

José Carlos Vieira de Andrade

# Lições de Direito Administrativo

(Página deixada propositadamente em branco)



E N S I N O

**EDIÇÃO**

Imprensa da Universidade de Coimbra  
Email: [imprensauc@ci.uc.pt](mailto:imprensauc@ci.uc.pt)  
URL: [http://www.uc.pt/imprensa\\_uc](http://www.uc.pt/imprensa_uc)  
Vendas online <http://www.livrariadaimprensa.com>

**CONCEPÇÃO GRÁFICA**

António Barros

**INFOGRAFIA**

Carlos Costa  
Imprensa da Universidade de Coimbra

**REVISÃO DE TEXTO**

Ana Cristino

**EXECUÇÃO GRÁFICA**

Publidisa

**ISBN**

978-989-26-0075-8

**ISBN DIGITAL**

978-989-26-0814-3

**DOI**

<http://dx.doi.org/10.14195/978-989-26-0814-3>

**DEPÓSITO LEGAL**

318908/10

José Carlos Vieira de Andrade

# Lições de Direito Administrativo

(Página deixada propositadamente em branco)

## SUMÁRIO

### I SEMESTRE

<i>Introdução</i> .....	9
1. Administração Pública e Direito Administrativo .....	9
2. A evolução da Administração Pública e do Direito Administrativo.....	14
3. A função administrativa.....	26
4. Sistemas de administração.....	34
<i>Parte I – A Administração e o Direito</i> .....	39
I. A vinculação da Administração ao direito público .....	39
II. As relações jurídicas administrativas.....	54
III. A Administração e o direito privado .....	69
<i>Parte II – A organização administrativa</i> .....	77
I. Elementos da organização administrativa .....	78
II. Relações funcionais inter-orgânicas .....	82
III. Sistemas de organização administrativa.....	88
IV. O modelo constitucional da Administração Pública.....	90
V. A organização da Administração Pública portuguesa.....	95

### II SEMESTRE

<i>Introdução</i> .....	113
<i>Parte I - O regulamento administrativo</i> .....	121
1. Noção e fundamento .....	121
2. Tipos de regulamentos .....	123
3. As espécies de regulamentos gerais externos.....	125
4. O procedimento e a forma dos regulamentos.....	128

5. Princípios jurídicos relativos à actividade regulamentar externa .....	129
6. As relações entre regulamentos administrativos externos .....	131
7. A invalidade dos regulamentos .....	133
8. A jurisprudência constitucional em matéria de regulamentos administrativos.....	133
 <i>Parte II – O acto administrativo</i> .....	 135
1. O conceito de acto administrativo.....	135
2. Classificação dos actos administrativos e demais actos jurídicos da Administração .....	148
3. O procedimento administrativo .....	152
4. Eficácia do acto administrativo.....	160
5. A execução do acto administrativo .....	163
6. A função estabilizadora e o “caso decidido” ou “caso resolvido”.....	167
7. Estrutura e requisitos de validade do acto administrativo .....	169
8. A invalidade do acto administrativo .....	175
9. A declaração de nulidade e a anulação administrativa .....	183
10. As impugnações administrativas .....	195
 <i>Parte III – O contrato administrativo</i> .....	 201
1. A admissibilidade da figura do contrato administrativo.....	201
2. Os conceitos legais de “contrato público” e de “contrato administrativo” .....	204
3. Os problemas da <i>formação</i> do contrato administrativo .....	207
4. Tipos de contratos administrativos .....	215
5. O regime substantivo da <i>execução</i> dos contratos administrativos .....	218
6. Vicissitudes do contrato.....	227
7. Extinção do contrato .....	231
8. A invalidade do contrato .....	233



I SEMESTRE

INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO

SUMÁRIOS DAS LIÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO I  
(1.ª TURMA)

(Página deixada propositadamente em branco)

## INTRODUÇÃO

### Bibliografia

GERAL: ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, I, p. 1-44.

Sobre a matéria do *ponto 1.2*: VIEIRA DE ANDRADE, *Interesse Público*, DJAP, vol. V, p. 275 e ss.

Sobre a matéria do *ponto 2*: ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, § 2.º.

Sobre a matéria do *ponto 3*: AFONSO QUEIRÓ, “A função administrativa”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XIV, p. 1 e ss; quanto à distinção entre as funções legislativa e administrativa, PEREIRA COUTINHO, *As duas subtrações*, RFDL, 2000, p. 99 e ss.

Sobre a matéria do *ponto 4*: FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, 3.ª ed., 2006, pp. 99-130; AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, I, 1976, pp. 129-158.

### 1. Administração Pública e Direito Administrativo

#### 1.1. Noção de *administração* em geral

No seu sentido comum, administração significa uma *gestão de recursos escassos*, através do funcionamento de uma *organização*, para obtenção de *utilidades* (que podem ser permanentes, periódicas ou fortuitas), segundo *opções racionais* (finalidades e prioridades) que foram *pré-definidas* (em regra, por outrem).

O conceito de “administração” pode ser entendido em sentido *subjectivo* ou orgânico, representando então o quadro institucional ou a *organização* que realiza a gestão (em regra, escrito com maiúscula) – por exemplo, quando se referem as decisões ou as actuações da “Administração”. Tal como pode ser entendido em sentido *objectivo*, designando, então, a tarefa

ou *actividade* desenvolvida – por exemplo, quando se refere a necessidade de uma “administração” eficiente ou eficaz.

10

## 1.2. Características típicas da administração *pública*

Estas notas genéricas do conceito verificam-se na administração pública, que, no entanto, apresenta características específicas.

1.2.1. Por um lado, a administração pública implica a existência necessária de *fins públicos*, isto é, visa directamente a *satisfação daquelas necessidades colectivas* que sejam qualificadas como *interesses públicos* por referência ao entendimento, *em cada época*, do que é indispensável ou adequado à realização das *finalidades últimas* da *comunidade política*.

Actualmente, as finalidades reconhecidas à comunidade política são a *Segurança*, a *Justiça* e o *Bem-estar*, que constituem, assim, o que se designa tradicionalmente por *interesse público primário*.

A lei define os “interesses públicos *secundários*”, que correspondem às necessidades colectivas *instrumentais* dessas finalidades últimas, determinando a realização das *tarefas públicas*, que atribui e impõe às *entidades públicas*.

Essa atribuição de tarefas pode ser feita em *exclusividade* (uso legítimo da força, justiça, defesa, segurança pública, tributação), ou, sobretudo no que respeita ao Bem-estar, com a *complementação* pelo sector social (não lucrativo) e pelo sector privado (saúde, segurança social, educação). Admite-se ainda a possibilidade de *concessão* translativa (serviços públicos de abastecimento de água e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes, serviço postal universal, transportes ferroviários, exploração dos portos de mar, construção e exploração de infra-estruturas) ou de *delegação* (auto-regulação do desporto federado) de *algumas* das tarefas públicas a favor de entidades privadas.

Acentua-se hoje uma limitação das tarefas de *prestação* pública – assim, sobretudo por determinação europeia, privatizam-se *serviços essenciais ou de interesse económico geral* (como, por exemplo, a energia, os transportes e as telecomunicações), em que passam a caber à Administração, como tarefas públicas, a *regulação*, a *fiscalização* e a *garantia da universalidade do serviço*, cuja prestação passou a ser tarefa privada e a ser cometida a empresas privadas, actuando em concorrência no mercado.

1.2.2. Por outro lado, a *actividade pública administrativa* está, por definição, sujeita a *previsão normativa* (é, nesse sentido, tipicamente *executiva*) e a *subordinação política* (é de natureza *heterónoma*).

A *qualificação* de interesses colectivos como interesses públicos, bem como a *atribuição* da respectiva prossecução a *entidades públicas* (ou *sob direcção ou controlo público*), exprimem escolhas realizadas num momento anterior e num plano superior, ao nível *político-legislativo* – plano em que, no âmbito europeu ou nacional, se definem as “*políticas públicas*”, entre nós, em regra, mediadas ou determinadas pela via legislativa governamental (decreto-lei).

### 1.3. Administração pública em *sentido organizatório*

A prossecução dos fins públicos, sendo obrigatória, exige uma aparelhagem *especializada*, com uma *lógica própria* de funcionamento, que assegure a satisfação *regular, disciplinada e contínua* das necessidades colectivas publicamente assumidas.

Pode conceber-se teoricamente a “Administração Pública” como uma *unidade* administrativa, tendo como “órgão superior” o Governo (nos termos do artigo 182.º da Constituição). Trata-se, no entanto, especialmente hoje, na sequência de fenómenos generalizados de *pluralização* e de *privatização*, de uma *estrutura complexa*, composta por um grande número de entes públicos, que se agrupam, a diversos níveis, em sectores fundamentais – na realidade há diversas “Administrações públicas”.

1.3.1. O aparelho administrativo em sentido estrito é formado pelas *peças colectivas públicas*, que, numa perspectiva sumária, se podem estruturar em dois grandes conjuntos:

a) Administrações *estaduais* (que visam a satisfação directa de interesses nacionais):

aa) Administração estadual *directa*, que corresponde à pessoa colectiva pública Estado (Estado-Administração), constituída pelos órgãos e serviços, *hierarquicamente* dependentes do Governo, organizados em Ministérios, sediados num centro (*central*) ou espalhados pelo território (*periférica*);

ab) Administrações estaduais *indirectas*, formadas por *institutos públicos*, pessoas colectivas públicas (distintas do Estado), que desempenham tarefas

estaduais específicas (relativas a interesses nacionais) em nome próprio, sob a superintendência e tutela do Governo;

ac) *Autoridades reguladoras independentes*, que são entes da administração estadual indirecta com autonomia acrescida perante o Governo, encarregadas da supervisão e regulação de sectores privados prestadores de serviços de interesse geral (banca, energia, telecomunicações);

ad) *Autoridades administrativas independentes*: autoridades ligadas ao Parlamento, com poderes predominantes de fiscalização da legalidade administrativa e de garantia dos direitos dos cidadãos (Provedor de Justiça, ERC).

b) Administrações *autónomas*, constituídas por entes de *base associativa*, que satisfazem, em primeira linha, *interesses próprios das comunidades respectivas*, através de órgãos eleitos, sob a fiscalização do Governo, que podem ser:

ba) *territoriais*: Regiões Autónomas e autarquias locais (municípios e freguesias);

bb) *corporativas* (designadamente, as “associações públicas”, como as Ordens profissionais ou as Academias).

Os entes administrativos autónomos de *fins múltiplos* (em especial as autarquias territoriais) também podem criar entes públicos de carácter *institucional*, com fins específicos, que constituem uma *administração autónoma indirecta* (empresas públicas municipais, fundações municipais), ou então uma *administração de 2.º grau* (associações de municípios, empresas intermunicipais, consórcios públicos).

1.3.2. A Administração Pública compreende ainda, como veremos, *entidades privadas administrativas* (entes privados de mão pública) – designadamente, as *sociedades* de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos (que são *empresas públicas*) e as *fundações* privadas de instituição pública – que constituem uma espécie de *administração indirecta privada* (estadual, regional ou municipal).

#### 1.4. Administração pública em sentido *material – funcional*

A administração pública, entendida em sentido *material* (ou *funcional-material*), engloba as actividades ou as tarefas *substancialmente administrativas*, desenvolvidas, em regra, pelos órgãos do Estado e demais entes públicos.

Esta dimensão pressupõe que a função administrativa se distingue *substancialmente* das outras funções públicas estaduais (legislativa, política e jurisdicional), em termos que serão tratados posteriormente.

*Inclui-se* também na função administrativa a actividade desenvolvida por *entidades privadas* (não só por entidades privadas criadas pela Administração, mas por verdadeiros privados), na medida em que implique o exercício de *poderes públicos* ou seja regulada por princípios ou disposições normativas específicas de *direito administrativo*.

Em contrapartida, *exclui-se* da função administrativa, em princípio, a actividade desenvolvida pelos *entes públicos* administrativos, no *puro exercício da sua capacidade de direito privado*, por exemplo: negócios auxiliares, administração do património, administração de estabelecimentos económicos em concorrência ou gestão de participações públicas em empresas – embora, em razão do seu carácter instrumental e sobretudo dos sujeitos actuantes, tal actividade esteja adstrita ao cumprimento dos princípios gerais de direito administrativo e, eventualmente, a pré-procedimentos de natureza pública.

#### 1.5. Administração pública em sentido *jurídico-formal*

A *forma típica* tradicional da actividade jurídica de *autoridade* da Administração pública era o *acto administrativo*, concreto e unilateral, mas hoje têm de considerar-se igualmente como formas principais o *regulamento* e o *contrato administrativo*.

Há a considerar, para além disso, outras *actuações jurídicas*, instrumentais (preparação, comunicação e execução dos actos, regulamentos e contratos administrativos) ou de cumprimento directo da lei, bem como as *operações materiais* (acções materiais *de exercício* e acções materiais *de execução*) da Administração Pública – e, actualmente, as *actuações administrativas informais*, apesar de estas, em regra, terem uma relevância jurídica atenuada.

1.6. Em síntese, considerando os diversos aspectos referidos, podemos concluir que a administração pública constitui o *objecto* do Direito Administrativo, nos termos seguintes.

O Direito Administrativo abrange, em primeira linha, as *normas* que regulam a *actividade materialmente administrativa* das *peçoas colectivas públicas*, determinando os fins (interesses públicos), a organização e a competência dos órgãos, o regime jurídico da actividade e os meios de controlo e fiscalização.

O Direito Administrativo visa, no seu *núcleo*, disciplinar o exercício de poderes públicos de *autoridade*, que justifica a sua autonomia substancial como subsistema jurídico (face ao direito privado) – por isso, é ainda aplicável à actividade desenvolvida por pessoas colectivas privadas, quando actuem no exercício de prerrogativas de autoridade pública.

O Direito Administrativo *não regula toda a actividade materialmente administrativa* das Administrações públicas, as quais, seja no mero uso da sua capacidade privada, seja no exercício próprio da função administrativa, lançam mão, cada vez mais, de formas organizativas e de regimes substantivos de *direito privado* – situações em que se verifica uma miscigenização do direito administrativo com o direito privado, ou, pelo menos, a sujeição dessa actividade “administrativa privada” aos princípios gerais de direito administrativo.

## 2. Evolução da Administração Pública e do Direito Administrativo

### 2.1. A época medieval

2.1.1. A sociedade política medieval caracteriza-se pela *ausência de racionalização e de institucionalização*, que se exprime nos seguintes traços primordiais:

a) a *inorganicidade* – espontaneidade social (segundo a “natureza das coisas”), ausência de uma comunidade política racionalmente organizada, no espaço e no tempo, inexistindo um conceito unitário sustentável de “povo”, de “nação” ou de “Estado”;

b) a *pulverização* dos centros de poder social – fragmentação do poder por várias instâncias (Papa, Imperador, reis, grandes e pequenos senhores feudais, clero secular e regular, comunas, corporações de mesteres,



confrarias, universidades, etc.), cada uma com autoridade e poderes próprios (poliarquia), em conflito relacional, sem predomínios hierárquicos estáveis;

c) a *personalização* das relações de autoridade – a sociedade “política” baseia-se em vínculos pessoais de vassalagem (pactos de fidelidade) e de sujeição (servos da gleba), com prerrogativas e privilégios, liberdades, obrigações e servidões de cunho pessoal;

d) a *patrimonialização* do poder, entendidos os domínios territoriais, as jurisdições e os cargos como “propriedade” individual dos titulares;

e) o *costume* como fonte de direito comum, substancial e procedimental, e a ideia de *direito natural*.

2.1.2. Neste mosaico sócio-político verifica-se a *inexistência de uma unidade ou comunidade* territorialmente delimitada que sirva de referência ao *interesse público* (primário) ou a interesses gerais, e a falta de um *aparelho organizado de poder* que tenha como tarefa própria a respectiva realização – há apenas administrações de grupos ou de domínios privativos, incluindo a administração do património pessoal dos reis.

2.1.3. Por outro lado, é impossível em tal contexto a concepção de um direito público administrativo, mesmo quando vigorasse um “Estado de Justiça” – articulação de direitos e obrigações, segundo o direito comum (fundamentalmente, o direito privado dos negócios e o direito das relações interpessoais), com *garantias judiciais* (embora deficientes e imperfeitas, se avaliadas segundo os padrões modernos de *fair trial*), com a vigência típica de estatutos pessoais e do “princípio da personalidade” na aplicação do direito.

2.1.4. No entanto, a comprovar que a evolução social não se faz por saltos bruscos, encontramos já nesta época embriões de uma Administração Pública moderna: os “interesses colectivos” nas administrações municipais (segurança, feiras e mercados, baldios, urbanismo); a organização administrativa da Igreja (baseada nas circunscrições romanas); um esboço de institucionalização e de profissionalização na administração militar e fiscal.

2.1.5. Deve ainda notar-se uma relativa dessincronia histórica, em que se inscreve o caso especial de precocidade da primazia real e da territorialização do poder nas monarquias hispânicas, designadamente da portuguesa, em comparação com a Europa central, pelo isolamento geográfico e pelas necessidades da guerra da reconquista.

## 2.2. A época moderna (sécs. XV-XVIII)

2.2.1. A *modernidade* e os seus efeitos de *centralização* do poder e de *racionalização* da vida social (sécs. XV-XVI)

Aquilo a que se convencionou chamar “modernidade” é o resultado gerado por um conjunto complexo de condicionalismos, em que se congregam e avultam factores *religiosos* (a reforma protestante e as guerras civis religiosas), *económicos* (capitalismo comercial e bancário, economia monetária, contabilidade), *sociais* (desenvolvimento das cidades e advento da classe burguesa) e *espirituais* (ressurgimento do direito romano e da cultura clássica, florescimento do humanismo e individualismo, desenvolvimento da escrita, afirmação do espírito racional, lógico e matemático, exaltação da experimentação científica e do progresso técnico – no contexto do “Renascimento” e das “Descobertas”).

### 2.2.2. A construção do *Estado* moderno

A construção da figura do *Estado moderno*, reconhecido como paradigma internacional geral na Paz de Vestefália (1648) – “um povo (ou nação), um território, um governo” –, é o resultado de um *complexo processo histórico*:

a) um processo de *concentração* do poder político: a concepção de “soberania” como poder supremo e hegemónico (“la puissance absolue et perpétuelle d'une République” – Jean Bodin), atribuído em regra à figura institucional do rei (monarca), perante os outros poderes, internos e externos;

b) um processo de *territorialização* do poder: a definição de fronteiras geográficas como referência unitária do povo ou nação e limite do âmbito de jurisdição dos poderes de império dos governos;

c) um processo de *institucionalização* do poder: a distinção entre a titularidade abstracta e o exercício concreto dos poderes de autoridade,

a despersonalização das relações de dependência e a despatrimonialização dos cargos públicos;

d) um processo de *autonomização* cultural de uma esfera própria do *político*, face à esfera económica e social e, embora apenas em termos relativos, face à esfera religiosa e à ética (Maquiavel).

### 2.2.3. A evolução para a forma de *Estado-de-Polícia* (sécs. XVII-XVIII)

Na sequência do *racionalismo iluminista*, o Estado moderno evolui para um modelo de Estado *absoluto*, que podemos caracterizar por alguns tópicos:

a) A ideia de um *contrato social* de segurança (Hobbes) e a assunção pelo príncipe do *poder absoluto*, *nivelador do corpo social* (todos são súbditos) e *intervencionista*, sob uma *ética de serviço público*, dirigida ao desenvolvimento e projecção do *brilho* e da *grandeza* da *Nação* (entendida como uma comunidade homogénea).

b) O desenvolvimento exponencial da administração pública estadual: órgãos gerais, um corpo crescente e fortemente hierarquizado de funcionários profissionais e de entidades administrativas, e uma actividade muito intensa e variada para satisfação de interesses económicos (agricultura, comércio, interno e externo, indústria), sociais, culturais e artísticos (universidades e academias), encarados como interesses públicos, que impunham tarefas públicas – a *polícia* (de *polis* – cidade) vista como civilização promovida pelo Estado.

c) O despotismo iluminado e a concentração no príncipe (*esclarecido* pelas luzes da Razão, e *livre* pela sua posição soberana) de todos os poderes: de fazer leis, de administrar e de julgar, consubstanciando uma perfeita identificação institucional com a lógica de Estado (“*L’État c’est moi*” – Louis XIV).

d) A inexistência de uma subordinação da Administração do príncipe ao Direito (príncipe absoluto: *a legibus solutus*); o expediente do “Fisco”, como património privado do Estado, que compensava os sacrifícios impostos aos direitos adquiridos dos particulares.

### 2.3. A época liberal (fins do séc. XVIII-XIX, até às guerras mundiais do século XX)

As revoluções liberais europeias do século XIX, inspiradas pelas revoluções francesas e pela revolução americana, encarnam a reacção contra

o Estado-de-Polícia, em nome da *liberdade* – não apenas da liberdade *individual* (contra o arbítrio, a insegurança e a opressão das pessoas), mas também da liberdade *social* (contra o intervencionismo mercantilista do absolutismo na vida económica, que asfixiava a sociedade e o mercado) –, e em nome da *democracia* (o poder popular guiado pela burguesia contra a legitimidade monárquica).

