis avulsas, são designadamente domínios de atuação concorrenciais ou comuns do Estado e dos municípios (i) o Urbanismo e Ordenamento do Território, (ii) a Habitação, (iii) o Ambiente, as Águas, a Salubridade e o Saneamento Básico, (iv) a Promoção do Desenvolvimento Económico, (v) o Equipamento Rural e Urbano, (vi) a Defesa do Consumidor, (vii) a Agricultura, (viii), o Comércio, Serviços e Restauração, (ix) o Turismo, (x) a Energia, (xi) as Comunicações, Vias Rodoviárias e Estacionamento, (xii) os Bombeiros e Proteção Civil, (xiii) a Ação e Segurança Social, (xiv) a Educação, Ensino e Formação Profissional, (xv) a Saúde, (xvi) os Tempos Livres e o Desporto, (xvii) a Cultura, o Património e a Ciência, (xviii) a Polícia Administrativa (Polícia Municipal) e (xix) a Cooperação Externa. Na sua maioria são domínios ainda partilhados com as freguesias, nos termos do art.º 7.º/2 do mesmo diploma.

Isto posto, e começando por recordar a questão acima colocada – a de saber se o princípio da subsidiariedade se dirige apenas ao legislador, ou, em matérias e assuntos não expressamente atribuídas por lei ao Estado (ou às autarquias), se constitui ele próprio como critério de repartição de atribuições diretamente aplicável, legitimando a assunção pelas autarquias das tarefas que elas entendam poder levar a cabo com ganhos de eficácia e eficiência, através de uma «ocupação» pela via regulamentar do terreno «deixado vago» –, diga-se que já estamos em condições de lhe dar uma resposta cabaz.

Assim, desde que reconduzíveis aos grandes domínios de atuação fixados pela legislação autárquica, o Estado e autarquias locais ficam numa situação de verdadeira concorrência em sede de atribuições públicas, em caso de silêncio da lei, relativamente à satisfação e prossecução de qualquer interesse público. Como um e outras, por força do princípio da subsidiariedade, têm base jurídica no texto constitucional para exercer o poder em causa, deverão – ou não – fazê-lo de acordo com tal princípio, mas desde que respeitado aquele limite decorrente como vimos do princípio da legalidade da Administração, na sua vertente de precedência de lei.

c) Princípio da subsidiariedade e proibição de o legislador estabelecer uma lista taxativa de atribuições

Note-se, por fim, que, partindo-se do pressuposto da conformidade da Carta Europeia de Autonomia Local com a nossa lei fundamental, decorre da dita Carta a impossibilidade de os legisladores dos Estados membros da União procederem a uma enumeração legal taxativa e fixa de atribuições das autarquias locais, por violar tal elenco fechado o princípio da subsidiariedade.

Por esta razão a nossa atual lei das autarquias locais não estabelece uma lista taxativa de atribuições, limitando-se a permitir, em cada um dos domínios que enumera, uma adequada repartição entre as atribuições estaduais e as atribuições das freguesias e dos municípios – repartição essa que poderá ser levada a cabo não apenas por lei, mas também, e no silêncio desta, alternativamente, pela via do poder regulamentar próprio das autarquias locais.

2.6. O PRINCÍPIO DA UNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO

2.6.1. Noções prévias

Os quatro princípios constitucionais da organização administrativa abordados até agora – descentralização, desconcentração, participação e subsidiariedade –, concretizando como concretizam o imperativo da aproximação dos serviços públicos às populações, são princípios todos eles «centrífgos», ou seja, tendencialmente desagregadores da unidade da Administração.

Com efeito, e como vimos, estamos perante diretivas que têm como destinatários quer o legislador, quer também – e ainda que em menor medida – a própria Administração, sempre no sentido de «descarregar» tarefas e poderes públicos de instâncias administrativas centrais para instâncias periféricas, incluindo mesmo para particulares que são chamados a participar na gestão de negócios públicos (como acontece por definição com o princípio da participação dos interessados na organização administrativa).

Mas no plano jurídico (não naturalmente no plano histórico ou sociológico), e parafraseando o Evangelho de S. João, também “no princípio era o Estado”. Se alguma coisa a moderna metodologia jurídica deve ao positivismo jurídico é um mínimo de clareza nesta premissa: o ponto de partida (jurídico-público, insista-se) de toda a organização administrativa não pode deixar de ser o Estado uno – por força do

primordial princípio da unidade do Estado, que é também e desde logo unidade do Estado-Administração.

Em contraponto pois dos quatro referidos princípios atribui o art.º 199.º da Constituição («Competência administrativa» do Governo) ao órgão executivo do Estado, no exercício de funções administrativas, “[d]irigir os serviços e a atividade da administração direta do Estado, civil e militar, superintender na administração indireta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma”.

Enfim, e para além dos poderes e sujeições centrípetas que compõem estas relações de *suprainfraordenação*, também no âmbito das *relações de equiordenação* vigoram princípios organizativos geradores de modelos jurídicos de articulação entre sujeitos públicos que asseguram igualmente, ainda que pela via da concertação, e não da coerção, o princípio da unidade da Administração: são eles os *princípios da cooperação, da colaboração e da coordenação*.

2.6.2. Relações de suprainfraordenação entre sujeitos e órgãos públicos: os poderes de direção ou hierárquicos, de superintendência e de tutela (remissão)

Como primeiro «travão» ao princípio da desconcentração temos no interior do Estado (e, por mimetismo, dentro das demais pessoas coletivas públicas) os *poderes de direção* que assistem ao Governo e seus membros sobre toda a Administração direta estadual, e que se reproduzem, enquanto *poderes hierárquicos*, na esfera de todos os órgãos administrativos sobre os órgãos e agentes seus subalternos, do topo para a base da pirâmide hierárquica.

Enquanto contrapartida do princípio da descentralização técnica ou funcional, ou devolução de poderes, temos os *poderes de superintendência* (de emanção de diretivas e instruções genéricas) do Governo e demais órgãos executivos das restantes pessoas coletivas públicas de população e território ou primárias sobre as respetivas administrações indiretas (compostas por organismos instrumentais dos entes primários ou matriz, mas dotados de personalidade jurídica própria e de autonomia administrativa e financeira). Esta previsão constitucional é diretamente aplicável, constituindo título suficiente para os entes primários exercerem os poderes ali previstos, sem necessidade de expressa previsão legal.

Enfim, como freio quer à devolução de poderes, quer à descentralização em sentido estrito ou territorial, temos os *poderes de tutela*, expressos em controlos de vários tipos, e que por regra têm que ser objeto de expressa previsão legal, poderes esses que assistem ao Governo e demais entes públicos territoriais sobre as respetivas administrações indiretas, e ao Governo da República e aos Governos Regionais sobre as respetivas autarquias locais.

O mais importante cimento da unidade do Estado é o *poder de direção* que se exerce no seu interior (assim como nos das demais pessoas coletivas públicas). Na verdade, de tal modo são conaturais à organização administrativa os poderes hierárquicos, que estes se presumem, não sendo necessária nenhuma disposição legal expressa que os preveja; nem seria preciso pois o art.º 199.º d) CRP assinalar ao Governo os poderes de direção sobre a sua administração (administração direta), não fora a necessidade de estabelecer com o rigor possível a distinção entre os poderes de direção e os de superintendência.

Obviamente, e como princípio que é, admite derrogações, estando obrigado a conviver com outros princípios, regras e garantias constitucionais. Assim, quando na mesma norma são assinalados os poderes de superintendência sobre a administração indireta do Estado, isso quer significar tão só que ao Governo está interdito o dar ordens e instruções concretas aos órgãos dirigentes das entidades que a integram, limitando-se aquele à emanação de diretivas e recomendações.

Do mesmo modo, quando são, enfim, assinalados os poderes de tutela sobre a administração autónoma, pretende esta norma interditar agora, por sua vez, o próprio poder de superintendência sobre esta administração. Claro está que os poderes do Estado sobre as autarquias estão perfeitamente definidos no respetivo capítulo; o que tornaria a norma redundante – se nos esquecêssemos que também as universidades são entes autónomos, bem como, inclusive – e na nossa opinião – outros entes, em certas dimensões, pelo que se impunha a enunciação da regra.

Esta matéria será todavia melhor analisada no final do presente tomo, quando abordarmos *ex professo* a matéria das *relações interorgânicas*.

2.6.3. Relações de equiordenação entre sujeitos públicos: a articulação das respetivas atuações por força dos princípios da coordenação, da colaboração e da cooperação

a) *Noções prévias*

Da implementação dos princípios da descentralização (territorial) e da devolução de poderes decorre, como bem sabemos, a existência de uma pluralidade de entes infraestaduais. São esses entes dotados de esferas materiais próprias de atuação, esferas estas que em certos casos – a saber, o das autarquias locais o das universidades públicas – estão inclusive protegidas por uma autonomia constitucionalmente qualificada. No caso das autarquias locais, tal autonomia proporciona-lhes, nomeadamente, a capacidade para intervir em espaços territorialmente delimitados de acordo com as “estratégias” de ação definidas autonomamente pelos respetivos órgãos representativos.

A organização administrativa portuguesa pode ser desdobrada em diferentes níveis de intervenção territorial a que correspondem diferentes tipos de organização: (i) o primeiro nível é o nacional, abrange a totalidade do território português e é composto pela pessoa coletiva Estado e pelas pessoas coletivas públicas que integram a sua administração indireta; (ii) o segundo nível é o regional e abrange parcelas do território nacional sob a alçada das regiões autónomas; (iii) o terceiro nível é o local e, no regime vigente, desdobra-se no subnível municipal (a cargo de cada município) e no subnível paroquial (a cargo de cada freguesia).

A cada um desses níveis de administração compete a satisfação de diferentes necessidades coletivas, as quais são identificadas e prosseguidas com referência a uma determinada comunidade e no âmbito dessa mesma comunidade (nacional, regional ou local).

Focando-nos agora no modelo de repartição e de articulação das esferas de atuação dos entes territoriais, em especial do Estado e das autarquias locais, pode esse modelo de repartição das esferas de atuação ser representado da seguinte forma: (1) temos, por um lado, as *atribuições e as competências concorrentes*, que são tituladas e exercidas por diferentes entes territoriais e que respeitam a uma mesma matéria ou assunto, sendo

exercidas com referência a mesma área geográfica; e temos ainda (2) as *atribuições e as competências paralelas*, que são tituladas e exercidas por diferentes entes territoriais, respeitam a uma mesma matéria ou assunto, mas são exercidas com referência a diferentes circunscrições territoriais.

Há atuação concorrencial entre dois ou mais entes territoriais quando duas ou mais entidades territoriais são titulares de atribuições e de competências que podem ser concretamente exercidas sobre uma mesma matéria ou assunto e com referência a uma mesma parcela do território nacional.

Este fenómeno pode verificar-se na relação entre o Estado (ou as regiões autónomas) e as autarquias locais, bem como na relação entre um município e as freguesias existentes na respetiva circunscrição municipal.

No que respeita à relação entre o Estado e os municípios, tal fenómeno decorre diretamente da abrangência nacional das tarefas do Estado, que pode justificar e fundamentar a intervenção da Administração estadual sobre certas matérias sobre as quais é também admissível a intervenção de determinado município. Isso resulta do facto de o interesse nacional não ser, por princípio, limitado quanto à sua substância e quanto à sua incidência territorial, contrariamente ao que sucede com os interesses locais, que são sempre identificados e prosseguidos com referência a uma determinada parcela do território nacional.

No que respeita à relação entre o município e a freguesia, o mesmo fenómeno decorre da maior abrangência das atribuições e competências municipais em face daquelas que são conferidas às freguesias e do facto de a intervenção do município poder recair sobre toda a circunscrição municipal e, portanto, sobre as circunscrições das diferentes freguesias aí sedeadas.

A concorrência de competências sobre uma mesma matéria ou assunto pode gerar conflitos (nomeadamente, conflitos positivos de competência), do mesmo modo que pode também levar à adoção de mecanismos de articulação, como a *coordenação* (em que cada ente exerce a sua competência de forma isolada mas articulada), a *cooperação* (em que os entes atuam em conjunto para resolver determinado problema) e a *colaboração* (em que um ente presta apoio ao outro para que este proceda à adequada resolução do problema).

Quanto às *esferas de atuação paralelas entre entes territoriais*, respeitam estas essencialmente às relações que se podem estabelecer entre entes territoriais da mesma categoria, por exemplo, entre municípios entre si e entre freguesias entre si.

Os municípios (ou freguesias) são dotados, normalmente, do mesmo estatuto funcional, isto é, possuem as mesmas atribuições e as mesmas competências. No entanto, essas competências só podem ser exercidas no âmbito da respetiva circunscrição territorial. No caso das freguesias, esta repartição rígida dos âmbitos de intervenção não coloca particulares dificuldades, dado que as insuficiências que possam daí advir podem ser sempre supridas pela intervenção do município. Mas, no caso dos municípios, a situação é bem diferente e bem mais delicada.

Com efeito, as limitações funcionais dos municípios em matéria de intervenção territorial (resultantes de restrições financeiras, técnicas e organizativas), a ausência de um nível intermédio de decisão (política) entre a administração estadual e a administração municipal – que possa assegurar, nomeadamente o planeamento estratégico, a gestão de serviços públicos e a coordenação (articulação) dos diferentes agentes (políticos, económicos, culturais) a um nível regional – e o centralismo na

definição e execução das políticas estratégicas de investimento e intervenção territorial, geram a necessidade de se promover a ação conjunta e concertada entre municípios (em especial, entre municípios contíguos), de modo a elevar a capacidade, a eficácia e a eficiência da intervenção da Administração local e garantir, assim, uma adequada promoção do desenvolvimento territorial. Entramos aqui no domínio da cooperação intermunicipal.

Enfim, por força de três correspondentes (sub)princípios gerais da organização administrativa, podemos identificar três modelos que permitem assegurar a articulação do exercício de competências por parte de diferentes entidades públicas em domínios de intervenção concorrentes ou paralelos. Vejamos pois.

b) Princípio da coordenação

Trata-se aqui de assegurar que duas ou mais entidades, nomeadamente em domínios de intervenção concorrentes, exerçam as suas competências de forma isolada, mas devidamente articulada. Esta articulação de exercício de competências processa-se sob a coordenação de uma das entidades públicas intervenientes, a qual, não obstante o pressuposto da equiordenação, não deixa por isso de assumir alguma proeminência.

A coordenação opera normalmente pela via procedimental – cabendo à entidade pública coordenadora a instrução do procedimento ou procedimentos –, nomeadamente através de procedimentos administrativos complexos que permitem a intervenção de diversas entidades competentes sobre determinada matéria ou através de procedimentos que correm paralelamente.

Caso paradigmático de coordenação formal do exercício de competências estaduais e municipais ocorre no âmbito do controlo das operações urbanísticas.

Neste domínio, merecem referência, por exemplo, as normas dos artigos 13.º e 13.º-A do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, que preveem a possibilidade de, no âmbito dos procedimentos de controlo urbanístico a cargo dos municípios, haver lugar à intervenção de entidades da administração estadual, direta ou indireta, nomeadamente quanto à localização da obra a construir. Dessa intervenção pode resultar a emissão de pronúncias vinculativas que condicionam a decisão final a tomar no procedimento de controlo da operação urbanística. Nesses casos, não estamos, em bom rigor, perante uma relação tutelar, dado que a intervenção da Administração estadual não incide diretamente (ou indiretamente) sobre a atividade levada a cabo pela autarquia, mas sim sobre a pretensão do particular.

Quanto ao regime geral da coordenação procedimental, remete-se para os art.ºs 77.º e seguintes do CPA em vigor, que regulam a figura em causa.

c) Princípio da cooperação

Este princípio, sendo suscetível de aplicação em praticamente todos os domínios de intervenção dos entes públicos, tem uma especial mais-valia no que respeita às autarquias locais.

O elemento caracterizador do modelo decorrente da aplicação do princípio da cooperação consiste em duas ou mais entidades exercerem os seus poderes, em conjunto ou de forma concertada, numa situação concreta, tendo em vista realizar um objetivo

que lhes é comum, como por exemplo, a organização e a gestão em conjunto de um determinado serviço local, a realização de um empreendimento comum.

Esta cooperação pode ocorrer desde logo entre os órgãos e serviços dos diferentes ministérios: neste âmbito temos antes do mais a figura da *partilha de atividades comuns*, prevista e regulada nos art.ºs 8.º a 10.º do Regime da Organização da Administração Direta do Estado (Lei n.º 4/2004, de 15.I). Segundo o n.º 2 do art.º 8.º do referido diploma, tal partilha processar-se-á sem prejuízo das competências próprias ou delegadas dos respetivos dirigentes máximos, podendo o seu funcionamento ser enquadrado por protocolos que estabeleçam as regras necessárias à atuação de cada uma das partes. E mais especifica o n.º 2 do mesmo artigo que tal modelo de funcionamento abrangerá especialmente atividades de natureza administrativa e logística, designadamente a negociação e aquisição de bens e serviços, os sistemas de informação e comunicação, a gestão de edifícios, os serviços de segurança e limpeza, a gestão da frota automóvel e o processamento de vencimentos e contabilidade.

Podem estabelecer-se também mecanismos de cooperação entre o Estado e as autarquias locais, assim como entre autarquias locais da mesma ou de diferentes categorias. Como o modelo de cooperação assenta exclusivamente num encontro de vontades autonomamente formadas, constitui ele a forma de articulação do exercício de competências mais respeitadora e promotora da autonomia (local).

No que respeita às formas jurídicas de cooperação, podem estas traduzir-se em três modelos: (1) na criação e participação em entidades instrumentais (por exemplo em associações de municípios, empresas ou fundações intermunicipais); (2) na celebração de protocolos ou acordos de cooperação; ou ainda (3) na aprovação de instrumentos normativos (como sucede com os planos intermunicipais de ordenamento do território).

d) Princípio da colaboração

O novo CPA consagra no seu art.º 19.º, a par dos demais princípios gerais de direito administrativo que constam da Parte I do Código, um «Princípio de cooperação leal com a União Europeia», nos termos do qual, sempre que o Direito da União Europeia impuser à Administração Pública portuguesa a obrigação de “prestar informações, apresentar propostas ou de, por alguma outra forma, colaborar com a Administração Pública de outros Estados-membros, essa obrigação deve ser cumprida no prazo para tal estabelecido”.

Ter-se-ia justificado aqui a expressa consagração de um princípio mais amplo de colaboração entre as várias administrações públicas, desde logo entre os diversos níveis territoriais pelos quais que ela hoje se desmultiplica (local, regional, estadual e supraestadual ou comunitário), incluindo, claro está, o dito dever de colaboração das administrações nacionais com as administrações públicas dos demais Estados membros da União, em aplicação do direito desta, assim como com a Administração Pública da União Europeia (o mesmo é dizer, com a Comissão Europeia e os seus serviços).

Não faltam os bons exemplos noutras ordens jurídicas próximas da nossa. Logo no pórtico da lei alemã do procedimento administrativo (Parte I - «Âmbito de aplicação, competência territorial e dever de colaboração», art.ºs 1.º a 8.º), temos a consagração de um dever geral de colaboração, ajuda ou assistência («Amsthilfe») complementar que “todas as autoridades (administrativas)” obrigatoriamente “prestam a outras autoridades”, sempre que tal lhes seja solicitado. Do mesmo modo, consagra na vizinha Espanha o «Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento

Administrativo Comum», no seu art.º 3.º («Princípios Gerais»), n.º 2, um “princípio de cooperação e colaboração” que deverá “reger” as Administrações Públicas “nas suas relações”, dedicando o dito «Regime» logo de seguida todo o seu Título I precisamente à regulação das “Administrações Públicas e suas relações” (desmultiplicando o primeiro artigo desse título – art.º 4 – o dito princípio de cooperação e colaboração em quatro subprincípios).

Na verdade, a importância sistemática da expressa consagração do princípio da colaboração no pórtico do Código teria toda a justificação, desde logo porque este consagra, à semelhança das citadas leis alemã e espanhola de procedimento o instituto da solicitação de auxílio administrativo no seu art.º 66.º.

No princípio da colaboração incluímos duas figuras de alcance geral.

A primeira dessas figuras é a do auxílio administrativo de uma entidade administrativa a outra para que a segunda possa exercer eficazmente e com eficiência a sua função.

Integramos aqui os apoios financeiros, técnicos e administrativos e a prestação de informação. Esta figura encontra-se regulada, em termos gerais, e como já se referiu, no artigo 66.º do CPA, com a epígrafe «Auxílio administrativo».

Neste domínio, podemos citar um exemplo paradigmático que respeita à figura que a lei designa, impropriamente, de delegação legal de competências dos municípios nas freguesias, que está prevista nos artigos 131.º e 132.º do RJAL. Em bom rigor, não estamos aqui perante uma delegação (ainda que tácita) de competências dos municípios para as freguesias: diferentemente, depara-se-nos um fenómeno de descentralização de atribuições e de competências do Estado nas freguesias. O que sucede é que, quer o município, quer a freguesia são titulares em simultâneo das correspondentes atribuições e competências, mas o exercício dos inerentes poderes por parte da freguesia encontra-se sujeito a uma condição, que é a outorga de um acordo de execução. Ora, esse acordo de execução serve precisamente para o município atribuir à freguesia os meios necessários para o exercício desses mesmos poderes, ou seja, para lhe prestar apoio técnico, financeiro ou administrativo na realização das inerentes tarefas.

A segunda respeita figura de colaboração diz respeito à delegação de competências impropriamente dita dos municípios nas freguesias por contrato administrativo, a que já acima fizemos referência, a propósito do princípio da desconcentração.

Sublinhe-se que este tipo de delegação de competências não é um instrumento de descentralização, pois não determina a transferência da titularidade de atribuições e de competências, mas apenas e tão só o seu exercício. Será desde logo um instrumento de desconcentração derivada, mas com uma nota que lhe dá um cunho peculiar relativamente à clássica delegação de poderes, que é a de assentar numa base concertada; o mesmo é dizer que se trata de um instrumento de colaboração que serve para flexibilizar e ajustar às necessidades concretas o modelo legal de repartição de competências.

2.7. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE COMO PRINCÍPIO TAMBÉM DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

2.7.1. Entrada no tema

Como vimos, não apenas a atividade administrativa, mas também a própria organização administrativa se tem que pautar pelo *princípio da imparcialidade*.

Esta exigência de prévia observância de um procedimento e de uma organização justos e imparciais coloca-se especialmente quando a gestão de assuntos públicos é atribuída a entidades ou estruturas cujos órgãos sejam formados no todo ou em parte por representantes dos interesses diretamente envolvidos nesses mesmos assuntos, como acontece, paradigmaticamente, com as associações públicas.

Na verdade, corre-se sempre aqui o risco de a ação administrativa se desviar relativamente à orientação definida pelos órgãos investidos do poder decisório segundo os princípios democráticos que regem o nosso sistema político⁸⁰, equivalendo um excessivo peso ou homogeneidade dos interesses particulares representados a uma “privatização do serviço em benefício de uma categoria limitada de cidadãos”⁸¹.

2.7.2. O imperativo constitucional da dimensão também organizativa e procedimental do princípio da imparcialidade: a vinculação não só da Administração, mas igualmente do legislador

Uma particular importância assume pois nestes precisos âmbitos de organização, funcionamento e procedimento o princípio da imparcialidade: ele apresenta, para, e relativamente à Administração pública, “uma forte idoneidade protetora do cidadão: enquanto princípio exclusiva ou prevalentemente administrativo, arranca a raiz da planta do privilégio e da tirania particular, porque impõe um modelo de organização pública aberta a todos os interesses e a todas as vozes, mesmo às vozes dos que... não têm interesses”⁸². Trata-se de um imperativo constitucional o toda a organização administrativa ter que ser modelada pelo princípio da imparcialidade, configurando-se a “imparcialidade da organização” como um prévio e indispensável instrumento da “imparcialidade da atividade”⁸³.

Na doutrina portuguesa, acrescenta J. C. Vieira de Andrade que sendo certo o referir-se a imparcialidade prescrita na lei fundamental à atividade administrativa, tal prescrição “não se dirige apenas aos órgãos e agentes da Administração”, tendo antes “como primeiro destinatário o próprio legislador”: segundo o autor, a este impõe-se assim a obrigação de assegurar a imparcialidade, logo ao nível da organização (entendida aqui num sentido amplo)”, devendo variar as soluções legais conforme a

⁸⁰ SERGIO BARTOLE, *Le corporazione pubbliche...*, cit., p. 535, cit. de VITAL MOREIRA, *Amministrazione autonoma...*, cit., p. 232.

⁸¹ *La participación del ciudadano en la administración pública*, Madrid, 1980, p. 225.

⁸² MARIO NIGRO, *Formazione...*, cit., p. 877.

⁸³ *L' imparzialità amministrativa*, Pádua, 1965, pp. 18 e ss., notas 32 a 36, e p. 291 e ss., nota 315.

“existência, a intensidade e as formas de atuação das forças sociais sejam mais ou menos capazes de desvios”⁸⁴.

2.7.3. O reforço das garantias constitucionais de imparcialidade trazido pela doutrina do «duplo caráter» dos direitos fundamentais

No que respeita à vinculação do legislador na organização e no procedimento em matéria de direitos fundamentais proceduralmente dependentes merece uma especial destaque a doutrina e a jurisprudência constitucionais alemãs, na sua defesa do direito a uma organização e um procedimento justos e imparciais na concretização de cada direito fundamental como dimensão adjetiva deste.

Peter Häberle dá-nos notícia da evolução na Alemanha de uma compreensão dos direitos fundamentais caracterizada por uma “extraordinária intensificação, diferenciação e, também, ampliação dos seus conteúdos”⁸⁵. Refere o autor, neste âmbito, “a doutrina do «duplo caráter» dos direitos fundamentais, quer dizer, da concorrência de uma projeção objetivo-institucional com a subjetivo-individual; a doutrina dos aspetos de prestação estadual dos direitos fundamentais mediante organização e procedimento, *status activus processualis*.”; e nesse sentido, invoca especificamente “a doutrina das «obrigações objetivas de proteção», que resultam dos direitos fundamentais”⁸⁶.

Na nossa doutrina juspublicista, mas ainda com referência a esta evolução da doutrina alemã, chama Gomes Canotilho a atenção para “a deslocação teórica resultante da complexidade problemática ambiental que envolve o «processo de decisão»”, no sentido de “a essência da decisão” estar “mais na sua preparação, no procedimento de operações sucessivas resultantes da interação entre o sujeito por decisão, o sistema e o seu ambiente, do que na própria decisão”⁸⁷. O mesmo autor menciona o definitivo reconhecimento, desde finais dos anos setenta do séc. XX⁸⁸, de “que a imbricação entre direitos fundamentais e organização/procedimento” deixou de ser uma moda, abandonando o procedimento e organização” o “estatuto de «estrangeiros» na «cidade constitucional»”⁸⁹ – sendo que não constitui, ainda segundo o autor, a dimensão jurídico-procedimental/processual “um mero instrumento ancilar da

⁸⁴ VIEIRA DE ANDRADE, *A imparcialidade da administração como princípio constitucional*, Coimbra, 1975, p. 23-24. Também MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO sublinha em tese geral a importância das garantias preventivas do princípio da imparcialidade “ao nível da organização ou do procedimento administrativo”, na medida em que “procuram assegurar o desenvolvimento imparcial da função administrativa” (*O princípio da imparcialidade...*, cit., p. 299).

⁸⁵ PETER HÄBERLE, *El legislador de los derechos fundamentales*, em «La garantía...», cit., pp. 108-109.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Em *Procedimento administrativo e defesa do ambiente*, RLJ, n.ºs 3794 a 3800, Coimbra, 1990-1991, n. 3798, p. 264.

⁸⁸ *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*, Coimbra, 1990, p. 5. O autor cita, nesse sentido, H. BETHGE, em *Neue Juristische Wochenschrift: Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren*, 1982, pp. 1-7.

⁸⁹ J.J. GOMES CANOTILHO, ibidem.

realização do direito material”, mas “parte integrante do mesmo”, com consequente rejeição do “modelo material”⁹⁰.

Formam pois estes últimos princípios uma base suficiente para anular aquelas decisões *lato sensu* discricionárias adotadas com intervenção de um órgão que “manifestamente não reúna as garantias devidas de imparcialidade e capacidade técnica e para declarar a invalidade das normas que os regulam”, levantando nomeadamente a questão da respetiva inconstitucionalidade⁹¹. Assim, e “quando o princípio da imparcialidade já venha violado” de trás, ou seja, na “predeterminação” da composição de um órgão, e designadamente quando a determinação dessa composição seja “operada pela lei”, não se pode “prescindir de uma adequada exceção de inconstitucionalidade”⁹².

2.7.4. O caso em particular das associações públicas

No que respeita às associações públicas, por exemplo, o princípio da imparcialidade da Administração fica sempre e necessariamente em causa na medida em que, sendo os titulares dos órgãos das corporações públicas eleitos pelos membros das categorias nelas organizadas, a sua atividade afeta não apenas os interesses privativos dessas categorias, “mas também interesses gerais”, ou pelo menos envolvem “outros setores sociais, e tendo frequentemente poderes em relação a terceiros”. Elas não se conformem com o princípio da imparcialidade no seu entendimento corrente, o qual “pressupõe o desinteresse pessoal das autoridades nos assuntos que são da sua competência”, pelo que, e “em suma, aquilo que a todos interessa é gerido apenas por um grupo”⁹³.

Segundo Vital Moreira, “o que está em causa” é “um problema mais vasto” do que um mero “défice de legitimação democrática” passível de compensação – problema esse “que consiste na *desagregação da unidade da Administração* e na sucessiva autonomização mais ou menos completa de espaços de administração em relação ao Governo, correspondendo à diversificação do interesse público, entre o interesse geral da coletividade estadual e os interesses coletivos específicos de cada uma das coletividades territoriais intraestaduais, bem como das diversas coletividades ou formações sociais funcionalmente caracterizadas, nomeadamente as comunidades profissionais”⁹⁴.

⁹⁰ *Tópicos...*, cit., p. 10.

⁹¹ SÁNCHEZ MORÓN *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 147-148.

⁹² GIUSEPPE MANFREDI, *Principio di imparzialità...*, cit., p. 97.

⁹³ S. BARTOLE, *Le corporazione pubbliche...*, cit., p. 527 e ss., *Amministrazione autonoma...*, cit., p. 509. No mesmo sentido, ver também e ainda na doutrina italiana LEONARDO FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.P.A.B.: verso una revalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, «RTDP», 1990, pp. 469-470, e MARIO NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in «Pol. Dir.», 1975, pp. 601-602.

⁹⁴ *Amministrazione autonoma...*, cit., pp. 509-510.

2.7.5. O acolhimento pelo novo CPA das dimensões organizativa e procedimental do princípio da imparcialidade

Estas preocupações expressas há muito pela doutrina portuguesa (e estrangeira, do nosso entorno) foram como vimos acolhidas pelo legislador do novo CPA: no atual art.º 9.º do Código surge-nos como novidade um imperativo, *primo* de prévia identificação pela Administrações daquelas situações à partida suspeitas, em que, objetivamente, se deverá entender não reunir o órgão *ab initio* as necessárias condições de imparcialidade (mesmo inexistindo uma qualquer regra jurídica garantidora de prévias garantias de imparcialidade), e, *secundo*, de superação ou resolução dessa situação, em sede organizacional e procedimental.