O Estado constitucional (monarquia limitada ou república) funda-se na consagração em documentos solenes supremos (Constituições) da divisão e repartição racional dos poderes públicos, bem como das garantias dos direitos dos cidadãos.

### 2.3.1. O modelo do “Estado de Direito liberal”

A ideia liberal de governo limitado conduziu naturalmente a uma repartição dos poderes públicos e a uma subordinação do poder administrativo (executivo) à lei parlamentar, e, portanto, ao Direito, num específico modelo de Estado.

Enuncia-se doutrinariamente e proclama-se formalmente o princípio da *separação dos poderes* – nas suas dimensões *política* (admitindo um misto de legitimidades soberanas), *organizativa* (impondo a pluralidade de centros de decisão) e *funcional* (repartindo a diversidade de tarefas) – embora, na prática, se tenha afirmado um estereótipo organizativo de “três poderes e três funções correspondentes” e se tenha processado uma evolução no sentido da *preponderância do poder legislativo democrático* sobre os outros poderes estaduais.

Assiste-se a uma glorificação da *lei*, seja enquanto regra jurídica (isto é, relativa aos direitos dos cidadãos), geral e abstracta, expressão consagrada da *racionalidade* e da *igualdade*, seja enquanto auto-definição de interesses comunitários (expressão da vontade da *nação*), manifestada no *Parlamento*, eleito pelos cidadãos activos – a lei parlamentar é identificada com o Direito e impera como “sublime instituição” (Rousseau).

Formula-se o princípio da *subordinação da Administração à lei* (como concretização do “Estado de Direito”, de inspiração alemã) e patrocina-se a formação de um *direito especial* (diferente do direito privado comum) a que está sujeita a Administração pública – o Direito Administrativo –, que,

*por um lado*, pressupõe e assegura os poderes de supremacia das *autoridades* administrativas na sua esfera própria de garantia da ordem pública (competências policiais e fiscais, agressivas e potencialmente inimigas dos particulares), e, *por outro lado*, visa proteger os *cidadãos* (garantindo a liberdade, a segurança e a propriedade) contra a intromissão indevida ou o exercício abusivo do poder por essas autoridades.

### 2.3.2. As “marcas de nascença” do Direito Administrativo

O Direito Administrativo nasceu, assim, na época liberal, num contexto fáctico e ideológico marcado por:

a) uma separação conceptual rigorosa entre o Estado e a Sociedade, por definição com lógicas, normas e interesses distintos;

b) uma Administração de autoridade (segurança, polícia e finanças), fundamentalmente agressiva, com intervenção mínima possível (“laissez-faire”) nas relações económicas e na vida social (embora encarregada de algumas tarefas em matérias de obras e serviços de utilidade comum – estradas e caminhos de ferro –, de beneficência e de ensino, por exemplo);

c) o preconceito e a “memória” da inimizade do poder executivo (que muitas vezes continuava nas mãos do monarca constitucional) para com os cidadãos;

d) a lei (parlamentar) como definição e garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos perante os actos da Administração pública, que tinham como protótipo, no sistema francês de administração executiva, o acto administrativo desfavorável (impositivo, proibitivo ou ablativo);

e) a soberania do Parlamento e a supremacia da lei parlamentar perante a Administração (pela consagração do princípio da legalidade) e perante o juiz (pela vinculação estrita à lei nos quadros metodológicos do positivismo jurídico).

### 2.4. As transformações pós-liberais (a partir das guerras mundiais do século XX)

O modelo do Estado liberal e abstencionista foi posto em causa pelas transformações operadas na vida económica e na sociedade – a *industrialização* e o progresso técnico desenraizaram os homens das suas terras

e amontoaram-nos nas *ciudades* –, e soçobrou com a incapacidade do *mercado* para, só por si, resolver com justiça os problemas e satisfazer com eficácia as necessidades decorrentes das crises económicas e das guerras mundiais.

#### 2.4.1. A construção do *Estado Social* como “Estado Social de Serviço Público”

Neste contexto de socialização, verificam-se algumas mudanças estruturais, que podemos concretizar em alguns traços característicos.

Produz-se uma interpenetração crescente e mútua do Estado e da Sociedade, seja através do *alargamento do público político* (sufrágio universal, partidos modernos, grupos de interesses), seja mediante a *intervenção estadual* na vida económica e social, com diferentes matizes – em conformidade com a evolução para uma “Sociedade industrial” e, depois, para uma “Sociedade de serviços”, a que corresponderam, sucessivamente, as figuras doutrinárias do “Estado-industrial” e do “Estado Providência” (*welfare state*).

Assiste-se ao desenvolvimento, ao lado da administração de *autoridade* tradicional (administração – *poder público*), de uma administração fornecedora de *prestações* sociais (administração – *serviço público*, nas áreas do trabalho, da segurança social, da saúde, da educação e da cultura), bem como de um significativo e proeminente sector público em vastas áreas económicas (administração – *produtor público*, de propriedade e gestão pública) – passou-se da anterior abstenção liberal (“laissez-faire”) para uma intervenção social activa e intensa (“faire”).

A Administração deixa de ser portadora de uma lógica de autoridade e de interesses exterior à Sociedade, na medida em que:

- i) intervém como operadora na vida económica através de uma gestão activa de meios de produção (administração *empresarial*),
- ii) presta serviços aos cidadãos, designadamente nas áreas económicas (serviços públicos essenciais), sociais (administração de *prestações*) e culturais,
- iii) autoriza ou licencia actividades privadas reguladas e condicionadas por lei, e concessionaria tarefas públicas (administração de *controlo* e de *colaboração subordinada*),
- iv) abre-se à participação orgânica e procedimental dos interessados (administração *participada*) e

v) abriga a auto-regulação pública de interesses profissionais e económicos (administrações *autónomas corporativas*).

A *lei*, para satisfazer as variadas necessidades e os imensos apetites de intervenção social, banaliza-se, perde o seu carácter de “regra fundamental” e de “verdade racional e permanente”, para passar a constituir um “equilíbrio político momentâneo” de interesses, e deixa de ter como finalidade exclusiva a defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos perante o governo, regulando agora, em primeira linha, os interesses públicos colectivos postos a cargo da Administração – a lei torna-se numa norma de actuação e em um padrão de controlo da actividade administrativa.

A supremacia parlamentar é afectada pela *multiplicação exponencial de normas jurídicas* (“motorização legislativa”), pela *assunção* pelo Executivo *de poderes normativos* (e até, entre nós, de competência legislativa normal), bem como pelo surgimento do Poder Judicial como autor de um *controlo autónomo* da juridicidade (não só da estrita legalidade) da actuação administrativa (e, com excepção da jacobina França, como fiscal da própria constitucionalidade das normas legislativas).

A lei não se identifica mais com o Direito, aceitando-se generalizadamente a primazia e a “força irradiante” das normas e princípios da Constituição, directamente aplicáveis à actividade administrativa, a partir da construção jurídica do “Estado de Direito Democrático” como “Estado de Direito Constitucional”.

2.4.2. As transformações do Direito Administrativo clássico operadas pela socialização

O Direito Administrativo sofre, assim, grandes transformações.

Desde logo, abrange *matérias novas*: a actividade regulamentar (normas jurídicas provindas da Administração); o acto administrativo favorável (a par do tradicional acto agressivo); os procedimentos administrativos (o modo ordenado de formação das decisões); as dimensões organizativas complexas (as relações inter-administrativas); as formas de coordenação e de concertação, designadamente com os privados (contrato administrativo); o planeamento das actuações públicas e privadas (sobretudo territorial e urbano).

Depois, tem uma *nova razão de ser*: visa agora o *equilíbrio* entre a prossecução necessária dos interesses da comunidade (autoridade,

discricionaridade, eficiência) e a protecção dos direitos e interesses legítimos dos particulares (participação, transparência, garantias individuais).

Por fim, insere-se num *novo contexto institucional do poder*: em vez da relação exclusiva com a lei, instaura-se uma relação tripolar Lei/Administração/Juiz, caracterizada, como veremos, pelos princípios da *precedência de lei*, da *discricionaridade* e da *justiciabilidade* administrativa – um entendimento ponderado da juridicidade administrativa num Estado de Direito Misto.

#### 2.4.3. A emergência de um *Estado Regulador e Garantidor*

Mais recentemente, desde a última década do século xx, acentuam-se na generalidade dos países desenvolvidos as características de uma nova realidade social, que tem sido caracterizadas pelas ciências sociais como uma “Sociedade de *informação* e de *comunicação*”, mediatizada e universalizada, uma “Sociedade do *conhecimento*”, fundada no progresso científico e tecnológico, e uma “Sociedade de *risco*”, subjugada estruturalmente pela incerteza socialmente criada.

As relações políticas, sociais e económicas desenvolvem-se à *escala global* num mundo submetido às leis do *mercado* e aos valores da *eficiência*, ao mesmo tempo que se verifica um *enfraquecimento do Estado nacional*, num quadro de *policentralidade* dos poderes, *trans-estaduais* (europeus e mundiais) e *intra-estaduais* (incluindo a descentralização e pluralização das administrações públicas e a reafirmação corporativa de grupos e de organizações sociais) – uma “*sociedade de organismos em rede*”, que se sobrepõe, em vários níveis e planos, à liberal “sociedade de indivíduos”, e em que alguns não deixam de ver traços de medievalidade.

Estamos perante uma mudança profunda, que corresponde já a uma alteração de paradigma – há quem fale de Estado Pós-Social –, visto que o Estado deixa de ser o Estado Providência (o Estado Social de Serviço Público) e, sem regressar ao Estado liberal, se transforma, nas áreas económicas e sociais, num *Estado de Garantia* (ou “Estado Garantidor”), que *regula*, orienta e incentiva as actividades privadas, designadamente e com especial intensidade aquelas que prosseguem interesses gerais ou colectivos.

Vejamos alguns traços dessa transformação.



Em primeiro lugar, ocorre um *enfraquecimento* estadual, decorrente da *internacionalização* das relações sociais e jurídicas, que se manifesta entre nós mais intensamente (mas não exclusivamente, dado que há várias outras instâncias internacionais com poderes relevantes em matéria administrativa) na sujeição do ordenamento jurídico nacional ao *primado* (“preferência aplicativa”) dos Tratados que instituem a *União Europeia* e do “direito derivado” emanado das respectivas instituições (regulamentos e directivas), incluindo a respectiva *interpretação*, tal como é fixada pelos tribunais europeus competentes – primado reconhecido pelo artigo 8.º, n.º 4, da CRP, apenas com a reserva-limite do “respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

A administração nacional actua em parte como “administração indirecta” da UE ou compartilha competências com os órgãos comunitários em “co-administração” (exercício em comum da função executiva), num *sistema de administração multi-nível*.

Além disso, o Estado é, em cada vez menos sectores, o Estado tradicional *de autoridade* – embora através da regulamentação europeia se desenvolva uma nova “polícia”, paternalista, por vezes fundamentalista, baseada na ideia de precaução, em áreas como o ambiente, a higiene alimentar e a saúde pública – concessiona e delega de forma generalizada as tarefas públicas, incluindo o exercício de poderes públicos em *entidades privadas*, algumas de criação pública (Administração funcionalmente ou formalmente *privatizada*), assegura, regula, orienta, incentiva e controla sistemicamente actuações privadas de interesse geral (Administração de *regulação* e de *garantia*), contrata, subsidia e coopera habitualmente, utilizando formas de direito público e privado (Administração *de parceria*).

Apesar de manter – em certa medida por imperativo constitucional – um sector importante de serviços públicos (muitas vezes em colaboração com o “sector social” e o sector privado, sobretudo nas áreas da segurança social, saúde, educação e cultura), o *Novo Estado Social* modifica a sua face, abre à iniciativa e à cooperação privada áreas relevantes de prestação de interesse público, e privatiza mesmo integralmente algumas zonas de actividade, submetendo-as à concorrência do mercado – em que se salientam os serviços públicos de interesse económico geral (*public utilities*), onde exerce

agora, tal como já acontecia em sectores sensíveis como o sector financeiro (bolsa, banca e seguros), *poderes de regulação* (normativos, executivos e de controlo), em grande medida desempenhados por autoridades administrativas, dotadas de competências técnicas especializadas e com maior ou menor independência relativamente ao Governo (autoridades reguladoras).

Em segundo lugar, o Estado, num contexto em que o *bem comum* se identifica com a *eficiência económica*, a *solidariedade social* e a *sustentabilidade ambiental*, tende hoje, em geral, e especialmente nas áreas económicas e sociais, a desenvolver, no âmbito da implementação de opções políticas (“políticas públicas”), actividades de *infra-estruturação* e tarefas de *incentivo* e de *orientação* das actividades privadas de interesse público, bem como de *garantia* de direitos dos utentes e consumidores, em que adopta e impõe a lógica da eficiência e da eficácia, submetendo as decisões públicas não apenas à observância da *legalidade*, mas ao cumprimento de *estratégias de resultado*.

Por tudo isto se designa hoje o Estado como “Estado regulador” ou, mais propriamente, como “Estado-garantidor” – que, para dar continuidade à expressão, podemos dizer que passa da prestação directa (“faire”) para a orientação, promoção e garantia (“faire-faire”).

A par de uma administração clássica – que visa a execução (mais ou menos vinculada) da lei, definidora dos pressupostos de facto da realização dos interesses públicos –, tende a afirmar-se, com especial incidência nas áreas das políticas económicas e sociais, o *governo* como um poder que coordena e unifica múltiplos centros de poder, institucionais e sociais: constrói-se, a partir das ciências sociais e políticas, a figura da *governança* (“good governance”), entendida justamente como “*condução* (“Steuerung”) *de sistemas complexos com policentralidade*”, em que intervêm e cooperam, a vários níveis, diversas entidades, incluindo agências ou organizações supranacionais ou transnacionais – organismos europeus, mas também mundiais (OMC, Banco Mundial, OMS, ONG), e, internamente, poderes sociais, empresas especializadas ou grupos de cidadãos interessados, muitas vezes os destinatários das medidas, aos quais se reconhecem, a par de espaços de auto-regulação privada publicamente regulados, direitos de participação (em “procedimentos comunicativos”) e legitimidade para a acção judicial (direitos “procuratórios”).

#### 2.4.4. As tendências estruturais de transformação

Fala-se, por isso, hoje de um “*novo direito administrativo*” (NDA), que a doutrina tem caracterizado segundo as seguintes linhas de força:

a) *privatização* (material, formal, instrumental e funcional) da actividade administrativa, e o conseqüente *uso misto do direito público e do direito privado*;

b) *europização e internacionalização* do direito administrativo, seja pela *imposição normativa e reguladora* (substancial e procedimental) prevalecte em áreas cada vez mais vastas, amplificada e efectivada pelo activismo jurisdicional dos tribunais comunitários, seja pelo desenvolvimento da *organização administrativa europeia*, seja ainda pela *eficácia transnacional de decisões* administrativas, num contexto internacional de progressiva *globalização* do direito administrativo, especialmente notória ao nível organizativo, procedimental e processual;

c) *economicização* do direito administrativo, através da aplicação dos *princípios da eficiência e da sustentabilidade*, que, designadamente a partir de uma análise económica do direito, propõem uma nova organização e gestão administrativa (*New Public Management*), caracterizada por novos métodos de interpretação e de avaliação das normas jurídicas, orientados para os *resultados* (optimização dos efeitos desejados e evitação dos efeitos indesejados);

d) *cooperação coordenada* (local, regional, nacional e europeia) baseada numa *conectividade multi-nível* das actuações administrativas, horizontal (em rede) ou vertical (em degraus);

e) *desmaterialização* ou *digitalização* dos procedimentos, da informação e da comunicação, nas relações com os particulares e no relacionamento interadministrativo, incluindo as administrações europeias e internacionais (*electronic government*);

f) *deslegalização e rarefacção jurídica* dos padrões normativos da actividade administrativa, num quadro de *policentralidade* normativa e de *centrifugação* organizativa e social, que visa a definição de políticas públicas nacionais e a execução ou co-implementação de políticas comunitárias, designadamente no campo económico e social.

Interessa-nos particularmente salientar esta última tendência, na medida em que os padrões normativos que vinculam a Administração passam a ser em grande medida *planos e programas finais*, parâmetros, linhas de

orientação, regras científicas e técnicas, *standards*, indicadores de qualidade, catálogos ou *guias de boas práticas*, definidos por comités de peritos, por agências especializadas ou mediante acordos mais ou menos informais com os interessados e as instâncias sociais, ainda que assumidos em resoluções político-estratégicas do Governo (e, entre nós, também através de decretos-lei que acolhem essas normações de tipo finalístico) – é dizer que estamos perante uma debilitação substancial da imperatividade dos preceitos legais, que se manifesta num conjunto normativo caracterizado pela abertura (polissemia, ambiguidade, porosidade, vacuidade), bem como pela flexibilidade, adaptabilidade, co-operatividade ou implementabilidade dos conteúdos, que reconhecem ou concedem à Administração novas dimensões de discricionariedade técnica e estratégica, geradoras de novos problemas e de dificuldades acrescidas em sede de controlo judicial.

### 3. A função administrativa no contexto das funções estaduais.

No modelo teórico originário e simplificado de três poderes (parlamento, governo e tribunais) e de três funções correspondentes (legislativa, executiva e judicial), a função administrativa era vista como uma actividade de *execução* material e definia-se como *função residual* – não legislativa, porque não incluía a feitura de normas gerais e abstractas com valor de lei; não jurisdicional, porque não visava resolver litígios jurídicos entre partes com força de caso julgado.

Hoje, porém, é bastante mais complexa e difícil a distinção material entre as funções estaduais e a consequente caracterização da função administrativa.

#### 3.1. A distinção entre a função *administrativa* e a função *política ou governamental*

A autonomização de uma função política fez-se a partir da tradicional “função executiva”, mas, segundo a formulação doutrinal mais reconhecida (reiteradamente adoptada, por exemplo, pelo Tribunal Constitucional), engloba, em geral, “todos os actos concretos dos órgãos constitucionais, cuja competência e limites estejam definidos na Constituição” (A. Queiró).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo adoptou o entendimento estrito de que “a função política corresponde à prática de actos que exprimem *opções fundamentais sobre a definição e prossecução dos interesses ou fins essenciais da colectividade*” (cf. Acórdão do STA de 06/03/2007, P. 1143/06), ou “uma actividade de ordem superior, que tem por conteúdo a  *direcção suprema e geral do Estado*, tendo por objectivos a definição dos fins últimos da comunidade e a coordenação das outras funções, à luz desses fins” (Acórdão do STA de 20/05/2010, P. 390/09).

A dificuldade da distinção reside em especial na circunstância de as duas funções se situarem, nuclearmente, no âmbito da actividade do tradicional poder executivo – actualmente, entre nós, bicéfalo (Presidente da República, Governo) –, tratando-se em ambos os casos, tipicamente, de actuações de carácter *concreto*.

Para indiciar as diferenças entre a função administrativa e a política, pode verificar-se também o teor dos artigos 197.º e 199.º da CRP, que enumeram, respectivamente, as competências políticas e administrativas do Governo.

Exemplos tradicionais de actos da função política são os actos auxiliares de direito constitucional, no quadro das relações entre órgãos constitucionais (promulgação de diplomas, referenda ministerial dos actos do PR, marcação de eleições legislativas, nomeação e demissão do Governo, dissolução da Assembleia da República, etc.), actos diplomáticos no contexto das relações externas, actos de defesa nacional, actos de segurança do Estado, actos de clemência (indulto e comutação de penas), todos eles praticados por órgãos de soberania – mas aí se podem incluir também certos actos dos órgãos de governo das Regiões Autónomas, ao abrigo da competência política regional, em aplicação directa da Constituição ou dos respectivos Estatutos Regionais.

A distinção poderá encontrar-se no carácter *primário* da actividade “política”, que se desenvolve em *aplicação directa* da Constituição (onde está fixada a *competência*, bem como os respectivos *limites*), sem interposição

da lei ordinária (a não ser para mera ordenação *procedimental*) e para realização *de interesses fundamentais da comunidade política*.

Actualmente, a distinção torna-se mais difícil, na medida em que a função de governo se desenvolve também, como vimos, através de dimensões de programação e de orientação *político-estratégica* da actividade administrativa (*políticas públicas*), sobretudo nos domínios económico e social (política energética, política de saúde, política de ordenamento do território, política de ambiente, política de transportes, políticas de educação e de investigação) e financeiro (política orçamental) – que resultam dos poderes gerais do Governo como “órgão de condução da política geral do país” (artigo 182.º da CRP), exercidos pelo Conselho de Ministros, frequentemente, através de decretos-lei (muitas vezes, “decretos-lei-medida”), submetidos a uma *legislação-quadro* genérica, nacional ou europeia.

Esta actividade política concreta não é meramente executiva – a liberdade de conformação governamental não se confunde, por isso, com a discricionariedade administrativa –, mas também não é tipicamente legislativa, seja porque é concreta, seja porque não é inteiramente inovadora, embora surja sob forma de decreto-lei – poderíamos talvez afirmar que sintetiza uma *função político-legislativa*.

Como é óbvio, já *não* deve considerar-se como actividade política a actividade de *regulação técnico-económica*, levada a cabo por entidades administrativas ditas “independentes” nos respectivos sectores: ainda que muitas vezes estejam vinculadas apenas a directivas europeias, falta-lhes a legitimidade democrática e, conseqüentemente, a capacidade para decisões primárias na escolha de fins públicos.

### 3.2. A distinção entre a função administrativa e a função legislativa

Tradicionalmente a função legislativa distinguia-se com alguma facilidade da função administrativa (executiva): a) quer pelo respectivo *autor*: de um lado, o Parlamento, do outro, o Governo, b) quer pela respectiva *modalidade*: de um lado, a emissão de normas jurídicas gerais e abstractas, do outro, a prática de actos individuais e concretos.

Além disso, a distinção era recortada e denotada por considerações de *substância* (as leis consubstanciavam as normas *jurídicas*, relativas aos

cidadãos), de *competência* (cada um dos poderes teria a sua reserva: a de fazer leis e a de executar leis) e de *hierarquia* funcional (primado do nível legal sobre o nível administrativo).

As dificuldades actuais resultam de diversos factores de perturbação.

Por um lado, e sobretudo, altera-se o conceito de acto legislativo:

i) o sujeito não distingue sempre, pois que o Executivo também exerce (entre nós, é mesmo uma competência normal – artigo 198.º da CRP) a função legislativa (decretos-lei);

ii) o carácter geral e abstracto não é decisivo: o Parlamento e o Governo aprovam leis individuais e leis-medida com carácter concreto;

iii) a hierarquia normativa não é inequívoca: também existem leis reforçadas relativamente a outras leis ou diplomas de nível legislativo;

iv) a substância legislativa altera-se, amplia-se e deixa de ter como único objecto a esfera jurídica dos cidadãos;

v) o âmbito material não distingue em ambos os sentidos: não existe uma reserva de regulamento administrativo, *admitindo-se*, entre nós, *que a lei regule em termos gerais e abstractos a totalidade dos aspectos, mesmo de aspectos de pormenor, de qualquer matéria*.

Depois, a actividade administrativa não se limita às decisões concretas: a Administração emite normas jurídicas gerais e abstractas (regulamentos), por vezes com grande autonomia em face da lei (regulamentos independentes).

Os principais problemas da distinção substancial entre estas duas funções surgem na fronteira recortada pela dimensão *formal-orgânica*, na medida da tipicidade constitucional das formas e dos órgãos legiferantes – isto é, põem-se sobretudo perante *decisões administrativas tomadas por um órgão com poderes legislativos, como o Governo*.

Nesse contexto, as características da generalidade e abstracção são apenas *típicas* (não são exclusivas) da função legislativa, e o carácter concreto é (se tanto) típico da função administrativa, de modo que não são suficientes para assegurar a respectiva diferenciação.

Torna-se, por isso, necessário complementar esse critério por ideias de *primariedade*, designadamente a *essencialidade* (importância fundamental do conteúdo) e a *novidade* (matéria não regulada anteriormente) – que são indispensáveis, seja para diferenciar o que é *lei* em sentido material

e não pode ser matéria de *regulamento*; seja para identificar as *leis-medida* (medidas concretas de nível legislativo, que contêm implicitamente o critério de decisão), distinguindo-as de *actos administrativos sob forma legislativa* (actos individuais e concretos de aplicação da lei contidos em diplomas legais).

### 3.3. A distinção entre a função *administrativa* e a função *jurisdicional*

De início, na época liberal, ou se defendia a impossibilidade de distinção material entre duas funções de execução da lei (na esteira de Kelsen), remetendo exclusivamente para factores de diferenciação *orgânico-formal* (informalidade administrativa *versus* formalismo judicial; hierarquia *versus* independência; activismo *versus* inoficiosidade), ou então invocavam-se factores de diferenciação baseados numa *diversidade radical* na relação da função com a lei (lei-limite para a Administração *versus* lei-fim para o juiz; lei-meio *versus* lei-fim), a somar às diferenças na caracterização da actividade (prosecução administrativa de interesses *versus* independência judicial; volição *versus* cognição).

As dificuldades avolumaram-se porque, como vimos, por um lado, a lei deixou de ser mero limite (defesa dos direitos dos cidadãos) e passou a ser também *pressuposto e fundamento* da actuação administrativa (interesse público), que surge cada vez mais intensamente vinculada ao Direito, aberta à participação e por vezes sujeita a procedimentos complexos e formalizados; e, por outro lado, a actividade do juiz deixou de ser vista como meramente cognitiva, reconhecendo-se, num contexto de superação do positivismo e de afirmação de princípios jurídicos, espaços de *avaliação própria* e mesmo de *decisão* ou *criação* jurisprudencial na aplicação da lei e do Direito.

A distinção há-de resultar de um conjunto de factores, tendo especialmente em conta que a função *jurisdicional* se caracteriza por uma “intenção axiológica” (procura dos “fundamentos”, do “valor”, do “justo” – Castanheira Neves), tendo como *conteúdo* e, sobretudo, como *fim exclusivo* a resolução de uma “questão de direito” em sentido amplo (que abrange os litígios entre pessoas e também a questão da conformidade de um acto ou de uma norma com um padrão normativo – Afonso Queiró) – normalmente e, em última instância, sempre a cargo de um órgão “indiferente” (imparcial) e “inoficioso” quando dirime um conflito de interesses.



Segundo o STA (Ac. 03/04/2008, P. 934/07), “haverá *acto jurisdiccional*, quando a sua prática se destina a realizar *o próprio interesse público da composição de conflito de interesses* (entre particulares, entre estes e interesses públicos ou entre estes, quando verificados entre entes públicos diferentes), tendo, pois, como fim específico, a realização do direito ou da justiça; há *acto administrativo*, quando a composição de interesses em causa tem por finalidade a realização de qualquer outro interesse público, que ao ente público compete levar a cabo, representando aquela composição, por conseguinte, um simples meio ou instrumento desse outro interesse”.

Na definição desta fronteira entre a administração e a jurisdição há, no entanto, a considerar o “caso difícil” das *sanções administrativas*, designadamente das coimas aplicadas em procedimentos de contra-ordenação, e agora também das sanções cominadas no âmbito das actividades privadas sujeitas a regulação pública, em que as autoridades reguladoras dirimem litígios entre particulares.

#### 3.4. Caracterização da função administrativa

Na sequência das reflexões anteriores, podemos agora tentar a caracterização substancial da função administrativa.

Deve dizer-se, em primeiro lugar, que a distinção prática entre as funções estaduais não é possível no contexto rigoroso de um modelo *definitório*, em que pretenda a verificação integral e exclusiva das características de cada uma das funções, para nelas incluir as várias actividades estaduais, mas apenas no quadro de um modelo *tipológico*, em que se admita a inclusão de uma actividade em determinada função apesar de não satisfazer todas essas características, bastando que corresponda a um núcleo significativo delas (Barbosa de Melo).

Neste pressuposto, pode dizer-se que a *função administrativa* abrange a actividade pública (de conteúdo abstracto ou concreto), desenvolvida, em regra, pelo Governo e pelos órgãos dos entes públicos administrativos, *subordinada* à lei, que, não se destinando a título principal à resolução de “questões de direito”, se caracteriza por uma “*intenção tecnológico-social*” (procura estratégica dos “efeitos”, da “finalidade”, do “útil” – Castanheira

Neves), visando a *criação de condições concretas de realização do Ideal de Segurança, Justiça e Bem-estar* (“promoção do desenvolvimento económico-social e satisfação das necessidades colectivas” – artigo 199.º, g) da CRP), em termos *pré-definidos* (pelo menos quanto aos fins específicos e às competências) pelos órgãos com competência político-legislativa.

### 3.5. A importância prática da distinção *material* entre as funções

#### 3.5.1. No âmbito das relações entre a administração e a política

A distinção visa encontrar um critério para aplicação do regime, designadamente de impugnabilidade judicial dos actos públicos, visto que os “actos políticos”, ao contrário dos “actos administrativos”, não são impugnáveis perante os tribunais – trata-se de saber se certas Resoluções do Conselho de Ministros, por exemplo, em matéria de política de saúde, habitação, energia, transportes, educação, cultura, são decisões políticas ou regulamentos administrativos (independentes).

Note-se, porém, que podem ser também regulamentos administrativos de direito comunitário, em aplicação de leis (“Regulamentos” comunitários), que definem políticas europeias – v., por exemplo, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 86/2007, de 3 de Julho, que aprova o QREN (Quadro de Referência Estratégico Nacional), visando aplicar a *política europeia* de coesão económica, social e territorial.

#### 3.5.2. No âmbito das relações entre legislação e a administração

a) Busca-se um critério para a resolução, em regra pelo Tribunal Constitucional, de eventuais *conflitos de competência* entre órgãos constitucionais no quadro da separação de poderes:

i) seja para a *proibição da intervenção regulamentar administrativa em matéria legislativa* – os casos das posturas municipais que regulam primariamente direitos, liberdades e garantias (caso da regulamentação da afixação de publicidade e propaganda) ou que criam tributos unilaterais;

ii) seja para a *proibição da intervenção do Parlamento no exercício concreto da função administrativa*, sobretudo quando o Governo é minoritário – uma fronteira que confirma o carácter abstracto típico da legislação e o

carácter concreto típico da administração, que pode configurar-se, em princípio, como uma “reserva da decisão no caso concreto” (v. Acórdão do TC n.º 1/97 – criação de vagas adicionais no ensino superior público; Acórdão do TC n.º 24/98, incluindo os votos de vencido – caso da alteração de um contrato de concessão de auto-estrada).

Note-se que a invasão da função administrativa nos casos concretos pelo Governo-legislador é *irrelevante*, na medida em que a substância prima sobre a forma – o acto administrativo praticado sob forma legislativa está sujeito ao regime da actividade administrativa, inclusivamente quanto à sua impugnabilidade judicial directa.

b) A distinção fornece um critério substancial e não meramente formal para a determinação do *regime aplicável* aos actos estaduais – a distinção entre “actos administrativos sob forma legislativa” e “leis-medida” (que muitas vezes contêm implicitamente uma norma) – fixação de pensão extraordinária, medidas orçamentais, criação de instituto público, transferência patrimonial entre entes públicos.

### 3.5.3. No âmbito das relações entre a administração e a jurisdição

Neste plano, a distinção representa:

a) Uma directriz ou uma imposição constitucional ao legislador ordinário quanto à *atribuição de competências* à Administração, que há-de respeitar o princípio da *reserva da função jurisdicional* para o juiz – a “reserva do juiz” constitui, no seu *núcleo essencial*, uma reserva *absoluta*, mas, na sua periferia, pode bastar-se com a reserva da *autoria da decisão final*, em segunda instância, assegurada por procedimento adequado e pelo controlo total (reexame) em caso de impugnação (fixação de indemnizações, aplicação de sanções de regulação sectorial e de coimas por contra-ordenações gerais).

Uma das áreas típicas da reserva do juiz respeita à garantia dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, designadamente quando estejam em causa medidas restritivas desses direitos [v. o Acórdão do TC n.º 427/2009, sobre a atribuição legal a órgãos da administração penitenciária da competência para, verificado um conjunto de pressupostos de forma e de fundo, decidir sobre a colocação de reclusos em regime aberto].

b) Uma orientação constitucional de limitação e de auto-contenção (*self restraint*) do juiz perante o perigo de invasão da esfera de avaliação e de decisão própria da administração, seja nas sentenças de anulação, seja nas de condenação (remissão para os problemas da intensidade da fiscalização judicial do exercício de poderes discricionários por órgãos administrativos).

#### 4. Sistemas de administração

No panorama europeu, encontramos fundamentalmente dois sistemas de administração, que correspondem a dois paradigmas diferentes de enquadramento das relações entre a Administração e os particulares – o *sistema de administração executiva*, que, com versões diferenciadas, constitui o sistema tradicionalmente adoptado na Europa continental, e o *sistema de administração judiciária*, de inspiração anglo-saxónica e adoptado na Inglaterra.

##### 4.1 O sistema de *administração executiva* (latino-germânico)

Este sistema, também conhecido como “sistema administrativo” ou “sistema de acto administrativo”, caracteriza-se, no seu estado puro, por:

a) um aparelho administrativo *centralizado* e fortemente *hierarquizado*: uma administração estadual, configurada no *Estado-Administração* como *pessoa colectiva*;

b) um *direito substantivo especial*, que reconhece à Administração poderes de *autoridade* (competência para a prática de actos jurídicos unilaterais imperativos) relativamente aos particulares (“autotutela declarativa”);

c) um “*privilégio de execução*” administrativa para obrigar os particulares a cumprirem (coactivamente, se for caso disso) os deveres estabelecidos unilateralmente pela Administração (“autotutela executiva”);

d) a subordinação da Administração a um conjunto significativo de regras legais de *direito substantivo* e a um *controlo (administrativo ou judicial especial) aposteriorístico*;

e) uma *autonomia face aos tribunais comuns* (por força do princípio da separação dos poderes), sujeita a um (*auto*)*controlo* ou, quando muito, a uma *jurisdição especial* com *poderes limitados* de fiscalização (em regra, só de fiscalização da legalidade e conseqüente anulação de actos ilegais);

f) a *irresponsabilidade* dos funcionários (e titulares de órgãos) pelos actos ilícitos praticados *no exercício de funções* (“garantia administrativa”), havendo, ou não, responsabilidade do Estado.

#### 4.2. O sistema de *administração judiciária* (inglês)

Em contraposição ao sistema anterior, caracteriza-se por:

a) uma organização administrativa fortemente *descentralizada* (inexistência da figura do Estado-pessoa colectiva);

b) subordinação da Administração ao *direito comum*;

c) a *via judicial* (“due process of law”) nas relações entre a Administração e os particulares *em ambos os sentidos* (os tribunais podem dirigir injunções e condenar a Administração; esta tem, em regra, de recorrer aos tribunais para executar coactivamente os seus actos);

d) compensação da *ausência de um direito substantivo* especial pela *importância do procedimento* e pela intervenção judicial mais intensa;

e) existência de um *único tipo de tribunais* (com jurisdição plena);

f) a *responsabilidade pessoal* dos titulares de cargos públicos por actos ilícitos (praticados “*ultra vires*”).

#### 4.3. A actual aproximação dos sistemas

Embora estas sejam as características dos sistemas, verifica-se na realidade, quer a inexistência de sistemas puros, quer uma progressiva aproximação dos sistemas.

No sistema inglês, para além das excepções tradicionais à aplicação da *common law* (impostos, perigos públicos, privilégios antigos), verifica-se hoje: o desenvolvimento da Administração central (ministérios), especialmente nos domínios económico e social; o crescimento do direito *substantivo* legislado; a extensão dos poderes (“privilégios”) administrativos a novas áreas; um controlo não judicial por órgãos administrativos independentes, com funções contenciosas (“administrative tribunals”) – sendo várias as causas: as necessidades durante a Segunda Grande Guerra, as ideias socia-

lizantes e, mais recentemente, a influência directa do direito administrativo comunitário e europeu.

Nos países euro-continentais, houve alterações significativas: uma forte descentralização administrativa; o incremento dos procedimentos e da relevância jurídica do direito das formas; desenvolvimento de fenómenos de paridade, como a concertação, a utilização do direito privado e a privatização funcional; a intensificação do controlo judicial dos espaços discricionários, segundo padrões de juridicidade, o alargamento dos poderes dos juízes (de intimação e de condenação) face à Administração – no quadro do desenvolvimento da participação democrática e da afirmação dos direitos fundamentais dos cidadãos perante os poderes públicos.

4.4. Apesar de tudo, mantêm-se nos modelos continentais – e, especificamente, em Portugal, embora a Constituição seja estranhamente omissa ou obscura quanto a este aspecto estrutural – as características do *sistema de acto administrativo*.

Na realidade, a ordem jurídica administrativa, interpretada pela doutrina e pela jurisprudência, continua a aceitar:

a) que toda a actividade administrativa é heterónoma, necessitando de uma base de direito substantivo que a permita e a legitime, mesmo que seja favorável aos destinatários, mesmo que seja de alta administração (incluindo os “regulamentos independentes”) e mesmo que provenha de órgãos “independentes” (quase-judiciais ou reguladores);

b) que a Administração pode praticar, com base e nos termos da lei substantiva, actos administrativos de autoridade, determinando *unilateralmente* a produção de efeitos jurídicos em situações individuais e concretas, que conformem a esfera jurídica dos particulares, designadamente no âmbito das “funções nucleares do Estado”;

c) que a Administração mantém, nessas condições de sujeição à lei e ao Direito, uma zona de poderes próprios de valoração e de decisão (discricionariedade), sujeitos a um controlo judicial limitado (de legalidade e de juridicidade) e não a um reexame (de mérito) pelo juiz;

d) que, em vista da realização do interesse público, as decisões administrativas, além de *obrigatórias*, constituem *títulos executivos* (se carecerem de

execução), e que a Administração pode gozar, ainda que só excepcionalmente e nos casos legalmente previstos, de um poder autónomo de *execução coerciva* dos seus actos (sem necessidade de recorrer aos tribunais);

e) que, salvo em hipóteses especiais, passado o prazo de impugnação, o acto administrativo se torna estável, mesmo que ilegal (se não se tratar de uma ilegalidade especialmente grave), ganhando força de “*caso decidido*”.

4.5. O sistema de acto administrativo, assim entendido, funda-se essencialmente na “distribuição equilibrada de poderes” e justifica-se pela “prevalência ponderada do interesse público comunitário sobre os interesses particulares de indivíduos e grupos” – a sua “constitucionalidade democrática” é hoje assegurada justamente pela sujeição *prévia* da actividade administrativa ao legislador democrático (a normas jurídicas habilitantes) e pela sua sujeição *aposteriorística* ao controlo judicial efectivo dos tribunais segundo os padrões do Direito (onde se incluem os direitos fundamentais dos cidadãos e os princípios jurídicos fundamentais).

(Página deixada propositadamente em branco)



## PARTE I

### A ADMINISTRAÇÃO E O DIREITO

#### **Bibliografia em geral:**

ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, I, p. 50-74;

Sobre a matéria do ponto I/1.: ROGÉRIO SOARES, *Princípio da legalidade e Administração constitutiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LVII (1981), p. 169 e ss;

Sobre a matéria do ponto I/2.: FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II vol., 2001, Capítulo I;

Sobre a matéria do ponto II: SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, nota 99 (p. 388/390);

PAULO OTERO, “Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública”, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, 2001, p. 31 e ss.

#### **Bibliografia facultativa:**

MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, “Discrecionalidade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção?” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 10, p. 26 e ss;

PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, 2005, p. 932 e ss.

### I. A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO AO DIREITO PÚBLICO

O Direito Administrativo estabelece as *condições de legitimidade* da actividade da Administração, designadamente dos *actos imperativos formais*, que visam a produção de efeitos jurídicos externos (regulamentos, actos e contratos administrativos).

## 1. Do princípio da *legalidade* aos princípios da *juridicidade* administrativa

### 1.1. A vinculação jurídica da Administração no século XIX

No período liberal, a administração estava limitada pelo *princípio da legalidade administrativa*, entendido nos seguintes termos, formulados sinteticamente numa lógica principialista:

a) princípio do *primado da lei* (em sentido negativo), segundo o qual toda a actividade administrativa tinha de respeitar as determinações legais, sob pena de invalidade;

b) princípio da *reserva de lei* – uma tripla reserva, *orgânica* (a lei tinha de provir do Parlamento), *funcional* (a emissão de leis correspondia a uma função específica, a função legislativa) e *material* (as leis identificavam-se com as normas *jurídicas*, que eram exclusivamente as normas *relativas à esfera da liberdade e da propriedade dos cidadãos*) – da qual resulta o monopólio parlamentar de emissão de “normas *jurídicas*” e uma correspondente *zona de administração estritamente vinculada à lei* (investigação criminal, impostos, expropriações);

c) princípio da *discricionariedade livre* (reserva de Administração), não estando esta subordinada a normas jurídicas, nem na organização, nem na actividade desenvolvida, normativa ou concreta, *fora da zona reservada à lei*, isto é, fora das matérias que tocassem a esfera jurídica dos cidadãos (enquanto tais, já que as “relações especiais de poder” não eram jurídicas) – reconhecendo-se uma “cláusula geral de polícia”, que conferia à Administração poderes implícitos (de direito natural) para a “defesa do interesse social” e a “manutenção da ordem pública”;

d) princípio da *presunção da legalidade* e princípios da *autotutela declarativa* (“imperatividade”) e da *autotutela executiva* (“executoriedade”) dos actos administrativos de autoridade, como privilégios administrativos;

e) princípio do *controlo jurisdicional limitado* (se existente).

### 1.2. A subordinação da Administração ao Direito no Estado Democrático e Social – o *princípio da juridicidade*

As mudanças operadas na segunda metade do século XX, já antes referidas – alteração do sentido e do conceito material de lei; alargamento do

domínio juridicamente relevante; desenvolvimento exponencial das esferas de actuação administrativa – têm como consequência a *ampliação* e a *diversificação* das relações entre a Administração e o Direito, gerando um novo paradigma.