Decorre desde logo inequivocamente deste imperativo agora proclamado de forma expressa na lei, constatámo-lo já, a possibilidade da futura anulação de uma decisão tomada num tal contexto suspeito do ponto de vista da imparcialidade, em caso de incumprimento do dever consagrado na parte final do artigo em análise, com dispensa por conseguinte da demonstração de uma efetiva violação do princípio nas ponderações levadas a cabo pelo órgão.

Cap. II

OS ELEMENTOS DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

1. PESSOAS COLETIVAS PÚBLICAS, ÓRGÃOS E SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1. PESSOAS COLETIVAS PÚBLICAS

1.1.1. Entrada no tema

A Administração é, por definição, constituída apenas por pessoas coletivas, que são figuras abstratas mas, tal como as pessoas físicas, detentoras de poderes, direitos e deveres.

Numa primeira abordagem, dir-se-á que as pessoas coletivas cujo conjunto se designa por Administração Pública são as *peças coletivas de direito público*, ou seja, o próprio *Estado* (bem entendido, apenas o chamado *Estado-Administração*, cuja cabeça é o Governo), as *Regiões Autónomas*, as *autarquias locais*, os *institutos públicos*, as *fundações públicas*, as *empresas públicas institucionais* (entidades públicas empresariais) e as *associações públicas*.

As pessoas coletivas de direito público (ou entes públicos, ou sujeitos públicos) caracterizam-se antes de mais por serem dotadas de personalidade jurídica própria. Enquanto *peças*, elas podem nessa medida (e a par das pessoas individuais) atuar por si próprias no tráfico jurídico, no uso da sua capacidade jurídica; o mesmo é dizer que podem ser sujeitos de relações jurídicas.

E o serem pessoas *coletivas* significa que são entidades abstratas, construções ou ficções jurídicas (aliás muito sofisticadas), que são instituídas em concreto por ato jurídico (diploma legal ou ato administrativo). A razão de ser desta *fictio iuris* é a de facilitar o tráfico jurídico que envolva atuações humanas conjuntas.

As pessoas coletivas de direito público distinguem-se das demais na medida em que:

A lei lhes confia a prossecução *direta* ou *imediate* do interesse público...

...mandato que elas desempenharão, em regra, através de *atos de autoridade* (de atos que resultam do exercício de poderes que a mesma lei lhes atribui – designadamente *regulamentos*, *atos administrativos* e *contratos administrativos*)...

...sendo também elas, por norma, *criadas por ato de autoridade* (lei ou ato administrativo).

As pessoas coletivas de direito público atuam por isso (e por norma) sob a égide do direito administrativo, no uso da sua capacidade jurídica especial, que é constituída pelo conjunto de *poderes funcionais* que integram a(s) sua(s) *competência(s)*.

Mas por vezes como vimos atuam ao abrigo do direito privado, pois elas, antes de serem pessoas coletivas *públicas*, são pessoas coletivas *tout court*, dispondo da mesma capacidade de gozo e de exercício de direitos que é apanágio das demais. O que

acontece é que, em regra, elas utilizam essa capacidade jurídica geral apenas residualmente, exercitando por norma, no cumprimento das suas tarefas, os poderes de autoridade que a lei lhes confere: por exemplo, enquanto uma pessoa coletiva privada, se necessitar de um determinado imóvel, só o pode adquirir pela via do direito privado – carecendo por isso do consenso do seu proprietário para poder celebrar com este um contrato de compra e venda e para a estipulação das respetivas condições, como o preço, prazo de pagamento, etc. –, já uma pessoa coletiva pública, para alcançar o mesmo resultado, pode (e deve) em *ultima ratio* recorrer ao procedimento e ato administrativo expropriativos, que por definição dispensam o acordo do titular do imóvel.

1.1.2. A natureza privada das pessoas coletivas de utilidade pública e demais pessoas coletivas de interesse público

Alerte-se desde já, não são pessoas coletivas de direito público, designadamente fundações ou associações públicas, as que formam todo o vasto universo de entidades substancial e formalmente privadas, que é o das pessoas coletivas de utilidade pública (cf. DL n.º 460/77, de 7.XI) e demais pessoas coletivas de interesse público (aqui se compreendendo as de utilidade pública administrativa, como as associações de bombeiros – cf. Lei n.º 32/2007, de 13.VIII), em cujo âmbito ocupam um lugar de destaque as instituições particulares de solidariedade social (cf. DL n.º 119/83, de 25.II).

Trata-se de associações e fundações que, não obstante terem uma natureza substancial e formalmente privada, prosseguem *finis paralelos a finis públicos* (ou seja, têm por objeto de satisfação de interesses paralelos a interesses públicos, sabendo nós que estes últimos são por definição confiados por lei ao Estado ou a outros entes públicos), o que lhes confere, *ipso facto*, a condição de *entidades auxiliares dos poderes públicos*. No que respeita às IPSS, tal condição é expressamente reconhecida pela Constituição (art.º 63.º, n.º 5 CRP) e pela lei, nela se fundando os contratos de financiamento previstos e regulados na Lei de Bases da Economia Social (Lei n.º 30/2013, de 8.V) e no DL n.º 172-A/2014, de 14.XI.

Não se nos depara aqui sequer um fenómeno de delegação de uma parcela da função administrativa em entidades privadas (o que as poderia reconduzir, pelo menos no plano funcional, à Administração Indireta do Estado), porque não está confiada a tais particulares a prossecução de fins públicos (isto na medida em que como tal não podem ser considerados, em rigor, os fins de interesse geral por si prosseguidos). Sendo a sua atividade por definição relevante para o interesse público, não traduz ou implica sequer o seu financiamento público, mesmo maioritário, por si só, uma delegação no particular por ele beneficiado de uma parcela da função administrativa.

1.1.3. Natureza jurídico-organizativa e natureza profunda (pública ou privada) das pessoas coletivas

Quando falamos em pessoas coletivas públicas, ou pessoas coletivas de direito público, por contraposição às demais pessoas coletivas (por definição privadas ou de direito privado), referimo-nos à *natureza jurídico-organizativa* de umas e outras. E as consequências da qualificação não são de somenos: com efeito, a natureza jurídico-organizativa pública de um ente convoca por regra uma aplicação em bloco à sua

organização, funcionamento e atividade de todo o direito estatutário da Administração Pública, que é o Direito Administrativo, tornando residual a aplicação do direito privado.

Acontece que, e como vimos, em virtude do agravamento do fenómeno da chamada *fuga para o direito privado*, se foi agigantando um segundo universo administrativo, paralelo ao da Administração tradicional (o das pessoas coletivas públicas ou de direito público), que é das chamadas *entidades administrativas privadas ou em forma privada*. Estas últimas, apesar de já não integrarem em rigor a Administração Pública, por terem *forma jurídico-organizativa privada* – congruentemente aliás com o regime de direito privado a que estão por definição submetidas –, não deixam de ser, na sua *natureza profunda*, entidades públicas, mais precisamente longas *manus*, extensões ou desdobramentos das pessoas coletivas públicas que as constituíram (designadamente do Estado, de uma Região Autónoma ou ainda de uma ou mais autarquias locais). Apresentam-se elas, pois, como meros instrumentos dos entes públicos que lhes deram origem.

Tenha-se presente que este universo das *entidades administrativas privadas* (administrativas na sua natureza profunda, mas privadas na forma jurídica que lhes é dada e sujeitas, por regra, quer na sua organização e no seu funcionamento, quer na sua atividade, ao direito privado) não é composto apenas por entidades cem por cento públicas (só com acionistas, sócios, cooperantes ou associados públicos). Integram-no ainda as entidades mistas (com participação privada), quer as (sociedades) de capitais maioritariamente públicos ou (associações ou cooperativas) com uma maioria de associados ou cooperantes públicos, quer aquelas cujos órgãos de direção, gerência ou administração sejam, por determinação legal ou estatutária, maioritariamente preenchidos por representantes designados pelos acionistas, sócios, cooperantes ou associados públicos, os quais exercem por isso sobre elas uma *influência dominante*.

Ora, por regra, e com a única exceção (como melhor veremos infra) das chamadas fundações públicas de direito privado, a *natureza pública ou administrativa profunda* de um ente, decorrente da influência dominante que sobre este exerça, ou esteja em condições de exercer, uma ou mais entidades públicas suas criadoras (associadas, sócias ou acionistas), não determina a respetiva *natureza jurídico-organizativa*, que continua a ser privada.

Resumindo e concluindo, segundo os critérios de distinção entre pessoas coletivas públicas e pessoas coletivas privadas que vamos analisar de seguida, estas entidades administrativas privadas, não obstante serem, na sua natureza profunda, entidades administrativas (o mesmo é dizer, e por norma, *administração pública em sentido funcional*), são à partida pessoas coletivas privadas ou de direito privado.

1.1.4. Critérios de distinção entre pessoas coletivas de direito público e pessoas coletivas de direito privado

a) Noções gerais

As pessoas coletivas de direito privado pertencem ao mundo do direito privado: são criadas por ato de vontade de pessoas privadas, nos termos previstos no Código Civil, no Código das Sociedades Comerciais e no Código Cooperativo, consoante se trate,

respetivamente, de associações e fundações, de sociedades comerciais e de cooperativas.

Por um lado, e fora o caso especial do reconhecimento ministerial das fundações regulado no Código Civil, não há em princípio no processo de criação das pessoas coletivas privadas a intervenção de um ato legislativo organizativo ou de um ato administrativo.

Por outro lado, sendo as pessoas coletivas públicas em regra como tal qualificadas pelas leis que as criam (ou com base nas quais elas são criadas, quando o são por ato administrativo), tal expressa adjetivação dispensa a convocação dos critérios adequados à respetiva identificação: o mesmo é dizer que, à partida, ou a lei as identifica (imediate ou mediatamente) como públicas, ou então estamos perante pessoas coletivas privadas.

Mas as coisas são assim apenas em linha de princípio: na verdade, não são poucos os casos em que no processo de criação ou reconhecimento de uma pessoa coletiva nos surge um ato legislativo organizativo ou um ato administrativo. E quando, nestes casos, a lei não procede a qualquer prévia formal qualificação da pessoa coletiva em questão, então só com base nos critérios que abaixo se enunciaram é possível saber-se se estamos perante uma pessoa coletiva pública ou perante uma pessoa coletiva privada.

Refira-se por fim que a determinação da natureza pública ou privada de uma pessoa coletiva apresenta a maior importância, pois é a partir desta prévia qualificação que se determina o regime aplicável à sua organização e funcionamento e à sua atividade. Diplomas fundamentais de direito administrativo, como o Código de Procedimento Administrativo e o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entes públicos, assim como toda a legislação do contencioso administrativo, são-lhe *ipso facto* aplicáveis, se se tratar de uma pessoa coletiva pública, ou não o serão em princípio, se se tratar de uma pessoa coletiva privada.

Passa-se a enunciar os três mais importantes critérios de distinção entre pessoas coletivas de direito público e pessoas coletivas de direito privado – o da *iniciativa*, o do *fim* e o da *capacidade jurídica* –, com a ressalva porém de que nenhum deles é por si só suficiente para o efeito, sendo necessária, caso a caso, uma conjugação pelo menos de dois destes três critérios.

b) Critério da iniciativa

Se a pessoa coletiva é criada por lei ou ato administrativo em princípio tratar-se-á de uma pessoa de direito público.

Mas este critério não é definitivo, pois há pessoas coletivas criadas ou pelo menos reconhecidas por lei que são indiscutivelmente privadas: é o caso de certas fundações, como a Fundação Gulbenkian e a Fundação Minerva – titular da Universidade Lusíada –, bem como o da maioria das sociedades comerciais que sucederam às antigas empresas públicas nacionalizadas após o 25 de Abril, no âmbito da respetiva privatização.

E a inversa é também verdadeira: existem categorias de pessoas coletivas qualificadas *ex lege* como pessoas coletivas públicas, mas que, nos termos da mesma lei, são constituídas por ato negocial, ao abrigo dos pertinentes normativos do Código Civil. Tal sucede com as *comunidades intermunicipais* (que são associações públicas de municípios de fins múltiplos) e com as *associações públicas de freguesias e de municípios de fins específicos*: nos termos respetivamente dos art.ºs 80.º/2 e 108.º/2 do

Regime Jurídico das Autarquias Locais, constituem-se tais entes por contrato, nos termos da lei civil.

c) Critério do fim

Se a pessoa coletiva for criada para prosseguir direta ou imediatamente um fim público que a lei lhe confie de modo expresso, ela será de direito público: com efeito, as pessoas coletivas de direito público prosseguem sempre o interesse público que a lei lhes assinala especificamente, e são obrigadas a fazê-lo.

Decorre desta afetação, desde logo, o não poder ela dissolver-se por mera vontade dos seus órgãos (pois a admitir-se tal estar-se-ia a colocar nas mãos destes a possibilidade de, por essa via, se pôr em causa um instrumento de prossecução de tal interesse público – decisão essa que cabe em exclusivo aos órgãos político-legislativos da comunidade).

Note-se todavia que o critério do fim é o mais falível, pois muitas pessoas coletivas de direito privado são também criadas para prosseguir interesses coletivos ou de interesse geral paralelos a fins ou interesses públicos propriamente ditos (o mesmo é dizer, fins expressamente confiados a pessoas coletivas públicas), não deixando por essa razão de ter natureza privada.

É desde logo o caso das entidades sem fins lucrativos (associações e fundações) que se constituem ou são reconhecidas como *pessoas coletivas de utilidade pública, pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, instituições particulares de solidariedade social, associações de utilidade pública desportiva*, etc. Podendo a Administração Pública conceder-lhes determinados privilégios (fiscais e outros) quando as reconhece ou acredita como tais (pois não nascem com tal estatuto, antes lhes sendo ele atribuído em momento subsequente por ato de Estado), isso não as converte em entidades públicas: elas limitam-se a ser entidades que, satisfazendo necessidades de interesse geral de que a Administração Pública está (também) incumbida por lei, apenas colaboram com esta no desempenho das respetivas tarefas.

O mesmo se diga, no universo das entidades com fins lucrativos, das *sociedades de interesse coletivo*: trata-se de empresas societárias que exploram (como as empresas públicas congêneres) *serviços de interesse económico geral* ou *fins de interesse geral*, mas que nem por isso perdem a sua substantiva natureza privada.

d) Critério da capacidade jurídica

Se a pessoa coletiva dispuser, por força de lei, de poderes públicos de autoridade para prosseguir as finalidades que a mesma lei lhe confia, ela será de direito público. As pessoas coletivas públicas são em regra titulares de poderes públicos, o que não acontece à partida com as pessoas coletivas privadas, uma vez que não fazem parte da Administração Pública.

Mas este critério também não é por si só suficiente para a distinção.

Com efeito, há pessoas coletivas cuja natureza pública não é de questionar (como são os casos das *empresas públicas institucionais* e das *fundações públicas de direito privado* – que a própria lei qualifica hoje como pessoas coletivas públicas), mas que podem todavia não ter poderes públicos, estando antes sujeitas, em primeira linha, ao

direito privado (isto por entender o legislador, «contas feitas», o poder ser esse o regime mais adequado a um bom e eficaz desempenho das respetivas tarefas).

E verifica-se também uma situação inversa da que se acaba de referir, mas que de igual mesmo modo desmente a infalibilidade do critério da capacidade jurídica: é que há pessoas coletivas de indiscutível natureza privada (substancialmente privada) a quem todavia podem ser delegados (por lei, ato ou contrato administrativo) verdadeiros poderes públicos, sem por isso perderem a natureza privada, como acontece com as *empresas concessionárias de serviços públicos* (ex.: serviço de transportes públicos rodoviários urbanos, serviço público de abastecimento de água e saneamento) ou *concessionárias da exploração de bens do domínio público* (ex.: exploração de fontes de águas mineromedicinais), com as *pessoas coletivas de utilidade pública desportiva* (ex.: Federação Portuguesa de Futebol), com certas associações empresariais com estatuto de câmaras de comércio e indústria, etc.

Estas entidades estão assim investidas em funções públicas, para prosseguirem fins públicos, em substituição da Administração – por opção desta (e uma vez «aberto o caminho» pelo legislador). Presidem normalmente a este fenómeno de «exercício privado de funções públicas» (que no modelo do Estado de Direito constitui exceção à regra) razões de eficácia, eficiência e economicidade: parte-se da premissa de que um privado superiormente apetrechado nos planos técnico e financeiro desempenhará melhor e a menor custo tarefas para as quais estará globalmente mais vocacionado do que a Administração.

Uma vez reconhecidas e acreditadas para o desempenho dessas funções, tais entidades passam naturalmente a sujeitar-se – pelo menos sempre que exerçam os poderes delegados para a prossecução, em substituição da Administração, dos fins públicos que tais poderes servem – a intensas medidas de fiscalização, supervisão e orientação.

1.2. ÓRGÃOS E SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS

1.2.1. Noções gerais

a) Entrada no tema: conceito de órgãos e serviços administrativos

Na definição de Marcello Caetano, órgãos são os elementos da pessoa coletiva que consistem em centros institucionalizados de poderes funcionais a exercer pelos indivíduos ou pelo colégio de indivíduos que neles estiverem providos com o objetivo de exprimir a vontade juridicamente imputável a essa pessoa coletiva.

Já os serviços administrativos ou serviço públicos são, na definição de Freitas do Amaral, “as organizações humanas criadas no seio de cada pessoa coletiva pública com o fim de desempenhar as atribuições desta, sob a direção dos respetivos órgãos”.

b) Os órgãos administrativos

Comece-se por se lembrar que as pessoas coletivas são entidades abstratas: não têm existência física, apenas existem no mundo jurídico. Por outras palavras, a pessoa coletiva constitui uma ficção jurídica: são os seus *órgãos*, servidos por sua vez por

titulares físicos ou individuais, os centros de imputação dos direitos, deveres e poderes que lhe são abstratamente atribuídos pela lei ou com base na lei. Tendo capacidade de gozo de direitos, as pessoas coletivas não têm contudo, *de per si*, a capacidade de exercício desses direitos que é inerente às pessoas físicas, sendo essa incapacidade suprida pelos titulares dos órgãos, pessoas físicas (singulares) que emprestam à pessoa coletiva a sua vontade, e atuam em seu nome na prossecução dos fins para os quais ela foi criada.

É pois através dos órgãos que se forma a vontade da pessoa coletiva, que esta atua e se manifesta, interagindo com os demais sujeitos de direito: podemos dizer por conseguinte e em suma que a pessoa coletiva *é*, nesse sentido, o conjunto dos seus órgãos, que ela *se identifica* em última análise com os respetivos órgãos, que constituem por isso um seu desmembramento. Note-se que o órgão não é a pessoa física: como a pessoa coletiva, o órgão configura-se também como uma entidade institucional, só que preenchida ou servida pela(s) pessoa(s) física(s) do(s) *titular(es)*; só esta(s) última(s) são capazes de formar e exteriorizar uma vontade psíquica e de atuar em conformidade no mundo real.

Em suma, os órgãos são meios indispensáveis para as pessoas coletivas públicas atingirem os seus fins e cumprirem as tarefas de que foram encarregadas, tendo como função tomar decisões e manifestar uma vontade que será imputável à pessoa coletiva ou sujeito a que pertence; e os titulares dos órgãos as pessoas físicas que exercem as competências jurídico-administrativas atribuídas por lei aos mesmos órgãos, podendo tomar decisões que traduzam o exercício desses poderes públicos. As competências são assim exercidas pelos órgãos através das pessoas físicas dos seus titulares.

A conceção aqui adotada de órgão é *funcional*: tal implica desde logo que, sempre que se constate a existência de uma manifestação de uma vontade/decisão provinda de uma pessoa coletiva pública lesiva de um direito de um particular, mesmo que não se encontre a quem imputá-lo, basta a certeza da proveniência daquela vontade/decisão da Administração Pública para que esta incorra em responsabilidade pelos danos causados – ainda que, por hipótese, reitere-se, não se saiba especificamente qual o órgão que tomou a decisão.

As pessoas coletivas têm sempre mais do que um órgão – no mínimo, têm dois (um órgão diretivo ou executivo e um órgão deliberativo ou, na falta deste, um órgão de fiscalização). A existência de dois ou mais órgãos em cada ente público satisfaz a necessidade de o legislador repartir por eles as várias competências cujo exercício é indispensável à prossecução das atribuições da pessoa coletiva. A competência de cada órgão é o conjunto dos poderes funcionais que a lei lhe atribui, no quadro das respetivas funções, e pode ser repartida em razão da matéria (do assunto ou tema em causa), do território ou da hierarquia.

Note-se ainda que as leis orgânicas que criam os entes públicos (ou os regimes gerais que estabelecem para toda uma categoria de entes públicos a respetiva estrutura orgânica) normalmente estabelecem o elenco dos órgãos administrativos do ente, que como tal são explicitamente qualificados. Mas não basta o critério formal-legal. Muitas vezes é necessária uma verificação substantiva, no sentido de se averiguar se uma determinada figura contém elementos característicos dos órgãos administrativos independentemente de qualquer qualificação formal, ou seja, se dispõem de verdadeiras competências próprias; e se tiver, estamos nesse caso também perante um verdadeiro órgão administrativo.

c) Os serviços administrativos

Enfim, os serviços administrativos ou serviços públicos, compostos por funcionários ou agentes com vínculo de emprego público, são as células base da Administração Pública. Cabe-lhes assegurar no dia-a-dia a atividade da Administração, através quer da chamada atuação material de exercício, quer da atuação material de (direta) execução da lei; e que, para além dessas atuações, preparam e executam (neste caso, através de atuações materiais de execução de atos e contratos administrativos) as decisões e deliberações dos órgãos.

E fazem-no sempre sob a direção dos ditos órgãos administrativos: sob a direção dos membros do Governo e dos dirigentes superiores e intermédios, no caso da Administração Direta do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais; e, no caso das autoridades administrativas independentes e dos entes públicos menores, sob a direção sobretudo dos órgãos colegiais executivos e respetivos presidentes (e também dos órgãos deliberativos no caso dos entes públicos com substrato corporativo).

Os funcionários e agentes que integram os serviços administrativos (assim como certos titulares de cargos públicos, como os vereadores das Câmaras Municipais, fora dos poderes delegados) não emanam regulamentos, não praticam atos administrativos e não celebram contratos administrativos.

Com efeito, e no que respeita à prática de atos jurídico-públicos, limitam-se os ditos funcionários e agentes aos chamados atos instrumentais, mais precisamente à emissão de *atos declarativos* (designadamente certificativos); e ainda, no âmbito da atividade procedimental, dentro do procedimento declarativo, à emissão de *atos preparatórios* (sobretudo instrutórios), e dentro do procedimento executivo, à emissão de *atos executivos*.

d) O direito administrativo como direito dos órgãos e serviços administrativos

O direito administrativo é o direito da Administração Pública. O mesmo é afirmar o ser ele o direito das pessoas coletivas públicas, o que vale também dizer (como acabamos de constatar) que se trata do *direito dos órgãos e serviços administrativos* – sobretudo dos órgãos administrativos.

Como já sabemos, o direito administrativo rege as relações entre a Administração Pública e os particulares. Mas não só: ele rege também o relacionamento entre pessoas coletivas públicas e mesmo entre órgãos públicos (da mesma pessoa coletiva pública).

Temos assim, e a título de exemplo, como relações regidas pelo direito administrativo:

- O relacionamento entre dois ministros, que se estabelece entre dois órgãos dentro da mesma pessoa coletiva (Estado-Administração) e que é, por isso, uma relação interna da administração;

- O relacionamento entre um ministro e um presidente de câmara, que se estabelece entre dois órgãos de pessoas coletivas diferentes – razão pela qual neste caso a relação é externa ou intersubjetiva, como acontece com as relações entre a Administração e os particulares.

e) *Órgãos, agentes e serviços*

As pessoas coletivas, em rigor, não são constituídas apenas por órgãos, mas também e ainda por *serviços*: mas estes últimos (o mesmo é dizer, os funcionários que os integram) não tomam decisões, limitando-se a prepará-las e a executá-las: reitere-se, só os órgãos praticam atos administrativos, aprovam regulamentos administrativos e celebram contratos administrativos.

Importa ainda distinguir as figuras do *órgão* (designadamente do órgão administrativo individual) e do mero *agente* administrativo: este último é um indivíduo que por qualquer título (relação jurídica de emprego público, exercício de cargo público ou outro) exerce uma atividade ao serviço das pessoas coletivas de direito público, sob a direção dos respetivos órgãos (Marcello Caetano) – integrando por isso os serviços da pessoa coletiva.

Ora, um dos elementos característicos do órgão é justamente a competência, definida como o conjunto dos poderes funcionais conferidos por lei com vista ao exercício da capacidade (atribuições e posições jurídicas subjetivas) da pessoa coletiva em que esteja integrado (M. Esteves de Oliveira). A falta de capacidade de exercício de direitos das pessoas coletivas é suprida como vimos pelos titulares dos órgãos, que emprestam à pessoa coletiva a sua vontade, atuando em nome desta na prossecução dos fins para os quais ela foi criada.

f) *Titulares de órgãos e demais pessoas físicas com vínculo à Administração Pública*

Quais são afinal as pessoas físicas que compõem a Administração Pública? Desde logo, os titulares dos órgãos; mas também e sobretudo outros titulares de cargos públicos que não possam ser considerados verdadeiros órgãos, por aplicação do critério acima definido, e em geral os funcionários com uma relação de emprego público, tenha esta origem num *ato administrativo de nomeação* (como acontece com todos aqueles cuja atividade se insere no âmbito das funções de soberania – corpo diplomático, forças militares e policiais e inspeções gerais dos ministérios) ou num contrato administrativo laboral ou contrato de trabalho em funções públicas (como acontece com todos os demais).

Os funcionários são pessoas físicas que têm um vínculo com a administração, distinguindo-se dos titulares de órgãos por não disporem de poderes para exprimir a vontade da administração. Apenas desenvolvem uma atividade (normalmente material, e não jurídica) de direta aplicação da lei ou então de preparação ou execução da vontade da administração, não tomando decisões juridicamente relevantes.

Por vezes suscitam-se dúvidas quanto à qualificação das pessoas – se estas são verdadeiros titulares de órgãos individuais ou meros agentes (simples funcionários que integram os serviços da pessoa coletiva pública em questão), o mesmo é dizer, se podem em abstrato tomar uma decisão que constitua manifestação de vontade imputável à pessoa coletiva. Por exemplo, o artigo do CPA dispõe que qualquer funcionário deve passar certidões no prazo de 10 dias quando pedidas por um particular. Mas o facto é que não estamos aqui perante uma verdadeira decisão ou ato administrativo, pois como tal não pode ser qualificado um mero ato declarativo como este.

1.2.2. Principais classificações dos órgãos

a) Órgãos primários, órgãos secundários e órgãos vicários

Uma determinada figura pode não dispor, a título primário, de competências próprias.

Todavia, se a lei previr a possibilidade de lhe poderem ser delegadas (ou subdelegadas) verdadeiras competências externas – como acontece, nas Câmaras Municipais, com os vereadores a quem são atribuídos pelouros –, sempre que lhe sejam delegados poderes, passa o funcionário ou titular do cargo em questão a estar habilitado a praticar verdadeiros atos administrativos, tal como definidos no artigo 120.º do CPA, e já não apenas os atos instrumentais (preparatórios, integrativos de eficácia e de execução) necessários ao exercício das funções de natureza meramente técnica e administrativa próprias do agente administrativo.

Por isso, e em suma, as figuras em quem a lei preveja que possam ser delegados poderes são também órgãos, ainda que órgão *secundários*, e não *primários*.

Também pode a lei prever que uma determinada figura substitua um órgão administrativo em caso de ausência ou impedimento do seu titular: tal instância configura-se por isso também como um órgão administrativo, só que *vicário*, na medida em que apenas pode exercer as competências que a lei lhe confia quando é chamado a substituir o órgão primário a quem normalmente cabe exercê-las.

b) Órgãos ativos, consultivos e de controlo

Estas categorias correspondem aos três tipos possíveis de atividade administrativa: *administração ativa*, *administração consultiva* e *administração de controlo*.

Enquanto os órgãos ativos tomam ou executam decisões, os órgãos consultivos informam e esclarecem os órgãos ativos antes de estes tomarem ou executarem decisões; e os órgãos de controlo fiscalizam os restantes órgãos.

Note-se que a maioria das vezes um mesmo órgão pode funcionar ora como órgão ativo, ora como órgão consultivo, ora como órgão de controlo: por exemplo, qualquer superior hierárquico, quando aprecia e decide um recurso interposto por um particular de um ato praticado pelo subalterno com fundamento na respetiva invalidade e/ou inoportunidade, está a funcionar como órgão de controlo.

A *administração ativa* constitui o paradigma da função administrativa, que se define e distingue das demais funções do Estado enquanto administração ativa. Ela traduz-se na produção de decisões externas, que se projetam para fora da Administração – incidindo sobre a esfera jurídica de terceiros, normalmente particulares, no âmbito das relações jurídico-administrativas intersubjetivas (ou relações jurídico-administrativas *tout court*).

À *administração consultiva* compete por seu turno introduzir juízos, avaliações e opiniões destinadas à instrução do processo decisório.

Os órgãos consultivos do Estado e dos institutos públicos são objeto de regulação própria, respetivamente, na Lei da Organização da Administração Direta do Estado (Lei n.º 4/2004, de 15.01) e na LQIP – Lei-Quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004, de 15.I).

Segundo o art.º 7.º da LOADE, os órgãos consultivos apoiam a formulação e acompanhamento de políticas públicas da responsabilidade do Governo, através da cooperação entre a Administração Pública, individualidades de reconhecido mérito e representantes de interesses económicos e sociais (n.º 1), apreciando e emitindo pareceres sobre as matérias que lhes forem submetidas pelos membros do Governo (n.º 2).

Mais dispõe o mesmo artigo que os órgãos consultivos são centrais e funcionam na dependência do membro do Governo junto do qual hajam sido criados, competindo aos serviços do respetivo ministério o apoio logístico, administrativo e financeiro necessário ao respetivo funcionamento (n.º 3); e que são criados por decreto-regulamentar, o qual definirá as regras do respetivo funcionamento.

Também os art.ºs 29.º a 32.º da LQIP regulam a composição, competência e funcionamento dos órgãos consultivos dos institutos públicos, para o caso de as respetivas leis orgânicas preverem a sua existência.

Tenha-se presente que por vezes a lei confere ao parecer a emitir por um determinado órgão um caráter vinculativo. Ora, com tal passo a lei transforma o suposto parecer numa verdadeira decisão (pré-decisão), e o ato do órgão a quem aparentemente cabe na matéria em causa a decisão principal ou final do procedimento – o ato horizontalmente definitivo –, enfim, num simples ato de execução do primeiro. Nessa hipótese o suposto parecer acaba por se configurar juridicamente como uma manifestação de administração ativa, e não de administração consultiva, com as consequências daí resultantes.