Em paralelo com as características evidenciadas para o princípio liberal da legalidade, podemos salientar, quanto à subordinação da Administração ao *princípio da juridicidade*:

a) princípio do *primado da lei* em sentido negativo: mantém-se a primazia normativa da lei sobre todos os actos da administração, embora se admita, a título excepcional, a desaplicação pela Administração de leis manifestamente inconstitucionais;

b) princípio da *precedência* da lei (ou do primado da lei em sentido positivo), nos termos do qual a lei (agora igual a *acto legislativo*, incluindo o decreto-lei e também as normas da União Europeia com valor legislativo) se torna o *pressuposto* e o *fundamento* de toda a actividade administrativa, seja no domínio tradicional da administração de autoridade (agora alargado às “relações especiais de poder”), seja quanto à administração social ou de prestações, determinando, no *mínimo*, os interesses públicos específicos (o *fim*) e os órgãos encarregados (a *competência*) da prática de actos administrativos – princípio que configura uma *reserva de função legislativa*;

c) princípio da *determinidade de conteúdo*, como manifestação da *reserva de Parlamento*: nas matérias de reserva legislativa parlamentar ou “domínio legislativo por natureza” – onde, além dos direitos fundamentais dos cidadãos, se englobam todas as matérias consideradas fundamentais para a vida em sociedade, segundo um “princípio de essencialidade” –, exige-se uma *densidade legal acrescida* e, portanto, uma *vinculação mais intensa* (substancial, formal e procedimental) da actividade administrativa (regulamentar ou concreta) *à lei*, com exclusão, em princípio, de poderes discricionários;

d) princípio da *discricionariedade limitada*, segundo o qual toda a actividade da Administração, mesmo no uso de *poderes discricionários*, que se entendem agora como concedidos por lei, está sempre subordinada ao Direito – seja aos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias, seja a princípios jurídicos fundamentais (igualdade, impar-

cialidade, proporcionalidade, justiça, boa fé, racionalidade), que regulam o modo da sua actuação;

e) princípio da *imperatividade atenuada* – não há presunção de legalidade da actividade administrativa (há, pelo contrário, um dever de fundamentação das decisões, designadamente das desfavoráveis) e, embora se mantenha a autoridade e a estabilidade dos actos administrativos (“autotutela declarativa”), limita-se a executoriedade (“autotutela executiva”) dos actos de autoridade aos casos previstos na lei e às situações de urgência;

f) princípio da *tutela judicial plena e efectiva* – o poder judicial, actualmente dotado de poderes de plena jurisdição (apreciação, anulação e condenação), pode e deve controlar, quer a *legalidade* (em sentido estrito, de conformidade às normas escritas de valor legislativo), quer a *juridicidade* (no sentido de conformidade ao Direito, incluindo os princípios jurídicos fundamentais) da actividade administrativa.

1.3. As dificuldades e as compressões ao princípio da legalidade e ao correlato princípio da tutela judicial no âmbito da concretização actual das políticas públicas em contexto transnacional

Acentua-se nos últimos tempos uma *crise da legalidade estrita*, que decorre de vários factores:

a) da relevância primacial das normas constitucionais, das normas internacionais e das normas de direito comunitário directamente aplicáveis, que são hierarquicamente superiores ou têm preferência applicativa sobre os actos legislativos;

b) da importância acrescida e decisiva dos *princípios jurídicos*, na interpretação, aplicação e fiscalização da legitimidade das opções legislativas, designadamente pelo poder judicial;

c) da proliferação, sobretudo em áreas económicas e sociais, de *directivas* político-estratégicas de conteúdo aberto – ainda que sob forma legal (de decreto-lei) e regulamentar (resoluções do Conselho de Ministros) – e de *standards* científicos e técnicos, por vezes de origem privada, europeia e internacional, que, a vários títulos e em diversos níveis, regulam a actividade administrativa;

d) da tendência, em diversas áreas, para a redução das formas e procedimentos de controlo prévio das actividades privadas e também uma desvalorização de preceitos substanciais de menor relevo, em homenagem a uma eficiência de resultados na realização do interesse público – embora a par da (e em contraposição à) formulação europeia de um “direito a uma boa administração”;

e) do desenvolvimento da regulamentação independente por parte das “autoridades reguladoras”, europeias e nacionais;

f) da proliferação das actuações informais nos procedimentos administrativos, com relevo jurídico atenuado.

1.4. Os princípios jurídicos fundamentais *materiais* (substanciais ou valorativos), como concretizações do princípio da juridicidade, passam a reger directamente a actividade administrativa – seja autonomamente, como padrões de validade, seja influenciando a interpretação e aplicação, administrativa e judicial, das leis (interpretação conforme os princípios).

São exemplos destes princípios fundamentais (aos quais se somam princípios jurídicos instrumentais, funcionais e processuais):

a) Princípio da imparcialidade (nas suas vertentes *subjectiva* ou formal e *objectiva* ou material);

b) Princípio da igualdade (não discriminação, proibição do arbítrio, *equal treatment, treatment as an equal*);

c) Princípio da proporcionalidade (na tripla dimensão de adequação, necessidade, equilíbrio);

d) Princípio da justiça (uma formulação vaga e potencialmente abrangente);

e) Princípio da boa fé (e proibição do abuso de direito);

f) Princípio da protecção da confiança legítima (designadamente dos particulares);

g) Princípio da razoabilidade ou da racionalidade (como imperativo de actuação administrativa);

h) Estado de necessidade administrativo (contra-princípio, que dispensa a aplicação de regras em situações de excepção).

## 2. A discricionaridade administrativa

44

Nos quadros tradicionais do princípio da legalidade, *vinculação* e *discricionaridade* eram momentos de complementaridade antagónica de uma mesma realidade, que se verificavam nas decisões administrativas, encaradas na perspectiva da sua relação com a lei – em todos os actos havia momentos vinculados e, em muitos, momentos discricionários, contrapostos, de modo que onde houvesse vinculações legais, não havia discricionaridade e *vice-versa*.

No entanto, a realidade é hoje mais complexa, na medida em que a discricionaridade não é livre e se exerce sempre para alcançar o fim legalmente estabelecido – nesse sentido pode dizer-se que há uma discricionaridade vinculada (pelo menos à finalidade legal). Por sua vez, como a definição abstracta dos pressupostos legais se faz muitas vezes através de conceitos imprecisos, o agente administrativo acaba por colaborar na concretização do fim legal nos casos concretos – de tal modo que se pode dizer igualmente que há uma vinculação discricionária.

Por outro lado, em virtude do princípio da precedência da lei, não haverá dúvida actualmente de que a discricionaridade não designa uma liberdade administrativa: é um espaço decisório que resulta de concessão legislativa, nos termos do *princípio da competência*, que rege a actuação pública (“aquilo que não for permitido, é proibido”) – não se podendo confundir com a autonomia privada, fundada no princípio da liberdade, que rege a actuação dos particulares (“aquilo que não é proibido, é permitido”).

### 2.1. Os problemas da discricionaridade

A discricionaridade suscita vários problemas diferentes, dos quais destacaremos, como problemas fundamentais:

- a) o problema do *âmbito* da figura, designadamente, da admissibilidade da concessão de poderes discricionários através de conceitos legais imprecisos;
- b) o problema da *natureza* do poder discricionário, e, em especial, o do seu carácter jurídico;
- c) o problema da *diversidade dos tipos* de faculdades discricionárias.

Estes problemas da discricionariedade têm de colocar-se actualmente no quadro das relações tripolares “Lei-Administração-Juiz” – e não se podem equacionar apenas na relação entre a actividade administrativa e a lei.

Acresce que os problemas da discricionariedade não podem ser resolvidos exclusivamente a partir de um entendimento do princípio do *Estado de Direito* que preconize a máxima determinação legislativa e a máxima fiscalização judicial possíveis, no pressuposto (preconceito) de que a discricionariedade é um “mal”, ainda que necessário.

A relevância do *princípio* constitucional e doutrinal *da divisão dos poderes* implica o reconhecimento de uma certa *autonomia e responsabilidade próprias da Administração* no exercício da sua função (que também engloba a aplicação, isto é, a criação-concretização do Direito), quer perante o legislador (há-de haver uma “reserva administrativa dos casos concretos”), quer em face do juiz (mantém-se a proibição da “dupla administração”) – no contexto de um “Estado de Direito Misto”, moderado e equilibrado (contraposto ao “Estado Legislador”, ao “Estado Administrativo” e ao “Estado dos Juizes”).

## 2.2. O problema do âmbito ou extensão da discricionariedade

A doutrina nunca teve dúvidas quanto à existência de discricionariedade naquelas situações em que a norma habilitante da prática de um acto administrativo conferia ao órgão competente, na sua estatuição, muitas vezes através do conceito deontico permissivo (“pode”), a faculdade de determinar o conteúdo das medidas a tomar (discricionariedade de decisão) ou a possibilidade de escolher entre as medidas alternativas determinadas na lei (discricionariedade de escolha).

A questão que se pôs foi a de saber se a Administração também disporia de poderes discricionários naquelas situações em que a lei utilizava conceitos indeterminados, designadamente na *bipótese* normativa, ao definir os pressupostos da decisão administrativa – poderiam considerar-se esses “conceitos legais indeterminados” concessores de discricionariedade?

Num plano substancial (não meramente nominalista), a questão refere-se à existência, ou não, nessas situações, de espaços de valoração e decisão próprios da função administrativa, que o juiz não possa controlar integralmente – e a resposta positiva implica um *conceito amplo de*

*discricionaridade*, que não se limite aos casos em que as leis confirmam directamente à Administração um “espaço de decisão”, mas abranja ainda os casos em que a Administração disponha de um “espaço de avaliação” ou de uma “prerrogativa de avaliação”, que o juiz não possa reexaminar em sede de controlo judicial.

2.2.1. As primeiras posições tendiam a ser bem estremadas: as *teorias do controlo total* negavam a discricionaridade administrativa na aplicação de conceitos legais indeterminados; as *teorias da discricionaridade* afirmavam que toda a indeterminação legal implicava discricionaridade.

Actualmente, avultam as posições moderadas: as teorias da discricionaridade admitem a existência de alguns “conceitos normativos indeterminados” susceptíveis de controlo intrínseco (reexame) pelo juiz; as teorias do controlo total, além de reconhecerem conceitos concessores de discricionaridade na *estatuição* da norma, aceitam, relativamente a casos contados de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados formulados na *hipótese legal* (*Tatbestand*), a existência de uma “margem de livre apreciação” administrativa (embora diferente da discricionariedade) que o juiz deve respeitar – foi isso que sustentaram na doutrina alemã, com diversas formulações, a “teoria da folga ou margem de apreciação”, a “teoria da defensabilidade” e a “teoria dos factores”.

Neste contexto, podemos encontrar um consenso no sentido de que o problema de saber se os conceitos indeterminados utilizados pela lei concedem, ou não, um espaço discricionário respeita especificamente aos *conceitos imprecisos de “tipo”*, com a exclusão:

a) quer dos conceitos *classificatórios*, que são conceitos “determinados” (determináveis) por remissão para juízos de *experiência comum* (“urgência imperiosa”) ou de uso de certo tempo e lugar, para valores ou institutos *jurídicos* (“propriedade”, “família”), para conceitos de *ciências exactas* ou em relação aos quais se verifique um *consenso científico* (“substância tóxica”) – porque aí a indeterminação normativa não existe ou então resolve-se por via interpretativa (hermenêutica) e haverá controlo total pelo juiz;

b) quer dos conceitos *subjectivos* (“abastecimento adequado dos mercados”, “ordem pública”, “conveniência de serviço”, “circunstâncias excepcionais



e urgentes de interesse público”), que, pela sua extrema abertura ou vastidão, em regra associada a faculdades de acção concedidas pelo legislador, devem presumir-se como “delegações no poder administrativo” – porque aí não há apenas indeterminação conceitual e deve reconhecer-se um espaço de concretização próprio da Administração.

2.2.2. Na prática, os casos em que a questão tem sido suscitada, perante as dificuldades ou a inadequação do controlo judicial das indeterminações legais, têm sido fundamentalmente os seguintes:

a) utilização pela lei de conceitos indeterminados de *valor* no âmbito de *juízos* sobre *disposições* ou *aptidões pessoais* (“juristas de reconhecido mérito”) ou de *avaliações técnicas especializadas* (“filme de qualidade”; “terreno com aptidão agrícola”; “adequada integração no respeito pela volumetria e morfologia existentes na zona”; “estética das povoações”), incluindo a generalidade dos “exames” e as provas académicas;

b) decisões que implicam juízos com elementos determinantes de *prognose* (“justo receio de ser perseguido”; “perigo para o trânsito”; “necessidades do mercado”; “ameaça de ruína”);

c) decisões estratégicas ou técnicas que obriguem a *ponderação de interesses complexos* (v.g., decisão sobre a construção ou a localização de um aterro sanitário, de uma co-incineradora, de uma ponte ou de um aeroporto; decisões da autoridade reguladora das telecomunicações sobre litígios relativos à interligação de operadores);

d) decisões com *consequências políticas* (v.g., a autorização para a realização de uma oferta pública de aquisição de acções de um banco em fase de reprivatização; a recusa de um visto para a entrada no país de uma personalidade de relevo internacional);

e) decisões estruturais de *carácter organizativo*, no âmbito de relações administrativas especiais, designadamente as relativas a serviços de contacto directo com os cidadãos utentes (criação ou extinção de unidades orgânicas, abertura ou encerramento de serviços ao público, como esquadras de polícia, escolas, centros de saúde ou unidades hospitalares).

Na discussão doutrinal, têm sido utilizados, em favor de um *espaço de escolha* administrativa, *rectius*, de uma *avaliação e controlo atenuados* por

parte do juiz, os seguintes argumentos ou tópicos: a orientação finalística dos preceitos legais (“programas finais” em vez de “programas condicionais”); a *responsabilidade* administrativa pelas opções; a capacidade *técnica* de avaliação; a *legitimidade* democrática, procedimental ou social do órgão decidente; a irrepetibilidade das decisões.

Por sua vez, em favor do *reexame judicial*, tem-se invocado: a definição intensa dos pressupostos legais; a necessidade de *protecção plena* dos particulares e dos seus direitos (especialmente, dos direitos fundamentais) ou da *afirmação estrita* de determinados interesses comunitários, bem como a relevância decisiva para a solução do caso do *conhecimento jurídico* (é ao juiz que cabe “dizer” o direito) ou do *bom senso* geral (o juiz encarna institucionalmente o “senso comum”).

### 2.2.3. A posição da doutrina e jurisprudência em Portugal

Antigamente, a doutrina e a jurisprudência portuguesas, na linha de Marcello Caetano, optavam por uma contraposição radical entre *discricionariedade* (zona não jurídica) e *interpretação* (aplicação) de conceitos legais imprecisos (zona jurídica) – num caso, haveria uma escolha de conteúdo entre várias soluções possíveis, “todas elas igualmente legítimas”; noutro caso, haveria vinculação à descoberta de uma “única solução correcta” do ponto de vista do legislador (da lei).

Admitiam, no entanto, que, em certos casos, embora a solução legal só pudesse ser uma, havia dificuldades de controlo judicial, práticas ou técnicas – nessas situações reconheciam a existência de uma “discricionariedade imprópria” (“liberdade probatória”, “discricionariedade técnica”, “justiça administrativa”).

Mais recentemente, alteraram-se os pressupostos em que se baseava a posição tradicional.

Desde logo, verifica-se que a interpretação não se reduz à determinação de uma vontade pré-existente, implica nos casos concretos uma concretização criadora (constitutiva), que é evidente quando a lei utiliza conceitos vagos ou conceitos imprecisos de *tipo*. Não há uma solução única na determinação concreta da hipótese normativa. Não é possível uma separação absoluta entre “hipótese” e “estatuição” da norma legal, entre “cognição” e “volição”, ou entre “interpretação” e “subsunção” na aplicação do Direito,

designadamente na aplicação das leis administrativas (que, em regra, é feita, em primeira linha, pela Administração).

Depois, torna-se claro que a discricionariedade não é uma escolha livre do Direito, entre uma série de soluções, todas elas “igualmente legítimas”; implica, sim, a *procura* da *melhor* solução para a satisfação, no caso concreto, dos interesses públicos legalmente definidos (estabelecidos), numa escolha orientada por princípios jurídicos.

Por fim, chega-se à conclusão de que um conceito de “discricionariedade imprópria” pode representar um perigo para a protecção, quer da legalidade pública, quer dos direitos dos particulares (além de constituir, no plano dogmático, um *monstrum irregulare*), pois não fornece critérios substanciais para ajuizar da densidade adequada do controlo judicial das decisões administrativas.

2.2.4. É neste quadro que podemos formular a posição adoptada.

À partida, propõe-se um conceito *amplo* de discricionariedade como *espaço de avaliação e decisão da responsabilidade da Administração, decorrente de uma indeterminação legal (conceitual ou estrutural) e susceptível apenas de um controlo atenuado pelo juiz*, englobando: a) as faculdades (directas) de acção, em regra indicadas pelo elemento deôntico permissivo (“pode”); b) os espaços de apreciação na aplicação de conceitos imprecisos de tipo; c) as prerrogativas administrativas de avaliação (por vezes designadas, de forma hoje inconveniente, como “justiça administrativa”) – situações que a lei processual designa agora genericamente como dimensões decisórias que impliquem a “formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa” (artigos 71.º, n.º 2 e 95.º, n.º 3 do CPTA).

Entre nós, na esteira W. Schmidt, Sérvulo Correia continua a sustentar, por razões de “consistência metodológica” e de “rigor dogmático” (CJA, n.º 70, 2008, p. 49 e ss), a distinção categorial entre a margem de livre apreciação (de pressupostos legais expressos em conceitos jurídicos indeterminados) e a discricionariedade, na medida em que aquela não implica uma ponderação de interesses, estando sujeita apenas a um imperativo de *adequação* e não às outras vertentes do princípio da proporcionalidade (necessidade

e proporcionalidade em sentido estrito). Parece-nos, no entanto, pelo contrário, que há-de ter lugar, sempre que possível, o controlo judicial do resultado e, por isso, do equilíbrio da solução adoptada.

Depois, defende-se que a existência de uma situação de indeterminação concessora de discricionariedade resulta da *interpretação* das leis habilitadoras, de acordo com as regras gerais e tendo em conta os tópicos enunciados acima, entre outros eventualmente relevantes (como, por ex., o tipo de tarefa e de função do poder discricionário; a ligação íntima entre conceitos imprecisos na hipótese e faculdades de acção na estatuição legal), que revelam as capacidades técnicas ou as vantagens funcionais específicas, seja da Administração, seja dos juízes.

Nessa linha, sustenta-se que na zona da discricionariedade (de apreciação ou de decisão) há uma repartição de competências entre a Administração e o juiz, entendida como distribuição de tarefas (de “funções organizacionais”) por dois poderes estaduais: a *autoria* dos actos e a inerente *responsabilidade* pela prossecução do interesse público legalmente definido cabem a Administração; a *fiscalização* da conformidade ou compatibilidade, bem como da obrigatoriedade e das vinculações da actuação administrativa com as normas (sobretudo legais) e os princípios jurídicos a que está submetida (“mera *legalidade*” entendida como “juridicidade”) compete aos tribunais – que não julgam da conveniência e oportunidade (do “*mérito*”) dessa actuação.

Entende-se ainda que, na zona da discricionariedade (seja de decisão ou de apreciação) a actividade administrativa visa a aplicação da lei ao caso concreto, na procura da melhor solução, *orientada* pelo fim da norma (interesse público específico) e *regulada* por uma racionalidade jurídica (em obediência a princípios constitucionais de actuação e tendo em conta os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos); implica sempre uma *complementação concreta da previsão normativa* (preenchimento de uma “lacuna intra-legal”), mesmo quando pondera interesses concorrentes, complementação que se exprime ou projecta nos “motivos” em que se funda a escolha do conteúdo da decisão.

Por fim, conclui-se que, nas *áreas vinculadas*, em que não haja concessão legal de poderes discricionários, os órgãos administrativos podem

e devem concretizar a lei, colmatar as eventuais lacunas, resolver as dúvidas de aplicação ou adequar as normas às circunstâncias dos casos concretos – “authority-made law” –, estando essa actuação administrativa sujeita a um *reexame* ou *controlo total* por parte do juiz.

### 2.3. A natureza do poder discricionário

A partir das considerações feitas, podemos agora responder à pergunta sobre a natureza do poder discricionário, acentuando os aspectos relevantes que o caracterizam em várias proposições:

A discricionariedade é uma *concessão* legislativa, determinada por interpretação da norma, e não um poder originário da Administração ou um resto, limitados pela lei e pelo juiz.

A discricionariedade exprime a *autonomia* do poder administrativo, que tem legitimidade própria (nacional, regional, local, corporativa, social) no contexto dos poderes públicos constitucionalmente separados.

A discricionariedade não é um “mal necessário” que deva ser reduzido ao mínimo possível, desempenha um papel positivo, quer para a realização do interesse público, quer para a protecção dos direitos e interesses dos particulares – as funções *táctica*, de *adaptação* (de dispensa), *técnica*, de *planeamento* e de *gestão*.

A discricionariedade é um espaço *funcional e materialmente jurídico*, onde a administração tem de, em maior ou menor grau, concretizar a lei (o fim legal), actuando segundo princípios jurídicos (igualdade, imparcialidade, justiça, proporcionalidade, boa fé, que implicam ainda a racionalidade e a proibição do arbítrio) e estritamente vinculada pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

O poder discricionário é um poder de *escolha* resultante de uma *indeterminação* legal, mesmo que seja apenas de avaliação, desde que implique uma *responsabilidade própria* que se repercute directamente na fixação dos *efeitos* do acto (decisão).