À *administração de controlo* cabe controlar a *legalidade*, e as mais das vezes também o mérito, dos atos praticados pela administração ativa, podendo esse controlo ser *preventivo* ou *sucessivo*.

Os atos de controlo preventivo podem ser *autorizações* ou *aprovações*, consoante, nos termos de lei, o ato do órgão com função ativa seja controlado antes (controlo *a priori*) ou depois (controlo *a posteriori*) de a decisão ser tomada.

O ato de controlo *a priori* designa-se “autorização constitutiva da legitimação da capacidade de agir”, ou, mais simplesmente, *autorização interadministrativa*, e vai incidir sobre um mero projeto de decisão, pois só posteriormente à emissão da autorização poderá ser validamente tomada a decisão pelo órgão com função ativa.

O ato de controlo *a posteriori* chama-se de aprovação e só lugar a ele depois de a decisão ser tomada, sendo condição de eficácia desta (condição inicial ou suspensiva).

O ato de *controlo sucessivo* é o ato revogatório ou anulatório, que extingue os efeitos do ato revogado ora com eficácia *ex nunc* e com fundamento no seu demérito (ato de revogação), ora com eficácia *ex tunc* e com fundamento na sua invalidade (ato de anulação) – revogação e anulação administrativa essas cujo regime está fixado nos art.ºs 165.º a 174.º CPA.

Note-se que estes mecanismos legais de controlo são normalmente estabelecidos no âmbito da relação de tutela, pertencendo portanto o órgão de controlo e o órgão controlado a pessoas coletivas distintas que estão entre si numa relação de supra-infraordenação. Mas não raras vezes eles surgem também no interior da mesma pessoa coletiva pública, designadamente do Estado.

1.2.3. Outras classificações de órgãos: órgãos singulares e colegiais, simples e complexos, centrais e locais, permanentes e não permanentes

a) *Órgãos singulares e colegiais*

Os órgãos administrativos podem ser singulares, e nesse caso têm apenas um titular (p. ex., o Presidente da Câmara), designando-se os atos por si praticados *decisões*; ou podem ser colegiais, o mesmo é dizer que têm como titulares duas ou mais pessoas físicas (p. ex., Conselho Diretivo de um instituto público, Câmara Municipal, Assembleia Municipal, Governo), e os atos por si praticados designam-se *deliberações*.

b) *Órgãos colegiais simples e complexos*

Os órgãos colegiais simples têm estrutura unitária, só podendo os respetivos os titulares atuar coletivamente, ou seja, quando reunidos em conselho. Já os órgãos colegiais complexos apresentam uma estrutura diferenciada, podendo os seus titulares designadamente exercer competências próprias em nome individual (ex. Ministros).

c) *Órgãos centrais e locais*

Enquanto os órgãos centrais exercem a sua competência sobre todo o território nacional (a partir da capital ou, excecionalmente, de outra localidade onde possam estar sedeados), os órgãos locais exercem uma competência limitada a uma circunscrição ou parcela territorial (por exemplo, as direções regionais dos ministérios).

d) *Órgãos permanentes e não permanentes*

Em rigor, o carácter da permanência faz parte da natureza do órgão, encerrando por isso a expressão «órgão não permanente» – hoje expressamente contemplada no art.º 20.º/2 do CPA como espécie do género – alguma contradição nos termos.

Todavia, as comissões, os júris e outras instâncias decisórias não permanentes da Administração são figuras próximas dos órgãos administrativos propriamente ditos – razão pela qual se aplicam às respetivas organização e funcionamento, com as devidas adaptações, os princípios e as regras que regem os ditos órgãos.

2. ATRIBUIÇÕES, COMPETÊNCIAS E LEGITIMAÇÃO

2.1. NOÇÕES GERAIS

2.1.1. Distinção entre atribuições, competências e condições de legitimação

Quer as atribuições das pessoas coletivas, quer as competências dos seus órgãos, são, num sentido muito amplo, poderes administrativos, constituindo atributos dos respetivos sujeitos ou titulares. Já a legitimação designa o conjunto de condições ou

requisitos, também relativas ao sujeito público (ao titular da competência), que se têm de verificar ou preencher, em cada situação concreta, para que o órgão administrativo possa exercer validamente a sua competência.

As atribuições das pessoas coletivas são as tarefas ou fins que estas têm que obrigatoriamente desempenhar e prosseguir, uma vez que lhes são conferidas pelo legislador. Elas (atribuições) respeitam à pessoa coletiva e não aos seus órgãos, pois estes últimos apenas dispõem, em regra, de competências. Em regra, sublinhe-se, porquanto ao nível do Estado e das Regiões Autónomas as atribuições destes entes públicos maiores estão repartidas, respetivamente, pelos vários ministérios e secretarias regionais.

As competências dos órgãos são conjuntos de poderes/deveres propriamente ditos, ou poderes funcionais, que o órgão tem que exercer tendo em vista a prossecução das atribuições da pessoa coletiva em que se insere. Constituem exemplos desses poderes/deveres, nomeadamente de poderes de autoridade, o poder regulamentar, o poder tributário, o poder de expropriar, o poder de aplicar contraordenações ou sanções disciplinares públicas, o poder de executar coercivamente atos administrativos ablativos, os poderes de licenciar uma atividade condicionada e de conceder a exploração de um serviço público ou de um bem dominial ou o uso privativo de uma parcela do domínio público, etc., etc.

Enfim, são exemplos de requisitos ou condições de legitimação dos órgãos administrativos (i) a existência de uma prévia autorização interadministrativa de um órgão supraordenado quando legalmente exigida (atos esse que a doutrina designa, com mais rigor, e para melhor identificar a respetiva natureza, como *autorizações constitutivas de legitimação para a capacidade de agir*), (ii) a antecipada *investidura* no do respetivo titular ou titulares, (iii) a inexistência de *impedimentos* ou de contextos organizatórios e procedimentais que não assegurem previamente a isenção do órgão na respetiva atuação e (iv), no que respeita aos órgãos colegiais, o respetivo quórum e, verificando-se este, da maioria legalmente exigida, para a tomada de qualquer deliberação.

2.1.2. Princípio da legalidade da competência (e das atribuições)

Os órgãos estão limitados pela competência própria que lhes é atribuída pela lei e pelas atribuições da pessoa coletiva pública a que pertencem. Não podem emanar atos fora das atribuições do sujeito público sob pena de nulidade.

O princípio da legalidade da competência (art.º 290.º/1 CRP e 30.º CPA) tem três corolários: o primeiro é o de que a competência não se presume, devendo estar expressamente prevista na lei (sem prejuízo da admissibilidade, em certos casos, da figura dos chamados poderes implícitos); o segundo é o de que a competência é imodificável e não pode ser alterada; e o terceiro é o de que a competência é irrenunciável e inalienável, não podendo nenhum órgão administrativo praticar atos que se traduzam numa renúncia das suas competências ou na alienação das mesmas (mesmo a título precário ou provisório) a favor de outros órgãos – carecendo por isso cada delegação de poderes de uma prévia habilitação legal para o efeito.

2.2. VIOLAÇÃO DE COMPETÊNCIAS, VIOLAÇÃO OU FALTA DE ATRIBUIÇÕES E FALTA DE LEGITIMAÇÃO

2.2.1. Incompetência simples

Não é em vão que se diz que uma determinada competência pertence a este ou àquele órgão: com efeito, se um órgão exercer a competência de um outro órgão, o seu ato enfermará então do vício de incompetência – por regra do vício incompetência relativa (simples violação de competências), note-se, cuja sanção ou consequência é a da invalidade do ato na sua modalidade menos gravosa, ou seja, da mera anulabilidade.

Forçoso é todavia abrir uma exceção a certos casos de incompetência territorial, pelo facto de a conexão territorial das situações e relações jurídico-administrativas abrangidas pelos poderes do órgão ser de tal modo forte que não pode deixar tal incompetência de ser um outro caso de incompetência absoluta – cominando (não podendo deixar de cominar) por isso a ordem jurídica a nulidade do ato sempre que for desrespeitada aquela conexão. São os casos por excelência dos poderes dos diretores regionais dos ministérios ou das Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional.

Deixamos aqui a nota, a este propósito, e dissentindo da doutrina que até agora se tem pronunciado sobre o tema, que para nós a eliminação da chamada cláusula geral de nulidade do atual art.º 161.º/1 CPA (que determinava a nulidade dos atos a que faltasse “qualquer elemento essencial”) não afastou a consequência da nulidade dos atos que apresentem vícios com gravidade e evidência similares aos identificados na lista do n.º 2 do mesmo artigo.

Desde logo, mantém-se no corpo do dito n.º 2 («São, *designadamente*, nulos:») o advérbio «designadamente», que é paradigmático dos elencos exemplificativos (e não taxativos), sendo destituída de senso a explicação que se tem adiantado, de que os demais casos de idêntica gravidade implicados pela utilização de tal advérbio seriam... os tais previstos em lei especial a que se refere o n.º 1 do mesmo artigo (com os quais nenhuma equiparação é de resto possível, porquanto estas últimas nulidades resultam não de uma intrínseca e muito grave malformação, mas de uma mera opção de política legislativa)!

Mas para além disso, e sobretudo, é inaceitável o muito benigno regime da anulabilidade para atos com vícios equiparáveis aos do elenco deste preceito: a nulidade de tais atos constitui por uma direta e não escamoteável exigência do princípio da legalidade da Administração, à luz do qual não poderão subsistir qualquer dos efeitos que através da sua prática os seus autores almejem produzir, devendo tais atos ser também e em suma submetidos ao regime da nulidade.

Constitui pois a nosso ver, e em suma, o elenco exemplificativo ou concretizador do atual art.º 161.º/2 CPA o referencial para a averiguação de outros casos de nulidade, os quais se poderão apurar por paralelismo, atendendo designadamente ao tipo legal do ato em causa e à qualidade e a quantidade de interesses públicos ou privados envolvidos em cada hipótese.

2.2.2. Violação ou falta de atribuições

Mais grave é o vício que afeta um ato que extravasa as atribuições da pessoa coletiva (ou ministério) onde o órgão seu autor se insira: quando um órgão de uma pessoa coletiva emana um ato da competência de um órgão de outra pessoa coletiva (ou de outro ministério) – ou, mais genericamente, pratica um ato fora das atribuições da pessoa coletiva (ou ministério) a que pertence –, já não estamos perante uma violação de competências, mas antes face a uma violação (ou falta) de atribuições, geradora da nulidade do ato praticado.

Note-se todavia que, no caso dos entes instrumentais do Estado (ou instrumentais de qualquer dos demais entes territoriais), que integram a sua Administração indireta (ou a de outro sujeito público congénere), haverá forçosamente que abrir uma importante exceção.

Na verdade, qualquer ato praticado por um órgão cimeiro do ente matriz que viole as competências do ente instrumental estará viciado de mera incompetência relativa, e não absoluta. Será o caso, por exemplo, de um ato de um Ministro relativamente a uma matéria da competência de um instituto público por si tutelado – Ministro da Agricultura vs. Instituto da Vinha e do Vinho –, ou de uma deliberação camarária numa matéria que integre o objeto de uma empresa municipal (por hipótese uma entidade empresarial local dedicada ao abastecimento de água e saneamento).

Nestes casos, o entendimento correto é o de que as atribuições ou fins de um e outro ente são, no fundo, as mesmas, pelo que deve ser desconsiderada para o efeito a personalidade jurídica própria do instituto público ou da empresa municipal em questão. O vício em causa será por isso o da mera violação de competência, gerador de anulabilidade, e não de nulidade.

Uma vez mais, deverá segundo cremos o critério da gravidade e evidência do vício constituir um fator de correção das pretensas taxatividade e tipicidade dos casos de nulidade, só que agora, e a propósito do mesmo vício (falta de atribuições), no sentido oposto ao que acima extraímos da incompetência territorial, ou seja, de uma interpretação restritiva da al. *b*) do n.º 2 do art.º 161.º CPA.

2.2.3. Falta de legitimação

Quanto às consequências da falta de condições ou requisitos indispensáveis para que o órgão possa agir validamente, importa sublinhar os casos mais graves, e que originam a nulidade dos atos praticados – e que são, no que respeita aos órgãos colegiais, para a tomada de qualquer deliberação, a falta do respetivo quórum ou a inexistência da maioria legalmente exigida de votos (cf. al. *h*) do n.º 2 do art.º 161.º CPA).

2.3. TIPOLOGIA DAS COMPETÊNCIAS

2.3.1. Tipos de competências de âmbito geral atribuídas aos órgãos

a) *Competência explícita e implícita*

Quanto ao modo de atribuição, a regra é a de que a competência do órgão é *explícita*, ou seja, a de que ela está (tem que estar) expressamente consagrada na lei; como vimos assim o exige o princípio da legalidade da competência, constituindo esse específico imperativo um dos seus corolários. Mas, em casos excepcionais, a competência pode estar *implícita* na lei, nomeadamente quando for legítimo deduzi-la de determinações legais (designadamente de competências expressas) ou mesmo de princípios gerais de direito público.

b) *Competência livre e condicionada*

Quanto aos termos do respetivo exercício, a competência pode ser *livre* (quando não estiver sujeita a qualquer restrição legal) ou *condicionada*, sempre que, ao invés, estiver sujeita a limitações impostas por lei.

c) *Competência dispositiva, revogatória e anulatória*

Quanto à substância e efeitos da lei, a competência diz-se *dispositiva*, sempre que se traduza no poder de um órgão emanar «em primeira mão» um ato sobre uma determinada matéria (note-se que dois ou mais órgãos podem ter a mesma competência dispositiva sobre certa matéria), no âmbito da chamada *administração ativa*; e diz-se de controlo quando seja revogatória ou anulatória.

A competência é *revogatória* quando consista no poder de *revogar* ou *confirmar* determinado ato com fundamento no respetivo (de)mérito; e é *anulatória* quando consista no poder de *anular* ou *confirmar* determinado ato com fundamento na respetiva (in)validade, num e noutro caso, reitere-se, sempre no âmbito da chamada *administração de controlo*.

Com a clara disjunção entre a competência revogatória e a competência anulatória operada pelo CPA de 2015, a primeira é definitivamente associada à competência dispositiva, apenas subsistindo a segunda como puro poder de controlo, dissociável da função de administração ativa, designadamente nas relações entre o superior hierárquico e o subalterno no âmbito do exercício das competências exclusivas deste último.

Note-se, enfim, que se a revogação ou anulação total ou parcial do ato for acompanhada, respetivamente, por uma substituição total ou parcial do seu conteúdo, já a competência exercida será – também – dispositiva, e não meramente de controlo.

d) *Competência própria e delegada*

Quanto à titularidade dos poderes exercidos, a competência é *própria* quando estão em causa poderes do próprio órgão, e *delegada* quando o poder exercido pertence de raiz a outro órgão, e não ao que praticou o ato.

e) *Competência singular e conjunta*

Quanto ao número de órgãos a que a competência pertence, diz-se *singular* sempre que o seu titular é um único órgão, que a exerce sozinho, e *conjunta* se tiver dois ou mais órgãos titulares, os quais a exercem conjuntamente e ao mesmo tempo, através de um único ato (se a competência for exercida por um só órgão, o ato é anulável por vício de incompetência conjunta).

Diversa é ainda a hipótese da *competência acumulada*: aqui uma única e mesma pessoa individual (titular físico) acumula em simultâneo a titularidade de diferentes órgãos, sendo por isso e do mesmo passo titular das competências desses órgãos: basta assim uma única assinatura para que se exerçam todas as suas competências – exigindo-se apenas ao seu autor a menção dos cargos que ocupa ao mesmo tempo.

f) *Competência acumulada e simultânea*

Outro caso que se distingue dos anteriormente mencionados é o da chamada *competência simultânea*: aqui os mesmos poderes são conferidos por lei a dois ou mais órgãos, podendo ser alternativamente exercidos por um ou por outro. Neste caso basta que um deles a exercite para que o ato seja válido (sendo que, naturalmente, o exercício por um deles preclui a possibilidade de o outro a exercer na mesma situação concreta)

2.3.2. Tipos de competências no âmbito específico das relações interorgânicas: competências próprias, exclusivas e independentes

a) *Competências próprias, exclusivas e independentes*

A competência é *própria* (por contraposição a *exclusiva* e a *independente*) quando a lei a atribui a um órgão subalterno, que por isso a pode exercer «em primeira mão».

A competência própria do órgão subalterno é sempre uma competência *comum*, na medida em que é partilhada com os seus superiores hierárquicos, por força do princípio organizativo de que a competência do superior hierárquico abrange, em regra, a do inferior.

A competência é *exclusiva* quando a decisão do subalterno está sujeita apenas ao poder de controlo do superior hierárquico, que só pode anular o ato do inferior na sequência de recurso hierárquico interposto por um particular interessado, e já não revogá-lo, modificá-lo ou substituí-lo (cf. art.º 197.º/1 CPA), na medida em que não goza da mesma competência dispositiva – o mesmo é dizer que não possui poderes de administração ativa na matéria.

O carácter exclusivo da competência tem de resultar inequivocamente dos termos em que a lei a consagra.

A competência é *independente* em duas distintas hipóteses.

A primeira verifica-se naturalmente quando o órgão seu titular se situa no vértice da hierarquia da pessoa coletiva.

A segunda ocorre nos casos em que a lei afasta expressamente o próprio poder de controlo do superior hierárquico, com total subtração do órgão à hierarquia, mesmo à

chamada «hierarquia imprópria» (é o que acontece com os órgãos colegiais que não estão sequer sujeitos aos poderes de supervisão do órgão de topo do ente em que se integram). Só pode por isso o ato que traduza o exercício dessa competência ser impugnado judicialmente (dizendo-se por isso que em tais casos a competência, mais do que exclusiva, é *excludente*).

b) Distinção entre competência exclusiva e competência independente

Importa distinguir bem entre competência *exclusiva* (que não obstante é ainda uma competência dependente) e a competência *excludente* nas situações pontuais em que a ordem jurídica afasta a hierarquia que cimenta internamente a organização administrativa do Estado e das demais pessoas coletivas públicas de direito público.

Com efeito, quando se quebra ou se atenua a relação hierárquica entre dois órgãos da mesma pessoa coletiva, se em vez de tal relação tivermos uma *relação sucedânea* que poderemos designar à partida como de hierarquia imprópria (relação essa que só não existirá quando o putativo órgão infraordenado for uma “autoridade administrativa independente” não personalizada), já não é possível presumir a existência da totalidade dos poderes típicos do superior hierárquico (onde se contam, como melhor veremos, os poderes de *supervisão*).

Mas cabem ainda dentro desta situação duas hipóteses distintas.

A primeira hipótese é constituída pelos casos em não se apaga a relação hierárquica entre os dois órgãos, só se afastando a hierarquia numa determinada matéria – o que sucede se a competência do inferior relativa a essa matéria for *exclusiva*. Neste caso mantêm-se tão só na titularidade do superior hierárquico, quanto a essa matéria, os poderes de supervisão correspondentes à respetiva *função de controlo*, isto é, os poderes de *anular* ou *confirmar* os atos do subalterno. Ou seja, presumem-se apenas tais poderes, e não também os demais poderes de supervisão (designadamente dos que impliquem a *revogação*, *modificação* ou *substituição* dos atos do subalterno), conforme o previsto no art.º 197.º/1 do CPA⁹⁵.

E a segunda das hipóteses acima equacionadas, de quebra da hierarquia, é constituída pelos casos em que os traços caracterizadores desta relação organizativa se apagam não parcial mas totalmente, isto é, não apenas em determinada ou determinadas matérias, mas em todas (a não ser, claro está, que a lei disponha em contrário) – normalmente em razão da *natureza colegial e/ou eletiva do órgão* subtraído à hierarquia da pessoa coletiva em que se insira.

Nesta segunda hipótese todas as competências serão, pois, à partida exclusivas. Diferentemente do que sucede na hipótese anterior, aqui já não se podem presumir sequer os poderes de confirmar ou revogar os atos de tais órgãos – pelo que constitui uma exigência lógica nesta sede uma prévia averiguação no sentido de se saber se mesmo o poder de confirmar ou revogar os atos praticados pelo órgão infraordenado se terá ou não que considerar excluído da competência do órgão supraordenado (o que

⁹⁵ Neste sentido, ver, entre outros, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A revisão dos atos administrativos no direito português*, in *Cadernos de Ciência de Legislação*, INA, n.º 9/10, Janeiro/Julho de 1994, pag. 54, PAULO OTERO, *O poder de substituição em direito administrativo*, vol. II, Lisboa, 1995, pag. 731-733, nota 129, e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª ed., Coimbra, 1997, pag. 686.

acontecerá – o afastamento de tal poder – no silêncio da lei). Ou seja, se (todas) as competências do órgão infraordenado serão apenas *exclusivas*, ou também e ainda *excludentes*.

Note-se que os casos de competências excludentes de órgãos infraordenados dentro de cada pessoa coletiva pública são (têm que ser) excepcionais, só se devendo concluir nesse sentido quando das competências dos órgãos de topo resultar clara inexistência dos poderes de revogar, anular ou confirmar os atos praticados pelo subalterno.

TÍTULO II

OS SETORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; TIPOLOGIA E REGIME DAS PESSOAS COLETIVAS PÚBLICAS; AS RELAÇÕES INTERORGÂNICAS

Cap. I

OS SETORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; TIPOLOGIA E REGIME DAS PESSOAS COLETIVAS PÚBLICAS

1. NOÇÕES GERAIS

1.1. OS SETORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como vimos logo no começo deste curso, a Administração Pública em sentido organizativo, numa aceção estrita ou clássica, é composta pelo Estado-Administração e pelos demais entes públicos com natureza jurídico-organizativa pública, compreendendo dois grandes níveis: o da Administração Estadual e o da Administração Autónoma.

A Administração estadual é constituída pela Administração Direta do Estado, pela Administração Indireta do Estado e pela Administração Independente. E também no âmbito da Administração Autónoma se nos apresenta uma linha divisória essencial, que é a que separa a Administração Autónoma territorial (Regiões Autónomas e Autarquias Locais) da Administração Autónoma funcional (associações públicas e universidades públicas).

Administração Direta do Estado é formada pelo conjunto de órgãos e serviços não personalizados que pertencem à pessoa coletiva pública Estado-Administração, cujo órgão máximo é o Governo, que sobre eles exerce *poderes de direção*.

A Administração Indireta do Estado é composta por pessoas coletivas públicas de fins específicos, distintas portanto do Estado-Administração (não obstante prosseguirem fins deste), à cabeça dos quais temos os chamados *institutos públicos*; e integram também este subnível, enquanto espécies do género «instituto público», as *fundações públicas* e as *entidades públicas empresariais* – todos eles sujeitos aos poderes de superintendência e, quando legalmente previstos, de tutela, do Governo.

A Administração Independente é por sua vez constituída por autoridades também criadas por lei para prosseguir interesses estaduais (por isso são também Administração do Estado), que nuns casos assumem a forma de instituto público, e noutros casos nem sequer têm personalidade jurídica própria, e que não estão sujeitos a ordens ou instruções de qualquer instância superior (designadamente governamental), ou sequer a poderes de mera superintendência ou controlo (tutela) do Governo.

A Administração Autónoma é formada pela *Administração Autónoma territorial* – categoria a que se reconduzem as Regiões Autónomas e as autarquias locais Administração, estando estas últimas sujeitas apenas a poderes de controlo (tutela) e só de legalidade – e pela *Administração Autónoma funcional*, composta por seu turno por entes autónomos não territoriais, de base associativa ou institucional, a saber, e por um lado, as associações públicas (de entidades privadas) – categoria a que em Portugal se

reconduzem apenas as ordens profissionais e as associações de regantes com natureza pública –, e por outro lado as instituições de ensino superior público (universidades públicas e institutos politécnicos públicos).

1.2. AS PESSOAS COLETIVAS PÚBLICAS

Dentro deste universo das pessoas coletivas de direito público, que acabamos de rever sob o enquadramento dos grandes setores da Administração, a mais importante linha divisória é a que separa as *peçoas coletivas públicas de população e território e fins múltiplos* (os também chamados *entes públicos territoriais*) das *peçoas coletivas públicas funcionais ou de fins específicos* (a que poderemos dar a designação, mais abreviadamente, e em contraponto àquelas, de *entes públicos funcionais*)

São *entes públicos territoriais*, para além do Estado, as Regiões Autónomas e as autarquias locais (*regiões administrativas, municípios e freguesias*). Compete-lhes satisfazer os interesses públicos das populações que habitam nos respetivos territórios, dispondo para tal de um alargado leque de atribuições.

Os entes públicos territoriais são por conseguinte os *entes públicos primários* com estatuto constitucional e de existência obrigatória que, de algum modo, mimetizam os principais elementos constitutivos do Estado, a saber: (1) o *elemento humano* (a população ou comunidade), (2) o *elemento territorial* (o território como elemento constitutivo) e (3) o *elemento político* (natureza política do ente, refletida sobretudo na multiplicidade de interesses a prosseguir e numa estrutura organizativa similar à do Estado – de separação básica de poderes entre um órgão executivo e uma assembleia representativa com poderes normativos e de fiscalização do executivo).

São *entes públicos funcionais* os *institutos públicos*, as *empresas públicas institucionais*, as *fundações públicas* e as *associações públicas*. Prosseguem fins públicos específicos, em razão dos quais são instituídas, dispondo por isso de um feixe delimitado de atribuições em torno de uma determinada matéria que a instância pública fundadora nelas «descarrega», e configuram-se como meros auxiliares do ente que as cria (que são, por norma, o Estado ou as Regiões Autónomas).

2. ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL: A ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL DIRETA

2.1. NOÇÕES GERAIS: O ESTADO ADMINISTRAÇÃO

O Estado é, obviamente, e em todo os sentidos, a primeira das pessoas coletivas de direito público. Mas a realidade de que aqui cuidamos é mais circunscrita do que à primeira vista poderíamos ser levados a supor.

Precise-se pois, e em primeiro lugar, que quando falamos no Estado como pessoa coletiva de direito público nos limitamos ao plano do direito interno, e não do direito internacional.

Lembre-se, ainda, que o conjunto de entidades, órgãos e serviços do Estado que desempenham a função administrativa e que por isso integram por definição a

Administração Pública já exclui os órgãos de soberania e respetivos serviços que não integram o poder executivo ou administrativo (antes desempenhando outras funções e integrando-se noutros poderes do Estado), a saber, Presidente da República, Assembleia da República e Tribunais.

Finalmente, sublinhe-se que o Estado-Administração engloba apenas os órgãos e serviços que integram a chamada Administração direta (ou seja, os órgãos e serviços centrais e periféricos que fazem parte dos departamentos ministeriais, inserindo-se na estrutura hierarquizada em cujo topo está o Governo) e ainda as autoridades administrativas independentes não personalizadas. Obviamente, distinguem-se do Estado-Administração, não se integrando nele, todas as entidades públicas dotadas de personalidade jurídica própria.

Quanto aos órgãos do Estado-Administração, ficamo-nos para já por breves referências ao Governo, que é o seu órgão colegial diretivo, ao primeiro-ministro e aos ministérios, à cabeça dos quais estão os demais membros do Governo que não o Primeiro-Ministro (a saber, os ministros, coadjuvados pelos secretários de Estado e subsecretários de Estado).

Se é de algum modo correto o dizer-se que o Governo é a cabeça da Administração Pública (na medida em que sobre quase toda a Administração ele exerce poderes administrativos de diverso tipo – quanto mais não seja de mera tutela de legalidade, na modalidade de tutela inspetiva, como acontece relativamente às autarquias locais), a verdade é que tal expressão é mais rigorosa quando nos referimos apenas ao Estado-Administração, porquanto cabe constitucionalmente ao Governo *dirigir* toda a *Administração direta do Estado* (cfr. art.º 198.º, al. g), CRP).

2.2. O GOVERNO

2.2.1. Noções prévias

a) O Governo como órgão do Estado simultaneamente legislativo, político e executivo ou administrativo

O Governo é um órgão que exerce a título principal não apenas a função administrativa, mas também e ainda as funções política e legislativa (cf. art.ºs 197.º, 198.º e 199.º CRP). Por isso apresenta a respetiva Lei Orgânica, e outras, como, por exemplo, o art.º 3.º, n.º 2, alínea *b*), da Lei n.º 46/2007, de 4.VIII, particularidades que decorrem dessa acumulação.

Cabe-lhe através do exercício articulado destas funções a condução da política geral do país, de acordo com o programa por si elaborado e sujeito à aprovação da Assembleia da República, programa esse do qual deverão constar as principais orientações políticas e medidas a adotar ou a propor nos diversos domínios da atividade governamental (art.ºs 182.º, 188.º e 193.º CRP).

b) Competência administrativa

Na qualidade de o órgão supremo da Administração pública (cf. art.º 182.º CRP), compete ao Governo dirigir os serviços e a atividade da administração direta do Estado,

civil e militar, superintender na administração indireta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma (art.º 199.º, al. *d*)).

Ainda no exercício da função administrativa, incumbe-lhe também (i) elaborar os planos económicos, com base nas leis das respectivas grandes opções, e fazê-los executar, (ii) elaborar a proposta de Orçamento do Estado e executá-lo, (iii) emitir os regulamentos necessários à boa execução das leis, (iv) gerir superiormente tudo o que se refira à globalidade da função pública (funcionários e agentes administrativos) e que caiba materialmente na função administrativa do Estado, e genericamente, (v) zelar pelo cumprimento da lei e (vi) praticar, para além disso, todos os atos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades (cf. art.º 199.º CRP).

Refira-se, enfim, no que respeita aos atos administrativos e regulamentos do Governo aprovados em formação colegial (e que não assumam a forma simples de Resolução do Conselho de Ministros), o revestirem eles a forma mais solene, a saber e respetivamente, a de decreto e a de decreto-regulamentar, sendo obrigatoriamente assinados pelo Primeiro-Ministro e pelos Ministros competentes em razão da matéria (art.º 201.º/3 CRP).

c) Composição

O Governo é constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros e pelos Secretários e Subsecretários de Estado, podendo incluir um ou mais Vice-Primeiros-Ministros.

O número, a designação e as atribuições dos ministérios e secretarias de Estado, bem como as formas de coordenação entre eles, são determinados em regra por decreto-lei, em primeira linha pela Lei Orgânica do Governo (art.º 183.º CRP).

d) O Conselho de Ministros

O Governo funciona quer colegialmente, quer através de cada um dos seus membros. O funcionamento colegial processa-se através do Conselho de Ministros, onde têm normalmente assento tão só o Primeiro-Ministro, os Vice-Primeiros-Ministros, se os houver, e os Ministros. Podem todavia participar nas reuniões do Conselho de Ministros os Secretários e Subsecretários de Estado em substituição do ministro que coadjuvem ou se para tanto forem também convocados (cf. art.ºs 184.º e 185.º CRP).

Refira-se ainda que pode a lei criar Conselhos de Ministros especializados em razão da matéria (art.º 184.º/2 CRP), os quais exercerão a competência que lhes for atribuída por lei ou delegada pelo Conselho de Ministros (cf. art.º 200.º/2 CRP). Se bem que a Constituição não o refira expressamente, a presidência destes Conselhos caberá também ao Primeiro-Ministro, por identidade de razão.

Quer o Conselho de Ministros, quer os Conselhos de Ministros especializados, são órgãos colegiais imperfeitos, na medida em que as deliberações são tomadas por consenso, e não por votações, prevalecendo sempre a vontade do Primeiro -sobre as dos demais membros do Governo com assento nestes Conselhos – o que decorre da responsabilidade última por toda a atividade governativa do Primeiro-Ministro, e só

deste, perante a Assembleia da República e o Presidente da República (cf. art.º 191.º CRP).

Compete ao Conselho de Ministros a definição das linhas gerais da política governamental, bem como as da sua execução, e deliberar sobre quaisquer assuntos da competência do Governo que lhe sejam atribuídos por lei ou apresentados pelo Primeiro-Ministro ou por qualquer Ministro (art.º 200.º CRP).

No que concerne especificamente à função administrativa, cabe ao Governo em formação colegial, e não individualmente aos seus membros, para lá das matérias que a lei atribua em exclusivo ao Conselho de Ministros, aprovar os *planos económicos* e os *atos do Governo que envolvam aumento ou diminuição das receitas ou despesas públicas* previstas no Orçamento de Estado (art.º 200.º CRP)

e) O Primeiro-Ministro e os ministros

Compete ao Primeiro-Ministro dirigir a política geral do Governo, coordenando e orientando a ação de todos os Ministros e dirigir o funcionamento do Governo e as suas relações de caráter geral com os demais órgãos do Estado.

E cabe por seu turno aos Ministros executar a política definida para os seus Ministérios e assegurar as relações de caráter geral entre o Governo e os demais órgãos do Estado, no âmbito dos respetivos Ministérios.

2.3. OS MINISTÉRIOS

2.3.1. Os grandes núcleos das pastas ministeriais: as funções de soberania, de política interna, económico-financeiras, sociais e técnicas

Os ministérios são departamentos organizados por matérias e superiormente dirigidos pelos respetivos Ministros, Secretários de Estado e Subsecretários de Estado.

Seguindo aqui no essencial a classificação de Freitas do Amaral, as chamadas pastas ministeriais reconduzem-se a cinco categorias, e são elas as relativas

- (i) Às *funções de soberania* (Negócios Estrangeiros, Defesa Nacional, Justiça e Administração Interna);
- (ii) Às *funções de política interna* (Presidência e Assuntos Parlamentares, e pastas eventuais que podemos designar de coadjuvação do Primeiro-Ministro, a que correspondem as missões normalmente atribuídas ao Vice-Primeiro Ministro e aos chamados Ministros Adjuntos);
- (iii) Às *funções económicas e financeiras* (Agricultura e Pescas, Comércio, Indústria e Serviços, Planeamento e Fomento Económico e Finanças);
- (iv) Às *funções sociais* (Saúde, Habitação, Educação e Cultura, Juventude e Desporto, População, Emprego e Segurança Social)

e

- (v) Às *funções técnicas* (Obras Públicas, Urbanismo, Ordenamento do Território e Ambiente, Transportes e Comunicações, Ciência, Tecnologia e Ensino Superior).

2.3.2. A organização interna dos ministérios

A organização interna de cada ministério consta normalmente de um autónomo decreto-lei que desenvolve o esquema básico delineado na lei orgânica do Governo. Trata-se de regimes organizativos que, como se calcula, se alteram ao ritmo acelerado das mudanças de Governo, ficando por isso votada ao malogro qualquer tentativa de os sistematizar.

Cada ministério é composto por duas ou mais *direções-gerais* e dispõe por norma de uma *secretaria-geral* e de um serviço de inspeção (*inspeção-geral*). Cada direção-geral é por sua vez integrada por duas ou mais *direções de serviço*, e estas, por seu turno, decompõem-se em *divisões*. Nos ministérios com estruturas desconcentradas no território temos também as *direções regionais*.

Os secretários-gerais dos ministérios, os diretores-gerais e os inspetores-gerais são dirigentes superiores de 1.º grau. Já os subdiretores-gerais, secretários-gerais-adjuntos, e subinspetores-gerais são dirigentes superiores de 2.º grau; refira-se ainda que os diretores regionais são normalmente equiparados a subdiretores-gerais. Enfim, os diretores de serviços são dirigentes intermédios de 1.º grau, e os chefes de divisão dirigentes intermédios de 2.º grau.

Os dirigentes, sobretudo os de direção superior de 1.º grau, dispõem de extensas competências em sede de organização dos respetivos serviços, da planificação da respetiva atividade e de fixação de objetivos. Podem os membros do Governo neles delegar o exercício de importantes poderes, cabendo aos dirigentes nos demais casos (em que não disponham de competências próprias ou delegadas), propor ao membro do Governo a que reportam a prática dos atos de gestão do serviço ou órgão e em geral as medidas que considerem mais aconselháveis para se atingirem os objetivos e metas consagrados na lei e no Programa do Governo.

3. ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL (CONT.): A ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL INDIRETA

3.1. ENTES PÚBLICOS FUNCIONAIS DE TIPO INSTITUCIONAL OU FUNDACIONAL

3.1.1. Noções prévias

a) Institutos públicos e associações públicas

Os entes públicos funcionais dedicam a sua atividade à prossecução de fins específicos e são entes auxiliares ou instrumentais do ente que os cria, que é por regra o

Estado. São pessoas coletivas criadas apenas para a satisfação de interesses públicos delimitados, através como vimos do processo de devolução de poderes. Em termos de grandes categorias, podem ser institutos públicos ou associações públicas.

Nesta secção cuidaremos apenas dos entes públicos funcionais de tipo institucional ou fundacional, ou seja, da genérica categoria dos institutos públicos. Serão ainda abordadas em separado as figuras próximas das empresas públicas institucionais (atuais entidades públicas empresariais) e das fundações públicas de direito privado, pessoas coletivas públicas que se autonomizaram dos institutos públicos mas que continuam a integrar como estes a Administração Indireta do Estado.

b) As grandes classificações das pessoas coletivas no direito privado e no direito administrativo: em especial, as pessoas coletivas públicas sem substrato pessoal

É corrente na teoria geral das pessoas coletivas a classificação dicotómica destas de acordo com o seu substrato, a saber (i) em pessoas coletivas com substrato pessoal (associações, sociedades e cooperativas), as quais associam, fundamentalmente, pessoas, singulares ou coletivas, e (ii) em pessoas coletivas com substrato fundacional ou patrimonial, que assentam num acervo de bens ou, pelo menos, nalgum esquema suscetível de dar azo a esse acervo, ficando a massa patrimonial “ao serviço de determinado fim”⁹⁶.

No domínio específico da organização administrativa é esta dicotomia válida no essencial.

Quanto às pessoas coletivas públicas com substrato pessoal subdividem-se elas, em razão da especificidade desse substrato⁹⁷, (i) em pessoas coletivas de população e território, ou pessoas coletivas territoriais (Estado, Regiões Autónomas e autarquias locais), e (ii) em pessoas coletivas associativas ou corporativas (associações públicas de entidades privadas).

Já as pessoas coletivas públicas sem substrato pessoal, de tipo fundacional ou institucional, assentam numa organização dotada de recursos materiais e humanos, mas em que o elemento humano não é preponderante, sobretudo na medida em que, como sucede com as fundações privadas, a atividade do ente dirige-se à satisfação, direta ou indireta, de necessidade alheias aos seus dirigentes e funcionários, fins esses que lhes foram fixados de antemão pelo ente público seu criador.

Reconduziam-se tradicionalmente estes entes, e seguindo agora a classificação de Marcello Caetano, à categoria única dos institutos públicos, numa das quatro modalidades (i) dos serviços personalizados, (ii) dos estabelecimentos públicos⁹⁸, (iii) das fundações públicas e (iv) das empresas públicas.

Nos serviços personalizados, assenta a pessoa coletiva pública numa organização dotada de recursos materiais e humanos, mas em que o elemento patrimonial não é

⁹⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, 2. Edição, Almedina, 2007, p. 769.

⁹⁷ Sobre a classificação das pessoas coletivas públicas, vide, entre outros, VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, 1997, pp. 306 e ss. e DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Edição, Almedina, 2006.

⁹⁸ Assim, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Edição, Almedina, 2006, pp. 361 e ss.

preponderante relativamente ao elemento humano. Já nos fundos personalizados ou fundações públicas (de direito público) se verifica a clara preponderância do elemento patrimonial na atividade e nos fins da pessoa coletiva pública.

Quanto aos estabelecimentos públicos e às empresas públicas (institucionais), e independentemente de serem serviços ou fundos personalizados, estava (está) a sua organização orientada para a prestação de bens e/ou serviços à comunidade, no primeiro caso segundo uma lógica, e em moldes, não empresariais (eram os casos das instituições de ensino superior público e dos hospitais do Serviço Nacional de Saúde), no segundo caso segundo uma lógica, e em moldes, empresariais.

c) A autonomização, relativamente à categoria originária dos institutos públicos, de novas categorias de pessoas coletivas públicas

Acontece que, mais recentemente, se autonomizaram da genérica categoria dos institutos públicos teorizada por Marcello Caetano algumas categorias de entes.

Temos desde logo as entidades administrativas independentes com personalidade jurídica própria, as quais, não fora os traços de independência que as caracterizam, se reconduziriam à subespécie residual dos serviços personalizados – entidades essas que, como melhor veremos, se foram integrar não na Administração indireta, mas na Administração independente. Para além disso, passaram a constituir uma categoria *a se* (e inclusive com traços corporativos) as instituições de ensino superior público, outrora classificadas como (típicos) estabelecimentos públicos – as quais se passaram a inserir na Administração Autónoma. A LQIP – Lei-Quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004, de 15.I), no seu art.º 48.º/1, alíneas *f*) e *a*), respetivamente, dispõe o gozarem elas de regime especial, com derrogação do regime comum na estrita medida necessária à sua especificidade.

Também as empresas públicas de tipo institucional, porque inseridas no setor do público empresarial do Estado ou das Regiões Autónomas, e atenta a submissão da respetiva atividade ao direito privado, cedo se destacaram da categoria de origem, sublinhando-se a sua natureza empresarial, por contraponto à natureza administrativa das demais pessoas coletivas públicas institucionais. A LQIP, no seu art.º 3.º/3, exclui-as do respetivo âmbito de aplicação.

Enfim, as chamadas fundações públicas de direito privado – como as fundações públicas de direito público, também elas pessoas coletivas públicas, mas, de modo semelhante às empresas públicas institucionais, sujeitas na sua atividade ao direito privado – separaram-se igualmente do universo dos institutos públicos.

3.1.2. Os Institutos Públicos

a) Conceito

Os institutos públicos são pessoas coletivas de direito público sem substrato corporativo, criadas por lei para a prossecução de fins específicos do Estado ou de uma Região Autónoma, com órgãos próprios, dotadas por norma de autonomia patrimonial, administrativa e financeira, que integram a administração indireta do Estado ou da Região Autónoma que o haja criado, e cujo regime comum consta da respetiva lei-quadro, que é a LQIP – Lei n.º 3/2004, de 15.I (cf. art.ºs 2.º, 4.º, 8.º e 9.º da LQIP).

O conceito de instituto público que agora trabalhamos é o conceito estrito, ou legal-positivo que se retira da LQIP. Nos termos deste diploma, subsistem hoje como subespécies de institutos públicos os *serviços públicos personalizados* e os *fundos personalizados*, os quais – diz o art.º 3.º/2 da LQIP – se poderão organizar “em um ou mais estabelecimentos públicos, como tal se designando as universalidades compostas por pessoal, bens, direitos e obrigações e posições contratuais do instituto afetos em determinado local à produção de bens o à prestação de serviços no quadro das atribuições do instituto”.

Note-se que se reconduzem a este conceito estrito de instituto público as *fundações públicas municipais* – ou seja, as fundações públicas de direito público instituídas pelas assembleias municipais nos termos do art.º 50.º/3 da LQF, e que são também elas, como as restantes fundações públicas, pessoas coletivas públicas. Ou seja, e em rigor, hoje já não temos apenas institutos públicos estaduais e regionais de criação legal, como previa em 2004 a LQIP, mas também (e a partir de 2012, com a LQF) institutos públicos municipais, na subespécie de fundações públicas, e criados por ato administrativo (e não por ato legislativo, como os demais).

b) Regime

Estão os institutos públicos sujeitos, seja no que se refere às respetivas organização e funcionamento, seja no que concerne à sua atividade, ao direito administrativo; ou seja, estão submetidos em bloco ao direito estatutário da Administração Pública.

Assim, especifica o art.º 6.º da LQIP a respetiva sujeição, designadamente, ao Código do Procedimento Administrativo, ao Código dos Contratos Públicos, e aos regimes do contrato de trabalho em funções públicas, da administração financeira e patrimonial do Estado, da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas por danos decorrentes do exercício da função administrativa, à legislação do contencioso administrativo, e à jurisdição e controlo financeiro do Tribunal de Contas.

Os institutos públicos estão submetidos ao regime orçamental e financeiro dos serviços e findos autónomos do Estado (cf. art.º 35.º/1 LQIP), com as especificidades constantes do Capítulo III, art.ºs 35.º a 39.º da LQIP («Gestão económico-financeira e patrimonial»).

c) Superintendência e tutela, estrutura orgânica e nomeação e destituição dos membros do conselho diretivo

Segundo o art.º 7.º/1 da LQIP, cada instituto está adstrito a um departamento ministerial ou ministério da tutela, em cuja lei orgânica deve ser mencionado, ficando sujeito aos poderes de tutela (art.º 41.º) e superintendência (art.º 42.º) do respetivo ministro.

São órgãos dos institutos públicos, pelo menos, um conselho diretivo com três membros e um fiscal único.

Os membros do conselho diretivo, cujo mandato é de 5 anos renovável por igual período (art.º 20.º/1), são nomeados pelo ministro da tutela mediante procedimento concursal (art.º 19.º/4), e podem ser por ele destituídos (individualmente) antes do termo do mandato, ou ser todo o órgão dissolvido por despacho do mesmo ministro.

A destituição ou dissolução podem ser fundadas em justa causa (cf. art.º 20.º/3/g) e 9/a) a f)), seja na necessidade de reorganizar o instituto ou imprimir nova orientação à respetiva gestão – sendo que, nesta última hipótese, e caso já tenham cumprido pelo menos 12 meses de mandato, terão direito ao recebimento de uma indemnização correspondente ao vencimento base dos meses em falta até ao termo do mandato, com o limite máximo de 12 meses (art.º 20.º/5).

3.1.3. As Fundações Públicas de Direito Privado

a) *Noções prévias*

Toda a fundação, seja ela privada ou pública, consiste num complexo patrimonial afetado por uma determinada pessoa ou conjunto de pessoas, singulares ou coletivas (o fundador ou os fundadores), à realização de determinados fins de interesse geral ou social, prosseguidos através da criação de uma determinada organização (estrutura) especificamente destinada à administração daquele património e com vista à prossecução de tais fins.

O regime dos vários tipos de fundações – fundações privadas, fundações públicas de direito público e fundações públicas de direito privado – consta hoje de um único diploma, a LQF – Lei-Quadro das Fundações (Lei n.º 24/2012, de 9.VII), que introduziu algumas alterações ao Código Civil, estabelecendo um conjunto de regras para a criação, funcionamento, monitorização, reporte, avaliação do desempenho e extinção das fundações.

Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º da LQF, a fundação é definida como “pessoa coletiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afetado à prossecução de um fim de interesse social”. Para o efeito, consideram-se “fins de interesse social aqueles que se traduzem no benefício de uma ou mais categorias de pessoas distintas do fundador, seus parentes e afins, ou de pessoas ou entidades a ele ligadas por relações de amizade ou de negócios” (n.º 2 do artigo 3.º da LQF).

Na LQF é feita a distinção entre duas grandes modalidades de fundações: as fundações privadas e as fundações públicas. Por sua vez, dentro da modalidade de fundação pública distingue-se entre dois tipos, a fundação de direito público e a fundação de direito privado (art.º 4.º da LQF).

Revestem a natureza de fundações privadas “as fundações criadas por uma ou mais pessoas de direito privado, em conjunto ou não com pessoas coletivas públicas, desde que estas, isolada ou conjuntamente, não detenham sobre a fundação uma influência dominante” (art.º 4.º, n.º 1, alínea *a*) da LQF); e são elas pessoas coletivas privadas (de direito privado), sem fins lucrativos, dotadas dos bens e do suporte económico necessários à prossecução de fins de interesse social (artigo 14.º, n.º 1 da LQF).

Quanto às fundações públicas, a LQF não oferece uma noção única, antes apresenta duas noções: a de *fundação pública de direito público* e a de *fundação pública de direito privado* (artigo 4.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*) da LQF).

Para uma adequada qualificação e enquadramento jurídico de qualquer fundação, é necessário atender (i) à natureza jurídica da entidade ou entidades instituidoras; (ii) à qualificação jurídica constante dos próprios estatutos da fundação; (iii) ao objeto (os fins) da fundação; (iv) à origem dos bens que integram o património inicial da fundação;

e (v) ao modo de designação e de destituição dos órgãos de administração e de fiscalização da fundação.

b) As fundações públicas: fundações públicas de direito público e fundações públicas de direito privado

Todas as fundações públicas (de direito público e de direito privado) são pessoas coletivas públicas, sem fins lucrativos, dotadas de órgãos e património próprio e de autonomia administrativa e financeira, tendo por fim a promoção de quaisquer interesses públicos de natureza social, cultural, artística ou outra semelhante (art.º 49.º, n.ºs 1 e 2 da LQF).

Nos termos do art.º 4.º, n.º 1, alínea *b)* da LQF, são fundações públicas de direito público as fundações e os fundos personalizados criados exclusivamente por pessoas coletivas públicas nos termos da Lei-Quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro - LQIP).

Em contraponto, as fundações públicas de direito privado são aquelas “criadas por uma ou mais pessoas coletivas públicas, em conjunto ou não com pessoas de direito privado, desde que aquelas, isolada ou conjuntamente, detenham uma influência dominante sobre a fundação” (artigo 4.º, n.º 1, alíneas *b)* e *c)* da LQF).

As fundações públicas de direito público são, como sabemos, uma subespécie de institutos públicos, estando sujeitas por ao respetivo comum, que é o da LQIP – razão pela qual não lhes faremos mais referência neste ponto; doravante apenas nos interessarão as fundações públicas de direito privado.

Note-se, entretantes, que as fundações públicas de direito privado – pelo menos as constituídas ao abrigo do Código Civil – são «espécie em vias de extinção»: no âmbito da tendência que se tem verificado nos últimos anos, de inversão dos fenómenos da «fuga para o direito privado» e em geral das manobras de desorçamentação da despesa pública, consta do art.º 57.º/1, o Estado e demais pessoas coletivas públicas estão impedidos de criar ou participar em novas fundações públicas de direito privado.

Claro está, reitere-se, que esta proibição só vale para a Administração, e já não, por definição, para o legislador: de futuro poderá este sempre ignorar a proibição, e criar ele diretamente novas fundações públicas de direito privado.

c) As fundações públicas de direito privado: critérios de delimitação da figura

Dúvidas não restam, como vimos, de que um ente fundacional criado e participado exclusivamente por pessoas privadas assume a natureza jurídica de fundação privada de direito privado (passe a redundância).

Mas quando pessoas coletivas públicas se associam a privados, criando e participando com estes num ente fundacional, poderá este deixar de ser uma fundação privada com a especificidade de ter uma participação pública minoritária, e ser antes qualificável como fundação pública de direito privado.

Da interpretação sistemática e teleológica da norma do artigo 4.º da LQF resulta a existência de dois critérios de delimitação das fundações públicas de direito privado face à figura da fundação privada com mera participação (minoritária) pública, a saber (i) o da natureza jurídica da(s) entidade(s) instituidora(s) da fundação e (ii) o da

existência ou inexistência de uma influência dominante exercida por uma ou mais entidades públicas (pelo sector público) sobre a fundação.

O problema coloca-se quando o ente fundacional é criado por entidades particulares e por uma ou várias entidades públicas e, sendo o património inicial da fundação constituído por bens afetos por entidades públicas e por entidades privadas. Neste último caso, o critério da iniciativa pública *versus* iniciativa privada não é suficiente para efeito de uma adequada qualificação jurídica do ente fundacional.

Nestes casos, haverá que recorrer, para efeito de uma adequada qualificação jurídica, ao critério decisivo da existência ou inexistência de uma influência dominante exercida por um ou vários entes públicos sobre a fundação, tendo em consideração os n.ºs 2 e 3 do artigo 4.º da LQF.

Nos termos do n.º 2 do artigo 4.º da LQF, considera-se existir “influência dominante” de uma entidade pública ou de um conjunto de entidades públicas (“isolada ou conjuntamente”) sobre uma fundação (de direito privado), para efeito de qualificação jurídica da mesma, se se verificar, pelo menos, uma das seguintes situações: (i) a afetação exclusiva ou maioritária dos bens que integram o património inicial da fundação; *ou* (ii) o direito de designar ou destituir a maioria dos titulares dos órgãos de administração ou de fiscalização da fundação.

Estes dois requisitos não são cumulativos: basta que um se verifique para se verificar a “influência dominante” de uma entidade pública ou de várias entidades públicas (do sector público) sobre a fundação, e portanto a sua natureza pública.

O primeiro critério reporta-se à *afetação exclusiva ou maioritária dos bens que integram o património inicial da fundação*, devendo ser interpretado do seguinte modo: existirá influência dominante de uma entidade pública sobre uma determinada fundação se o seu património inicial for proveniente, exclusiva ou maioritariamente, de uma ou várias entidades públicas. Sendo assim, haverá que analisar o ato de instituição da fundação e os respetivos estatutos para determinar a origem de tal património. Caso este seja formado por bens afetos por entidades públicas e entidades privadas, teremos que determinar a proporção da afetação desse património, sendo que, se a maioria da massa de bens tiver origem no património de um ou vários entes públicos, nessa hipótese a fundação assume a natureza de fundação pública de direito privado.

O segundo critério reside no *direito de designar ou destituir a maioria dos titulares dos órgãos de administração ou de fiscalização da fundação*. Também para aferir do preenchimento deste requisito haverá que analisar o ato de instituição da fundação e, sobretudo, os respetivos estatutos, devendo atender-se designadamente à estrutura orgânica da fundação, tal qual ela estiver definida nos ditos estatutos.

Note-se que esta é a única figura em que, por vontade expressa do legislador, coincidem a natureza profunda da pessoa coletiva em causa, determinada pela influência dominante que sobre ela exerçam, ou estejam em condições de exercer, a entidade ou entidades públicas fundadoras, com a sua natureza jurídico-organizativa, a qual resultará *ipso facto* da verificação ou não de tal influência dominante.

d) As fundações públicas de direito privado (cont.): regime jurídico

Como indica o seu *nomen iuris*, as fundações públicas de direito privado, tenham sido criadas por lei, ou, nos termos do Código Civil, por ato negocial privado com

subsequente reconhecimento governamental, estarão sujeitas na sua atividade, em primeira linha, ao direito privado.

Não obstante, e tal como as entidades públicas empresariais, são elas, por expressa qualificação legal (cf. art.º 49.º/1 LQF), *pessoas coletivas públicas* – o que implica ser o direito administrativo a reger as respetivas organização e funcionamento (aplicando-se-lhes por isso, desde logo, a Parte II do CPA, relativa aos órgãos administrativos).

Para além disso, nos termos do art.º 48.º LQF, estão elas sujeitas na sua atividade aos princípios constitucionais de direito administrativo, aos princípios gerais da atividade administrativa, às regras da contratação pública e, em matéria de recrutamento de pessoal, aos princípios da publicidade, da concorrência e da não discriminação.

A LQF, e designadamente os seus art.ºs 48.º e 52.º, que enunciam os princípios e o regime a que se sujeitam ambas as espécies de fundações públicas, deixa bastantes dúvidas no ar nesta matéria.

Numa primeira leitura, dir-se-ia ter a LQF publicizado por inteiro todas as fundações públicas de direito privado, sujeitando em bloco a respetiva atividade ao direito administrativo. Mas se analisarmos estas disposições com mais cuidado, veremos que não pode ser essa a conclusão a retirar, pelo menos no que respeita aos regimes referidos nas alíneas *a)*, *b)* e *g)* do art.º 52.º LQF.

Pegando desde logo, e a título de exemplo, no regime de contratação de pessoal, submete o art.º 52.º/2/*b)* as fundações públicas ao regime jurídico aplicável aos trabalhadores que exercem funções públicas. Mas esta regra apenas valerá por inteiro para as fundações públicas de direito público: só estas estarão vinculadas a contratar o respetivo pessoal ao abrigo da Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas. Já no que respeita às fundações públicas de direito privado, unicamente se sujeitarão a tal regime os trabalhadores com vínculo à função pública que ali estejam colocados em regime de mobilidade, podendo aquelas recrutar os seus trabalhadores ao abrigo do Código do Trabalho.

De outra forma, note-se, não se compreenderia a previsão da al. *e)* do art.º 48.º, que sujeita todas as fundações públicas “aos princípios da publicidade, da concorrência e da não discriminação em matéria de recrutamento de pessoal”: que utilidade teria a enunciação deste princípio, se estas se sujeitassem também por inteiro a um regime como o do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, enformado como está nas suas regras, em matéria de recrutamento, por tais valores e princípios? Ele só se explica enquanto componente publicística a acoplar a um regime de direito privado, a fim de limitar ou temperar a autonomia privada das fundações públicas de direito privado nesta matéria.

E o mesmo se diga da aplicação do CPA: também o art.º 52.º/2/*a)* circunscreve a respetiva aplicação à atividade de gestão pública das fundações públicas de direito público; já no que respeita às fundações públicas de direito privado, aplicar-se-á o CPA tão só à atividade destas que envolva o exercício de poderes de autoridade, a gestão da função pública ou do domínio público, ou ainda a aplicação de outros regimes jurídico-administrativos.

Igualmente, apenas se aplicarão as leis do contencioso administrativo quando estejam em causa atos e contratos de natureza administrativa – o mesmo é dizer, os praticados e celebrados, por regra, pelas fundações públicas de direito público, e os praticados e celebrados, excecionalmente (no que aos atos administrativos se refere, por

investidura em poderes públicos de autoridade), pelas fundações públicas de direito privado.

Já se nos afigura aplicarem-se por inteiro a ambas as espécies de fundações públicas os regimes da administração financeira e patrimonial do Estado, da realização de despesas públicas e da contratação pública, das incompatibilidades de cargos públicos, da responsabilidade civil do Estado e o regime de jurisdição e controlo financeiro do Tribunal de Contas e da Inspeção-Geral de Finanças (al. *c*), *d*), *e*), *f*) e *h*) do n.º 2 do art.º 52.º LQF).

3.1.4. As Entidades Públicas Empresariais

a) Noções gerais

Tal como as fundações públicas, as entidades públicas empresariais são pessoas coletivas públicas (com natureza jurídico-organizativa pública) sujeitas à partida nos seus *aspectos organizativos* ao direito administrativo (e só subsidiariamente ao Código Civil ou ao Código das Sociedades Comerciais, conforme os casos), mas cuja *atividade* a lei submete por regra ao direito privado. Estamos perante o que resta da figura clássica da empresa pública estadual *stricto sensu* ou de tipo institucional, única espécie do género até ao final da década de 90 do séc. XX, e que passou com o DL 558/99 a ter a designação legal de “entidade pública empresarial”),

As entidades públicas empresariais estão hoje reguladas, ao nível estadual, nos art.ºs 56.º a 61.º do RJSPE – Regime Jurídico do Sector Público Empresarial e Bases Gerais das Empresas Públicas (aprovado pelo DL 133/2013, de 3.X), e ao nível regional, nos art.ºs 32.º a 43.º do DLR n.º 7/2008/A, de 24.III, e do DLR n.º 13/2010/M, de 5.VIII (diplomas que estabelecem os regimes jurídicos dos setores empresariais, respetivamente, da Região Autónoma dos Açores e da Região Autónoma da Madeira). Qualificam estes três diplomas tais entidades como pessoas coletivas de direito público com natureza empresarial criadas, respetivamente, por decreto-lei e por decreto legislativo regional e com estatutos aprovados também pelo mesmo diploma legal – criadas portanto pelo Estado e pelas regiões Autónomas, respetivamente, para prossecução dos seus fins (art.ºs 56.º e 57.º do RJSPE).

Comece por se dizer que, não obstante a expressa exclusão pelo n.º 3 do art.º 3.º da Lei-Quadro dos Institutos Públicos das entidades públicas empresariais do respetivo âmbito de aplicação, não podemos deixar de as considerar integradas na Administração Pública (em sentido organizativo), e de qualificar os respetivos órgãos (nomeadamente de direção e fiscalização) como órgãos administrativos (designadamente para os efeitos do n.º 4 do art.º 2.º do CPA, por via da primeira parte da al. *d*) do n.º 4 do art.º 2.º do Código, ou seja, enquanto institutos públicos em sentido amplo ou dogmático)⁹⁹.

⁹⁹ Isto diferentemente do que sucede com o âmbito subjetivo de aplicação do Código dos Contratos Públicos, na medida em que o artigo 2.º deste código («Entidades adjudicantes»), atenta a sua tarefa de transposição das diretivas comunitárias sobre contratação pública, exclui necessariamente da previsão do n.º 1 (que abrange a Administração Pública tradicional), mais concretamente da sua alínea *d*) (que nomeia, de entre as demais categorias de pessoas coletivas públicas clássicas, os institutos públicos), todas as empresas públicas, independentemente da sua natureza, «atirando-as» para a categoria residual de origem comunitária dos «organismos de direito público» prevista no n.º 2 do mesmo artigo.

Na verdade, são elas, por expressa qualificação legal, pessoas coletivas públicas criadas por decreto-lei (cf. art.ºs 56.º e 57.º/1 do RJSPE), de tipo fundacional ou institucional (e portanto, reitere-se, institutos públicos em sentido amplo ou dogmático), e sujeitas a um regime de dissolução e liquidação especial a aprovar também, caso a caso, por decreto-lei.