### 2.4. A metodologia do controlo judicial das decisões discricionárias

Os tribunais administrativos, em cumprimento do princípio da separação e interdependência dos poderes, “julgam do cumprimento pela Administração

das *normas e princípios jurídicos* que a vinculam e não da *conveniência ou oportunidade* da sua actuação” (artigo 3.º, n.º 1 do CPTA).

O exercício de poderes discricionários concedidos à Administração é susceptível de *fiscalização*, mas (ao contrário dos momentos vinculados) *não de reexame* pelo juiz: além do *desvio de poder* (utilização da competência para fim diverso do fim legal) e do *erro de facto* (relativo às circunstâncias relevantes), são controláveis: o *erro manifesto de apreciação* (erro de avaliação que não deixe dúvidas ao juiz) e, em geral, a compatibilidade da “vontade decisória” com os *princípios jurídicos constitucionais* que regem a actividade administrativa.

[Exemplo: na legalização de obras sem licença, há discricionariedade na decisão, mas obrigação de ponderar questões de salubridade suscitadas pela vizinhança – por força do princípio da imparcialidade.]

O juiz pode *condenar* a Administração na prática de actos administrativos, bem como na adopção ou abstenção de comportamentos ou na realização de prestações, mas só na medida em que tal resulte imperativamente de uma *imposição legal ou de um princípio jurídico* nas circunstâncias específicas da situação concreta – a vinculação jurídica pode resultar da “*redução da discricionariedade a zero*”, quando, apesar de haver à partida um espaço de valoração ou decisão próprio da Administração, a apreciação do caso concreto permita identificar uma única solução como juridicamente possível.

#### 2.5. As formas e as novas feições da *discricionariedade substantiva*

A discricionariedade, em sentido amplo, pode incluir todos os espaços de escolha conferidos por lei aos órgãos administrativos, mas, *em sentido estrito*, a discricionariedade diz respeito às *escolhas substantivas*, que respeitam ao *conteúdo* das decisões ou nele se projectam – para além dos espaços de escolha *organizativos, procedimentais e formais*.

Acresce que a discricionariedade foi construída no contexto da teoria do acto administrativo, isto é, em relação às *decisões individuais e concretas* de aplicação de normas legais – por isso se entendia que a regulamentação

prévia de decisões discricionárias implicaria, em regra, o vício de “não uso do poder discricionário”.

A tendência actual vai no sentido de uma concepção unitária de discricionariedade, como designação inclusiva de todos os espaços de decisão administrativa, mas tendo em consideração as feições especiais de discricionariedade substantiva, que implicam diversas adaptações teóricas e dogmáticas da figura tradicional:

a) a “discricionariedade” regulamentar (remissão);

b) a discricionariedade de *planeamento* – em que existe uma maior liberdade conformadora da Administração, perante *normas-fim* (e não normas-condição, com pressupostos legalmente definidos, ainda que através de conceitos indeterminados);

c) a *simplificação tipificadora*, designadamente na administração fiscal – por exemplo, a admissibilidade da concretização administrativa dos conceitos legais indeterminados para quantificação da matéria colectável através de “tipos médios”;

d) a discricionariedade *configuradora* ou *reguladora*, típica da *regulação* pública económica de sectores privados de interesse público por autoridades (semi)independentes;

e) a *discricionariedade implementadora* no contexto da execução de programas ou directivas político-estratégicas de governo – as especificidades das decisões acordadas ou negociadas, no âmbito da realização de políticas públicas, sem uma estrita vinculação legislativa de conteúdo (lei serve sobretudo como limite e orientação) e com participação e compromisso dos representantes dos interesses sociais envolvidos, em termos que limitam as possibilidades de fiscalização judicial.

## 2.6. As garantias do interesse público e dos direitos dos cidadãos

O alargamento efectivo do espaço dos poderes discricionários a que hoje assistimos exige o reforço ou o aperfeiçoamento das garantias de prossecução do interesse público e de respeito pelos direitos dos particulares.

Em primeiro lugar, das garantias *políticas* – Provedor de Justiça, controlo parlamentar da actividade do Governo e da Administração, controlos por

organismos internacionais e pelo espaço público (organizações sociais e cívicas e meios de comunicação social).

Em segundo lugar, das garantias *administrativas* – concertação, participação e, de algum modo, a descentralização.

Em terceiro lugar, e fundamentalmente, das garantias *jurídicas* – aplicabilidade directa dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias (substanciais e procedimentais); manutenção da reserva de lei em matérias essenciais; o desenvolvimento do direito organizatório e procedimental (direitos de informação e de audiência prévia); a auto-vinculação regulamentar externa ou interna; a intensificação do controlo judicial pelos tribunais administrativos e fiscais (incluindo a obrigatoriedade de motivação dos actos administrativos e um controlo mais apurado dos vícios da discricionariedade), bem como, pelo menos indirectamente, da fiscalização financeira do Tribunal de Contas.

## II. AS RELAÇÕES JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS

A actividade das entidades administrativas e dos particulares desenvolve-se num contexto relacional que, na medida em que é disciplinada por normas de direito público, dá origem a relações jurídicas de direito administrativo, no âmbito das quais se exercem posições jurídicas subjectivas.

### 1. As relações jurídicas de direito administrativo

Uma relação jurídica, enquanto relação social disciplinada pelo direito, pressupõe um relacionamento entre dois ou mais *sujeitos*, que seja regulado por *normas jurídicas*, das quais decorrem as *posições jurídicas*, activas e passivas, que constituem o respectivo conteúdo.

As relações jurídicas de direito administrativo são relações jurídicas *públicas* (seguindo um critério estatutário, que combina sujeitos, fins e meios), isto é, aquelas em que *um dos sujeitos*, pelo menos, seja uma *entidade pública* ou uma entidade particular no exercício de um *poder público* ou



de um *dever público*, conferido ou imposto com vista à realização de um *interesse público* legalmente definido.

São diversos os tipos de relações jurídicas administrativas, que podem ser objecto de várias classificações doutrinárias.

As relações jurídicas que ligavam os particulares à Administração não tinham uma especial importância, nem requeriam um relevo autónomo na configuração jurídico-dogmática da actividade administrativa, na medida em que, por um lado, eram entendidas como relações *assimétricas*, em que à posição passiva (dever) da Administração, decorrente de uma norma de direito objectivo, correspondia eventualmente um interesse, mas não um “direito” ou uma “pretensão” substantiva do particular (tal como o contra-pólo do dever do particular não era um direito, mas um poder administrativo), e, por outro lado, constituíam relações *simples* ou *bipolares*, em que havia apenas dois sujeitos ou dois pólos de interesse (um activo, outro passivo) – em princípio a Administração, de um lado, e um particular, do outro lado.

A relevância dogmático-prática da relação jurídica cresceu, a partir de uma dupla evolução.

Por um lado, os particulares passaram a ser vistos como cidadãos, titulares de verdadeiros *direitos* perante a Administração, seja por serem titulares de direitos, liberdades e garantias (designadamente nas áreas tradicionais de exercício dos poderes tributários e de polícia), seja por os seus interesses passarem a ser objecto de protecção legal (nas áreas de actuação privada sujeitas por lei a autorização administrativa, nas áreas de actuação administrativa de prestação, através de leis que concretizam os direitos fundamentais sociais, bem como nas áreas de concertação) – adquirindo relevo as relações jurídicas *simétricas* (em que à posição passiva de um sujeito corresponde exactamente uma posição activa de outro sujeito) e as *dissimétricas* (em que cada um dos sujeitos é simultaneamente titular perante o outro de posições activas e passivas, conexas entre si, como acontece nas relações contratuais);

Por outro lado, multiplicam-se as relações *complexas* ou *multipolares*, *polissimétricas*, *poligonais* ou *multilaterais*, em que se confrontam mais de dois sujeitos e distintos pólos de interesse, em conjuntos interligados de posições activas e passivas.

[Sobre o conceito, v. Gomes Canotilho, “Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 1, Junho/1994, págs. 57 a 61.]

Na realidade, é cada vez mais frequente a existência, não só de relações administrativas *dissimétricas*, pelo recurso ao contrato ou a outras formas de acordo entre a Administração e os particulares, como de relações *poligonais*, em que muitas vezes os particulares, e também as entidades administrativas, aparecem com posições conflituantes entre si, interessados em actuações diferentes (ou até contrárias) da Administração.

Uma das mudanças mais significativas na construção dogmática do direito administrativo consistiu justamente na superação da concepção exclusivamente bilateral do acto administrativo, quando existam direitos e interesses conexos, que possam ser lesados no seu âmbito vital pela actuação pública – isto fora dos procedimentos concursais, no âmbito dos quais mais cedo se reconheceu a natureza multilateral da relação jurídica administrativa.

As primeiras situações em que a doutrina e a jurisprudência se deram conta de tal necessidade terão acontecido no domínio do direito urbanístico, a propósito da autorização para construção, em que se percebeu que os direitos e interesses legalmente protegidos dos *vizinhos* estavam directamente envolvidos e tinham de ser integrados na relação jurídica que a autorização visava constituir ou modificar. Mas muitas outras situações se seguiram, nas mais diversas áreas de actuação jurídica administrativa, incluindo a segurança social e a cultura, sendo actualmente as mais famosas as que envolvem direitos e interesses de *concorrentes* económicos, direitos e interesses dos *consumidores* e *utentes* de serviços públicos e, sobretudo, direitos e interesses *ambientais* (e o carácter poligonal das relações complexifica-se ainda mais quando se tomem em consideração os interesses económicos e ambientais das próprias gerações futuras).

A partir daí, construiu-se um novo paradigma de *relação jurídica administrativa multilateral, poligonal ou multipolar*, na sequência e perante as insuficiências do conceito de acto administrativo “com duplo efeito” ou “com eficácia em relação a terceiros” – não bastava encarar a dupla relação dos destinatários e dos terceiros com a Administração, na medida em

que também releva no plano administrativo, ainda que com intensidades diversas, a relação *dos particulares entre si*, que pode ser objecto de acções administrativas autónomas, como a lei processual agora expressamente reconhece (artigo 37.º, n.º 3, do CPTA).

A concepção de relação poligonal ou multilateral começou por ser reconhecida no plano da *tutela judicial* dos direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros, conexos com a relação procedimental principal, tutela reconhecida a *interesses de facto diferenciados*, interesses *comunitários* e interesses *difusos*, no âmbito da acção popular – a lei determina um alargamento da legitimidade dos interessados (basta um interesse de facto relevante para permitir a impugnação de actos ilegais), estendido ainda às situações em que estejam em causa bens e valores comunitários (como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do domínio público - artigo 9.º, n.º 2, do CPTA).

Para além disso, determina-se que as posições jurídicas subjectivas de pessoas que possam ser afectadas ou lesadas por uma decisão administrativa devem ser tomadas em consideração no próprio *procedimento* em que se tomam as decisões administrativas – obrigatoriamente, por decisão legal ou por imperativo de conhecimento oficioso, ou, pelo menos, sempre que os interessados dêem delas conhecimento ao órgão competente para dirigir a instrução do procedimento ou para tomar a decisão final.

Por fim, constrói-se um sistema de *justiça administrativa* de base subjectivista, em que os particulares, em vez de alegarem a ilegalidade objectiva, podem (ou têm mesmo de) invocar a lesão das suas posições jurídicas subjectivas, visando a intervenção judicial, principalmente, assegurar a protecção de direitos e interesses legalmente protegidos.

A partir daqui assiste-se a uma densificação da protecção desses interesses de “terceiros” no plano *substantivo*, tendo como consequência, como veremos a seguir, o *alargamento do conceito de direito subjectivo público* (construído como “direito e interesse legalmente protegido”).

## 2. Posições jurídicas administrativas dos particulares perante a Administração

58

2.1. Posições jurídicas subjectivas *de vantagem* (ou favoráveis) – às quais correspondem obrigações, deveres e sujeições da Administração e/ou limitações (negativas) ou condicionamentos (positivos) da actividade administrativa.

2.1.1. Tradicionalmente, distinguia-se entre “direitos subjectivos” (direitos plenos) e “interesses legítimos” – entendendo-se que, em regra, o particular dispunha apenas de interesses legítimos em face da Administração, designadamente quando e na medida em que esta gozasse de algum espaço de discricionariedade.

### Excurso

A doutrina italiana elaborou três critérios distintos para distinguir entre direitos subjectivos e interesses legítimos.

Um primeiro critério, concebido por Guicciardi, baseia-se na natureza da norma. Parte-se do pressuposto de que as normas estão divididas em duas categorias:

a) *normas de relação*, que, através de um juízo de relação entre interesses diversos dos sujeitos jurídicos, traçam uma linha de demarcação nítida entre a esfera jurídica da Administração Pública e a esfera jurídica dos privados – haverá violação de um direito subjectivo se a Administração ultrapassar essa linha de demarcação e invadir a esfera jurídica de um particular;

b) *normas de acção* que, pelo contrário, regulam o exercício de um poder da Administração, atribuído previamente por normas de relação –há violação de um interesse legítimo se a Administração violar este tipo de normas.

O segundo critério funda-se na natureza *vinculada* ou *discricionária* da actividade exercida. Perante uma actividade vinculada, o particular gozará de um direito subjectivo. Pelo contrário, em caso de actividade discricionária, o cidadão pode reivindicar somente um interesse legítimo.

Um terceiro critério baseia-se na distinção entre *falta de poder* e *mau exercício do poder*: sempre que se invoque um mau uso do poder, está a fazer-se valer um interesse legítimo. Quando se conteste a própria existência do poder da Administração, faz-se valer um direito subjectivo.

Hoje, a fronteira a estabelecer com nitidez deve ser a que delimita, de um lado, as *posições jurídicas substantivas* (“direitos e interesses legalmente protegidos” ou “direitos”, num sentido amplo) e, do outro lado, os *interesses simples ou de facto*.

a) As posições jurídicas substantivas implicam sempre uma *intenção normativa de protecção efectiva* de um *bem jurídico próprio* de determinado particular, seja *em primeira linha* (estamos, então, perante *direitos subjectivos*), seja *em segunda linha*, em complemento de um interesse público primacial (é o caso dos *interesses legalmente protegidos*).

A intencionalidade, o conteúdo objectivo favorável e o grau de efectividade não-de resultar da *interpretação* da norma de *direito substantivo* que regula a relação jurídica, *devendo presumir-se* a intenção protectora quando uma norma de direito objectivo seja *necessária* ou *adequada* ao favorecimento de determinados interesses particulares.

[Exemplos de fronteira: o direito (?) ou interesse legalmente protegido (?) de um trabalhador em funções públicas de acumular o emprego público com uma actividade privada que com ele não seja (não tenha sido definido como) legalmente incompatível – cfr. o artigo 269.º/5 da CRP; o direito à protecção policial, como manifestação do direito individual à segurança.]

Esta posição exprime-se, depois, num *poder de vontade* que visa exigir ou pretender determinados comportamentos ou produzir autonomamente determinados efeitos jurídicos, para satisfação do *interesse* reconhecido e *protegido* pela norma jurídica como *próprio* do respectivo titular.

[No direito privado, v. a contraposição e a síntese entre as posições voluntaristas (Windscheid) e as posições teleológicas (v. Jhering), que se manifestam hoje em diferentes definições de “direito subjectivo” de MANUEL DE ANDRADE – «poder atribuído pela ordem jurídica de exigir ou pretender um determinado comportamento ou de produzir determinados efeitos jurídicos» –, de ORLANDO DE CARVALHO – «poder da vontade juridicamente protegido» – e de MENEZES CORDEIRO – «permissão normativa específica de aproveitamento de um bem».]

b) Os interesses *simples* ou *de facto* representam vantagens genéricas para os administrados, ou então específicas de pessoas determinadas, mas que, *encaradas do ponto de vista da norma reguladora*, são vantagens *ocasionais* ou puramente *reflexas* relativamente ao interesse público – mesmo que se trate de interesses *diferenciados* cujos titulares gozem, face à lei processual, de legitimidade impugnatória, por se encontrarem numa situação que lhes confira *interesse directo e pessoal na anulação* de um acto administrativo.

A distinção interessa para efeitos *contenciosos*, designadamente para a propositura de acções de condenação da Administração, bem como para efeitos *procedimentais* por exemplo, para determinar o direito à participação ou à ponderação no procedimento, e para efeitos *substantivos*, como a obrigatoriedade de fundamentação ou a legitimidade da revogação ou da anulação administrativa de actos administrativos.

2.1.2. Por outro lado, há que reconhecer, dentro do conjunto das posições jurídicas substantivas, uma certa *variedade*, mas uma variedade típica e não-categorial, em face da *continuidade gradativa* das figuras do “direito subjectivo” e do “interesse legalmente protegido” no que respeita à determinabilidade e à individualização do conteúdo, bem como à intencionalidade e à intensidade da protecção – a definir em cada hipótese por interpretação das normas aplicáveis.

a) Há a considerar, desde logo, a existência de *diversos tipos de direitos subjectivos*, alguns dos quais não eram habitualmente configurados como tais nas relações jurídicas administrativas:

i) Em primeiro lugar, os *direitos transitivos* ou de *natureza obrigacional* (posições jurídicas *pretensivas*), que, hoje, não são espécies raras, como eram na época liberal, sobretudo no contexto de uma administração *concertada*, que utiliza o contrato como forma típica de actuação, e de uma administração *social*, que é em grande medida uma “administração de prestações”.

Pense-se, por exemplo, para além dos direitos tradicionalmente reconhecidos e semelhantes – como o direito à passagem de diploma ou de alvará de actividade licenciada, o direito à greve e outros direitos dos funcionários –, nos direitos dos *co-contratantes privados* em contratos administrativos e, em especial, nos *direitos sociais*, como os direitos às prestações de segurança

social e de saúde ou aos subsídios para o exercício de certas actividades de interesse social ou cultural, mas também nos direitos a prestações decorrentes do dever estadual de protecção efectiva dos *direitos, liberdades e garantias* dos particulares.

ii) Em segundo lugar, os *direitos intransitivos* ou *absolutos* (posições jurídicas *defensivas* ou *opositivas*) – a que correspondem, do lado da Administração Pública, deveres gerais de *abstenção* e de *respeito*: desde logo, as *liberdades e determinados direitos fundamentais* dos cidadãos (direitos pessoais e direitos políticos, como as liberdades de reunião e de manifestação, o direito de associação, o direito de propriedade, o direito de voto), relativamente aos quais a Constituição impõe sobretudo o acatamento público, que ganham relevância ao nível administrativo através da concepção das normas constitucionais que os consagram como *direito imediatamente aplicável*; depois, também os *direitos públicos reais*, como, por exemplo, os direitos de uso normal do domínio público estabelecidos por lei.

iii) Por fim, os *direitos potestativos* – que são poderes (unilaterais) de provocar inelutavelmente a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, aos quais corresponde uma *sujeição* do lado passivo, como, por exemplo, o direito de voto (em certa dimensão), o direito de aceitar ou de renunciar a mandato público, o direito de rescisão de contrato administrativo (por incumprimento de prestações pecuniárias pelo contraente público), o direito a renunciar à qualidade de membro de organização pública.

b) Depois, há que ter em consideração os diferentes *graus de densidade normativa*, que se repercutem em graus de efectividade, dado que nem todos os direitos são verdadeiros direitos subjectivos plenos.

i) Existem, de facto, *direitos limitados*, enquanto direitos subjectivos públicos que *não gozam de uma tutela plena*.

É o que acontece, desde logo, com os *direitos condicionados em sentido estrito* – designadamente, os direitos *atribuídos por actos administrativos*, mas sujeitos a *condição suspensiva (pendente conditione)* ou a uma actuação procedimental *integrativa da eficácia*, que só produzem os seus efeitos principais se vier a verificar-se a condição ou a prática do acto integrativo (que têm ou podem ter efeitos *ex tunc*, retrotraídos à data da perfeição do acto).

Mas é igualmente o que se passa com os *direitos enfraquecidos*, que podem, por força da lei ou por força de acto administrativo com base na lei, ser sacrificados através do exercício legítimo de poderes da autoridade administrativa – por exemplo, o direito de propriedade face ao poder de expropriação ou ao poder de planeamento, o próprio direito do funcionário ao vencimento face ao poder disciplinar de suspensão, os direitos de utilização excepcional do domínio público, perante os poderes de gestão dominial, os direitos do co-contratante privado face aos poderes legais de modificação e de resolução do contrato administrativo pelo contraente público, o direito do destinatário de acto favorável sujeito a reserva ou a condição resolutiva.

Também não gozam de uma tutela plena os *direitos comprimidos*, que são limitados por lei em termos de necessitarem de uma intervenção administrativa que permita o seu exercício – por exemplo, direitos ou liberdades dos particulares que dependam de autorização administrativa (permissiva), como a liberdade de exercício da profissão que dependa da inscrição numa ordem profissional, ou a liberdade de circulação automóvel dependente da obtenção da carta de condução ou, para a saída para o estrangeiro, da emissão de passaporte.