Este formato é atualmente vocacionado para o exercício simultâneo de atividades económico-empresariais de intervenção direta nos mercados, e de funções reguladoras desses mercados (conjunto *sui generis* de tarefas e missões outrora confiado aos organismos de coordenação económica, e em época mais recente a certos institutos públicos) – e, mais raramente, para a prestação de bens e serviços de carácter social. Não faltam exemplos esclarecedores do que acaba de se afirmar: tenham-se presentes, para além dos «Hospitais EPE» que constituem a espinha dorsal do Serviço Nacional de Saúde (cf. DL n.º 233.º/2005, de 29.XII), e entre muitos mais exemplos, a Entidade Nacional para o Mercado dos Combustíveis, EPE (cf. DL n.º 165/2013, de 16.XII), a Agência para o Investimento e Comércio Externo de Portugal, EPE (cf. DL n.º 245/2007 de 25.VI) e a Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública – IGCP, EPE (cf. DL n.º 200/2012 de 27.VIII).

b) Regime jurídico

As entidades públicas empresariais são dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial (art.º 59.º/1), e têm um «capital estatutário» indiviso que só pode ser de titularidade estadual (art.º 60.º/1), apenas dispo de órgãos de administração e fiscalização (e não também uma assembleia representativa dos detentores do respetivo capital) – cf. art.º 60.º. À respetiva extinção, levada a cabo também por decreto-lei (art.º 35.º/1), e à semelhança do que sucede com as demais pessoas coletivas públicas, “*não são aplicáveis as regras gerais sobre dissolução e liquidação de sociedades, nem as relativas à insolvência e à recuperação de empresas, salvo na medida do expressamente determinado pelo decreto-lei referido no número anterior*” (art.º 35.º/2).

Importa enfim referir que, com o objetivo de aproximar o respetivo regime organizativo ao das empresas públicas societárias, o DL 133/2013, para designar os poderes do Governo de orientação e controlo de uma e outras, utiliza a comum designação de «função acionista» (que consiste, segundo o art.º 37.º/1, do DL 133/2013, no “*exercício dos poderes e deveres inerentes à detenção das participações representativas do capital social ou estatutário*”), cabendo tais poderes “*ao membro do Governo responsável pela área das finanças em articulação com o membro do Governo responsável pelo respetivo setor de atividade*”.

Não obstante, e atento o disposto no art.º 38.º/2 (onde se esclarece que o exercício da função acionista, no caso das EPE’s, se processa por via de resolução do Conselho de Ministros ou por despacho do ministro titular da dita função acionista), não deixam tais poderes, no que às EPE’s se refere, de serem poderes de natureza pública que sobre estas se exercem *ad extra*, ou seja, verdadeiros poderes de tutela e superintendência (neste último caso expresso através da formalização das “*orientações estratégicas*” e da enunciação dos “*objetivos e resultados a alcançar em cada ano e triénio*” previstas no art.º 38.º, n.º, alíneas *a)* e *b)* respetivamente).

As empresas públicas estaduais estão hoje sujeitas ao exercício dos poderes de controlo e orientação de diversos órgãos, a saber do Governo (Conselho de Ministros

para as orientações estratégicas relativas a todo o SPE, e ministros titulares da função acionista para as orientações setoriais, que são o Ministro das Finanças e o da pasta correspondente ao setor de atividade em que a empresa opere – cf. art.º 24.º/1), com o apoio da Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Setor Público Empresarial (cf. art.ºs 68.º e 69.º do DL 133/2013).

No respeitante ao controlo financeiro, estão as empresas públicas submetidas à jurisdição e ao controlo do Tribunal de Contas e da Inspeção-Geral de Finanças (cf. art.º 26.º), sendo que, quanto à contração de empréstimos por empresas públicas não financeiras, estão estas últimas sujeitas também à Direção Geral do Tesouro e das Finanças, com o apoio do Instituto de Gestão do Crédito Público, EPE (cf. art.º 29.º/3).

Enfim, acresce ao exercício pelo Governo da função acionista através da Assembleia Geral (no caso das empresas societárias), e ao controlo interno do órgão de fiscalização (art.º 33.º), o controlo exercido *ad intra* por intermédio de pelo menos um membro não executivo que integrará necessariamente o Conselho de Administração de cada empresa, em representação da DGTF (art.º 32.º/3 e 4).

3.2. FIGURAS CONTROVERTIDAS

3.2.1. As associações públicas (remissão)

Diversamente do que sucede com os entes territoriais, as associações públicas de entidades privadas, não obstante serem formadas por entidades privadas, prosseguem também como os institutos públicos fins do Estado, que para elas são transferidos através de um processo de *devolução de poderes* – e não fins próprios, da respetiva comunidade substrato (o mesmo é dizer, fins privados dos seus membros, de cariz socioprofissional ou outro).

Todavia, e como melhor veremos, caso a lei lhes confira uma autonomia similar à gozada pelas autarquias locais e pelas universidades públicas, o que como veremos acontece com o atual quadro legal, deverão elas ser antes reconduzidas à Administração Autónoma, razão pela qual remetemos a respetiva análise para o estudo deste outro grande setor da Administração.

3.2.2. Os concessionários de serviços públicos e demais entidades privadas com poderes públicos

Uma importante categoria de entidades privadas que colaboram estreitamente com a Administração Pública, numa situação de sujeição que as faz emparceirar com os entes públicos que integram a Administração Indireta do Estado, é o das *entidades formal e substancialmente privadas* para quem hajam sido transferidos poderes públicos afetos ao exercício da parcela da função administrativa nelas também (por definição) *concessionada*. É o direito administrativo aplicável a estas entidades sempre que exerçam tais poderes.

Entende-se, no que a estas entidades privadas se refere, que abrange o qualificativo privadas, indicador da sua natureza profunda, (i) no caso das fundações, aquelas cujos fundadores hajam sido privados (ou, na sua maioria, privados) e dotação patrimonial de origem privada (ou maioritariamente privada), e (ii) no caso das demais pessoas coletivas (sociedades, cooperativas e associações) as que tenham maioria de capital social privado ou maioria de associados privados (inexistindo qualquer norma legal ou estatutária que atribua aos sócios, acionistas, cooperantes ou associados públicos o poder de nomear a maioria dos membros das direções, gerências ou conselhos de administração e aí ficar em condições de exercer influência dominante).

Integram-se nesta categoria as empresas (e demais entidades) concessionárias de serviços públicos, de obras públicas e ainda de exploração de bens do domínio público, quando nelas sejam delegados também poderes públicos de autoridade e sempre que exerçam esses poderes.

Note-se que não esgotam as empresas concessionárias o fenómeno do exercício privado de funções públicas: para além dos casos em que o exercício de atividades públicas por particulares assenta num título denominado “concessão” (seja legal, administrativo ou contratual), outras situações há em que, em virtude de qualquer título, entes privados são igualmente chamados a exercer, por devolução administrativa, perante terceiros, prerrogativas ou poderes similares aos dos entes públicos, se estes se se confrontassem com os particulares em relações jurídicas similares.

Tal acontece com figuras tão distintas como os notários privados e as federações desportivas de utilidade pública desportiva: no que a estas últimas se refere, por força conjugadamente da lei e do ato administrativo que lhes atribui este estatuto (utilidade pública desportiva), dispõem elas de prerrogativas de autoridade em matéria de disciplina pública da respetiva modalidade desportiva, nos termos do DL n.º 248-B/2008, de 31.XII.

A este rol poderá agregar-se uma categoria de entidades próxima da dos concessionários (mas que o não são em rigor), que é a das empresas privadas que desenvolvam qualquer atividade dita de *interesse económico geral*, sempre que, pontualmente, atuem em cumprimento das *obrigações de serviço público* (nomeadamente de prestação do chamado serviço universal) de que possam ter sido incumbidas pelo Estado, quando nelas tenham também sido delegados poderes públicos de autoridade para esse efeito, e sempre que exerçam esses poderes.

São atualmente, e a título de exemplo, empresas incumbidas da prestação do chamado serviço universal, os CTT – Correios de Portugal, SA, na atividade postal, a NOS SGPS, SA, nas telecomunicações, e a EDP – Eletricidade de Portugal, SA, na distribuição de energia elétrica.

3.2.3. As entidades privadas com influência dominante pública (administração pública em forma privada)

Numa linha de maior afastamento da Administração Pública em sentido orgânico, temos o universo das chamadas *entidades administrativas privadas ou em forma privada*. Estas últimas, apesar de já não integrarem em rigor a Administração Pública, por terem forma jurídico-organizativa privada – congruentemente aliás com o regime de direito privado a que estão por definição submetidas –, não deixam de ser, na sua

natureza profunda, entidades públicas, mais precisamente longas *manus*, extensões ou desdobramentos das pessoas coletivas públicas que as constituíram (designadamente do Estado, de uma Região Autónoma ou ainda de uma ou mais autarquias locais).

Apresentam-se elas como meros instrumentos dos entes públicos que lhes deram origem, e sujeitam-se na atividade que desenvolvem a um dos dois seguintes enquadramentos jurídicos (podendo-se verificar uma sobreposição de ambos os enquadramentos relativamente à mesma entidade).

Num primeiro enquadramento, a criação (ou aquisição) da entidade com aquele específico objeto, com atividade regida pelo direito privado, atividade essa passível de ser também desenvolvida por verdadeiros sujeitos privados (e por conseguinte potencialmente sujeita a um ambiente e a uma lógica mais ou menos concorrenciais, nomeadamente tratando-se de uma entidade com natureza empresarial), apenas serve indiretamente a satisfação de um determinado interesse público a cargo do seu criador (aliás condição necessária da legitimidade do ato das respetivas constituição ou aquisição), circunscrevendo-se a atividade por si desenvolvida (necessariamente) ao quadro de atribuições do ente público matriz.

Mas este último (ente público criador) não «descarrega», em rigor, em tal entidade, nenhuma parcela da função administrativa que por lei lhe esteja confiada. É o caso da decisão (porventura estratégica, do ponto de vista das políticas públicas) de constituição ou aquisição pelo Estado de uma empresa dedicada ao fabrico e venda de armamento e equipamentos militares: figurando a defesa no leque das atribuições estaduais, o facto é que a exploração de uma tal atividade industrial não é hoje, em si mesma, tarefa que a lei confie diretamente ao Estado, e que este por seu turno *concessione* ou *delegue* em entidades privadas.

Duvidosa é, pois, neste caso, a recondução de tais entidades à Administração Indireta do Estado, mesmo que só no plano funcional.

Diferente é a hipótese de a lei confiar determinadas tarefas ao Estado, inclusive em regime de monopólio legal, como é o caso típico da atividade de transporte público ferroviário: criando o Governo uma empresa para desenvolver tal atividade, essa empresa adquirirá automaticamente a qualidade de entidade delegatária da referida função administrativa, integrando (pelo menos no plano funcional) a Administração Indireta do Estado.

As pessoas coletivas que se subsumam a este universo de entidades submeter-se-ão ou não ao direito administrativo, conforme lhes seja ou não delegado o exercício de uma qualquer parcela da função administrativa (na primeira hipótese, e por definição, com prossecução imediata ou direta de fins públicos dos entes matriz – o mesmo é dizer, em substituição destes, numa lógica de atuação à partida não concorrencial no que, designadamente, às empresas públicas se refere).

Refira-se por último que apresentam uma enorme importância nesta matéria os regimes gerais das empresas públicas, sobretudo o RJSPE – Regime Jurídico do Sector Público Empresarial e Bases Gerais das Empresas Públicas (DL 133/2013, de 3.X), mas também os regimes jurídicos dos setores empresariais das Regiões Autónomas (DLR n.º 7/2008/A e DLR n.º 13/2010/M) e o RJSEL – Regime Jurídico do Sector Empresarial Local e das Participações Locais (Lei n.º 50/2012, de 31.VIII) aos quais o primeiro se aplica subsidiariamente. É que, sendo esta espécie de entidades administrativas privadas – a das sociedades com influência dominante pública – a única dotada de um regime geral (para além das fundações públicas de direito privado, mas que são, como vimos,

«espécie em vias de extinção»), poder-se-ão aplicar analogicamente as normas e princípios deste regime às demais categorias.

4. ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL (CONT.): ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL INDEPENDENTE

4.1. NOÇÕES PRÉVIAS

4.1.1. As entidades administrativas independentes na Constituição e na Lei

As entidades administrativas independentes constituem uma categoria de organismos públicos objeto de expressa consagração constitucional a partir de 1997 (atual n.º 3 do art.º 267.º CRP), por força das alterações introduzidas no texto fundamental pela 4.ª Revisão Constitucional; e estão agora também autonomizadas como categoria *a se* de entidades públicas no novo CPA (cf. art.º 2.º, n.º 4, al. *c*)).

Podendo ter ou não personalidade jurídica própria e distinta do Estado-Administração, constitui o seu traço distintivo o não estarem dependentes do Governo, como acontece com os demais órgãos e entes públicos menores que integram também a Administração, que como melhor veremos de algum modo sempre se sujeitam aos poderes do órgão supremo do poder executivo – seja aos seus poderes de direção, seja aos seus poderes de superintendência, seja aos seus poderes de tutela.

As entidades administrativas independentes passaram a constar expressamente do elenco que no CPA identifica os organismos que integram a Administração Pública tradicional (ou administração em sentido subjetivo ou organizativo).

Como já foi observado, a previsão da al. *c*) do n.º 4 do art.º 2.º do CPA de 2015 é algo redundante, pois as entidades administrativas independentes seriam sempre abrangidas por duas categorias mais gerais já elencadas no anterior Código: as sem personalidade jurídica própria, enquanto órgãos do Estado, e as demais como institutos públicos (respetivamente, alíneas *a*) e *d*), primeira parte, do n.º 4 do art.º 2.º do novo Código).

A verdade, todavia, é que, no que concerne pelo menos a algumas destas entidades, designadamente às autoridades administrativas independentes, subsiste uma certa indefinição relativamente à caracterização material da atividade desenvolvida a título principal como exercício da função administrativa, tendo em conta sobretudo a sua estreita ligação orgânica e inclusive financeira ao Parlamento. Tais notas poderiam pôr em dúvida a sua sujeição ao Código, razão pela qual preferiu o legislador expressá-la sem margem para equívocos.

4.1.2. Breve caracterização da Administração independente

a) *Independência, neutralidade e autoridade*

Segundo H. Loening Fichtmüller, as entidades administrativas independentes, apesar de se situarem no interior do poder executivo, caracterizam-se pelas suas maiores ou menores independência e neutralidade face ao Governo¹⁰⁰. Designadamente as *ministerialfreien Raums* constituem um “executivo politicamente neutralizado” – destinando-se a respetiva independência, precisamente, a assegurar uma neutralidade exigida por “valores superiores, essenciais à própria ordem constitucional”, e que poderiam ser colocados em perigo se fossem “abandonados às forças políticas maioritárias em cada momento”¹⁰¹. Ainda nas palavras de Fichtmüller, “neutralidade significa, neste contexto, o sacar para fora do sistema de decisão por maiorias, o excluir a influência dominante das forças políticas, as quais determinam por princípio a atividade do Estado no sistema de governo parlamentar”¹⁰².

Para Luciano Parejo Alfonso são essencialmente duas as notas básicas que definem este tipo de organizações: a *independência* e a *autoridade*. Ora, quanto à *independência* (traduzida no facto de não pertencerem nem ao poder legislativo nem ao judicial, e de tão pouco se apresentarem submetidas ou subordinadas – pelo menos nos termos tradicionais – ao poder executivo), e ainda segundo o referido autor, se ao princípio se considerou tais autoridades preferencialmente na perspectiva do poder executivo – vendo-se na sua criação uma forma de autolimitação ou, inclusive, de desapoderamento do mesmo, por estar este desgastado por uma crise de confiança –, a verdade é que cada vez mais se generaliza a sua análise a partir da ótica do poder judicial¹⁰³.

O perfil destas entidades aproxima-as portanto do papel peculiar da justiça, pois elas evocam uma função arbitral que a jurisdição contenciosa-administrativa já não está em condições de cumprir e aparecem normalmente investidas de atribuições parajurisdicionais (enquanto o juiz fica com o papel da validação, as Administrações independentes assumem o de resolver a priori conflitos com eficácia e rapidez, sem prejuízo do controlo judicial *ex post*)¹⁰⁴.

Note-se que a natureza também jurisdicional das funções normalmente cometidas às entidades administrativas independentes convoca desde logo um regime orgânico garante das respetivas independência e imparcialidade, que é muito próximo do das autoridades judiciais; e que estas entidades gozam também normalmente de um poder normativo próprio traduzido na emanação de regulamentos *praeter legem*¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Cfr. *Zulässigkeit ministerialfreien Raums in der Bundesverwaltung*, «AÖR», n.º 91, 1966, p. 315, *apud* J. M. SALA ARQUER, *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*, REDA, n.º 42, Abr.-Jun. 1984, pp. 405-406.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes; apontes para un estudio del fenómeno*, in «Administración Instrumental», cit., vol. I, p. 637.

¹⁰⁴ LUCIANO PAREJO ALFONSO, obra e local citados. Entre nós adota esta perspectiva JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, Coimbra, 2002, pp. 481 e ss.

¹⁰⁵ Sobre as competências jurisdicionais e regulamentares das autoridades administrativas independentes, ver entre nós JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas...*, p. 481 e ss.

b) *A legitimidade técnico-científica*

Enfim, a independência destas entidades assenta também numa *legitimidade técnico-científica* que lhes assegura a necessária neutralidade relativamente a toda e qualquer orientação política, colocando-as à margem de critérios político-partidários¹⁰⁶, corporativos ou quaisquer outros alheios aos princípios e regras científicas, técnicas e deontológicas que lhes cumpre aplicar. Estamos, pois, e segundo a tradicional classificação de Schmitt, perante uma «neutralidade positiva», em espécie uma neutralidade baseada num “conhecimento de causa não interessado” ou “não egoísta”, isto é, perante a “neutralidade do perito ou do conselheiro *expert*”¹⁰⁷. Nesse sentido, são por regra chamados aos órgãos das entidades administrativas independentes especialistas pertencentes à categoria socioprofissional do setor no qual o organismo exerce a sua atividade”¹⁰⁸.

Como sublinham Vital Moreira & Fernanda Maçãs, “com a sua criação aposta-se numa gestão pública neutralizada e cuja legitimidade assenta essencialmente na técnica”, estando ainda subjacente ao fenómeno da respetiva emergência o “acentuado progresso científico e técnico que se tem verificado, com a conseqüente manifesta insuficiência ou incapacidade das estruturas da Administração tradicional para responderem aos problemas das sociedades complexas e evolutivas atuais”¹⁰⁹.

Também Antonella Perini acentua o facto de a atividade das administrações independentes se desenvolver “em ambientes conotados com uma peculiar natureza técnica, em que o exercício do poder administrativo requer o conhecimento de específicas noções técnicas e científicas que condicionam de modo considerável o seu poder de escolha”¹¹⁰. Verificar-se-ia por isso em tal atividade uma substancial redução da discricionariedade resultante “da posição de terceiridade e neutralidade essencial à sua independência”, ou seja, “por efeito de fenómenos de predeterminação, procedimentalização e tecnicização” administrativas¹¹¹.

¹⁰⁶ VITAL MOREIRA & FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades reguladoras independentes. Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, 2003, p. 46. Neste sentido, acentua MARIO NIGRO o constituir a criação de uma autoridade deste tipo o resultado de “uma exigência de neutralização do setor, de desincorporação do mesmo da linha e dos aparelhos da via administrativa, em razão da tecnicidade da matéria, mas também das suas particulares características e implicações políticas, as quais requerem estruturas dotadas de independência em razão de outras garantias que não de mera eficiência” (*La riforma della vigilanza sulle assicurazioni e la posizione dell’Isvap*, «Giur. Comm.», p. 1044, cit. de A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, «Dir. Amm.», 199X, p. 72).

¹⁰⁷ Cfr. CARL SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, pp. 93, 106 e ss., ref. de J. M. SALA ARQUER, *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*, REDA, n.º 42, Abr.-Jun. 1984, p. 407.

¹⁰⁸ J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Las administraciones independientes*, in «Administración instrumental», vol. I, cit., p. 668.

¹⁰⁹ *Autoridades reguladoras...*, cit., p. 52.

¹¹⁰ *Autorità amministrative ...*, cit., p. 86.

¹¹¹ *Autorità amministrative ...*, cit., p. 90.

4.1.3. Distinção, na categoria genérica dos órgãos independentes do Estado, entre os órgãos auxiliares político-constitucionais e as autoridades administrativas independentes

Como vimos supra, importa distinguir, dentro dos *órgãos independentes do Estado*, entre por um lado os órgãos auxiliares constitucionais ou político-constitucionais, e por outro lado os órgãos também despersonalizados que exerçam funções administrativas a título principal: é que, enquanto os primeiros, não obstante poderem inclusive desenvolver essencialmente uma atividade materialmente administrativa (como terá de ser considerada, por exemplo, a de gestão e disciplina das diversas magistraturas), se enquadram noutros poderes e funções do Estado que não o poder executivo e a função administrativa, os segundos já terão carácter administrativo, integrando a Administração Pública na qualidade de *autoridades administrativas independentes*, como melhor veremos de seguida.

Como órgão constitucional auxiliar – mais precisamente, como complexo orgânico com tal configuração – teremos desde logo a Procuradoria-Geral da República (art.º 220.º CRP e Lei n.º 47/86, de 15.X). Incontrovertida é também a qualificação como *órgãos constitucionais auxiliares* ou *político-constitucionais* do Conselho Económico e Social, do Conselho Superior de Defesa Nacional, do Conselho Superior de Magistratura e do Conselho Superior do Ministério Público; e a este rol também se reconduzirão, sem hesitações de maior (e não obstante não terem expresso assento constitucional), o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o Conselho de Acompanhamento do Julgados de Paz e o Conselho dos Oficiais de Justiça.

Acrescentaremos por conseguinte ao rol de órgãos não administrativos do Estado o Conselho Económico e Social (art.º 92.º CRP, Lei n.º 108/91, de 17.VIII e DL n.º 90/92, de 21.V), o Conselho Superior de Defesa Nacional (art.º 274.º CRP e Lei Orgânica no 1-B/2009, de 7.VII), o Conselho Superior da Magistratura (art.º 218.º CRP e Lei n.º 36/2007, de 14.VIII), o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (artigos 57.º a 73.º do ETAF), o Conselho Superior do Ministério Público (art.º 220.º, n.º 2 CRP e Lei n.º 47/86, de 15.X), o Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz (Lei n.º 78/2001, de 13.VII) e o Conselho dos Oficiais de Justiça (DL n.º 343/99, de 26.VIII).

4.1.4. As distintas categorias das autoridades administrativas independentes e das entidades reguladoras independentes

a) *Entrada no tema*

É usual a distinção entre duas grandes subcategorias de entidades administrativas independentes: a das autoridades administrativas independentes e a das entidades reguladoras independentes.

As diferenças entre as duas espécies do género a que se reconduzem tais entidades quanto à sua configuração jurídica básica (no que respeita designadamente à existência de personalidade jurídica própria), à respetiva razão de ser e ao contexto em que atuam são tão acentuadas que se impõem um excuro um pouco mais demorado sobre esta específica classificação.

b) As autoridades administrativas independentes

Uma delas é a das *autoridades administrativas independentes*, criadas para assegurar uma tutela prévia ou preventiva de direitos fundamentais (ainda em sede administrativa, através de uma atividade administrativa essencialmente consultiva e de controlo), as quais, na sua maioria, se caracterizam por não ter personalidade jurídica própria e por se situarem orgânica e financeiramente na órbita da Assembleia da República (não obstante o carácter materialmente administrativo da atividade desenvolvida).

São os casos, entre outros, da Provedoria de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9.IV e DL n.º 279/93, de 11.VIII), da CNE – Comissão Nacional de Eleições (Lei n.º 71/78, de 27.XII), da CNPD – Comissão Nacional para a Proteção de Dados (Lei n.º 43/2004, de 18.VIII), da CADA – Comissão de Acesso a Documentos Administrativos (Lei n.º 10/2012, de 9.II) e da CRESAP – Comissão de Recrutamento e Seleção para a Administração Pública (Lei n.º 64/2011, de 22.XII).

A estas entidades poderemos acrescentar ainda o Conselho Superior das Finanças Públicas (Lei n.º 54/2011, de 19.X), o Conselho Nacional de Educação (DL n.º 21/2015, de 3.II), o Conselho Nacional do Consumo (DL n.º 154/97, de 20.VI), o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (Lei n.º 14/90 de 9.VI), o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26.VII), o Conselho de Fiscalização da Base de Dados de ADN (Lei n.º 40/2013, de 25.VI) e o Conselho de Fiscalização dos Serviços de Informação (Lei Orgânica n.º 4/2004, de 6.XI).

c) As entidades reguladoras independentes

A outra subcategoria é a das *entidades reguladoras independentes*, pessoas coletivas públicas com forma de instituto público cuja missão é regular a conduta dos operadores económicos que desenvolvem atividades de interesse económico geral, e cujo regime comum está hoje plasmado na Lei n.º 67/2013, de 28.VIII (Lei-Quadro das Entidades Reguladoras).

Como vimos já, deve-se a separação orgânica das autoridades reguladoras relativamente ao Governo e à Administração estadual dele dependente, por força da qual elas gozam de um estatuto de maior ou menor independência – no mínimo de uma autonomia reforçada – a razões sobretudo de eficiência em sede de regulação económica. E o mesmo se diga, recorde-se, da exigência de um elevado perfil técnico-científico dos membros dos órgãos diretivos dessas autoridades: também ele é ditado pelo princípio da eficiência, em razão da enorme complexidade técnica e económica desses setores regulados e por consequência também da respetiva regulação – perfil esse que por outro lado reforça a «independentização» daqueles titulares de cargos públicos face ao poder executivo governamental.

Tenha-se de novo presente que essa independência é também exigida pelo facto de o Estado por vezes manter uma presença nas atividades reguladas, concretamente nos antigos operadores públicos privatizados, seja através da titularidade de *golden shares* (ações privilegiadas, em termos legal ou estatutariamente previstos), seja mesmo pela manutenção de uma posição acionista maioritária – e de precisarem as autoridades reguladoras, em razão de um tal contexto, de manterem totais imparcialidade e equidistância face também a esses operadores, obstando assim a situações de falta de neutralidade que poderiam inclusive por em causa a imprescindível confiança dos investidores privados.

E isto, sublinhe-se uma vez mais, não apenas por força dos princípios chamados imediatamente à colação (princípios da concorrência, imparcialidade, igualdade e transparência), mas também para evitar a repetição do erro cometido nas antigas empresas públicas encarregadas da exploração de serviços públicos essenciais, de os preços sociais por elas praticados acabarem por ser fixados, sob intensa pressão do Governo, e por razões eleitoralistas, num patamar muito inferior àquele que seria suficiente para tornar o bem ou serviço produzido acessível – mas não tão baixo ao ponto de provocar um grave desequilíbrio financeiro nas respetivas contas de exploração ou diretamente nas finanças públicas (na hipótese de parcial subsidiação estadual desses preços).

São entidades reguladoras independentes expressamente sujeitas à Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes a ASF – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (DL n.º 1/2015, de 6.I), a CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (DL n.º 5/2015, de 8.I), a Autoridade da Concorrência (DL n.º 125/2014, de 19.VIII), a ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (DL n.º 97/2002, de 12.IV) a ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações (DL n.º 39/2015, de 16.III), a Autoridade Nacional da Aviação Civil (DL n.º 40/2015, de 16.III), a Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (DL n.º 78/2014, de 14.V), a ERSAR – Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (DL n.º 10/2014, de 6.III) e a ERS – Entidade Reguladora da Saúde (DL n.º 126/2014, de 22.VIII).

Às entidades que se acaba de referir poderemos juntar a CAAJ – Comissão de Acompanhamento dos Auxiliares de Justiça (Lei n.º 77/2013 de 21.IX), que regula profissionais liberais, e não empresas, e a A3S – Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior (esta última, e tal como a ERS, uma entidade reguladora de uma atividade de interesse geral, e já não propriamente de interesse económico geral).

E teremos também que acrescentar outras duas entidades reguladoras que apresentam a nota distintiva de terem assento constitucional, a saber o Banco de Portugal (art.º 102.º CRP e Lei n.º 5/98, de 31.I) e a ERC – Entidade Reguladora da Comunicação Social (art.º 39.º CRP e Lei n.º 53/2005, de 8.XI), e que como o CAAJ não estão sujeitas àquele diploma legal.

Não obstante a expressa previsão do Banco de Portugal e ERC na Lei Fundamental, sendo a ERC inclusive financiada pelo Orçamento da Assembleia da República, e apesar de o Banco de Portugal integrar por seu turno o Eurossistema, extravasando nessa dimensão o âmbito da Administração Pública portuguesa (para além de desenvolver, enquanto banco central, também uma atividade económica de direta intervenção no mercado interbancário), é inquestionável o exercerem elas, como as demais entidades reguladoras independentes, típicas funções administrativas regulatórias, razão pela qual não podem deixar de se considerar integradas na Administração Pública (portuguesa).

Já outras entidades reguladoras não possuem o requisito da independência relativamente ao Governo, como o IMPIC – Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, IP (DL n.º 232/2015, de 13.X) e o INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, IP (DL n.º 46/2012, de 4.II e Portaria 267/2012, de 31.VIII).

4.2. PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES

4.2.1. Entrada no tema: o déficit de legitimidade democrática da chamada Administração independente

Como é sobejamente sabido e debatido, e não obstante a sua expressa (ainda que assaz lacónica) previsão constitucional, as entidades administrativas independentes sofrem de um problema congénito, que é o do seu insuprível déficit de legitimidade democrática, única legitimidade dos poderes públicos – mais precisamente dos poderes legislativo e executivo – reconhecida no moderno Estado Democrático de Direito.

Note-se que é improcedente qualquer analogia, no que respeita à *independência* destas entidades quanto ao exercício dos amplos e intrusivos poderes que a lei lhe atribui, com a *ampla autonomia* reconhecida pela Constituição e pela lei (com uma amplitude próxima da própria daqueles poderes) às autarquias locais e regiões autónomas.

Na verdade, sendo a reserva de lei um “importante meio de garantir a legitimação democrática”¹¹², no que às entidades administrativa independentes concerne suscita-se a prévia questão da respetiva legitimação democrática, e designadamente da *legitimação organizativo-pessoal* que suporta (deve suportar) toda a Administração Pública, à luz das exigências decorrentes dos nossos art.ºs 1.º, 2.º, 3.º, 6.º, 225.º, 235.º, 237.1 e 241.º CRP.

4.2.2. A exigência decorrente do princípio democrático de uma ininterrupta cadeia de legitimação, desde o «povo do Estado» até aos órgãos públicos, através de um sistema de conexões

Com efeito, decorre do princípio democrático (democracia representativa) consagrado nos preceitos constitucionais que se acaba de citar que desde o “povo do Estado” até aos órgãos e agentes que exerçam poderes estaduais (e por expressa extensão constitucional analogamente também desde os “povos” das regiões autónomas e das autarquias até aos órgãos e agentes que exerçam poderes “regionais” ou “locais”) tenha que existir uma ininterrupta cadeia de legitimação, através de um *sistema de conexões* – (*Zurechnungszusammenhang*)¹¹³.

Quanto à legitimação democrática dos entes públicos menores em geral, ela é assegurada no quadro estadual quer pela lei, na medida respetivamente em que *as respetivas organização, atribuições e competências estejam nela (lei) determinadas*, quer através das *relações de superintendência e tutela*, no que respeita à Administração indireta do Estado, quer só das *relações de tutela*, no que concerne às autarquias locais

¹¹² EBERHARDT SCHMIDT-ASSMANN, *La legitimación...*, cit., p. 216. Por legitimação democrática deve-se entender, “num sentido muito amplo a justificação, autorização e sanção da atuação dos órgãos do Estado pelo povo” (OSSENBUHL, *Verwaltungsvorsschriften und Grundgesetz*, 1968, p. 196, cit. de OEBBECKE, *La legitimación...*, cit., p. 238).