Há a considerar ainda os *direitos incompletos*, que, sendo mais que expectativas jurídicas, resultam da vinculação material de decisões interlocutórias em procedimentos complexos – por exemplo, os direitos ao licenciamento resultantes da aprovação do projecto de arquitectura no procedimento de licenciamento de obras particulares.

ii) Por sua vez, há “direitos *prima facie*”, isto é, posições subjectivas públicas em que estão em causa directamente e em primeira linha interesses próprios de particulares individualizados (e que, portanto, se devem configurar como direitos), mas cujo conteúdo não está perfeitamente determinado na lei, dependendo, para se tornarem “definitivos” (líquidos e certos) e exercitáveis, de uma concretização ou densificação por parte da autoridade administrativa – por exemplo, certos direitos genéricos a prestações e subsídios de tipo ou montante variável, ou o próprio direito à protecção policial, em face do poder de escolha administrativa dos meios a utilizar.



c) Por último, há a considerar os novos problemas que se põem na delimitação da fronteira entre *interesse legítimo*, por um lado, e *interesse simples* ou *de facto*, por outro, numa evolução que vem igualmente favorecer a *ampliação* do conjunto das posições jurídicas substantivas, constituindo novos *interesses legalmente protegidos*:

i) a juridificação do poder discricionário – designadamente a necessidade de a Administração actuar em conformidade com princípios gerais, como o da imparcialidade, de igualdade, da justiça, da proporcionalidade, da racionalidade, da boa fé e da protecção da confiança legítima – teve como consequência o alargamento do *domínio de protecção jurídica* das normas reguladoras da actividade administrativa, transformando interesses, antes considerados meras expectativas ou interesses de facto, em interesses legalmente (isto é, juridicamente) protegidos;

ii) a lei substantiva determina, para diversos efeitos, o relevo de *interesses semi-diferenciados*, como, por exemplo, os “interesses colectivos” – enquanto interesses de associações na defesa de interesses gerais dos associados –, e os “interesses locais gerais” – enquanto interesses da generalidade dos residentes numa determinada circunscrição, relativamente aos bens do domínio público (cf. CPA, artigos 53.º, n.º 1, *in fine* e n.º 2, alínea b), e 160.º);

iii) reconhece-se, a nível constitucional e legal, a relevância jurídica substantiva de “interesses difusos” (Constituição, artigos 60.º, 66.º e 78.º; CPA, artigos 53.º, n.º 2 e 160.º) – devendo distinguir-se os *interesses difusos* propriamente ditos, que são *indivisíveis*, dos *direitos individuais homogêneos*, que são *divisíveis* – embora aqueles muitas vezes acabem por se relevar apenas como direitos procedimentais (de informação, de participação ou de acção judicial);

iv) admite-se a relevância jurídica, ainda que limitada, de interesses decorrentes de certas formas de regulação administrativa (directivas, *standards*, recomendações, etc.) de “baixa normatividade” (*soft law*), em função do princípio da protecção da confiança legítima; bem como de *expectativas jurídicas* e *interesses de facto* que sejam afectados de forma *especial e anormal* pela actividade administrativa que podem dar lugar a uma indemnização pelo sacrifício.

## 2.2. Posições de *desvantagem* (ou desfavoráveis)

Considerando agora as situações em que os particulares aparecem numa posição desfavorável em face da Administração, há que distinguir, na esteira da doutrina do direito privado, entre sujeições, deveres e obrigações, e ónus:

a) as *sujeições* ou “estados de sujeição” constituem posições jurídicas passivas dos particulares, que surgem nas relações jurídicas administrativas em correspondência com *direitos potestativos* da Administração (por exemplo, em casos de reserva de modo, ou de determinados poderes contratuais), mas que são sobretudo características enquanto posições correspondentes de *poderes jurídico-públicos gerais ou especiais*, como, por exemplo, o poder de expropriar, o poder policial, o poder tributário, o poder regulamentar ou o poder de direcção sobre funcionários e trabalhadores, utentes ou membros de organizações públicas.

São posições típicas no contexto de um sistema de administração executiva, embora ao falar de “sujeição” se pense hoje menos em “subordinação” do que em “eventualidade de suportar determinadas consequências do exercício legítimo do poder”. O exercício dos poderes administrativos dá, em regra, origem a relações jurídicas administrativas concretas, que integram outras posições jurídicas subjectivas.

b) os *deveres*, em sentido amplo, incluem as *obrigações* (concretas) dos particulares, decorrentes da lei, de regulamento, de acto (desfavorável ou favorável com encargos modais) ou de contrato administrativo – a que correspondem, em regra, direitos da Administração de exigir a prestação –, mas também os meros *deveres* (genéricos e, por vezes, inespecíficos), decorrentes das normas jurídicas administrativas.

Podem ser *obrigações* ou deveres de *fazer*, de *dar*, de *não fazer* (incluindo aqui os deveres gerais de abstenção) ou de *suportar* limitações concretas (sacrifício ou lesão, ainda que com conversão no equivalente económico) aos seus direitos – como, por exemplo, os deveres de pagar impostos, de destruição de bens insalubres, de desinfectação de instalações ou de vacinação de animais; os deveres concretos de pagamento de impostos e taxas (verificados os pressupostos da tributação); os deveres de não construir ou de não obstruir a via pública; os deveres de suportar uma determinada expropriação, uma requisição ou uma fiscalização.

Estes deveres têm de resultar da *lei* ou, no caso das obrigações, de *contrato*.

A *previsão legal* de um dever pode ser *directa*, quando a lei expressamente o estabeleça, ou *indirecta*, na medida em que o dever decorra do exercício de poderes administrativos legalmente previstos, mas, por força do princípio da precedência da lei, há-de existir sempre, mesmo no domínio (externo) das “relações especiais de poder”. Quando a constituição do dever implique a concretização ou a restrição de direitos, liberdades ou garantias fundamentais, tem de ser feita através de lei parlamentar ou de decreto-lei autorizado.

c) os *ónus* jurídicos, em sentido estrito, existem sempre que o titular de um poder ou faculdade tem a necessidade prática de adoptar um certo comportamento, caso pretenda assegurar a produção de um efeito jurídico favorável ou não perder um certo efeito útil já produzido.

São exemplos o ónus de apresentação de documentos ou o ónus da prova em procedimento administrativo (v. artigo 88.º do CPA), o ónus de observância de termos de caducidade (como o prazo de recurso), o ónus de prestação de caução por concorrentes a uma empreitada ou a uma concessão, ou o de pagamento de taxa para obtenção de alvará de licença concedida, o ónus de inscrição em registos públicos de certeza jurídica, o ónus de verificação de uma condição potestativa.

Para alguns autores, o ónus não é uma posição desfavorável, tratando-se, antes, de uma figura “mista” ou “compósita”, visto que a obrigação instrumental se associa a um poder ou a uma faculdade.

### 2.3. Os estados (“status”) ou situações jurídicas estatutárias

São posições jurídicas complexas, no contexto de relações jurídicas dissimétricas ou polissimétricas, que formam um *conjunto ordenado de direitos e deveres*, derivados, directa ou indirectamente, de um único facto ou acto jurídico, como, por exemplo, os “status” de nacional (resultante do nascimento ou da naturalização), de munícipe (decorrente da residência), de funcionário ou de juiz (provocados pela nomeação), de militar (resultante da incorporação), de preso (efeito de sentença), de advogado (decorrente da inscrição na Ordem profissional), de aluno ou de internado (consequência da admissão administrativa num estabelecimento de ensino público ou num estabelecimento hospitalar).

São caracterizados precisamente por formarem um conjunto de posições jurídicas ordenado (com carácter “objectivo e regulamentar”), que resulta da sua definição genérica pela lei (por uma norma jurídica) e da sua aplicação em bloco a todos os que se encontrem em determinadas circunstâncias ou ingressem em determinado grupo ou categoria. Ao contrário dos direitos e das obrigações “singulares”, as posições subjectivas integradas em “status” são susceptíveis de ser modificadas por via normativa, sem que possam invocar-se regalias antigas, salvo as que constituam direitos subjectivos *individualmente* adquiridos.

#### 2.4. Capacidade jurídica, faculdades e expectativas

São figuras que não constituem, em si, posições jurídicas substantivas dos particulares, mas que se relacionam com elas:

a) *capacidade jurídica*: é a idoneidade para ser titular, activo ou passivo, de posições jurídicas (cf. artigo 67.º do Código Civil), ou, dito de outra maneira, na perspectiva que aqui nos interessa, a idoneidade para ser sujeito de uma relação jurídica administrativa pública.

Os particulares, além das incapacidades gerais (menoridade, interdição, inabilitação), podem sofrer de incapacidades específicas no domínio das relações de direito público, designadamente quando estão inseridos em relações especiais de direito administrativo (v., por exemplo, as “incompatibilidades” e os “impedimentos” dos trabalhadores em funções públicas).

b) *faculdades jurídicas*: representam os vários modos possíveis de manifestação ou de actuação de um direito subjectivo (ou de uma posição jurídica subjectiva), que constituem o respectivo conteúdo, correspondendo muitas vezes a “segmentos ideais” das normas jurídicas que os prevêm (v. as diversas faculdades que integram o direito de propriedade, ou a liberdade de associação, por exemplo).

c) *expectativas jurídicas*: em sentido estrito, verificam-se nas situações concretas em que alguém espera que se completem os elementos susceptíveis de dar origem a um direito subjectivo seu, um direito “*in fieri*” (em formação) – o exemplo clássico é o da expectativa da promoção ou da

ensão, quando o trabalhador ou contribuinte já possua alguns dos requisitos legais necessários.

A sua tutela jurídica consiste apenas na proibição à Administração de impedir arbitrariamente a produção do facto ou acto que dê origem esse direito (mas já não a proibição de regulação diversa).

Não constituem, em si, posições jurídicas subjectivas actuais, consubs-tanciando quando muito “interesses simples” diferenciados; não devem confundir-se, designadamente, com as posições jurídicas dos particulares que, no contexto de procedimentos complexos faseados, foram objecto de *decisões parcelares* ou *parciais* favoráveis, pois que essas devem ser consideradas hoje como verdadeiros direitos ou interesses legalmente protegidos.

### 3. As posições jurídicas substantivas da Administração

A capacidade jurídica de *direito público* da Administração (tal como a respectiva capacidade de direito privado) é, desde logo, uma capacidade delimitada pelo *princípio da especialidade*, isto é, pelas atribuições legais de cada um dos entes públicos que a compõem. Contudo, nos termos do *princípio da legalidade* (contraposto ao princípio da liberdade), a capacidade jurídica de direito público, mesmo no domínio contratual, ao incluir poderes de autoridade, identifica-se e é, por isso, também delimitada pela *competência* que a lei atribui aos respectivos órgãos.

3.1. A Administração Pública dispõe, fundamental e caracteristicamente, como se viu já, de poderes públicos de índole geral, que são *poderes-deveres* ou *poderes funcionais*, porque visam sempre a prossecução de interesses objectivos (e/ou) de outrem – “interesses públicos” ou o “interesse público”. São, por isso, salvo disposição da lei em contrário, poderes *imprescritíveis* e, não estando na disponibilidade do respectivo titular, *inalienáveis* e, em princípio, *irrenunciáveis*.

3.2. A Administração é ainda titular, perante os administrados, de direitos e deveres concretos, muitas vezes decorrentes do exercício dos seus poderes, no contexto de relações ou situações determinadas.

Tratar-se-á, na maior parte dos casos, de direitos e de deveres *obligacionais* ou transitivos (resultantes do exercício de poderes administrativos ou de cláusulas contratuais), mas podem ser igualmente direitos *absolutos* (por exemplo, direitos reais sobre o domínio público ou direitos de exclusivo de certas actividades) e *deveres gerais* de abstenção (em face das liberdades individuais), ou então direitos *potestativos* e *sujeições* (designadamente no domínio dos contratos administrativos de subordinação).

3.3. Nas relações inter-administrativas, os entes públicos podem surgir em posição de dominância-dependência mais ou menos intensa (v., por exemplo, as relações de superintendência do Estado sobre os institutos públicos ou dos municípios sobre a administração indirecta municipal, bem como as relações entre o Estado e os entes autónomos, ou a Região Autónoma e as autarquias, no âmbito da tutela), hipóteses em que essas relações se podem aproximar das que ligam a Administração aos particulares – assim, por exemplo, a actuação do órgão de um instituto pode depender da autorização ministerial, ou um acto de um órgão municipal pode estar dependente de um parecer vinculativo ou de uma aprovação governamental; também as disposições do Código dos Contratos Públicos relativas aos contratos administrativos apenas se aplicam aos contratos interadministrativos quando um dos contraentes públicos se submeta ao exercício de poderes de autoridade pelo outro (artigo 338.º).

Mas podem relacionar-se em posição de paridade, sem prejuízo do carácter público da relação, que há-de ser aferido em face da *ambiência* de direito público – seja nas relações intermunicipais ou interinstitucionais, seja nas relações entre a Administração central e as administrações locais (por exemplo, contratos-programa ou acordos de colaboração).

### III. A ADMINISTRAÇÃO E O DIREITO PRIVADO

69

#### 1. Os entes públicos, enquanto pessoas colectivas, dispõem, em geral, de capacidade civil, nos termos do Código Civil (artigo 157.º e ss)

De acordo com o princípio da especialidade do fim (artigo 160.º do CC), a sua capacidade abrange “todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins”, excepto os “vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular”.

Neste quadro, dispõem de liberdade e autonomia negocial, podem celebrar a generalidade dos contratos de direito privado, típicos ou atípicos. E é neste contexto que o Código Civil regula também a responsabilidade civil extracontratual, da Administração Pública por actos de gestão privada (artigo 501.º).

A actividade puramente privada da Administração Pública está, no entanto, sujeita aos princípios gerais de direito administrativo (artigo 2.º, n.º 5, do CPA) e estritamente vinculada ao cumprimento dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Ao contrário do entendimento tradicional, não devem considerar-se sistematicamente como públicas as actuações dos entes públicos: as acções materiais e comportamentos, que não constituem actos jurídicos, devem regular-se pelo direito privado sempre que a actuação administrativa em cuja órbita se inserem não imponha a respectiva publicização, designadamente por estar associada ao uso de poderes de autoridade – assim, por exemplo, o uso de viaturas públicas no trânsito regula-se pelo direito comum, salvo se utilizarem a luz azul ou a sirene.

#### 2. Dimensões actuais da privatização administrativa

2.1. Assiste-se hoje a um conjunto de transformações de facto e de direito que parecem inscrever-se num movimento generalizado e multiforme de *privatização* da Administração Pública.

São diversas, porém, e não podem ser confundidas, as dimensões desses fenómenos de privatização, no que respeita às atribuições, à organização e à actividade administrativa.

2.1.1. Há a considerar, em primeiro lugar, os fenómenos de *privatização substancial (material) de actividades*, que se verifica quando uma tarefa antes atribuída ao sector público deixa de ser substancialmente pública e passa a ser *substancialmente privada* (no todo ou em parte) – é o caso, por exemplo, das telecomunicações e a produção e comercialização da energia eléctrica, que constituíam monopólios públicos.

Significa uma privatização de tarefas estaduais (distinta, portanto da privatização patrimonial, enquanto mera privatização de bens públicos) e, na linha definida por políticas europeias, refere-se, em regra, à prestação de serviços económicos de interesse geral.

Por isso mesmo, nos momentos *pós-privatização* da actividade, o Estado assume um novo papel, o de *regulador*, para, muitas vezes através de agências independentes, assegurar a concorrência no mercado e a garantia dos direitos dos utentes.

2.1.2. Outro fenómeno é o da *privatização formal*, que se refere à *gestão* ou à *organização* administrativa – as tarefas continuam a ser substancialmente públicas, mas são geridas pelos entes públicos segundo o direito privado ou então por entes públicos com forma privada.

Quando se privatiza apenas a *gestão*, estamos perante um fenómeno de *empresarialização das pessoas colectivas públicas* – é o caso das entidades públicas empresariais (por exemplo, hospitais-empresa).

Quando se privatiza a própria *organização*, há lugar à criação de *pessoas colectivas privadas* “de mão pública” ou “*entidades administrativas privadas*” (em regra, sociedades anónimas de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos), que, em casos excepcionais, até podem ter vastos poderes públicos (é o caso das administrações portuárias).

2.1.3. Por fim, saliente-se um terceiro fenómeno, o da *privatização funcional*, que se refere à *responsabilidade pelo exercício* da actividade, incluindo o *exercício privado de funções públicas* – as tarefas continuam



a ser substancialmente *públicas*, mas a sua execução é objecto de *concessão* ou *delegação* em *entidades privadas* (sob orientação ou fiscalização pública).

A participação de particulares no exercício de actividades públicas pode ser desenvolvida em diferentes *graus* – vai da mera colaboração subordinada à responsabilização efectiva, incluindo o exercício de poderes públicos de autoridade –, e por diversas *formas* – concessões e parcerias públicas-privadas (com transferência de risco económico); “externalização da realização de tarefas” (*contracting out*); delegação de funções (privatização de procedimentos, substituição de controlos públicos por controlos privados, certificação privada); auto-administração ou “auto-regulação publicamente regulada” (desporto federado).

Numa perspectiva *organizativa*, cruzada com esta, a doutrina distingue, nos casos de privatização funcional, entre “privatização orgânica *formal*” (quando o ente privado que vai desempenhar a tarefa pública é uma criatura administrativa – “entidade administrativa privada”) e “privatização orgânica *material*” (quando a tarefa pública é desempenhada por verdadeiros privados – “entidade privada colaboradora”).

### 3. A privatização *formal* e a utilização, pelos entes *públicos* e pelos “entes *administrativos privados*”, de meios e formas de direito privado

3.1. No conjunto da actividade *privada* da Administração, estão em causa:

- i) as actuações da *Administração – ou Estado-cliente* – os negócios auxiliares ou instrumentais de arrendamento ou de compra;
- ii) as actuações da *Administração – ou Estado-proprietário* – a administração dos bens *privados* que integram o património das entidades públicas;
- iii) as actuações da *Administração – ou Estado-empresário* ou da *Administração – ou Estado-accionista* – o exercício, através da *criação de sociedades* ou, actualmente, sobretudo, através da *participação em sociedades*, de actividades económicas, comerciais, industriais ou de serviços, em concorrência, no âmbito do designado “sector empresarial do Estado (Região ou Município)”;

iv) as actuações da *Administração – ou Estado-parceiro* – através da celebração de *contratos de direito privado* para apoiar ou colaborar na realização de actividades económicas privadas de interesse social;

v) a utilização, em geral, da capacidade de direito privado para a satisfação *directa* de necessidades públicas (*gestão privada ou empresarial*), correspondendo ao exercício de *tarefas* (mesmo não económicas) que integram a *função administrativa*.

3.2. O recurso ao direito privado aparece, em regra, nas áreas da administração *económica e social*: por exemplo, em matéria de *subvenções* (bonificações de crédito, bolsas de estudo, doações de terrenos, subsídios, ajudas), *fornecimento de bens ou serviços essenciais* (cada vez mais reduzido, mas que ainda subsiste em sectores como a água e gás, transporte e distribuição de energia eléctrica, transportes ferroviários e algumas comunicações postais), *gestão e utilização de instalações* (portos comerciais, aeroportos) *ou de estabelecimentos públicos* (escolas, museus, teatros públicos, hospitais), bem como em *intervenções no mercado* (designadamente, por intermédio de agências de promoção do investimento, ou da gestão estratégica, através de sociedades *holding*, das participações empresariais).

Mas poderá – excepcionalmente e com limites e condições – estender-se a áreas mais tradicionais (“funções nucleares”) da acção estadual (prisões, segurança técnica), incluindo actividades que implicam o exercício de poderes de autoridade (aí põe-se o problema do exercício de poderes públicos pelas entidades administrativas privadas).

A Administração também recorre, nas empresas públicas de direito público (EPE), ao contrato individual de trabalho (contrato privado), que é diferente do contrato de trabalho em funções públicas (contrato administrativo).

[A figura do “contrato de trabalho em funções públicas”, em vez da nomeação de funcionários, constitui hoje a regra das relações laborais públicas, *fora das funções nucleares do Estado*, não apenas na administração indirecta (nos institutos públicos não empresariais), mas na própria Administração *directa*, central e local – trata-se de um *contrato administrativo*, embora decorra do contrato individual de trabalho transformado.]

3.3. Os motivos que determinam a escolha pela Administração do direito privado (quando este não é o único meio disponível) são *razões de eficiência* e são *várias*: uma capacidade de *gestão* empresarial que beneficia da celeridade, da flexibilidade, da subtracção a controlos burocráticos (designadamente financeiros e contabilísticos) ou outros, quer no desenvolvimento da actividade, quer no vínculo de emprego – embora o objectivo seja sempre o cumprimento das finalidades da prestação do *serviço público* (com a sujeição aos princípios da universalidade, continuidade e adaptação) ou, em geral, a realização eficaz do *interesse público*, e não o lucro (eventuais ganhos ou excedentes são reinvestidos e não distribuídos, embora nas empresas públicas se tenha instalado a prática dos prémios de gestão).

3.4. No quadro da privatização formal, vale o princípio da *liberdade de escolha limitada*: não havendo determinação legislativa expressa, a utilização do direito privado por um ente público só é admissível, nos termos da lei, quando seja *necessária* ou *conveniente* à prossecução dos fins públicos, no contexto da *especialidade* das atribuições e com *exclusão* do *núcleo* das funções de *autoridade* [que, contudo, nos termos do direito comunitário, não incluem, por exemplo, a segurança privada, a inspecção de veículos e a revisão de contas].

3.5. A utilização do direito privado neste domínio aparece combinada com *limitações* e *regalias* de direito público – no contexto do que se pode designar por *direito administrativo privado*.

As limitações decorrem do carácter público da Administração (“que não pode saltar sobre a sombra da singularidade do seu poder e da sua função”):

i) o *princípio da decisão administrativa prévia* – a dimensão actual da teoria dos dois degraus ou das duas fases, em que, primeiro, o *se* é decidido num plano jurídico-público, e, depois, o *como* é estabelecido num plano jurídico-privado;

ii) os *limites especiais* à liberdade negocial, quer *procedimentais* (necessidade de mecanismos concursais para escolha do co-contratante privado), quer *substanciais* (respeito pelos direitos fundamentais, pelos princípios gerais da actividade administrativa – prossecução do interesse público, boa fé, imparcialidade, igualdade e proporcionalidade – v. artigo 2.º, n.º 5 do CPA).

As prerrogativas e regalias manifestam-se nos *poderes* de carácter autoritário, que excepcionalmente podem coexistir, bem como na *impenhorabilidade* (absoluta ou relativa) de certos bens patrimoniais afectos a tarefas ou utilidades públicas.

#### 4. A privatização funcional e o exercício de funções públicas por entidades privadas (incluindo os entes administrativos privados)

4.1. Admite-se, em geral, a “delegação” de funções públicas em matérias que sejam adequadas à gestão privada, isto é, que não envolvam *essencialmente* o exercício de poderes públicos de autoridade.

Essa transferência opera-se, designadamente, para a realização de tarefas públicas “concorrentes” (em que o ente público actua a par dos privados, como na área dos transportes) ou “de garantia obrigatória” (em que o Estado garante a prestação do serviço e predomina sobre os “parceiros” privados, como acontece na educação, saúde e segurança social) – mas pode estender-se a tarefas “exclusivas” do Estado, se a delegação se fizer em favor de entidades administrativas privadas.

4.2. Os limites e as condições da admissibilidade do exercício privado de *poderes públicos de autoridade*

O desempenho privado de funções públicas pode envolver diversos tipos de poderes, como, por exemplo, poderes normativos, de determinação unilateral, de certificação, de criação de títulos executivos, de coacção directa ou de execução coerciva, mas está sujeito a limitações e condições.

Deve, desde logo, considerar-se a indelegabilidade de poderes constitucionalmente atribuídos a determinados órgãos (reserva constitucional), bem como, em geral, do uso legítimo da força militar e civil, que constitui monopólio estadual, sem prejuízo da acção directa e da legítima defesa.

Para além disso, a concessão de poderes públicos a entidades privadas está sujeita a limites *subjectivos* (não admissão da concessão a estrangeiros ou a entidades sujeitas a conflitos de interesses), *qualitativos* (só no âmbito de tarefas públicas e quando seja justificada pela situação) e *quantitativos*

(os poderes públicos “concedidos” ou “delegados” serão excepcionais e enumerados).

Quando é admissível, a atribuição de poderes públicos depende de algumas condições: a necessidade de *previsão legal expressa* da concessão e a garantia de um *regime público adequado* à prossecução dos interesses comunitários, incluindo, consoante os casos, o poder de direcção ou orientação, o dever de fiscalização e o poder de revogação ou de rescisão por interesse público.

4.3. Lembre-se, por fim, que, quando esteja em causa o exercício dos poderes públicos de autoridade, há lugar à utilização, a título *principal*, do Direito Administrativo, na veste de direito público, sem prejuízo da sujeição, nas restantes tarefas administrativas, ao uso misto do direito privado e do direito administrativo.

(Página deixada propositadamente em branco)

## PARTE II

### A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

#### Bibliografia:

FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, 3ª ed., 2006, pp. 749-790; 838-871; 873-894; 895-906;

ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 237-263.

#### *Bibliografia facultativa:*

AFONSO QUEIRÓ, “Descentralização”; “Desconcentração”, artigos no *Dicionário Jurídico da Administração Pública*;

BAPTISTA MACHADO, *Participação e Descentralização. Democratização e Neutralização na Constituição de 76*, 1982;

VITAL MOREIRA, *Administrações Autônomas e Associações Públicas*, 1997, p. 94-170;

PAULO OTERO, “Institutos Públicos”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*;

PEDRO GONÇALVES, *Regime jurídico das empresas municipais*, 2008;

VITAL MOREIRA /FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades reguladoras independentes*, 2003;

ANDRÉ FOLQUE, *A tutela administrativa nas relações entre o Estado e os municípios*, 2004;

J. LUCAS CARDOSO, *As Autoridades administrativas independentes e a Constituição*, 2002.

#### Legislação básica:

*Lei n.º 4/2004*, de 15 de Janeiro (estabelece os princípios a que deve obedecer a organização da *administração directa* do Estado); *Lei n.º 3/2004*, de 15 de Janeiro, várias vezes alterada, republicada pelo Decreto-lei n.º 105/2007, de 3 de Abril (aprova a lei-quadro dos *institutos públicos*); *Decreto-lei n.º 558/99*, de 17 de Dezembro, alterado

e republicado pelo Decreto-lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto (que estabelece o regime do *sector empresarial do Estado*); *Lei n.º 169/99*, de 18 de Setembro, alterada pela *Lei n.º 5-A/2002*, de 11 de Janeiro (estatuto das *autarquias locais*); *Lei n.º 53-F/2006*, de 29 de Dezembro (regime jurídico do *sector empresarial local*); *Lei n.º 45/2008* (associativismo municipal) e *Lei n.º 46/2008*, de 27 de Agosto (*áreas metropolitanas* de Lisboa e Porto).

## I. ELEMENTOS DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

### 1. A estrutura orgânica da Administração Pública

A organização administrativa – entendida como aparelho ou conjunto estruturado de unidades organizatórias que desempenham, a título principal, a função administrativa – tem como elementos básicos, em primeira linha, as *peçoas colectivas de direito público*, dotadas de personalidade jurídica, que se manifestam juridicamente através de *órgãos* administrativos, e, em segunda linha, os *serviços públicos*, que pertencem a cada ente público e que actuam na dependência dos respectivos órgãos.

Numa perspectiva *jurídico-administrativa*, interessa-nos aqui especialmente a organização relevante para efeitos da *actividade jurídica externa* da Administração e, portanto, aquela que se refere aos *entes públicos*, a quem é atribuído o encargo da satisfação de determinados interesses públicos, e aos seus *órgãos*, que constituem as figuras capazes de emitirem manifestações de vontade imputáveis àqueles.

Já o mesmo interesse não têm para nós – relevam especialmente de uma perspectiva de “ciência da administração” – os modos de organização dos *serviços*, pois que estes, constituindo unidades orgânicas internas (actualmente, a par das unidades “nucleares”, há unidades “flexíveis”) que actuam sob a direcção dos órgãos administrativos, limitam-se a levar a cabo actividades materiais ou tarefas auxiliares na preparação e execução de decisões dos órgãos das pessoas colectivas públicas.



## 2. Aspectos estruturais

Estruturalmente, a Administração Pública é, pois, constituída por pessoas colectivas públicas, cuja “vontade” é manifestada por órgãos, que actuam através dos respectivos titulares.

### 2.1. Pessoas colectivas públicas

As pessoas colectivas públicas (ou de direito público) são necessariamente criadas por iniciativa pública – normalmente através de diploma legislativo que expressamente as qualifica como tais –, têm como finalidade exclusiva e necessária a prossecução de interesses qualificados como público-administrativos e, em regra, dispõem de poderes e estão sujeitas a deveres públicos – assim se distinguindo substancialmente dos entes privados de interesse público (por exemplo, as entidades que formam o sector social não lucrativo, como as IPSS), e, através da forma, dos “entes privados administrativos”.

São várias as espécies relevantes de pessoas colectivas públicas – sendo de salientar a que distingue os entes públicos de população e território (Estado, Regiões Autónomas e autarquias locais), os entes institucionais (institutos, empresas), os entes corporativos ou associativos (corporações territoriais, “consórcios públicos”, associações públicas) e os entes híbridos (corporações para-institucionais e institutos para-corporativos).

As pessoas colectivas públicas estão sujeitas a regimes típicos: um estatuto de direito público, fixado nas leis gerais (por exemplo, para os institutos públicos e para as autarquias locais) e nas leis individuais que procedem à sua criação, podendo, em caso de autonomia, ser desenvolvido em diplomas estatutários próprios, aprovados pelos respectivos órgãos representativos (universidades).

### 2.2. Órgãos administrativos, titulares e agentes

O direito administrativo das organizações constrói-se a partir de algumas noções básicas:

a) *órgão*: figura organizativa, dotada de poderes consultivos, decisórios ou de fiscalização, capaz de preparar, manifestar ou controlar as manifestações de vontade – isto é, os *actos* jurídicos – imputáveis ao ente público;

b) *investidura*: acto de transformação institucional de um indivíduo ou indivíduos em titulares do órgão ou em agentes da pessoa colectiva;

c) *titular* ou *membro*: qualidade que exprime a ligação de um indivíduo, singularmente ou em colégio, a um órgão;

d) *trabalhadores em funções públicas*: indivíduos com uma relação especial de serviço com os entes públicos e que desenvolvem, sob a direcção dos titulares dos órgãos, a actividade dos serviços – desempenham *tarefas* materiais de exercício ou que contribuem para a preparação, publicitação e execução dos actos jurídicos.

A realidade revela a existência de vários tipos de órgãos, que podem ser agrupadas em diversas classificações.

Assim os órgãos podem ser: *singulares* ou *colegiais* (conforme tenham um único titular ou vários membros); *simples* e *complexos* (conforme actuem em uma única, ou em distintas formações); *deliberativos* e *executivos* (conforme os tipos principais de competências exercidas); *representativos* e *não representativos* (conforme sejam, ou não, eleitos); *centrais* e *locais* (conforme a área de actuação); *primários*, *secundários* e *vicários* (conforme disponham de competência própria, de competência delegada ou actuem em substituição); *activos*, *consultivos* e de *controlo* (conforme as funções predominantes exercidas); *permanentes* e *temporários* (destacando-se a figura especial dos júris como órgãos *ad hoc*).

A lei preocupa-se, naturalmente, em estabelecer as regras especiais de funcionamento dos *órgãos colegiais* – presidência, condições da validade da reunião (convocação, *quórum*), normas sobre deliberações (votação, oralidade), condições de eficácia (aprovação da acta) –, que constam actualmente do CPA, artigos 14.º a 28.º, e são aplicáveis, com as necessárias adaptações e sem prejuízo de normas especiais, à generalidade dos órgãos colegiais administrativos.

### 3. Aspectos funcionais

Em correspondência com respectiva estrutura organizatória, há a considerar as dimensões funcionais segundo as quais se concebe

a actividade administrativa desenvolvida pelos órgãos das pessoas colectivas públicas.

3.1. Em primeiro lugar, o conceito de *atribuições*, enquanto “conjunto de interesses públicos (finalidades) postos por lei a cargo de uma determinada pessoa colectiva pública” – com excepção do caso *especial* da pessoa colectiva Estado-Administração, cujas atribuições, pela sua complexidade, são referidas aos Ministérios.

Há a considerar a existência de entes com atribuições múltiplas (pessoas colectivas de base territorial, como o Estado, as Regiões Autónomas e as autarquias locais, que visam assegurar a realização de múltiplas finalidades e interesses) e entes com atribuições especializadas (institutos públicos, empresas públicas, associações públicas, às quais a lei confere a prossecução de finalidades específicas).

3.2. Diferente é o conceito de *competência*, que refere o “conjunto dos poderes legalmente atribuídos a um órgão”.

Trata-se de poderes de ordem pública, funcionalizados à realização de interesses públicos, que têm obrigatoriamente *base legal*, caracterizando-se, de acordo com a doutrina e o regime geral estabelecido na lei (artigo 29.º e ss do CPA), pela sua *imodificabilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade* (sem prejuízo das delegações de competências legalmente previstas).

É ainda à lei que cabe estabelecer os critérios de repartição da competência pelos diversos órgãos de cada pessoa colectiva – em razão da matéria, da hierarquia e do território.

3.3. Deve acrescentar-se a estes conceitos o de *legitimação*, enquanto “qualificação para exercer um poder ou uma faculdade (isto é, uma competência) *numa situação concreta*”.

Na realidade, muitas vezes o órgão dispõe de competência – que é atribuída em abstracto pela lei –, mas não está em condições de a exercer em concreto, como acontece, por exemplo:

a) nas situações em que para a prática de um acto o órgão necessita da autorização de outro órgão (“autorização constitutiva de legitimação”);

b) quando não se verificarem condições legais temporais (se já passou o prazo para a anulação administrativa de um acto);

c) quando falte a investidura do titular do órgão ou este esteja impedido de intervir no procedimento;

d) quando falte o *quorum* de reunião nos órgãos colegiais. Em todas estas situações, falta ao órgão a *legitimação* para o exercício da competência que a lei lhe atribuiu.

## II. TIPOS DE RELAÇÕES FUNCIONAIS INTER-ORGÂNICAS

### 1. Tipos gerais

Começemos por analisar os tipos gerais, que correspondem a relações *abstractas* e *permanentes* entre órgãos administrativos.

#### 1.1. A *hierarquia* intra-administrativa

A hierarquia – trata-se da hierarquia inter-orgânica ou “externa”, que não se confunde com a hierarquia interna (“chefia”) dos serviços, que existe entre órgãos e agentes, ou entre agentes – configura uma relação de supra-infra ordenação, que existe *exclusivamente no interior dos entes públicos* e, designadamente na administração estadual, constitui a *regra* de organização vertical. O seu carácter *intrapessoal* releva sobretudo no contexto de uma administração desconcentrada.

Os *poderes* do órgão superior sobre o órgão subalterno compreendem:

a) o poder de *direcção*, isto é, de dar ordens e instruções concretas, sejam comandos ou proibições – que constitui o poder *característico*, porque *só existe e existe sempre* na relação hierárquica;

b) poderes *típicos*, como o poder de *anulação* de actos do subalterno, oficiosamente ou em decisão de recurso, e, em geral, o poder de *supervisão*, incluindo o poder de suspensão, modificação e revogação de actos, poderes que podem variar em função dos termos da repartição legal de competências (cf. artigos 142.º, n.º 1, 166.º e 174.º, n.º 1, do CPA);

c) poderes instrumentais comuns, como os poderes de *inspecção* e *disciplinar* (que também existem na hierarquia dos serviços).

1.2. As relações entre órgãos de entes públicos distintos – relações *intersubjectivas*

#### 1.2.1. A *superintendência* (“tutela” de orientação)

É exercida por órgãos de pessoas colectivas de *fins múltiplos* (Estado, Regiões autónomas e autarquias locais), relativamente a órgãos de pessoas colectivas de *fins específicos*, que constituam *administrações indirectas* daquelas, num contexto de devolução de poderes (“desconcentração personalizada” ou “descentralização técnica”).

O poder *característico* desta relação é o *poder de orientação*, isto é, de emitir *directrizes ou directivas* (determinam vinculativamente finalidades, mas genericamente ou sem indicação estrita de meios) ou “*orientações estratégicas*” (para as empresas) – poder que não necessita, por isso, de previsão legal ou estatutária expressa.

A *superintendência* pode englobar outros poderes – de nomeação ou demissão de titulares de órgãos, de controlo preventivo (parecer vinculante, autorização, aprovação), de correcção (anulação, revogação), de substituição (incluindo a modificação), de aplicação de sanções – mas *só nas matérias e na medida em que sejam expressamente previstos na lei* (cf. artigo 177.º, n.ºs 1 e 2, do CPA).

#### 1.2.2. A *tutela*

A *tutela* é concebida em termos ambíguos no nosso sistema administrativo.

Por um lado, existe num quadro de desconcentração personalizada, nas relações com as *administrações indirectas*, onde complementa e acresce à *superintendência* (cfr. artigo 199.º, d), da Constituição).

Por outro lado, vale num quadro de descentralização em sentido estrito, nas relações entre o Governo e os órgãos das *administrações autónomas*, territoriais ou corporativas.

O poder característico é o poder de *fiscalização da legalidade*, que, por isso, não necessita de consagração legal expressa.

Os outros poderes (tutela *normativa, integrativa, correctiva, sancionatória, substitutiva ou impugnatória*) só existem quando e na medida em que sejam expressamente (*especial* ou *excepcionalmente*) previstos na lei (cf. artigos 142.º, n.º 3, e 177.º, n.ºs 1 e 2, do CPA), sendo mais comuns nas relações com as administrações indirectas, que podem incluir a *tutela de mérito* (admitindo-se então o controlo da oportunidade e conveniência das actuações dos órgãos tutelados).

Pode acontecer que haja administrações indirectas que dependam de um ministro em termos de superintendência e tutela e de outro ministro apenas em termos de tutela (por exemplo, os Hospitais EPE, relativamente ao Ministro da Saúde e ao Ministro das Finanças), tal como há administrações indirectas onde a tutela prevalece em grande medida sobre a superintendência (por exemplo, as universidades, dotadas de forte autonomia em determinadas áreas).

No que toca às atribuições próprias das *autarquias locais*, a tutela está definida constitucionalmente como “verificação do cumprimento da lei”, a exercer “nos casos e segundo as formas previstas na lei” (artigo 242.º da Constituição), o que aponta para uma tutela predominantemente *inspectiva* da legalidade – sem prejuízo de poderes de intervenção governamentais, a exercer segundo os *princípios da subsidiariedade e da cooperação*, nas *situações de concorrência* entre interesses locais e nacionais, designadamente em matéria de *ordenamento do território, urbanismo e ambiente*, bem como de *polícia*.

[v., por exemplo, que, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 11.º da Lei n.º 19/2004, de 20 de Maio, a eficácia da deliberação da assembleia municipal que cria a polícia municipal depende de ratificação por resolução do Conselho de Ministros.]

1.3. Situações e relações de *independência funcional* de autoridades administrativas

a) Há autoridades que gozam de independência ou de autonomia funcional (total ou parcial):

i) as autoridades administrativas *independentes*, em sentido estrito, bem como, em certos aspectos, as autoridades reguladoras (“semi-independentes”);

ii) os *júris* de provas e de concursos (órgãos *temporários*).

b) No âmbito de uma mesma pessoa colectiva há órgãos permanentes que se relacionam entre si com *independência mútua*:

i) *dentro de uma pessoa colectiva desconcentrada horizontalmente* – por exemplo, no município, nas relações entre o presidente da câmara, a câmara municipal e a assembleia municipal;

ii) *dentro de uma pessoa colectiva desconcentrada verticalmente* – por exemplo, numa universidade, os órgãos de gestão das faculdades, entre si ou perante o Reitor;

iii) *no interior de um órgão complexo* – nas situações de pluralismo orgânico-funcional (ministros, entre si ou com o Primeiro Ministro, no contexto do órgão Governo) ou de coadjuvação (secretários de Estado relativamente aos ministros).

A lei pode estabelecer expressamente relações especiais de *interdependência*, que impliquem uma *subordinação funcional limitada* entre órgãos (em regra) independentes ou autónomos – por exemplo, poderes de controlo preventivo da assembleia sobre actos da câmara municipal; poder de decisão de recursos da câmara municipal relativamente a actos do presidente da câmara (enquanto órgão dotado de competência própria) –, ou o poder de *exoneração do titular* de outro órgão (destituição do Reitor pelo Conselho Geral da Universidade).

## 2. Tipos especiais

Além destas relações gerais permanentes, há a considerar as relações especiais que se estabelecem entre órgãos administrativos, ou até com particulares, e respeitam ao exercício, em regra temporário ou transitório, de determinados poderes públicos.

2.1. A figura mais comum de relações especiais de competência é a tradicional *delegação* de poderes.

A delegação é um acto administrativo, pelo qual um órgão administrativo, especificamente autorizado pela lei, permite que a sua competência para a

prática de actos jurídicos seja exercida por outro órgão, da mesma (delegação de competências) ou de outra pessoa colectiva (delegação de atribuições).

Não se confunde a delegação com figuras próximas como a *delegação de assinatura* (não há exercício de poder pelo “delegado”), a *coadjuvação* (em que ambos os órgãos são competentes, mas cabe ao órgão dominante delimitar o exercício da competência pelo órgão coadjutor) –, nem com as figuras da *substituição* e da “*delegação de serviços*” (de que falaremos a seguir).

Sendo a fixação da competência matéria da reserva legislativa, a lei tem de prever expressamente os poderes delegáveis e os órgãos em que podem ser delegados, bem como a possibilidade de subdelegação – embora o CPA preveja habilitações genéricas dos órgãos colegiais no seu presidente e quanto a actos de administração ordinária (artigo 35.º). Esse princípio da indisponibilidade da competência também explicará que o órgão delegante deva especificar os poderes que são delegados e que a delegação caduque com a mudança dos titulares dos órgãos delegante ou delegado.