¹¹³ ROMAN HERZOG, *Grundgesetz*, 1989, art.º 20.º, números à margem 47 e ss., cit. Oebbecke, *La legitimación...*, cit., p. 239, e SCHMIDT-ASSMANN, *La legitimación...*, cit., p. 192.

(cf. art.º 267.2 CRP).

Assim sendo, as autarquias locais, em especial, acabam por gozar de uma *dupla legitimação democrática* – a saber, (1) da *legitimação democrática estadual* (que lhes advém do “povo do Estado”, através também da *lei* e das *relações de tutela*, tal como acontece com a Administração estadual), e ainda (2) de uma *legitimação democrática própria* que lhes advém do “povo da autarquia” que elege os respetivos órgãos, e assegura, em “circuito direto”, o carácter ininterrupto da cadeia de legitimação entre o mesmo “povo” e os seus órgãos e agentes próprios (ainda e sempre em virtude da referida “similitude estrutural” que apresentam relativamente ao mesmo Estado).

4.2.3. O problema em aberto da falta de legitimação democrática organizativo pessoal de que padece a Administração independente

Quanto à *legitimação democrática organizativo-pessoal* de que gozam o Estado-Administração, as regiões autónomas e as autarquias locais, não é ela obviamente extensível às entidades administrativas independentes, pois nem por um lado o Governo exerce sobre elas poderes de superintendência ou tutela (e muito menos poderes hierárquicos), nem por outro lado elas possuem um substrato, um «povo autárquico» que eleja os seus dirigentes e os oriente através de um programa também sufragado no ato eleitoral.

Sublinhe-se, o requisito da legitimação democrática organizativo pessoal está já por definição resolvido no caso dos institutos públicos e demais pessoas coletivas públicas de tipo fundacional ou institucional que integram a Administração Indireta do Estado, em virtude não só do poder de nomeação e exoneração dos titulares dos seus órgãos de direção pelo Governo, mas também e ainda dos poderes de tutela e superintendência (respeitando assim este sistema a ininterrupta cadeia de legitimação que se requer para que qualquer órgão ou agente administrativo possa legitimamente exercer poderes públicos).

A legitimação democrática das entidades administrativas independentes só é por conseguinte assegurada pela lei, que fixa (obrigatoriamente) a sua organização e as suas atribuições e competências – o que, reitera-se, é todavia muito pouco face às exigências do Estado Democrático de Direito. Fica por conseguinte em aberto relativamente a estes entes a questão da sua legitimação *organizativo-pessoal*¹¹⁴.

¹¹⁴ Neste ponto, e relativamente ao direito alemão, ver JANBERND OEBBECKE, *La legitimación democrática de la administración no municipal*, trad. L. Parejo Alfonso, «Doc. Administrativa», n.º 234, Abr./Jun. 1993, Madrid, p. 240.

5. ADMINISTRAÇÃO AUTÓNOMA; A ADMINISTRAÇÃO AUTÓNOMA TERRITORIAL: OS ENTES PÚBLICOS TERRITORIAIS

5.1. O ESTADO E AS REGIÕES AUTÓNOMAS

5.1.1. O Estado (remissão)

O Estado é a primeira das pessoas coletivas públicas, e tem indiscutivelmente carácter territorial, sendo seus elementos constitutivos, na famosa definição de Léon Duguit, o povo, o território e o poder político. Aliás, e como vimos, é por mimetismo com o Estado que os demais entes congêneres – as regiões autónomas e as autarquias locais – apresentam as mesmas características estruturais. Mas do Estado-Administração já nós falámos várias vezes supra, pelo que remetemos para esses locais.

5.1.2. As Regiões Autónomas

As nossas Regiões Autónomas (os Açores e a Madeira) são quase-Estados. Mais do que uma manifestação de administração autónoma, o mesmo é dizer, de mera descentralização administrativa, estas pessoas coletivas de população e território consubstanciam um fenómeno de descentralização política e legislativa, na medida em que gozam também de autonomia política e legislativa face ao Estado português em que (ainda) se integram.

Elas possuem governo e parlamento próprios, dispondo os parlamentos regionais com poder legislativo próprio, e regem-se por uma lei básica com valor reforçado que «faz as vezes» de uma Constituição regional (os respetivos Estatutos Político-Administrativos). As únicas notas que hoje as distinguem dos Estados federados são (i) o não terem tomado parte no *pacto constituinte* (não têm, por não lhes ter sido reconhecido poder constituinte próprio: ao invés, a sua existência jurídica resulta – resultou – do exercício de um poder constituinte uno que se lhes sobrepõe) e (ii) o não disporem de uma ordem jurisdicional própria preordenada à aplicação no respetivo território do ordenamento jurídico regional.

As Regiões Autónomas são, como o Estado, *entes públicos maiores* – por contraposição a todas as demais pessoas coletivas de direito público, que são *entes públicos menores*. Com efeito, os seus órgãos de governo (governo e parlamento regionais) não estão sujeitos a quaisquer poderes de *tutela administrativa* (e muito menos de *superintendência*) por parte do Governo da República, mas tão só a medidas de *tutela política* do Chefe do Estado e dos seus representantes nas Regiões (cfr. art.ºs 230.º, 233.º e 234.º CRP).

Pelo contrário, e em moldes em tudo semelhantes à maneira como se articula a Administração Pública no território continental, nas ilhas são os governos regionais que exercem os *poderes de direção* sobre a *administração regional direta* (conjunto de órgãos e serviços que dependem hierarquicamente de cada governo regional), os *poderes de tutela* sobre as autarquias locais e os *poderes de tutela e superintendência* sobre os demais entes públicos menores regionais (que integram a *administração indireta regional*).

Naturalmente, no âmbito da nossa disciplina apenas importa a Administração regional autónoma (e não as assembleias legislativas regionais) – parcela essa da administração pública portuguesa constituída pelas administrações direta e indireta das Regiões, e que se caracterizam por serem dirigidas e superintendidas pelos respetivos governos regionais, e não pelo Governo da República.

5.2. AS AUTARQUIAS LOCAIS; EM ESPECIAL, OS MUNICÍPIOS

5.2.1. Noções gerais

As autarquias locais são, como o Estado e as Regiões Autónomas, *personas coletivas públicas de população e território* ou *coletividades públicas territoriais*: significa isto que (1) agregam a *população* (o conjunto das pessoas residentes) de uma determinada parcela do território do Estado, (2) assentando nesse *território*, (3) que estão dotadas de *órgãos representativos* das respetivas populações e que (4) visam a prossecução dos *múltiplos interesses próprios* destas (cfr. art.º 235.º CRP). Os seus elementos essenciais são por isso, na noção que nos adianta Vital Moreira, (1) a *população*, (2) o *território*, (3) os *interesses próprios* ou comuns (locais ou de incidência local) e (4) os *órgãos representativos* da população residente no respetivo território.

As autarquias locais são, por ordem crescente de importância, e num sistema de sobreposição territorial, as *freguesias*, os *municípios* e as *regiões administrativas* (sendo que a Constituição apenas prevê a instituição de regiões administrativas no território continental).

Enfim, as regiões administrativas são autarquias supramunicipais cuja existência a Constituição prevê, mas que ainda não foram instituídas; têm também como órgãos uma *assembleia regional* eleita por sufrágio direto e universal e uma *junta regional* que sai daquela assembleia.

5.2.2. Autarquias locais e poder local

Na Lei Fundamental, a expressão «Poder Local» constitui a epígrafe do título relativo às autarquias locais, que é o sétimo título da terceira parte da Constituição (parte da «Organização do Poder Político»), e que vai do art.º 235.º ao 265.º. Como acabamos de ver, só a propósito dos municípios é que se pode falar de verdadeiramente de Poder Local, pois as freguesias desempenham um modestíssimo papel no todo da administração pública e as regiões ainda não foram implementadas.

Pois bem, a descentralização territorial que se traduz, numa vertente estática, na criação das autarquias locais, e numa vertente dinâmica, na transferência de mais atribuições e competências do Estado para aqueles entes públicos menores, não consubstancia uma mera descentralização administrativa: ela tem também um significado político, em contraponto com o âmbito puramente administrativo da descentralização institucional ou funcional.

É verdade que, de acordo com o ensinamento tradicional, a descentralização política afeta as funções executiva e legislativa, podendo mesmo afetar a função jurisdicional no caso do federalismo – entendendo-se em contrapartida que a descentralização administrativa que deu primeiro origem às autarquias locais apenas toca a função executiva ou administrativa.

Não obstante – e à exceção da reserva a favor do Estado da função política em sentido estrito, limitada ao plano da definição dos superiores interesses da comunidade política – também é sabido que aquelas noções têm vindo a ser revistas, tendendo-se hoje a aceitar que as autarquias locais traduzem também um fenómeno de descentralização e autonomia políticas, estando dotadas inclusive de um poder normativo próprio materialmente legislativo.

Tal como o Estado, as autarquias locais e os restantes entes territoriais que com aquele partilham a mesma natureza política são também entidades públicas «básicas», «superiores», «primárias», «fundamentais», «originárias» e «necessárias», configurando-se, em suma, como os entes-matriz dos demais sujeitos públicos (Vital Moreira). Estão tipificados na Constituição (sendo nesta objeto de uma detalhada regulamentação) e agrupam os cidadãos a título universal, detendo em conformidade importantes atribuições e competências em todos os domínios relevantes da vida comunitárias. Em contraponto, os demais entes públicos menores, mesmo os de tipo associativo, dedicam-se a finalidades específicas, apenas afetando os cidadãos submetidos à sua jurisdição nos aspetos singulares relacionados com tais finalidades, sendo por isso entes «secundários», «derivados», «inferiores», e «eventuais» (Vital Moreira).

5.2.3. As freguesias

As freguesias são autarquias inframunicipais de diminuta importância, com atribuições e competências muito modestas, e que sofrem, em conformidade com tal *capitis diminutio*, de um subfinanciamento crónico.

As freguesias dispõem de um órgão deliberativo, que é a assembleia de freguesia, e de um órgão executivo eleito por aquele, e que perante responde perante o primeiro, que é a Junta de Freguesia. Assinale-se que, diferentemente do presidente da câmara, o presidente da Junta de Freguesia não é ele próprio um órgão individual, mas tão só presidente do órgão colegial.

5.2.4. Os municípios

a) *Os órgãos municipais: a assembleia municipal, a câmara municipal e o presidente da câmara*

Os municípios são hoje, de longe, as mais importantes autarquias locais. São órgãos colegiais do município a *assembleia municipal* (órgão deliberativo integrado pelos deputados municipais) e a *câmara municipal* (órgão executivo integrado pelo Presidente, que a chefia, e pelos vereadores) – sendo um e outro órgãos eleitos em separado por sufrágio direto e universal, através de um sistema eleitoral de representação proporcional.

No que respeita à composição da assembleia municipal, importa salientar uma importante característica, e que é a de terem nela assento por inerência todos os presidentes de junta das freguesias existentes no território municipal (cf. art.º 251.º CRP). Trata-se de um resquício de representação orgânica típica de outras épocas, e que constitui uma curiosa entorse ao sistema democrático representativo que enforma a nossa Constituição política.

O município tem ainda um terceiro e muito importante órgão individual, que é o Presidente da Câmara – cargo assumido pelo primeiro nome da lista mais votada para a Câmara. Diferentemente do que sucede como vimos com o presidente da junta de freguesia, o presidente da câmara é ele próprio um órgão distinto da câmara a que preside, na medida em que a lei lhe atribui um razoável elenco de competências próprias.

b) Os órgãos municipais (cont.): os serviços municipalizados

Na abordagem aos órgãos municipais intermédios, cabe uma especial menção aos *serviços municipalizados*, estruturas orgânicas facultativas hoje reguladas nos art.ºs 8.º a 18.º do RJAEL – Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local, aprovado pela Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto: trata-se de organismos que pertencem aos municípios (sem personalidade jurídica própria, portanto), dotados de uma estrutura interna mais próxima do figurino empresarial, e que gozam de uma lata autonomia administrativa e financeira.

Os SM não apresentam os traços mais marcantes das empresas locais dotadas de personalidade jurídica própria, reguladas nos restantes preceitos do RJAEL, como sejam: o formato societário, atividade regulada pelo direito privado (direito cível, comercial e laboral), pelo direito fiscal comum e pelo direito da concorrência, prossecução estatutária do escopo lucrativo e sujeição do respetivo contencioso à jurisdição dos tribunais comuns.

Regulam-se pois os SM por inteiro pelo direito administrativo, como os municípios em que aliás se integram juridicamente. E está o respetivo escopo limitado à exploração dos serviços de interesse económico geral sob reserva municipal, a saber o abastecimento público de água, o saneamento de águas residuais urbanas, a gestão de resíduos urbanos e de limpeza pública, o transporte público de passageiros e a distribuição de energia elétrica em baixa tensão.

São órgãos dos SM o Conselho de Administração (composto por três membros da Câmara, Presidente da Câmara e dois vereadores, ou então três vereadores) e o Diretor Delegado (equiparado a Diretor Municipal).

c) Os órgãos municipais (cont.): os vereadores com pelouro no exercício de competências delegadas e os dirigentes dos serviços municipais

Serão também órgãos municipais, ainda que derivados, e não originários, os vereadores com pelouro no exercício das competências que lhes sejam delegadas ou subdelegadas pelo Presidente da Câmara.

E são também, evidentemente, órgãos municipais individuais os dirigentes dos serviços municipais, e que são os *diretores municipais* (que correspondem aos dirigentes superiores de 1.º grau da Administração estadual), os *diretores de*

departamento municipal (que correspondem aos dirigentes intermédios de 1.º grau da Administração estadual) e os *chefes de divisão municipal* (que correspondem aos dirigentes a intermédios de 2.º grau da Administração estadual).

d) O regime político-administrativo dos municípios

O regime político-administrativo municipal é acentuadamente presidencialista. Analisemos pois os seus principais traços.

Por um lado, e como é próprio dos regimes presidencialistas, dotadas que estão da mesma legitimidade democrática direta, nem a câmara municipal pode dissolver a assembleia municipal, nem esta pode fazer cair o executivo municipal. É portanto limitada a responsabilidade da câmara perante a assembleia municipal

Por outro lado, e em virtude do sistema de votação proporcional, a composição da Câmara nunca é politicamente homogénea, sendo que de entre os vereadores eleitos apenas integrarão o *executivo municipal em sentido estrito* aqueles a quem o Presidente entenda atribuir pelouros. Pode por isso o executivo municipal em sentido estrito (composto tão só pelo presidente da câmara e pelos vereadores com pelouro), em hipóteses extremas, ser politicamente minoritário, atendendo à composição política não apenas da Assembleia, mas mesmo da própria Câmara.

5.2.5. As associações de municípios e de freguesias; em especial, as entidades intermunicipais

a) As associações de municípios na Lei Fundamental

Para além das autarquias locais, a Constituição prevê e protege outras figuras afins, agora de carácter facultativo: as associações de municípios. Assim, dispõe o art.º 253.º CRP («Associação e federação») que “os municípios podem constituir associações e federações para a administração de interesses comuns, às quais a lei pode conferir atribuições e competências próprias”.

Também nos «Princípios Gerais» do mesmo Título VIII («Poder Local»), nomeadamente no n.º 3 do art.º 236.º («Categorias de autarquias locais e divisão administrativa»), estipula a Constituição que “nas grandes áreas urbanas e nas ilhas, a lei poderá estabelecer, de acordo com as suas condições específicas, outras formas de organização territorial autárquica”. Os termos desta disposição são suficientemente amplos, no sentido de admitirem a criação quer de novas autarquias locais, quer de meras associações de municípios com um regime especial (desde logo de cariz obrigatório).

b) Associações de municípios (e de freguesias) de tipo cooperativo e de tipo sindical

A primeira grande classificação das associações de municípios é a que as divide em dois grandes tipos, consoante as funções essenciais que lhes sejam legal e estatutariamente atribuídas, e que são as de *defesa e representação de interesses comuns junto dos órgãos de soberania* (são os casos da Associação Nacional de Municípios

Portugueses e Associação Nacional de Freguesias, uma e outra criadas ao abrigo do regime instituído pela Lei 54/98, de 18 de Agosto) e as de *cooperação em comum das suas atribuições próprias* (função de cooperação propriamente dita).

Ora, o RJAL apenas prevê e regula as associações de municípios (e de freguesias) de tipo *cooperativo* (cooperação em comum das respetivas atribuições próprias), continuando a subsistente Lei 54/98 a regular as associações de municípios (e de freguesias) de tipo *sindical*. Doravante, sempre que nos referirmos às associações de municípios (e freguesias), reportamo-nos tão só as de tipo cooperativo, reguladas no RJAL.

c) Associações públicas de municípios (e de freguesias) e associações privadas de municípios (e de freguesias)

As associações de municípios têm hoje o seu regime regra no RJAL – Regime Jurídico das Autarquias Locais (Lei n.º 75/2013, de 12.IX): neste se preveem e regulam, como no anterior regime das associações de municípios, nos art.ºs 66.º a 79.º as *áreas metropolitanas*, nos art.ºs 80.º a 99.º as *comunidades intermunicipais* e nos art.ºs 108.º a 110.º as *associações de municípios de fins específicos* (designando a lei as duas primeiras categorias de *entidades intermunicipais*).

Até à atual lei das autarquias locais nenhum princípio ou regra legal proibia os municípios de constituírem entre si associações privadas para a prossecução de finalidades específicas comuns, desde que estas não extravasassem o âmbito das respetivas atribuições. Diferentemente, a lei que anteriormente regulava as associações de municípios – a Lei n.º 45/2008, de 27.VIII – previa (e regulava) a existência de associações de municípios fins específicos e de direito privado, que qualificava como “pessoas coletivas de direito privado criadas para a realização em comum de interesses específicos dos municípios que as integram”.

Suscitam-se agora, todavia, legítimas dúvidas nesta matéria: ao que parece, terá pretendido o RJAL limitar a capacidade jurídica geral das autarquias de se associarem em entidades corporativas regidas pelo direito privado. Com efeito, dispõe hoje o art.º 63.º/1 do RJAL que podem ser instituídas “associações públicas de autarquias locais para a prossecução conjunta das respetivas atribuições, nos termos da presente lei”, mais especificando o n.º 2 do mesmo artigo o serem essas associações (i) as *áreas metropolitanas*, (ii) as *comunidades intermunicipais* e (iii) as *associações de freguesias e de municípios de fins específicos*. E sujeita por seu turno o art.º 110.º do RJAL também estas últimas entidades à legislação aplicável às pessoas coletivas públicas, quaisquer que sejam as particularidades dos seus estatutos e do seu regime de gestão, adiantando de forma assaz desordenada, e para que não restem dúvidas, uma lista exemplificativa de mais de dez regimes de direito administrativo.

Encetando uma interpretação mais atenta ao princípio da autonomia local, e que obste à provável inconstitucionalidade de um entendimento menos sofisticado, diríamos que a previsão do art.º 63.º/1 RJAL se cinge àquelas associações de municípios de fins específicos constituídas para exercer uma parcela da função administrativa dos municípios que as constituam, com prossecução imediata ou direta das atribuições ou fins públicos a estes cometidos por lei, *em sua substituição* portanto.

Já se a associação for constituída para a prossecução de atividade passível de ser também desenvolvida por verdadeiros sujeitos privados, apenas servindo *indiretamente* a satisfação de determinados interesses públicos a cargo dos municípios – não

«descarregando» estes últimos nela, em rigor, nenhuma parcela da função administrativa cujo desempenho lhes incumbe –, poderá ela ser submetida, em primeira linha, ao direito privado.

d) Estrutura orgânica das Áreas Metropolitanas e das Comunidades Intermunicipais

As Áreas Metropolitanas de Lisboa e Porto, reguladas nos art.ºs 66.º a 79.º do RJAL, são duas associações públicas de municípios de pertença obrigatória que integram os municípios das duas únicas Grandes Áreas Urbanas portuguesas hoje reconhecidas como tal: mais concretamente, pertencem *ipso facto* às Áreas Metropolitanas de Lisboa e Porto, os municípios localizados nas NUTS III respetivamente da Grande Lisboa e da Península de Setúbal e do Grande Porto e de Entre - Douro e Vouga, respetivamente.

No que respeita à sua estrutura orgânica, são órgãos das AM o Conselho Metropolitano, onde têm assento os Presidentes das Câmaras dos municípios envolvidos e que é o órgão deliberativo da entidade (cf. art.ºs 69.º a 72.º), e a Comissão Executiva Metropolitana (CEM) – cf. art.ºs 73.º a 77.º.

A CEM é constituída por cinco membros, um primeiro secretário e quatro secretários (art.º 73.º), os quais, nos termos de um bizarro procedimento de designação, são «eleitos» pelas assembleias municipais (art.º 74.º). Mas estas não dispõem todavia verdadeiramente da faculdade de escolher os futuros titulares do órgão, pois «elegerão» (ou não – repetindo-se então o processo eleitoral) uma lista ordenada de candidatos previamente selecionados pelo Conselho Metropolitano.

As comunidades intermunicipais dispõem por seu turno de um órgão deliberativo, que é Assembleia Intermunicipal, composta por membros eleitos pelas assembleias municipais dos municípios integrantes (art.ºs 83.º a 87.º), de um órgão de direção, o Conselho Intermunicipal, constituído pelos presidentes das câmaras municipais de cada um dos municípios integrantes (art.ºs 88.º a 92.º) e de um Secretariado Executivo Intermunicipal (composto por um primeiro secretário, e facultativamente, por dois segundos secretários) que assegura a gestão corrente da entidade (art.ºs 93.º a 97.º).

Ambas as categorias de entidades intermunicipais contam ainda com um órgão consultivo, que é o Conselho Estratégico Metropolitano, no caso das áreas metropolitanas (art.ºs 78.º e 79.º), e o Conselho Estratégico para o Desenvolvimento Intermunicipal, no caso das comunidades intermunicipais (art.ºs 98.º e 99.º).

e) Natureza jurídica das associações de municípios

As associações públicas de municípios, áreas metropolitanas incluídas (tal qual o RJAL as configura), não podem ser consideradas autarquias locais, na medida em que não possuem órgãos diretamente eleitos pelos cidadãos, como postula o art.º 239.º, n.º 2 CRP. Em suma, carecem elas da legitimidade democrática direta que constitui incontornável atributo das autarquias locais.

Estas entidades são, portanto, e em suma, uma nova instância de poder local não *supramunicipal* mas *intermunicipal*, mais concretamente *uma forma jurídica de cooperação intermunicipal* – ainda que, sem dúvida, a de maior alcance, por se tratar de uma cooperação institucionalizada. O mesmo é dizer que *elas constituem ainda uma*

manifestação da autonomia municipal, traduzindo a possibilidade de os municípios de associarem numa entidade de 2.º grau para atuarem concertadamente em níveis ou escalas territoriais superiores.

É que esta institucionalização – o mesmo é dizer, o reconhecimento a estas associações de uma personalidade jurídica de direito público, própria e distinta dos municípios que a compõem – garante-lhes desde logo face aos municípios a autonomia indispensável à realização do seu objeto.

As associações de municípios são, por conseguinte, e no âmbito do poder local, pessoas coletivas públicas *derivadas, secundárias e eventuais* – por confronto com os municípios que as compõem, que são as pessoas coletivas *originárias, primárias e necessárias* que as legitimam e suportam constitucionalmente.

6. ADMINISTRAÇÃO AUTÓNOMA (CONT.): A ADMINISTRAÇÃO AUTÓNOMA FUNCIONAL

6.1. RAZÃO DE ORDEM

A Administração Autónoma funcional é constituída pelas categorias de pessoas coletivas públicas de tipo corporativo ou associativo cuja autonomia face ao Estado apresenta alguma similitude com a Administração Autónoma territorial.

As duas categorias de pessoas coletivas públicas de substrato associativo e fins específicos são as *associações públicas* e as *instituições públicas de ensino superior*, *maxime* as universidades públicas.

Quanto às associações públicas, fique todavia já bem expressa a essencial destrição de natureza e regime entre as *associações públicas de entidades públicas*, e as *associações públicas de entidades privadas*.

No que às primeiras se refere, constituem espécie única do género no direito público português as *associações públicas de municípios* (que por sua vez se desdobram nas comunidades intermunicipais, nas áreas metropolitanas e nas associações públicas de municípios de fins específicos) – as quais constituem formas institucionalizadas de cooperação intermunicipal, e nessa medida objeto de estudo das matérias já estudadas do poder local e da Administração Autónoma territorial, para onde se remete.

Na medida pois em que as associações públicas de municípios foram já abordadas na secção anterior, e tendo em conta a sua diferente natureza jurídica, não trataremos aqui delas, ficando desde já claro que, quando utilizamos o conceito de associação pública nesta secção, não as pretendemos abranger.

Tertium genus relativamente a uma e outra categorias, é a figura da associação pública mista (que integra entes públicos e privados), género esse que conta também com uma única espécie, que é das entidades regionais de turismo – a qual será aqui brevemente analisada.

Enfim, quanto às associações públicas de entidades privadas, subsistem hoje em Portugal duas únicas categorias deste tipo de entes públicos, e são elas as associações públicas profissionais ou ordens profissionais e as associações de beneficiários de sistemas de rega ou de regantes com natureza pública, entidades que têm o seu regime

fixado no Decreto Regulamentar n.º 84/82, de 4.XI, decreto esse emanado ao abrigo do n.º 1 do art.º 90.º do DL 269/82, de 10.VII.

Dada a menor importância das associações de regantes com natureza pública no contexto da Administração, vamos abordar apenas no local próprio as associações públicas profissionais.

6.2. OS ENTES PÚBLICOS ASSOCIATIVOS OU ASSOCIAÇÕES PÚBLICAS

6.2.1. As associações públicas como administração autónoma

Assinala a doutrina, no sentido da inserção das associações públicas na administração autónoma (e não na Administração Indireta do Estado), e para além do substrato corporativo, o processo de designação dos órgãos dirigentes – por sufrágio universal e igualitário no âmbito da respetiva comunidade-substrato.

E este é na verdade um dos traços característicos da administração autónoma, que aproxima por conseguinte a figura das associações públicas quer, por um lado, das regiões autónomas e das autarquias locais (entidades que constituem a administração autónoma por definição ou por excelência), quer, por outro lado, das associações privadas¹¹⁵.

Por isso – e sem prejuízo de certas pessoas coletivas de duplo substrato (também institucional por conseguinte) poderem consubstanciar formas de autoadministração – “dificilmente se emancipa a noção de administração autónoma da de corporação”, estando os dois conceitos “estritamente ligados”¹¹⁶.

¹¹⁵ Como diz P. MAHON, a eleição enquanto modo de designação dos titulares dos órgãos constitui o “elemento decisivo” do conceito de administração autónoma (*La décentralisation administrative*, cit., pp. 238 e ss.).

Já não estamos todavia de acordo com aqueles autores, como VITAL MOREIRA, que sustentam não ser possível o “hetero-governo” nas associações públicas, nomeadamente pela existência de órgãos de nomeação estadual ou mistos (com titulares eleitos e nomeados), dado ser o “princípio democrático” no nosso caso “constitucionalmente imposto” pelo art.º 267.4 CRP (op. cit., pp. 173-174).

Com efeito, e uma vez que importa compaginar a exigência expressa deste preceito com a soberania do legislador, e em especial com o princípio da liberdade de auto-organização do Estado, dever-se-á entender que a mesma exigência se confina à organização interna do ente: ou seja, o que a Constituição proíbe ao legislador (e evidentemente aos próprios órgãos das associações públicas) é a possibilidade da discriminação estatutária entre os respetivos membros, como a atribuição de votos de qualidade ou qualquer outro tipo de prerrogativas ou privilégios em função da antiguidade, da qualidade de “fundador”, etc., etc.

Subscrever o entendimento restritivo de VITAL MOREIRA significa atribuir ao constituinte a intenção de introduzir uma regra de tipicidade ou *numerus clausus* num importante setor da organização administrativa – sabendo-se como se sabe que ao invés do que acontece no direito privado, e como decorrência do poder de auto-organização do Estado, não existem (não devem existir) no direito público *numerus clausus* quanto às formas de organização administrativa, isto é, que “o direito positivo não contém regras gerais que determinem as estruturas das diferentes instituições administrativas” (P. MAHON, op. cit., p. 110; o autor invoca a favor da sua posição BROHM, *Strukturen...*, cit., p. 29, RUEFNER, *Formen...*, cit., p. 241 e WEBER, *Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts*, in «Eine Darstellung ihrer gegenwärtigen Ordnung», Göttingen, 1943, p. 9).

¹¹⁶ P. MAHON, op. cit., p. 111.

Acresce que o legislador, relativamente às mais importantes associações públicas, que são as associações públicas profissionais ou Ordens profissionais, subtraiu-as aos poderes de superintendência do governo, conferindo-lhes uma liberdade ou independência no exercício das respetivas atribuições similar à constitucionalmente garantida às autarquias locais e às universidades – o que, somado ao traço estrutural do processo de designação dos seus órgãos dirigentes (por sufrágio universal e igualitário no âmbito da respetiva comunidade-substrato), aproxima o respetivo regime do daquelas instituições.

É por isso legítima a utilização de um conceito de administração autónoma em sentido amplo ou formal para designar os entes que gozem por concessão legislativa de um tal estatuto de autonomia, não obstante o processo de criação das associações públicas consubstanciar também, como sucede com o dos institutos públicos, um fenómeno de devolução de poderes, e não de verdadeira descentralização (a qual se reporta apenas e exclusivamente, como vimos, à descentralização territorial)¹¹⁷.

Contudo, sendo distintas como indiscutivelmente são as naturezas das figuras em confronto, não tem tal opção do legislador o condão de por essa via assimilar as associações públicas às autarquias locais ou (no caso das associações públicas de entidades privadas) às associações privadas, nomeadamente com a transposição das características de qualquer uma destas duas últimas espécies de pessoas coletivas para aquelas.

6.2.2. As associações públicas na Constituição Portuguesa de 1976

Com a revisão constitucional de 1982¹¹⁸ é introduzida a *associação pública* nos quadros da organização administrativa portuguesa como figura organizativa de carácter facultativo. A Constituição passa pois a permitir de forma explícita a instituição por lei¹¹⁹ das chamadas “associações públicas” (n.º 3 do art. 267.º CRP, com a epígrafe “Estrutura da Administração”), enquanto instrumento de desburocratização, de aproximação dos “serviços” da Administração Pública às populações e de “participação dos interessados” na “gestão efetiva” dos mesmos “serviços” (n.º 1 do mesmo artigo 267.º).

¹¹⁷ Neste sentido, FREITAS DO AMARAL, que qualifica também, como nós, o processo de criação de associações públicas e de atribuição a estas de tarefas e poderes públicos como *devolução de poderes* (e não *descentralização*).

¹¹⁸ Mas – e ao invés do que é afirmado por M. REBELO DE SOUSA (*Lições de Direito Administrativo*, Lisboa, 1995, 1.ª ed., p. 379) – elas estão longe de se uma novidade absoluta no direito português: muito pelo contrário, como sublinha VITAL MOREIRA, e malgrado a pouca atenção que a figura das associações públicas mereceu à nossa doutrina até 1982, o facto é que a anterior ordem constitucional se caracterizava pela “existência de uma vasta categoria de entes administrativos de estrutura corporacional – os organismos corporativos”, tendo-se suscitado o “problema constitucional das associações públicas” já na vigência da Constituição de 1976 precisamente “a propósito de figuras público-associativas oriundas do Estado Novo, cuja natureza estrutural enquanto pessoas coletivas públicas e associativas não tinha mudado” (*Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra, 1997, pp. 421-422).

Sobre o tema ver SÉRVULO CORREIA, *Natureza jurídica dos organismos corporativos*, in «Estudos sociais e corporativos», n.º 8, II, Lisboa, 1963.

¹¹⁹ Por lei formal da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado – al. t) do então art.º 168.º, n.º 1 CRP.

À semelhança da Constituição espanhola, com a sua previsão expressa dos Colégios profissionais (art.º 36.º), também a nossa, em consequência de idêntica rotura com um regime corporativista, adotou uma posição essencialmente neutral relativamente à figura geral da associação pública: “uma linha de respeito, mas a uma vez de escasso compromisso, enquanto admite explicitamente a sua existência, mas, diversamente do que ocorre com outras organizações, não se preocupa especialmente com a tutela da sua existência nem com a promoção da respetiva atividade”¹²⁰.

Com efeito, a menção na lei fundamental às associações públicas pretende apontar quer esta figura, quer a das organizações de moradores, como meios possíveis e constitucionalmente legítimos (dentro de conjunto mais amplo que inclui “outras formas de representação democrática”) de “assegurar a participação dos interessados” na “gestão efetiva” da Administração (art.º 267.1 CRP) – mas não ao ponto de os alcandorar ao papel de “instrumentos privilegiados”¹²¹ de implementação deste princípio constitucional.

Quando muito, e a existir alguma tomada de posição do constituinte face a essa específica forma de participação dos interessados (associações públicas), será ela de alguma reserva, como se infere do n.º 4 do art.º 267.º CRP, que consagra os princípios da excecionalidade (“só podem ser constituídas para...”) ¹²², da exclusão de atividades sindicais, do respeito pelos direitos individuais dos seus membros e da formação democrática dos seus órgãos¹²³.

Para além das notas que se acaba de referir – e que não de ter que ser observadas pelo legislador – não temos mais nenhuma indicação específica relativa às funções e regime destas figuras, as quais ficarão na livre disponibilidade do legislador. No que respeita à sua natureza, o adjetivo «públicas» aponta naturalmente para a natureza publicística.

Não é pois de conferir um especial significado à previsão expressa da figura da associação pública; diferentemente, perfilhamos no que concerne à nossa lei fundamental o entendimento de Giovanni Quadri no contexto constitucional italiano: na esteira da doutrina e da jurisprudência alemãs dominantes, diz este autor transalpino que pelo facto de não existir na Constituição italiana “uma norma expressa que negue ou reconheça ao legislador a competência para constituir corporações públicas de estrutura associativa”, tal não significa que essa competência não esteja “implícita no mais

¹²⁰ JOAQUIM GARCÍA MURCIA, *Derecho de Sindicación y Colegios Profesionales en la Jurisprudencia Constitucional*, REDA, n.º 31, Jan.-Abr. 1991, p. 162.

¹²¹ Expressão utilizada por VITAL MOREIRA, para concluir em sentido diverso do defendido no texto (*Administração autónoma...*, cit., p. 426).

¹²² Como não deixa de reconhecer VITAL MOREIRA, “os art.ºs 182.º e 163.º da CRP, bem como o art.º 267.2, significam claramente que a «administração governamental» é a regra da administração pública”, fugindo a administração autónoma (e nomeadamente a administração autónoma funcional, acrescentamos nós) “a esta regra” – pelo que não pode ela por isso “deixar de ser uma solução excecional” (*Administração autónoma...*, cit., p. 253).

¹²³ Note-se que estas reservas explícitas não são as únicas, pois as associações públicas, para além de contenderem (como verá de seguida) com a liberdade de associação, contendem ainda com os princípios da imparcialidade e da igualdade, podendo ainda – e conforme o sector da vida comunitária a que correspondam as suas atribuições – afetar “em razão da matéria” específicas liberdades fundamentais: desde logo, as Ordens profissionais podem interferir (e interferem entre nós) também com as liberdades de profissão e de ciência, aspetos estes cujo tratamento não cabem todavia na economia do presente trabalho.

genérico poder de organização do Estado, que o legislador é chamado a exercitar, nos limites da Constituição”¹²⁴.

O mesmo entendimento não têm Jorge Miranda e Vital Moreira, para quem, e agora nas palavras deste último autor, “a ideia de descentralização democrática da administração pública” como descentralização funcional através de corporações de direito público e figuras afins passou a encontrar uma “concretização explícita” com a expressa consagração pela revisão constitucional de 1982 das “associações públicas e a autoadministração das universidades”¹²⁵.

Mas a nosso ver não se justificam tais conjeturas, e muito menos a sua sublimação, sendo de rejeitar as enfáticas afirmações de Vital Moreira noutra local da mesma obra, de que a conjugação do art.º 6.1 e (a partir da Revisão de 1982) com o art.º 267.º, n.ºs 1 e 2 a CRP mostraria “exuberantemente” que na nossa Constituição “a descentralização não se esgota nas autarquias locais” (antes aparecendo “sempre ligada ao desempenho de tarefas pelos próprios interessados através de órgãos representativos”¹²⁶), e que seria por isso “indiscutível” o constituírem as associações públicas “um instrumento privilegiado” da descentralização administrativa prevista no art.º 6.1 CRP¹²⁷.

A menção às associações públicas introduzida pela primeira revisão ao texto fundamental é por conseguinte para nós uma mera autorização constitucional expressa para a respetiva constituição que pôs fim às (legítimas) dúvidas anteriormente suscitadas sobre a sua legitimidade na nova ordem constitucional¹²⁸, pelo que não descortinamos na previsão constitucional destes entes qualquer tipo de reconhecimento análogo ou sequer próximo do operado em benefício das universidades na mesma revisão constitucional, *maxime* uma garantia institucional da sua existência¹²⁹.

6.2.3. Associações públicas de entidades privadas: as associações públicas profissionais ou Ordens profissionais

a) *Entrada no tema: o regime geral das associações públicas profissionais*

Duas importantíssimas leis sucederam-se já na primeira década do séc. XXI em matéria de Ordens Profissionais: primeiro a Lei n.º 6/2008, de 13 de Fevereiro, e depois, em substituição desta, e com alcance geral, a Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro, que fixa o regime geral ou comum da criação, da organização e do funcionamento das associações públicas profissionais.

Tendo em conta a problemática constitucional das associações públicas, este regime consagra medidas e soluções que são a nosso ver constitucionalmente adequadas.

¹²⁴ *Libertà di associazione e corporazioni pubbliche a struttura associativa*, «Rassegna di diritto pubblico», XVIII, 1963, p. 223. Mas como sublinha VITAL MOREIRA, a maioria da doutrina e da jurisprudência transalpina não afinam por este diapasão (op. cit., p. 454), considerando que as associações públicas constituem um limite também à liberdade negativa de associação.

¹²⁵ *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra, 1997, p. 254.

¹²⁶ *Administração autónoma...*, cit., p. 166.

¹²⁷ *Administração autónoma...*, cit., p. 426.

¹²⁸ Cf. VITAL MOREIRA, *Administração autónoma...*, cit., p. 426.

¹²⁹ Contra, VITAL MOREIRA, *Administração autónoma...*, cit., p. 426.

b) Critérios de constituição de novas associações públicas profissionais e exclusão dos interesses socioeconómicos privativos dos seus membros do leque das atribuições possíveis destes entes

Segundo este diploma, apenas poderá haver lugar à constituição de associações públicas profissionais, quando, cumulativamente, esteja em jogo (i) a tutela de um interesse público de especial relevo que o Estado não possa assegurar diretamente, (ii) quando for adequada, necessária e proporcional à tutela dos bens jurídicos a proteger e (iii) quando a profissão em causa deva ser sujeita, cumulativamente, e por imperativo de tutela do interesse público prosseguido, ao controlo do respetivo acesso e exercício, à elaboração de normas técnicas (*legis artis*) e de princípios e regras deontológicas específicas e a um regime disciplinar autónomo.

São atribuídas a estas entidades, logo em primeira linha, tarefas de representação e defesa dos interesses gerais dos destinatários dos serviços e dos interesses gerais da profissão colegiada – e não dos interesses socioeconómicos privativos dos seus membros (art.º 5.º, n.º 1, alíneas a) e b), respetivamente);

c) Requisitos para a inscrição dos candidatos à profissão nas Ordens profissionais

No que às Ordens profissionais se refere, consagra-se a regra da titularidade tão só da habilitação (académica) legalmente exigida como requisito exigível para a inscrição dos candidatos à profissão. Apenas no caso de serem justificadamente necessários para o exercício da profissão por razões de imperioso interesse público ou inerentes à capacidade das pessoas, é que pode haver lugar à verificação das capacidades profissionais.

Tal verificação só poderá concretizar através da sujeição a um estágio profissional cuja duração máxima será não obstante de 18 meses, a contar da data de inscrição e incluindo as fases eventuais de formação e avaliação (art.º 8.º, n.º 2, al. a)), sendo que nesse estágio haverá exclusivamente lugar a uma formação e verificação de conhecimentos relativamente ao código deontológico da profissão e/ou, no final do mesmo, à realização de exame final com o objetivo de avaliar os conhecimentos e as competências necessárias para a prática de atos de confiança pública (art.º 24.º, n.ºs 4 e 6).

d) Proibição de numerus clausus e de sistemas de acreditação de cursos universitários

Com a exceção das profissões consubstanciadoras de um exercício privado de funções públicas (com ou sem prerrogativas de autoridade), estabelece este regime uma total proibição de fixação de *numerus clausus* no acesso à profissão globalmente considerada ou a qualquer das especialidades profissionais reconhecidas, em razão designadamente de restrições territoriais determinadas em função da população abrangida ou de distâncias geográficas entre profissionais ou suas sociedades (art.ºs 33.º, n.º1, 24.º, n.º 7 e 26.º, n.º 3, respetivamente).

É ainda proibido qualquer tipo de acreditação, pelas associações públicas profissionais, de cursos de licenciatura oficialmente reconhecidos.

e) *Aspetos organizativos*

Quanto a aspetos organizativos, consagra-se um princípio da separação entre os órgãos executivos encarregados da direção e gestão da associação, e os órgãos parajurisdicionais que controlam a legalidade da atuação da associação e a observância dos deveres deontológicos dos seus membros através do exercício do poder disciplinar profissional (art.º 15.º, n.ºs 1 e 10, e art.º 19.º, n.º 1); e abre-se caminho à designação de um Provedor dos Destinatários dos Serviços Profissionais Prestados pelos Membros da Ordem (art.º 20.º). As associações públicas profissionais ficam ainda obrigatoriamente sujeitas a uma tutela de legalidade de tipo inspetivo idêntica à exercida pelo Governo sobre as autarquias locais, sem prejuízo da possibilidade de previsão, em lei especial, de modalidades de tutela de mérito (art.º 45.º, n.ºs 1, 2 e 4) e

Ficam sujeitos a aprovação tutelar os regulamentos mais sensíveis em sede de liberdade de escolha de profissão, a saber os que versem sobre os estágios profissionais e as provas profissionais de acesso à profissão e às especialidades profissionais (art.º 45.º, n.º 5).

f) *Correspondência prática das expressões associação pública profissional e Ordem profissional*

Refira-se por fim que com o diploma que procedeu à implementação do Processo de Bolonha no nosso sistema de ensino superior (DL 74/2006, de 24.03, com as alterações introduzidas pelo DL 107/2008, de 25.6) se alteraram as tradicionais estruturas curriculares, terminando os ciclos de estudo correspondentes aos graus de bacharelato e de licenciatura, para dar origem a um novo e único grau titular de um primeiro ciclo de estudos superiores que, sem prejuízo de manter a designação do segundo daqueles graus (licenciatura), tem em média uma duração inferior (nomeadamente uma duração mínima de três e máxima de quatro anos).

Pois bem, com esta mudança terminou a diferenciação entre as associações públicas profissionais agregadoras de bacharéis e as Ordens profissionais propriamente ditas: todas as 17 associações públicas profissionais são hoje Ordens, esvaziando-se de conteúdo a previsão do art.º 11.º da Lei n.º 2/2013, que autonomiza como subcategoria deste tipo de entidades públicas as «Câmaras» profissionais agregadoras de profissionais não licenciados.

6.2.4. Associações Públicas Mistas: as Entidades Regionais de Turismo

As associações públicas de município (de que não tratamos aqui, por já terem sido abordadas na secção dedicada à administração autónoma territorial) não são a única espécie do género *associação pública de entidades públicas*: também são pessoas coletivas públicas de tipo corporativo ou associativo que agregam entes públicos as *entidades regionais de turismo*. Estas apresentam todavia a especificidade de poderem integrar igualmente pessoas coletivas privadas da área do turismo (ainda que, somos forçados a deduzir, estas não possam constituir a maioria dos associados da entidade).

As entidades regionais de turismo estão hoje reguladas na Lei n.º 33/2013, de 16.V. Nos termos do n.º 1 do art.º 3.º do Regime Jurídico das Áreas Regionais de Turismo de Portugal Continental, (aprovado pelo DL 67/2008, de 10.04), “*em cada uma das áreas*

regionais de turismo definidas no n.º do art.º 2.º, é criada uma entidade regional de turismo, que funciona como entidade gestora, assumindo a natureza de pessoa colectiva de direito público de âmbito territorial, dotada de autonomia administrativa e financeira e património próprio (...)”.

O Artigo 7.º do referido diploma (“Participação nas entidades regionais de turismo”) prevê a integração como membros destas associações de 2.º grau não apenas de entidades públicas (e nomeadamente dos municípios) mas também de entidades privadas, desde que do seu objeto social se retire um “*interesse no desenvolvimento e na valorização turística da respetiva região*” – dependendo a participação apenas “*de manifestação prévia e expressa nesse sentido, nos termos da legislação aplicável*”.

Mais refere o n.º 3 do mesmo artigo que os municípios “*só podem participar na entidade da área regional de turismo em que se encontrem territorialmente integrados*” (ou seja, numa das cinco NUT’s II a que se refere o art.º 2.º), nos termos dos estatutos de cada uma das cinco entidades a criar (cfr. n.º 4). Dispõe ainda o n.º 5 que “*a participação de um município na respetiva entidade regional de turismo constitui um requisito de acesso aos programas públicos de financiamento na área do turismo com recurso a fundos exclusivamente nacionais*” – cominando o art.º 8.º (“Princípio da estabilidade”) a sanção da perda de todos os benefícios financeiros e administrativos de que hajam beneficiado as entidades participantes em caso de abandono da entidade antes de decorrido o período de cinco anos sobre a data de ingresso.

6.3. ENTES PÚBLICOS COM DUPLO SUBSTRATO (INSTITUCIONAL E CORPORATIVO): AS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR PÚBLICO

6.3.1. Noções prévias

a) Os dois formatos jurídico-organizativos possíveis das instituições de ensino superior público, de instituto público e de fundação pública de direito privado

O RJIES, no quadro da reforma do sistema de ensino superior operada em 2007, veio estabelecer dois tipos de formatos jurídico-organizativos para as instituições de ensino superior públicas (universidades e politécnicos).

A qualificação jurídica dos tipos organizativos é fixada no artigo 9.º, n.ºs 1 e 2 do RJIES. O n.º 1 dispõe que todas as instituições de ensino superior públicas são pessoas coletivas públicas, podendo excepcionalmente revestir a forma de fundações públicas com regime (parcial) de direito privado. Por seu turno, o n.º 2 prevê que os tipos organizativos (o comum e o fundacional) são submetidos ao regime jurídico aplicável às demais pessoas coletivas públicas, designadamente à Lei-Quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro – LQIP), sem prejuízo da possibilidade de os tipos organizativos fundacionais poderem recorrer ao regime de direito privado, nos termos dos artigos 129.º e segs. do RJIES.

Da norma do artigo 9.º do RJIES extrai-se que, no plano legislativo, todas as instituições de ensino superior são configuradas (qualificadas) como institutos públicos, sob forma e com regime de estabelecimento público (tipo organizativo comum) ou sob forma e com regime de fundação pública (tipo organizativo especial).

Em suma, o primeiro desses formatos é o formato jurídico-organizativo comum de estabelecimento público dotado de personalidade jurídica própria, integrado na categoria geral dos institutos públicos, e integralmente sujeito (na sua organização, funcionamento e atividade) a um regime de direito público administrativo, aplicável por regra a todas as instituições de ensino superior públicas (universidades e politécnicos); e o segundo é um formato jurídico-organizativo especial, a fundação pública com regime (parcial) de direito privado, designadamente nos planos da gestão financeira, patrimonial e de pessoal, aplicável a determinadas instituições de ensino superior públicas, nos termos e condições estabelecidas nos artigos 129.º e segs. do RJIES.

Importa precisar que as universidades-fundações atualmente constituídas não assentam, em bom rigor, num substrato patrimonial (numa massa de bens especificamente afeta à realização de certo fim estadual). Com efeito, foi a forma fundacional definida pelo legislador com uma função meramente instrumental, com vista a proporcionar flexibilidade, simplificação, eficácia e eficiência de gestão, não deixando estas, tal como a generalidade das universidades públicas, de ter por substrato (caraterizador do tipo) a «comunidade académica» (substrato pessoal = comunidade de pessoas que partilham um interesse comum: a produção e divulgação da ciência), e não um qualquer «complexo patrimonial».

b) A sujeição das instituições de ensino superior públicas com formato jurídico-organizativo de instituto público (formato comum) à LQIP; primeiro confronto com as diretrizes constitucionais

As instituições de ensino superior públicas de formato jurídico-organizativo comum são integralmente reguladas, na sua organização, funcionamento e atividade, pelo direito público administrativo, sendo-lhes aplicáveis, em tudo quanto não contrariar o seu regime legal especial (designadamente o RJIES), o regime comum das entidades públicas administrativas, desde logo a LQIP, que vale como direito subsidiário¹³⁰.

As universidades públicas (e os politécnicos) são portanto reguladas pelo legislador ordinário, designadamente no que respeita ao respetivo regime financeiro, como institutos públicos integrados na Administração indireta do Estado, ou seja, enquanto meros instrumentos organizativo-funcionais ao serviço dos interesses do Estado e, por isso, suscetíveis de serem sujeitas a condicionamentos no que respeita, nomeadamente, ao seu modelo de gestão.

Deve-se a «boa consciência» do legislador, sem dúvida, à circunstância de o tipo institucional universidade, ao contrário de outros tipos organizativos previstos na Lei Fundamental, apenas ser explicitamente assegurado nas suas dimensões essenciais (de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira – cf. art.º 76.º/2 CRP), não determinando a Constituição qualquer «indicador vinculativo» preciso quanto ao formato jurídico-organizativo a atribuir às universidades públicas, nem sequer definindo, explicitamente, qual a arrumação das mesmas na Administração Pública – se na Administração autónoma se na Administração Indireta do Estado.

¹³⁰ No mesmo sentido, dispõe a norma da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 48.º da LQIP que as universidades e «escolas de ensino superior politécnico» «gozam de regime especial, com derrogação do regime comum na estrita medida necessária à sua especificidade».

Com efeito, as universidades públicas, as autarquias locais e as regiões autónomas constituem três tipos institucionais expressamente regulados na Constituição, aos quais esta confere explicitamente uma «autonomia pública qualificada».

Contudo, se em relação aos tipos territoriais (regiões autónomas, municípios e freguesias) o legislador constituinte teve o cuidado de determinar, diretamente, o seu formato jurídico-organizativo (: pessoas coletivas de população e território), e os traços gerais essenciais do seu regime jurídico, bem como o sistema de relacionamentos interadministrativos com o Estado (tutela administrativa no caso das autarquias locais e modelo cooperativo quanto às regiões autónomas), já no caso do tipo institucional universidade o mesmo não se verificou.

Isto não significa que a norma do artigo 76.º, n.º 2 da CRP tenha que ser vista como uma disposição vazia de conteúdo normativo: ela deverá ser configurada, desde logo, como uma norma objetiva carecida de um cuidadoso e atento esforço de interpretação jurídica, sob cominação de se poder perpetuar a instrumentalização das universidades, como se verifica no momento atual.

A norma do n.º 2 do artigo 76.º da CRP, se não determina o formato jurídico-organizativo da universidade pública, contém, no entanto, importantes elementos que devem conformar a margem de liberdade legislativa. A partir da norma em referência não é possível proceder à qualificação jurídica (determinar a natureza jurídica) da instituição: essa tarefa depende, acima de tudo, da análise do regime legal vigente das universidades.

Sem embargo, todo o tipo organizativo é composto por dois elementos diferenciados, mas necessariamente relacionados: (i) o substrato (elemento material), isto é, a base em torno da qual se forma a organização; e (ii) a forma jurídica (elemento formal), através da qual se procede à qualificação da organização e à determinação do seu regime jurídico.

6.3.2. As universidades públicas e demais instituições de ensino superior público como administração autónoma

a) As instituições de ensino superior público como entidades com substrato também pessoal

Se a Constituição não fornece nenhum indicador preciso e vinculativo quanto ao formato jurídico-organizativo do tipo universidade, ela não deixa, porém, de ser muito precisa quanto à identificação e configuração do substrato universitário. A organização universitária assenta num substrato pessoal, a comunidade académica, concebida como uma «associação de cientistas», composta pelos titulares das liberdades individuais de ensino e investigação científica (em particular os docentes universitários), que se organizam coletivamente para o seu exercício. É o que resulta da conjugação da dimensão organizativa das liberdades de ensino e de investigação científica com a dimensão de autonomia científica e pedagógica (= autonomia académica), que constitui o núcleo duro material do tipo universidade.

A compreensão e configuração do tipo universidade passam precisamente pela apreensão do seu substrato; se a forma jurídica-organizativa a atribuir à instituição universidade pode variar consoante a «discricionariedade legislativa» no processo de preenchimento do tipo, o seu substrato (a comunidade académica) constitui em qualquer

caso um dos seus elementos, mínimo essencial e caracterizador, em torno do qual se deve definir a sua forma e o seu regime jurídico.

A comunidade académica é concebida pela Constituição como uma organização que potencia e garante o livre e pleno exercício da ciência de acordo com critérios de autodeterminação e auto-orientação, dos quais derivam diretamente dois traços fundamentais da organização universitária que o legislador deve, em qualquer caso, respeitar: a autoadministração e o autogoverno.

b) As duas dimensões estruturantes da autonomia universitária

A autonomia universitária assenta, pois, em duas dimensões estruturantes, uma dimensão material (a autonomia académica = autonomias científica e pedagógica, como emanções diretas da dimensão subjetiva-organizativa das liberdades de ensino e de ciência) e uma dimensão instrumental ou funcional (a autonomia estatutária, administrativa e financeira).

Se o tipo universidade constitui, em primeiro lugar, uma garantia institucional das liberdades de ensino e de ciência (na medida em que se traduz numa organização que permite e potencia o seu pleno exercício), assumindo, portanto, relativamente a estas uma função instrumental, a autonomia de gestão das universidades (financeira e administrativa) também se configura, face à autonomia académica, como uma sua dimensão acessória, instrumental e de garantia.

Com efeito, uma organização coletiva, por mais livre que seja do ponto de vista da definição das suas orientações estratégicas, nunca será verdadeiramente autónoma, ou poderá sequer minimamente reclamar operacionalidade, se não for dotada dos meios financeiros e de uma capacidade de gestão adequada e adaptada: esta conclusão é clara e indubitável.

A autonomia estatutária consiste na capacidade da comunidade académica de definir a sua própria «norma fundamental» de organização, designadamente o seu modelo de organização interna, a repartição de competências entre os seus órgãos e a estruturação das Faculdades (dotando-as ou não de personalidade jurídica própria), configurando-se como uma dimensão especial (reforçada) da autonomia normativa (capacidade para a emanção de regulamentos administrativos), integrando-se esta última por sua vez na dimensão da autonomia administrativa.

A autonomia administrativa significa a capacidade de atuação do ente jurídico-público, que se traduz no poder de emanar regulamentos, praticar atos administrativos e celebrar contratos. Por seu turno, a autonomia financeira significa, no seu alcance mínimo, a capacidade de obtenção e de afetação de receitas próprias às despesas próprias, e a titularidade de orçamento próprio, organizado e gerido com autonomia.

c) As vinculações impostas ao legislador pelo princípio constitucional da autonomia universitária, também no respeitante à sua segunda dimensão, de definição do respetivo modelo de organização e à gestão dos seus assuntos, das suas finanças e do seu património

A Constituição concebe o tipo institucional universidade não como uma mera organização funcionalmente dedicada à realização de tarefas públicas estaduais, mas

antes como uma organização dotada de um grau significativo de autonomia perante o (em relação ao) Estado.

Se autonomia significa, juridicamente, um espaço de «livre» decisão de um ente em face de outro, a Constituição garante às universidades públicas, em qualquer caso, autonomia de orientação no que respeita, não apenas à organização da produção e divulgação (ensino) da ciência, mas também e ainda no que se refere à definição do seu modelo de organização e à gestão dos seus assuntos, das suas finanças e do seu património.

O grau de autonomia atribuído constitucionalmente às universidades é o de uma autonomia qualificada e reforçada, não tão intensa, é certo, como a que gozam os entes territoriais, mas seguramente mais forte do que a dos restantes organismos integrados na Administração Pública – o que permite, com segurança, reconhecer que elas (as universidades) não podem ser concebidas pelo legislador como simples institutos públicos de regime comum, o que implica a atribuição de um formato jurídico-organizativo e de um regime jurídico adequado às especificidades dos interesses que lhes compete satisfazer.

O tal grau de autonomia de orientação implica necessariamente «autogoverno», isto é, a existência de órgãos próprios de governo, cujos titulares provenham diretamente da comunidade académica que constitui o seu substrato, bem como a capacidade de tais órgãos determinarem por si, sem ingerência externa, a sua própria orientação em todos os domínios protegidos pela garantia constitucional (organizativo, académico, administrativo e financeiro).

Para além disso, os interesses que à universidade cabe satisfazer correspondem, primariamente, aos interesses individuais dos membros da comunidade académica no que respeita à produção e divulgação da ciência no seio de uma organização coletiva: não são apenas os docentes ou os investigadores que se associam voluntariamente para produzir ou divulgar (ensinar) a ciência por si produzida, pois também o estudante universitário quando integra a academia fá-lo com a intenção não apenas de obter um grau académico necessário para o ingresso em certo tipo de profissão, mas também de participar diretamente nesse mesmo processo científico.

É certo, que, ao contrário de outras formas de Administração autónoma (territorial e corporativa), é difícil reconhecer a existência de interesses coletivos próprios e específicos de determinada comunidade académica, na simples medida em que a produção e divulgação da ciência integram a esfera de liberdade individual de qualquer ser humano; porém, e por isso mesmo, não podemos conceber a produção e divulgação da ciência como um interesse exclusivamente estadual.

Ao Estado compete a garantia da unidade do sistema educativo, bem como a criação e manutenção de uma rede de estabelecimentos públicos que permita o exercício e o ensino da ciência em condições de igualdade de oportunidades e de tratamento, bem como o acesso de todos os indivíduos de acordo com critérios exclusivamente assentes no mérito individual.

Por isso mesmo o Estado, como garante ou guardião máximo do sistema de ensino, tem a responsabilidade de conferir às universidades públicas as condições materiais e fáticas necessárias e adequadas ao exercício da ciência; mas, também por vinculação constitucional (negativa), deve ele deixar às universidades uma margem relevante de autodeterminação e auto-orientação no que respeita não só à direção da

atividade científica e pedagógica, mas também à sua própria gestão, administrativa e financeira.

d) O imperativo constitucional da pertença das universidades e demais instituições de ensino superior público à administração autónoma, e não à administração indireta do Estado

A Administração autónoma corresponde, de acordo com a definição clássica, a «administração de interesses públicos, próprios de certas coletividades ou agrupamentos infra estaduais (de natureza territorial, profissional ou outra), por meio de corporações de direito público ou outras formas de organização representativa, dotadas de poderes administrativos, que exercem sob responsabilidade própria, sem sujeição a um poder de direção ou de superintendência do Estado nem a formas de tutela de mérito».

Ora, assim sendo, temos de reconhecer que, à luz da norma do n.º 2 do artigo 76.º da CRP, as universidades públicas são concebidas como formas de Administração autónoma, mais especificamente como Administração «autónoma funcional de direitos fundamentais» (*grundrechtlich-funktionale Selbstverwaltung*), que se distingue de outras modalidades de administração autónoma, nomeadamente a «administração autónoma local» e a «administração autónoma social»¹³¹.

Assim, é a própria Constituição que procede à arrumação sistemática das universidades públicas no âmbito da Administração autónoma, o que significa, desde logo, que os poderes de controlo titulados pelo Estado sobre as universidades públicas apenas podem consistir numa tutela administrativa, por princípio de mera legalidade (artigo 199.º, alínea *d*) da CRP).

Como a universidade pública conforma um só tipo, assente num substrato pessoal, mas carecido de um formato jurídico-organizativo, não está na disponibilidade do legislador ordinário, quando procede ao preenchimento do tipo, optar pela integração das universidades públicas na Administração autónoma ou na Administração indireta do Estado: ele está vinculado a arrumar explicitamente as universidades públicas na Administração autónoma, na medida em que tal decorre imediatamente da norma constitucional que garante o tipo universidade.

Como a inserção da universidade pública na Administração autónoma integra o conteúdo essencial da garantia constitucional da universidade (expressa numa norma objetiva constitucional), temos de reconhecer que se uma qualquer norma legal (hierarquicamente inferior) determinar a arrumação das universidades públicas na Administração indireta, esta norma legal deverá ser considerada inconstitucional, por violação do princípio da autonomia universitária, previsto no n.º 2 do artigo 76.º da CRP (cfr. artigos 3.º, n.º 3 e 277.º, n.º 1 da CRP).

Com efeito, nas palavras de J. J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, se cabe à lei «definir os limites da autonomia universitária, não pode a mesma deixar de garantir um espaço mínimo constitucionalmente relevante, de forma a salvaguardar-se “o núcleo essencial” da autonomia universitária» (cfr. artigo 18.º, n.º 2 da CRP), pelo que,

¹³¹ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN *La legitimación de la Administración como concepto jurídico*, DA, n.º 234, Abr.-Jun. 1993, págs. 163-229.

constitucionalmente, as universidades não podem pertencer à administração direta do Estado, integrando antes a administração pública autónoma¹³².

Quer se conceba a autonomia universitária como mera garantia institucional, quer se conceba esta como um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (artigo 17.º da CRP) titulado pela própria pessoa coletiva, o legislador encontra-se em qualquer caso obrigado a respeitar o conteúdo essencial de autonomia constitucionalmente consagrado, bem como ao cumprimento do princípio fundamental da proporcionalidade (cfr. artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP).

O conteúdo essencial da autonomia universitária já foi definido supra: ele comporta, pelo menos, a capacidade dos órgãos próprios de governo das universidades públicas (autogoverno) de determinarem por si (autodeterminação), sem ingerências externas, a sua própria orientação em todos os domínios protegidos pela norma do n.º 2 do artigo 76.º da CRP, ou seja, em matéria académica (científica e pedagógica) e em matéria administrativa e financeira, concluindo-se assim pela existência de uma verdadeira autoadministração universitária.

A inserção, no plano legislativo, das universidades públicas na Administração indireta do Estado corresponde, a nosso ver, a uma sua instrumentalização que afeta desproporcionalmente o núcleo essencial da autonomia universitária e que, nessa medida, deve considerar-se inconstitucional.

Sendo assim, temos de concluir pela inconstitucionalidade, nomeadamente das normas dos artigos 9.º, n.ºs 1 e 2 do RJIES e 2.º, n.º 1 e 48.º, n.º 1, alínea *a*) da LQIP quando interpretadas no sentido de integrar as universidades públicas na Administração indireta do Estado, por frontal violação do artigo 76.º, n.º 2 da CRP.

A autonomia universitária constitucionalmente consagrada impõe ao legislador um conjunto de vinculações, nomeadamente: (i) a expressa inserção das universidades públicas na Administração autónoma; (ii) a atribuição de um formato jurídico-organizativo e de um regime jurídico que garante às universidades públicas uma autonomia académica e de gestão efetiva; (iii) o que implica considerar as especificidades do «domínio de ação universitário»; (iv) e dar cumprimento ao princípio fundamental da proporcionalidade.

Com esta posição não queremos afirmar que as universidades públicas não devam estar sujeitas a determinadas limitações em matéria de administração financeira, mas antes que tais limitações terão que ser proporcionais, isto é, adequadas e necessárias à satisfação de outros interesses constitucionalmente protegidos, designadamente os princípios jurídico-constitucionais da unidade, eficácia e eficiência da ação administrativa (artigo 267.º, n.ºs 2 e 5 da CRP), o que implica uma necessária ponderação por parte do legislador.

¹³² *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., pág. 916. Os Autores admitem, contudo, que à luz do texto constitucional as universidades públicas possam ser integradas na Administração indireta do Estado (*idem*, pág. 916), posição essa com que não concordamos, pelos fundamentos acima expostos.

Cap. II

RELAÇÕES INTERORGÂNICAS

1. NOÇÕES PRÉVIAS

1.1. RELAÇÕES DE SUPRAINFRAORDENAÇÃO E DE EQUIORDENAÇÃO

Como vimos, as relações interorgânicas podem ser de suprainfraordenação e de equiordenação, consoante o posicionamento recíproco dos órgãos administrativos e respetivas pessoas coletivas públicas na estrutura da Administração.

As relações entre municípios, por exemplo, são sempre e por definição de equiordenação. Pode dar-se uma situação de sobreposição, como acontece por excelência nas relações entre os municípios e o Estado: sendo o posicionamento recíproco de uns e outro essencialmente paritário, atenta a substancial autonomia que as autarquias locais gozam face ao Estado-Administração, não deixam os municípios, numa pequena medida, de se sujeitar aos poderes de tutela inspetiva (de mera legalidade) do Governo. Assim, e no âmbito dessa relação tutelar, a relação que existe é de suprainfraordenação; nos demais âmbitos, é de equiordenação.

Como acima se referiu, as relações de equiordenação, como as de suprainfraordenação, são também jurídicas, no sentido de que, por força dos princípios da unidade da Administração e da boa administração (da eficácia e eficiência da atuação administrativa), não deixam os órgãos administrativos, fora das adstrições decorrentes da hierarquia, da superintendência e da tutela, de estar investidos nas recíprocas obrigações de auxílio e cooperação, sempre que as circunstâncias o exijam.

Apenas sucede que, por múltiplas razões, é mais facilmente sancionável a violação das obrigações decorrentes das relações de suprainfraordenação, sendo ainda sobre estas que se cimenta essencialmente o princípio da unidade da Administração. Acresce que os institutos que densificam os princípios da cooperação, da colaboração e da coordenação entre órgãos administrativos se concretizam em normas procedimentais, sendo por normalmente tratados e estudados como temas do procedimento administrativo.

Pelas razões que se acaba de aduzir, vamo-nos limitar, neste capítulo, a abordar as relações interorgânicas de suprainfraordenação.

1.2. RELAÇÕES INTERORGÂNICAS INTERNAS E EXTERNAS

As relações interorgânicas podem ser *externas* (quando a lei as estabelece entre órgãos de duas ou mais diferentes pessoas coletivas públicas) ou *internas* (quando traduzem a articulação entre os órgãos da mesma pessoa coletiva pública).

Vamos começar abordar no ponto que segue as *relações interorgânicas internas*, e depois as *relações interorgânicas externas*.

2. RELAÇÕES INTERORGÂNICAS INTERNAS: A HIERARQUIA ADMINISTRATIVA

2.1. NOÇÕES PRÉVIAS

2.1.1. Conceito de hierarquia administrativa

A *hierarquia administrativa* é um vínculo jurídico através do qual se articulam entre si, de forma muito estreita e intensa, os órgãos de cada pessoa coletiva pública, com as suas diferentes competências, e que se traduz essencialmente num poder de direção do superior hierárquico e no correspondente estado de sujeição do subalterno (sobre quem impende, desde logo um dever de obediência às ordens e instruções emanadas pelo superior). Trata-se de um vínculo jurídico porque é constituído por poderes e deveres jurídicos.

A relação hierárquica esgota-se no interior da pessoa coletiva pública (de cada pessoa coletiva pública): é por definição uma relação organizativa intraadministrativa (e não interadministrativa).

2.1.2. A hierarquia como modalidade regra de articulação entre órgãos e serviços administrativos

As pessoas coletivas atuam através de *órgãos* (instâncias decisórias) e *serviços* (instâncias de apoio aos órgãos, que preparam e executam as deliberações ou decisões e destes) que normalmente se articulam dentro de cada pessoa coletiva de modo hierarquizado. A hierarquia, não esgotando as formas possíveis de articulação entre órgãos e serviços, constitui a modalidade regra dessa articulação

A hierarquia administrativa resulta da organização vertical ou hierárquica dos serviços públicos. O mesmo é dizer que estes se estruturam em forma de árvore invertida ou pirâmide, numa relação de dependência de uns em relação aos outros: trata-se de uma pirâmide que se vai alargando do topo para a base, com progressiva diminuição dos poderes, à medida que, elo a elo, se desce na cadeia hierárquica (estruturação dos serviços por escalões, do topo à base). São atribuídos poderes de decisão ao longo da escala hierárquica, dispondo cada superior hierárquico, em regra, da totalidade das competências dos seus subalternos.

2.1.3. Hierarquia e desconcentração de poderes

A hierarquia não implica necessariamente um sistema de concentração de poderes (concentração dos poderes de decisão na titularidade de um órgão); com efeito, o poder hierárquico coexiste (pode coexistir) com a *desconcentração de poderes*, ou seja, com a atribuição de poderes decisórios a instâncias intermédias na escala hierárquica (que assim adquirem capacidade para praticar atos administrativos nas matérias abrangidas

pelos poderes desconcentrados). Neste caso, o poder hierárquico passa a funcionar como um freio ou compensação da desconcentração.

2.1.4. Hierarquia própria e imprópria

Há que distinguir, dentro de cada pessoa coletiva, a *hierarquia própria* da *hierarquia imprópria*. A hierarquia transmuta-se em hierarquia imprópria quando o órgão intermédio, por força (1) da sua natureza colegial, (2) de um ato de delegação de poderes praticado em seu benefício pelo superior hierárquico ou (3) da titularidade de uma competência exclusiva conferida por lei, deixa de estar sujeito ao *poder de decisão* do órgão supraordenado (que é, como melhor se verá de seguida, o poder de emanar ordens em situações individuais e concretas que por regra constitui atributo do superior hierárquico).

Apaga-se por isso nestes casos o traço mais forte da relação hierárquica – relativamente a todas as competências do órgão infraordenado, no caso dos órgãos colegiais, ou apenas no âmbito da competência delegada ou exclusiva, nos demais casos. Mantêm-se todavia na titularidade do órgão supraordenado os demais poderes próprios do superior hierárquico, desde logo os demais *poderes de direção* (de emanar instruções genéricas e diretivas) e os *poderes de supervisão* (pelo menos o de anular ou suspender os atos praticados pelo órgão infraordenado).

2.2. COMPETÊNCIAS DO SUPERIOR HIERÁRQUICO

2.2.1. Noções gerais

O superior hierárquico goza de um conjunto de poderes que poderemos chamar de *direção* (em sentido amplo), e que são: (1) o *poder de direção* (em sentido estrito) ou de *decisão*, (2) o *poder de substituição*, (3) o *poder disciplinar*, (4) o *poder de supervisão*, (5) o *poder de inspeção* e (6) o *poder de decidir conflitos de competência*.

Os poderes do superior hierárquico, diversamente do que sucede em regra com os poderes de tutela, *presumem-se* – o mesmo é dizer que não carecem de uma expressa previsão legal.

2.2.2. O conjunto de poderes de direção (em sentido amplo) do superior hierárquico

a) *Poder de decisão (ou direção em sentido estrito)*

Trata-se de um *poder sobre pessoas* (e não sobre atos ou atividades). É a faculdade de dar (1) ordens, (2) instruções genéricas e (3) diretivas ou orientações ao subalterno. Este poder presume-se, ou seja, não necessita de uma consagração expressa na lei.

As *ordens* são comandos individuais e concretos através dos quais o superior impõe aos subalternos uma determinada atuação, e podem ser dadas verbalmente ou por escrito.

As *instruções genéricas* são comandos gerais e abstratos, mediante os quais o superior impõe aos subalternos certas condutas sempre que se verificarem determinadas situações (na prática administrativa são designadas por «circulares»)

As *diretivas* ou *orientações* são comandos vinculativos apenas no que respeita aos fins, deixando aos subalternos a escolha dos meios para alcançar tais fins ou resultados

Todos estes atos têm uma eficácia meramente interna: não traduzindo o exercício de uma competência externa, os respetivos efeitos jurídicos esgotam-se dentro da pessoa coletiva pública em questão, não se repercutindo diretamente na esfera jurídica de terceiros. Por isso nem as ordens são atos administrativos, nem as instruções são regulamentos administrativos – precisamente por carecerem da eficácia externa que, como melhor se verá adiante, constitui elemento essencial das figuras do *ato administrativo* e do *regulamento administrativo*.

O poder de decisão ou direção funda a relação de hierarquia, caracterizando o superior hierárquico e o subalterno, respetivamente, como sujeito ativo e passivo da relação: enquanto o superior hierárquico tem o poder de impor aos subalternos a qualidade e o modo de prossecução do fim público que preside à atividade de ambos, sobre os mesmos subalternos impende um correlativo dever de desenvolver a própria atividade na qualidade e no modo pretendido pelo sujeito ativo. Por isso Guido Landi qualifica como *institucional* a relação hierárquica: ela pressupõe “um grupo de pessoas *organizado* com caráter de permanência, segundo regras certas, *e com vista a um determinado fim*”¹³³.

b) Poder de substituição

O poder de substituição é o poder de que assiste ao superior hierárquico de se substituir ao subalterno, mesmo no que respeita às eventuais competências exclusivas (ou até excludentes) do segundo, neste último caso apenas em caso de grave e prolongada inércia do mesmo subalterno.

Diferentemente do poder de modificar ou substituir o ato praticado pelo subalterno, que é um poder sobre atos (de supervisão) e exercido *a posteriori*, o poder de substituição é um poder sobre pessoas, que implica o formal e simultâneo afastamento *de jure* dos substituídos das funções públicas que lhes estejam cometidas, e que estes já não exerçam *de facto*.

c) Poder disciplinar

O poder disciplinar é também um poder sobre pessoas, e consiste na faculdade de, na sequência da direta verificação (ou de uma notícia credível) da prática de uma eventual infração pelo subalterno, eventualmente na sequência de um inquérito, se o resultado deste o justificar, (1) *instaurar um processo disciplinar* e de, (2) comprovando-se a existência de infração, *aplicar a sanção disciplinar correspondente à infração praticada*.

A infração disciplinar traduz-se na violação pelo subalterno dos deveres funcionais a que está adstrito (deveres de obediência, correção, lealdade, assiduidade, etc.).

133

Ibidem.

Os poderes de determinar a realização do inquérito e de instaurar e instruir o processo disciplinar, por um lado, e de aplicar a sanção, por outro lado, podem estar repartidos por diferentes superiores hierárquicos.

O poder disciplinar é um poder de supremacia especial intimamente conexo com o poder de decisão ou direção, pressupondo também a relação de hierarquia e as posições de sujeito ativo e passivo, respetivamente, do superior hierárquico e do subalterno.

Como vimos, ambos os sujeitos (ativo e passivo) orientam a sua atividade para um mesmo fim, e *colaboram* para consegui-lo, não obstante o fazerem em planos diversos: a um compete prevalentemente *dirigir*, ao outro *seguir*. Ora, o fim para que está dirigido o poder disciplinar, enquanto poder de punir o subalterno que com a sua conduta perturbe o normal funcionamento da organização em que se insere (desde logo na medida em que resista ou contrarie as ordens e instruções emanadas pelo superior hierárquico), “não é outro senão o *fim próprio* da instituição a que o próprio poder é inerente”¹³⁴. É também aqui que se distingue o ilícito disciplinar do ilícito penal: na hipótese do ilícito penal, o facto contende com “um interesse da comunidade política considerada na sua unidade”, enquanto no disciplinar a lesão afeta apenas “os interesses próprios de uma instituição subordinada”¹³⁵.

Refira-se, por fim, que mesmo nos casos em que a relação de emprego público se constitui através do chamado «contrato de trabalho em funções públicas» (o que é hoje a regra na Administração Pública), o poder disciplinar é um poder público que continua a fundar-se diretamente na lei, e não naquele contrato – diferentemente do que sucede com o poder disciplinar privado, no âmbito do contrato individual de trabalho (que neste se alicerça).

d) Poder de supervisão

O poder de supervisão é um poder sobre atos, e consiste na capacidade de o superior hierárquico *revogar, suspender, modificar* ou *substituir* os atos administrativos praticados pelo subalterno.

Pode ser exercido oficiosamente, através da *avocação* (ato através do qual o superior chama a si a resolução de um caso concreto até esse momento sob a alçada de um subalterno, ao abrigo de uma competência comum), ou na sequência de um recurso hierárquico do ato praticado pelo subalterno junto de si interposto pelo particular destinatário (ou por outro interessado) – traduzindo-se também o poder de supervisão, neste último caso, num *poder de decidir recursos*.

e) Poder de inspeção

O poder de inspeção é a faculdade que assiste ao superior de fiscalizar a atividade do subalterno, através de inquéritos, sindicâncias e auditorias, sendo este poder instrumental relativamente aos anteriores, na medida em que lhe proporciona (a ele, superior hierárquico) as adequadas informação e conhecimento de causa para o correto exercício dos poderes de direção, de substituição, disciplinar e de supervisão.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ GUIDO LANDI, *Disciplina...*, cit. p. 27.

f) *Poder de decidir conflitos de competência*

O poder de decidir conflitos de competência é capacidade que assiste ao superior hierárquico de, em caso de conflito – negativo ou positivo – de competências, declarar qual o órgão competente para decidir na matéria em causa.

Ocorre um *conflito negativo* quando dois órgãos subalternos recusam decidir sobre determinada matéria, por entender cada um deles pertencer a competência em questão ao outro. E verifica-se um *conflito positivo* quando, pelo contrário, ambos os órgãos reclamam a mesma competência para decidir sobre determinada matéria.

Estamos perante um poder de natureza jurisdicional (ainda que confiado em primeira mão à Administração, à luz do moderno entendimento de um princípio de divisão poderes e não se separação rígida), na medida em que o seu exercício se traduz numa decisão neutra ou imparcial que visa a resolução de um conflito entre duas entidades infraordenadas através da interpretação e aplicação de normas e princípios jurídicos. Naturalmente, repita-se, a decisão administrativa de conflitos de competências é mera decisão de 1.^a instância, recorrível por conseguinte e nos termos gerais para os tribunais administrativos.

2.3. DEVERES DO SUBALTERNO

São deveres do subalterno os deveres de zelo, assiduidade, de urbanidade e de obediência.

Entre eles destaca-se a obediência, que é obrigação de o subalterno cumprir as ordens e instruções emanadas dos seus legítimos superiores hierárquicos, dadas em matéria de serviço e sobre forma legal.

Sempre que a ordem ou instrução não venha de um superior hierárquico do subalterno, ou não seja dada em matéria de serviço, o dever de obediência cessa (art.º 271º/ 3 CRP).

A controvérsia surge, para alguma doutrina, quando o cumprimento da ordem ou instrução conduz à prática de uma ilegalidade. Freitas do Amaral considera que existe dever de obediência, sendo que a responsabilidade pela prática dessa ilegalidade é excluída se o subalterno exigir essa ordem por escrito e reclamar dessa ordem ou instrução.

3. AS RELAÇÕES INTERORGÂNICAS EXTERNAS: SUPERINTENDÊNCIA E TUTELA

3.1. NOÇÕES GERAIS

Como vimos, há descentralização administrativa (em sentido amplo) quando a atividade administrativa é desenvolvida por várias pessoas coletivas para além do Estado.

Já se falou nas vantagens da descentralização – constituindo a sua implementação inclusive um imperativo para os poderes constituídos, por força do princípio homónimo,

o primeiro dos princípios constitucionais que presidem à organização administrativa portuguesa. Mas a descentralização tem também inconvenientes, propiciando designadamente a descoordenação da atividade administrativa.

Por isso são também importantes princípios da organização administrativa, que contrabalançam o princípio da descentralização, os princípios da eficácia e unidade de ação da Administração, de que constituem instrumentos os poderes de *superintendência* e de *tutela*, e que se reconduzem como vimos ao princípio da unidade da Administração.

3.2. RELAÇÃO DE SUPERINTENDÊNCIA

3.2.1. Noções prévias

Trata-se de uma relação jurídica organizativa intersubjetiva (ou seja, estabelecida por definição entre dois entes públicos, um deles primário e territorial, e o outro de fins específicos ou funcional) que se traduz no poder de o órgão executivo da pessoa coletiva territorial matriz ou supraordenada emitir diretivas e recomendações que têm como destinatário o órgão dirigente do ente infraordenado, e de um modo geral orientar a atividade deste. Pode-se pois definir a superintendência como o poder de orientação da pessoa coletiva pública matriz ou supraordenada sobre a pessoa coletiva pública infraordenada e de fins singulares, e que se consubstancia na emanação de *diretivas* (vinculativas) e *recomendações* (não vinculativas).

A relação de superintendência assenta em dois pressupostos interligados: (1) na *prossecação pelos entes infraordenados de fins próprios do ente supraordenado* (constituindo por isso os primeiros *entes instrumentais* do segundo) e (2) na *responsabilidade dos órgãos dirigentes dos mesmos entes infraordenados perante o órgão executivo do ente supraordenado* (perante o Governo, no caso do Estado, perante os governos regionais, no respeitante às regiões autónomas, e perante as câmaras municipais, no que concerne aos municípios) – órgão este que dispõe em regra do *poder de livremente nomear e demitir os membros dos órgãos dirigentes dos entes superintendidos*.

A superintendência é um poder de natureza e estrutura distintas da tutela administrativa: enquanto esta consiste num poder de *controlo* ou de *intervenção*, aquela constitui um *poder de direção enfraquecido* (integrando um segmento apenas do conjunto de faculdades que como vimos compõem o poder de direção próprio do superior hierárquico).

Não existindo sanção específica para o incumprimento das diretivas que consubstanciam o poder de superintendência, pode de todo o modo o Governo (ou o governo regional ou a câmara municipal) demitir os titulares dos órgãos dirigentes dos institutos públicos ou empresas públicas institucionais superintendidas com fundamento nesse incumprimento sem o pagamento de qualquer indemnização (designadamente, e no caso dos institutos públicos, da compensação referida no art.º 20.º/5 da LQIP).

3.2.2. A superintendência como contrapartida da devolução de poderes

O processo de criação por lei de novos entes públicos destinados a prosseguir fins estaduais, em substituição do Estado-Administração, é como vimos tradicionalmente conhecido no nosso direito administrativo por *devolução de poderes*, ou por *descentralização técnica, funcional ou por serviços* – visando esta última expressão distinguir esta descentralização de poderes (com a referência às razões e fins que lhe presidem) da verdadeira descentralização.

A descentralização verdadeira ou propriamente dita, recorde-se, é apenas a descentralização territorial – sistema que, numa vertente «estática», deu origem no quadro da nova ordem constitucional à recriação das autarquias locais atualmente existentes (freguesias e municípios), dotando-as com uma autêntica autonomia face ao poder estadual, e que numa vertente «dinâmica» se traduz num incessante processo de transferência do Estado para as mesmas autarquias de novas atribuições e competências.

A superintendência constitui uma contrapartida da descentralização técnica, funcional ou por serviços.

Com efeito, uma vez que a criação do novo ente (*ex novo* ou – as mais das vezes – através da personalização de um serviço público até então integrado na administração direta do Estado, da região autónoma ou do município) exclui por definição o vínculo hierárquico, e, por conseguinte, os poderes próprios do superior hierárquico (e correspondentes deveres por banda do organismo infraordenado), é o exercício deste poder pelo Governo (ou pelos governos regionais ou pelas câmaras municipais) sobre o novo ente que assegura a *necessária eficácia e unidade de ação* de todo o conjunto da administração do ente territorial em causa (ou seja, das sua administrações direta e indireta).

O universo dos entes infraordenados sujeitos ao poder de superintendência do Governo (e dos governos regionais e das câmaras municipais) é como vimos constituído pelos *institutos públicos*, pelas *fundações públicas de direito privado* e pelas *empresas públicas institucionais* (sendo que no âmbito municipal apenas as fundações municipais e as empresas locais integram a administração indireta municipal) – entes que são, todos eles, de tipo fundacional e fins específicos.

3.2.3. A titularidade pelo Governo dos poderes de superintendência sobre a Administração indireta *ex vis constitutionem*

Os poderes de superintendência atribuídos pelo art.º 199.º *d*) CRP ao Governo relativamente à administração indireta do Estado (e por extensão aos governos regionais e às câmaras no que concerne aos respetivos entes instrumentais) *presumem-se* – mais precisamente, funcionam *ex vis constitutionem*, dispensando-se a sua consagração legal.

Com efeito, e como vimos, o ponto de partida jurídico-público de toda a organização administrativa não pode deixar de ser o Estado uno – por força do primordial princípio da unidade do Estado, que é também unidade do Estado-Administração. Por isso se presume o poder hierárquico, e nem seria preciso o art.º 199.º *d*) CRP assinalar ao Governo os poderes de direção sobre a sua administração

(administração direta), não fora a necessidade de estabelecer com o rigor possível a distinção entre os poderes de direção e os de (mera) superintendência.

3.2.4. A compatibilidade da *superintendência fraca* com a autonomia ou independência do ente superintendido

Note-se, por fim, que pode a lei consagrar a submissão de um ente público menor (desde que este não integre o poder local) à orientação geral do Governo – o mesmo é dizer, a um primeiro nível de densificação da política geral assumida pelo executivo estadual no seu programa – e tal sujeição não ser incompatível com o estatuto de autonomia ou de independência desse ente.

Não nos repugna, pois, e em suma, que as universidades públicas ou mesmo certas autoridades reguladoras independentes possam ser sujeitas por lei a essa *superintendência fraca*.

3.3. RELAÇÃO DE TUTELA

3.3.1. Noções gerais

A tutela é, como a relação de superintendência, uma relação interorgânica externa, ou seja, que se estabelece entre órgãos de duas pessoas coletivas públicas diferentes – constituindo, do mesmo modo que o poder de superintendência, uma contrapartida da descentralização.

Trata-se de um conjunto de poderes conferidos por lei ao órgão executivo de uma pessoa coletiva territorial e de fins múltiplos (ente tutelar) – Governo, governos regionais ou câmaras municipais – de *intervenção* na organização e funcionamento dos órgãos e serviços de outra pessoa coletiva (ente tutelado) e de *controle* da sua atuação, cujo exercício visa o fim último de fazer conciliar os interesses desta última com os interesses mais amplos da pessoa coletiva tutelar (podendo esse controle restringir-se à verificação do cumprimento da lei por parte do ente tutelado – ou seja, aos casos em que o modo de realização do interesse do ente tutelar esteja plasmado na lei).

A instância que exerce a tutela é o *órgão tutelar*, assim como aquela sobre a qual é exercida a tutela é o *órgão tutelado* (estamos perante um conjunto, respetivamente, de poderes e deveres funcionais, que como tal pertencem a órgãos, e não às pessoas coletivas que estes integram).

3.3.2. Tipos de Tutela Administrativa

a) *Tipos de tutela quanto ao parâmetro do controle: tutela de mérito e tutela de legalidade*

O controle tutelar – qualquer que seja a modalidade de tutela em causa – pode incidir quer sobre o *mérito, oportunidade ou conveniência* da atuação do ente tutelado,

quer (apenas) sobre a *legalidade* da mesma atuação: no primeiro caso ele será (também) de mérito, no segundo caso (apenas) de legalidade.

Através da tutela de legalidade, o órgão tutelar limita-se a verificar a conformidade da ação das pessoas coletivas públicas tuteladas com a lei. Através da tutela de mérito, já o órgão tutelar controla não apenas a legalidade da ação dos entes tutelados, mas também e ainda o respetivo mérito (alargando-se o controlo a aspetos técnicos, financeiros, de oportunidade, etc.).

A tutela sobre as autarquias locais (e sobre as universidades públicas) é, por imperativo constitucional (art.º 242.º/1 CRP), um mero controlo da legalidade

b) Tipos de tutela quanto ao conteúdo do controlo: tutelas substitutiva, inspetiva, integrativa, revogatória e sancionatória

A *tutela substitutiva* é o poder da entidade tutelar de suprir as omissões da entidade tutelada, praticando em vez dela e por sua conta os atos que forem legalmente devidos. O ente tutelar atua em nome do ente tutelado e por conta dos interesses públicos a este confiados por lei.

A *tutela integrativa* consiste no poder de a entidade tutelar (1) autorizar os atos a praticar (incidindo sobre um mero projeto de ato que lhe é presente) ou de (2) aprovar os atos já praticados pela entidade tutelada.

Enquanto no primeiro caso a tutela exerce-se *a priori* e é *condição de validade* do ato a praticar – sendo *inválido* o ato administrativo emitido pelo órgão do ente tutelado sem a autorização tutelar (por falta de legitimação constitutiva da capacidade de agir) –, no segundo caso a tutela exerce-se *a posteriori*, tendo a falta de aprovação por consequência a *ineficácia* do ato administrativo não aprovado (o que impede o órgão tutelado de o *executar*).

A *tutela inspetiva* é o poder de fiscalizar o funcionamento, a organização e a atuação da entidade tutelada (os órgãos, serviços, contas, etc.). Por exemplo, cabe ao governo, através do Ministério das Finanças (mais concretamente da Inspeção-geral de Finanças), inspecionar a forma como são gastos os dinheiros das autarquias locais. Tem carácter instrumental e exerce-se através de inquéritos, sindicâncias, pedidos de informação, etc.

A *tutela revogatória* consiste no poder que assiste à entidade tutelar de revogar ou suspender (ou até, em tese, de modificar ou substituir) os atos administrativos praticados pela entidade tutelada, na sequência de um recurso hierárquico tutelar. É uma forma de tutela particularmente gravosa para a autonomia do ente tutelado, razão pela qual o recurso tutelar é configurado pelo art.º do CPA como uma figura excecional, só admissível nos casos e termos inequivocamente previstos na lei.

A *tutela sancionatória* é o poder de a entidade tutelar aplicar sanções não disciplinares à entidade tutelada por irregularidades cometidas – podendo essas sanções, em tese, traduzir-se na perda de mandato do titular (ou titulares) do órgão tutelado individualmente responsáveis pela infração ou na dissolução de todo o órgão (ou órgãos) colegial (com consequente convocação de novas eleições para o preenchimento do órgão dissolvido).

Um tal tipo de tutela só faz sentido relativamente à administração autónoma, pois no que respeita aos entes que integram a administração indireta, como vimos, já o Governo dispõe do poder de demitir livremente os titulares dos respetivos órgãos diretivos.

Acontece que entre a atual lei tutela sobre as autarquias locais retirou esse poder (de aplicar tais sanções de perda de mandato e dissolução) ao governo e confiou-o aos tribunais

c) Tipos de tutela quanto à intensidade do controlo: tutela forte e tutela fraca

As modalidades de tutela que acabámos de ver traduzem, como se disse, formas de controlo da atividade do ente tutelado, dirigidas em regra à coordenação entre ente tutelar e ente tutelado no respeitante à substância das atribuições deste último, traduzindo o que se poderá designar por *tutela forte*.

Pode todavia a lei consagrar mecanismos de controlo tutelar (nomeadamente de tutela integrativa) que não incidam sobre as competências ligadas à missão do ente tutelado, mas tão só sobre poderes instrumentais, designadamente de carácter financeiro e patrimonial.

Pois bem, em termos próximos dos que analisámos na figura da superintendência, um tal controlo mediato ou instrumental que não se traduza numa intervenção direta nas atribuições do ente tutelado é conciliável com a autonomia ou independência que seja suposto esse ente usufruir. As universidades públicas e certas autoridades reguladoras independentes podem pois ser sujeitas por lei a essa *tutela fraca*.

d) Regime jurídico da tutela administrativa

Em regra, os poderes de tutela têm que estar expressamente previstos na lei – princípio enunciado na consagrada expressão francesa «pas de tutelle sans texte».

Este princípio só é afastado em dois casos, por força do princípio da unidade do Estado.

O primeiro caso é o de uma grave e persistente inércia do ente público menor relativamente ao cumprimento das suas obrigações legais – estando nesse caso o Governo não apenas autorizada, mas inclusive obrigado a *substituir-se* ao ente infraordenado, sem ter necessariamente que aguardar por uma sentença dos tribunais que o invistam nesses poderes.

O segundo caso respeita aos poderes mínimos de tutela governamental que a lei consagra para as autarquias locais (que atualmente se reduzem à modalidade da tutela inspetiva), no sentido de tais poderes se estenderem necessariamente a todos os demais entes públicos menores sem necessidade de expressa previsão legal.

Os atos praticados pelo órgão tutelar, no âmbito da relação de tutela, são verdadeiros atos administrativos, podendo o órgão tutelado impugná-los contenciosamente caso os repute ilegais (por exemplo, em caso de não aprovação dos seus atos) – constituindo esta legitimidade uma forma de preservar a autonomia das entidades tuteladas.