A partir do regime jurídico, estabelecido do CPA, designadamente quanto aos requisitos legais e aos poderes do delegante no artigo 39.º – poder de extinguir a delegação, poder de avocação da decisão na matéria delegada, poder de emitir directivas para orientação do exercício da competência pelo delegado, poder de anulação, modificação e revogação dos actos do delegado –, conclui-se que delegação *não é uma autorização constitutiva de legitimação* (como sustentam alguns autores), porque o delegado não tem competência própria concedida pela lei, *nem é uma concessão translativa* (como em França), porque o delegante não transfere a sua competência, mantendo os seus poderes de decisão – tendo, sim, a natureza jurídica de uma *concessão constitutiva*, na medida em que o acto do delegante qualifica o delegado para o *exercício, em nome próprio, de uma competência alheia*.

2.2. Além da delegação, há outras situações em que um órgão age legitimamente em vez de outro órgão, exercendo poderes que integram a competência deste – são casos de *substituição*, entendida em sentido amplo.

São diversas as situações em que isso é admitido – incluindo os casos em que o órgão competente não cumpre e é substituído por outro órgão, normalmente superior ou superintendente – mas o CPA, embora utilize



o termo substituição, refere-se às situações específicas de *suplência*, em caso de ausência, falta ou impedimento do titular do órgão, que, quanto a órgãos singulares, ainda pode ser vista como substituição (artigo 41.º), mas tem significado diferente dentro do órgão colegial (artigo 15.º).

Sobre os vários tipos de substituição – v. PAULO OTERO, *O poder de substituição em direito administrativo*, 1995, vol. II, p. 492 e ss.

2.3. Sem o mesmo alcance estrutural, mas frequentes, são as relações de *coordenação*, de *cooperação* e de *concertação* entre órgãos e entes administrativos para o exercício das respectivas competências – que podem resultar de instrumentos mais ou menos formais (“protocolos”).

2.4. Hoje há a considerar, designadamente nos quadros da privatização funcional, outros tipos especiais de relacionamento orgânico-competencial, decorrentes da *concessão* (translativa), da “*delegação de serviços públicos*” (personalizada) e de outras formas de *atribuição* ou de *transmissão de poderes públicos* administrativos (“acreditação”, “autorização especial”).

Operam em relação a *entes privados* – que podem ser pessoas colectivas de criação pública (designa-se, então, geralmente, como “delegação”), pessoas colectivas de criação privada ou até pessoas singulares –, os quais actuam como *órgãos de substituição* ou *órgãos de extensão* da Administração, em regra na *dependência* dos órgãos administrativos, mais ou menos intensa e diferenciada, segundo o respectivo estatuto especificamente definido pela *lei* e pelo *acto* ou pelo *contrato* de outorga.

A admissibilidade e os limites destas formas de privatização do exercício das competências públicas constam actualmente do artigo 267.º, n.º 6, da Constituição, nos termos do qual “as entidades *privadas* que exerçam *poderes públicos* podem ser [mas têm de ser] sujeitas, nos termos da lei, a *fiscalização* administrativa”. Relativamente à administração estadual indirecta, os artigos 53.º e 54.º da Lei-Quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004), prevêm genericamente a possibilidade de “concessões” e de “delegações de serviço público” por meio de contrato administrativo.

### III. SISTEMAS DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

88

#### 1. Concentração e descentração de poderes administrativos

A história da organização da administração pública, que dividiu até os (proto-)partidos nos tempos do rotativismo, revela, a par de uma disputa acesa sobre a configuração e a delimitação territorial das circunscrições administrativas, uma tensão constante entre os argumentos e as forças defensoras da concentração e da descentração dos poderes.

Vamos referir-nos fundamentalmente aos fenómenos de desconcentração e descentralização, porque, como se sabe, face à realidade centralizada da administração pública portuguesa, segundo o modelo francês, as tendências actuais apontam predominantemente para uma perspectiva descentradora.

Não nos pronunciamos sobre a escolha política, que depende da ponderação entre as vantagens e as desvantagens de cada uma das “orientações territoriais”, mas sobre as distinções relevantes do ponto de vista jurídico.

Neste plano, devem diferenciar-se os fenómenos de concentração-desconcentração, que põem problemas específicos de organização interna das pessoas colectivas, designadamente, do Estado, sobretudo questões de eficiência, dos fenómenos de centralização-descentralização, que suscitam primariamente problemas bem diferentes, que envolvem a autodeterminação das populações.

No entanto, os fenómenos cruzam-se, seja porque a desconcentração territorial dos poderes do Estado também é relevante para as comunidades locais, seja porque os instrumentos jurídicos da descentralização vão ser utilizados para conseguir objectivos de eficiência organizativa.

2. A *desconcentração* verifica-se tipicamente quando, no âmbito de actuação de uma determinada pessoa colectiva pública, a lei atribui competências *exclusivas* ou *próprias* (sujeitas a recurso hierárquico) a órgãos subalternos – *desconcentração vertical*, que pode ser *funcional* (se as competências atribuídas são únicas) ou *territorial* (se as mesmas competências são distribuídas por vários órgãos subalternos, segundo áreas geográficas).

Em rigor, para haver desconcentração, não basta que a lei permita o exercício de competências em conjunto com o superior hierárquico, nem que autorize a este a delegar os seus poderes.

Também se pode qualificar como desconcentradora a distribuição legal por diversos órgãos, independentes entre si, das competências para realização das atribuições de uma mesma pessoa colectiva pública – fala-se, então, de uma *desconcentração horizontal*.

3. A *descentralização* em sentido estrito refere-se ao reconhecimento por lei de *atribuições* próprias a administrações de comunidades autónomas, diferentes da comunidade nacional, implicando a instituição de pessoas colectivas públicas e a previsão de *competências exclusivas* aos respectivos órgãos *eleitos* – que aconteceu primeiro relativamente a comunidades territoriais, e se estendeu depois a comunidades profissionais ou funcionais.

A descentralização, em sentido rigoroso, não envolve apenas o reconhecimento da *personalidade* jurídica autónoma e a concessão de *poderes exclusivos*, mas, caracteristicamente, o reconhecimento de *interesses e finalidades próprias* das comunidades cuja autonomia estabelece.

4. O desenvolvimento das atribuições públicas no quadro do Estado Social trouxe consigo a multiplicação das tarefas e dos serviços e razões de eficiência ditaram a necessidade de uma especialização funcional e de uma autonomização das instâncias decisórias em determinadas áreas de actuação e relativas a finalidades específicas.

Este fenómeno de instituição de administrações indirectas, que historicamente começou com a personalização de serviços do Estado e se manifesta hoje na figura dos institutos públicos, não configura, em rigor, uma desconcentração, porque se criam pessoas colectivas diferentes do Estado, mas também não constitui um verdadeiro fenómeno de descentralização, visto que essas outras pessoas colectivas não gozam de autonomia substantiva nem visam satisfazer interesses próprios, mas os interesses da comunidade nacional a cargo do Estado.

A doutrina nacional, que começou por denominar este fenómeno de “devolução de poderes”, formulação pouco feliz e nada sugestiva, qualifica-o

depois como “descentralização técnica” ou “descentralização de serviços” – mas parece que a designação mais adequada será a de “*desconcentração personalizada*”, tendo em conta que se aproxima mais de arranjo organizativo motivado por razões de eficiência (só não será assim, porventura em casos contados, como acontece com as universidades públicas, em que há um dimensão de autonomia comunitária).

Seja como for, esta nova realidade de *administrações indirectas* – a criação, a partir de pessoas colectivas públicas de atribuições múltiplas, de pessoas colectivas públicas para as quais se transferem poderes para realização autónoma de fins específicos – consolidou-se e estendeu-se também às Regiões Autónomas e às autarquias locais.

#### IV. O MODELO CONSTITUCIONAL DE ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PORTUGUESA

##### 1. Os dados constitucionais

A Constituição, no artigo 6.º, refere-se, em geral, a propósito da organização do Estado (não apenas da organização administrativa) ao respeito pelo regime autonómico insular e pelos princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública.

Destes princípios programáticos, o *princípio da subsidiariedade* significará que a promoção dos interesses das comunidades mais pequenas (de maior proximidade com os cidadãos), relativamente à comunidade nacional (autarquias locais e Regiões Autónomas), cabe, em princípio, aos órgãos próprios das autarquias ou das Regiões – um princípio cuja densidade normativa se manifesta sobretudo nas áreas de sobreposição entre interesses nacionais, regionais e locais.

Os princípios do *respeito pelas autonomias* regionais e locais são desenvolvidos em Títulos próprios no texto constitucional (Títulos VII e VIII da Parte III).

O princípio da *descentralização democrática* tem a ver com a aproximação dos serviços das populações e com a participação dos interessados, que constituem linhas de força do programa constitucional de organização e funcionamento da administração pública.

Mais concretamente, determina-se, nos termos do artigo 267.º da Constituição, que a Administração Pública deve ser estruturada *de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva* (n.º 1), devendo a lei, para esse efeito, estabelecer *adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativa, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes* (n.º 2).

Surgem neste artigo diversos *objectivos*, uns primários (como a desburocratização), outros derivados (como a aproximação dos serviços às populações), de par com *princípios normativos*, que, por sua vez, respeitam não apenas à organização (como os princípios da descentralização e da desconcentração), mas também, e sobretudo, ao procedimento administrativo (como o princípio da participação dos interessados).

Por isso, para além de elencar e descrever as várias referências constitucionais, deve procurar desenhar-se, a partir do artigo 267.º e de outros preceitos, o modelo de organização administrativa que a Constituição define e que o legislador ordinário tem de respeitar e desenvolver.

Na doutrina portuguesa, alguns autores (como FREITAS DO AMARAL) têm defendido um modelo a que chamaremos de “descentralização máxima”, e, por nossa parte, propomos um que baptizamos de “equilíbrio eficiente”.

## 2. O modelo de descentralização máxima

O modelo de descentralização máxima é um modelo do tipo “regra-excepção”, concebendo a descentralização e a desconcentração como *imperativos principais*, e a eficácia, a unidade de acção e os poderes do Governo como *limites* a esses princípios. Segundo ele, os preceitos constitucionais, ao aliarem a descentralização e a autonomia ao princípio da subsidiariedade,

imporiam a *máxima* descentralização, tendo como limite um *mínimo* de eficácia e de unidade de acção administrativa.

Partindo deste modelo, consideram-se inconstitucionais os diplomas que retirem atribuições às autarquias e as transfiram para o Estado, porque implicariam uma centralização. O legislador ordinário poderia escolher o ritmo da descentralização, mas não poderia optar em caso algum por soluções centralizadoras. Também a Administração Pública deveria ser cada vez mais desconcentrada, estando proibido o retrocesso concentrador.

Esta construção merece-nos algumas críticas. Em primeiro lugar, corresponde a uma interpretação demasiado literal do preceito da Constituição: é certo que este refere o princípio descentralizador como regra e os valores da eficácia e da unidade de acção como limites (*sem prejuízo de ...*), mas isso resulta apenas de uma orientação política absolutamente compreensível em face do carácter extremamente centralizador do sistema então vigente, não sendo legítimo inferir daí uma imposição absoluta de máxima descentralização. Em segundo lugar, essa interpretação tornaria irreversíveis todas as opções concretas descentralizadoras, proibindo ao legislador ordinário a sua revisão, mesmo que se revelassem menos eficientes ou anarquizantes (v., por exemplo, a eventual necessidade de futura “nacionalização” da actividade de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão, face às exigências comunitárias de privatização do sector energético).

### 3. O modelo de equilíbrio eficiente

Pelas razões que ficam apontadas, propomos uma outra construção, um modelo de equilíbrio eficiente.

Segundo esta construção, a organização administrativa deveria ser definida, pelo legislador ordinário, numa perspectiva de harmonização equilibrada entre dois princípios constitucionais de igual relevo: o *princípio da descentração* de um lado, e o *princípio da unidade de acção (na prossecução do interesse público)*, de outro lado. As opções concretas de harmonização deveriam ser reguladas por um terceiro princípio constitucional: o *princípio da eficiência máxima*.

Deste modelo constitucional decorreria o seguinte:

1.º A Constituição garante um certo grau de descentralização, que implica para o legislador, a proibição da centralização total ou excessiva, além do respeito pela existência e pela autonomia das regiões autónomas e das autarquias locais, tal como estão constitucionalmente definidas (artigos 225.º e ss e 235.º e ss.).

2.º A Constituição, por outro lado, estabelece o princípio da unidade de acção administrativa.

Esta unidade de acção há-de ser assegurada pelo Governo que é, na definição constitucional, “o órgão superior da administração pública” (artigo 182.º), ao qual compete, entre outras tarefas, *dirigir* os serviços e a actividade da administração directa do Estado, *superintender* na administração indirecta e *exercer a tutela* sobre *esta* e sobre a administração autónoma (artigo 199.º, alínea d)).

Para além da supremacia governamental, a unidade de acção justifica a centralização e a hierarquia nas zonas em que sejam indispensáveis e na medida em que se mostrem adequadas (por exemplo, nas tradicionais administrações militar, policial e fiscal).

3.º A Constituição deixa ao legislador, dentro dos limites apontados, a possibilidade de escolher livremente as soluções organizatórias concretas que considere, em cada momento, mais eficientes, isto é, mais rentáveis ou adequadas do ponto de vista da realização efectiva dos interesses públicos a prosseguir pela Administração Pública.

Embora seja referido apenas incidentalmente, o *princípio da eficiência* tem de ser visto como um princípio fundamental da organização administrativa e é encarado hoje pela doutrina como um verdadeiro *princípio jurídico*.

É, portanto, à lei que cabe definir, tendo em conta este princípio da eficiência, os termos da repartição de atribuições e de competências pelos diversos entes e órgãos administrativos, com respeito pelas determinações constitucionais da descentração e da unidade de acção.

Este modelo parece-nos mais flexível, mais adequado à autonomia constitutiva própria do legislador e perfeitamente enquadrável no texto e no contexto da Constituição.

#### 4. Os sectores da organização administrativa

94

A Constituição reconhece a existência de vários sectores administrativos – Administrações estaduais, directa e indirecta, Administrações autónomas, territoriais e corporativas – correspondendo, mais ou menos, ao esquema que a doutrina vem traçando a partir das soluções legislativas concretas.

4.1. Neste domínio, a Constituição preocupa-se fundamentalmente com a garantia das *autonomias administrativas*.

Desde logo, com a garantia da *autonomia administrativa territorial*, quer no que respeita às Regiões Autónomas (v. artigo 227.º, als. d) e g)), quer no que toca ao poder local (v. artigo 235.º e ss.). A Constituição define, por exemplo, as figuras e os órgãos da Administração autónoma local (v. os artigos 236.º e 239.º) e atribui-lhes certos poderes (v. artigo 241.º).

As Regiões Autónomas e as autarquias territoriais (municípios e freguesias) tornam-se assim, entes de existência obrigatória, aos quais o legislador terá de reconhecer um conjunto relevante de atribuições e de poderes autónomos de decisão (cfr. ainda artigos 237.º e 238.º), respeitando o conteúdo essencial das *garantias institucionais* da autonomia regional e da autonomia local – o entendimento constitucional da autonomia regional e local, em matéria de distribuição de atribuições comuns, determina-se em função dos princípios da *subsidiariedade* e da *cooperação e coordenação* de interesses, e não tanto em função de esferas reservadas de atribuições e competências.

A garantia de existência aplica-se especificamente às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira (artigo 6.º, n.º 2), mas não proíbe uma reestruturação organizativa das autarquias locais por lei parlamentar, que pode criar (por separação), modificar (por fusão) ou extinguir (por integração) municípios e freguesias, por razões de eficiência e de sustentabilidade – embora, num contexto de descentralização, as populações envolvidas devam ter um papel determinante no respectivo procedimento.

Depois, no que toca à administração autónoma corporativa, a Constituição, desde 1997, para além de prever a existência de *associações públicas* (artigo 267.º, n.º 1) determina que só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas (princípio da especificidade das atribuições), não



podem exercer funções sindicais e têm organização interna democrática (artigo 267.º, n.º 4).

4.2. Quanto às Administrações directa e indirecta do Estado, a Constituição apenas estabelece a orientação geral *desconcentradora* e *descentralizadora* e os correspondentes poderes de direcção e de controlo do Governo, como órgão superior da Administração Pública, nos termos do modelo que atrás definimos.

4.3. A Constituição permite hoje expressamente a constituição, mas só *por via da lei*, de “entidades administrativas independentes” (artigo 267.º, n.º 3), figura que visa sobretudo dar cobertura à administração reguladora independente, mas que deve entender-se como excepcional ou limitada – por essa via, não pode o Governo subtrair-se às suas obrigações ou ser privado dos seus poderes, nem pode haver uma alteração do equilíbrio constitucional dos poderes.

4.4. O desenho dos sectores, tal como decorre da Constituição, poderá concretizar-se através de um esquema de correspondência, dentro de cada sector (administração estadual directa, administrações estaduais indirectas, administrações autónomas), entre as formas de *descentração* (desconcentração, desconcentração personalizada e descentralização) e as garantias de *unidade* de acção (poderes de direcção, de superintendência e de tutela), de onde resultam os tipos de relações gerais inter-orgânicas atrás referidos.

## V. A ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PORTUGUESA

### 1. A Administração Estadual Directa

A Administração estadual *directa* corresponde à pessoa colectiva Estado (“Estado-Administração”) e é constituída pelos órgãos e serviços organizados em Ministérios e directamente dependentes do Governo.

O Governo é um órgão complexo, formado pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros e Secretários de Estado. Decide em formações diversas: Conselho de Ministros (eventualmente Conselhos de Ministros especializados), Primeiro-Ministro ou cada um dos Ministros, isolada ou conjuntamente.

Em cada Ministério, sob a dependência hierárquica do respectivo membro do Governo, há serviços centrais (direcções-gerais, secretarias-gerais, inspecções-gerais, autoridades nacionais) e serviços periféricos, espalhados pelo território (CCDRs, Governos Cívicos, Comandos da GNR e da PSP, administrações regionais de saúde, repartições de finanças).

Tende agora a fazer-se a diferenciação entre a “*estrutura nuclear*” do ministério e as “*unidades orgânicas flexíveis*”. Pode adoptar-se uma estrutura *matricial* – equipas multidisciplinares para projectos, e estruturas de missão temporárias – em vez da tradicional (normal) estrutura *hierarquizada*.

Há vários tipos de serviços: serviços executivos, serviços de controlo, auditoria e fiscalização, e serviços de coordenação.

Corresponde à Administração tradicional, variando a estrutura governativa conforme a “Lei orgânica” de cada Governo; é de notar a prática legislativa nos termos da qual os Ministros concentram todas as competências governativas e os Secretários de Estado apenas exercem os poderes que lhes forem “delegados” (em rigor, trata-se de uma situação de *coadjuvação*).

É hoje globalmente regulada pela Lei n.º 4/2004, de 15 de Janeiro (alterada pela Lei n.º 105/2007, de 3 de Abril), bem como pelos diplomas específicos relativos a cada Ministério.

## 2. As Administrações Estaduais Indirectas

### 2.1. Administrações indirectas públicas

Este sector é formado pelos *institutos públicos* e pelas *entidades públicas empresariais*.

a) Os institutos públicos constituem uma figura muito utilizada (mais de três centenas) e que apresenta alguma variedade organizativa:

i) “*serviços personalizados*” – IGESPAR – Instituto de Gestão do Património Arquitectónico e Arqueológico; IVV – Instituto da Vinha e do Vinho; ISS – Instituto da Segurança Social; ACSS – Administração Central do Sistema de Saúde; Instituto dos Registos e do Notariado; ICNB – Instituto de Conservação da Natureza e da Biodiversidade; IFADAP (agricultura e pescas); INFARMED (medicamentos); Turismo de Portugal; Instituto de Reinserção Social; Administrações das Regiões Hidrográficas; Autoridades Metropolitanas de Transportes (AMT/Lisboa e AMT/Porto); INA – Instituto Nacional de Administração; AMA – Agência de Modernização Administrativa; etc..

ii) “*estabelecimentos públicos*” – Universidades e Institutos Politécnicos públicos, Centros de Investigação Científica, alguns Hospitais públicos;

iii) “*fundações públicas*” – Fundação para a Ciência e Tecnologia, Centro Cultural de Belém, Fundação CEFA (formação autárquica).

Os Institutos públicos (I.P.) são actualmente objecto de *regulação-quadro* pela Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro (alterada e republicada pelo Decreto-lei n.º 105/2007, de 3 de Abril), embora alguns estejam sujeitos a regimes específicos, nos termos do artigo 48.º da Lei, como as universidades e institutos politécnicos, as instituições *públicas* de solidariedade social, os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde, as regiões de turismo, o Banco de Portugal e as *entidades administrativas independentes*.

b) As *entidades públicas empresariais* (EPEs) são *peçoas colectivas de direito público e de regime privado*, que foram autonomizadas do conceito de institutos públicos. Embora sujeitas a regimes de direito privado, dispõem, em regra, de poderes públicos de autoridade e estão submetidas a superintendência e tutela mais ou menos intensa.

Exemplos: na área dos *transportes* [REFER, CP, API, NAV, Metropolitano de Lisboa], na área da *gestão de recursos públicos* [GeRAP (Gestão Partilhada de Recursos na Administração Pública), ANCP (Agência Nacional de Compras Públicas), SPMS (Serviços Partilhados do Ministério da Saúde), Agência para o Investimento e Comércio Externo, Parque Escolar], na área *cultural* [Teatro Nacional D. Maria II, Teatro Nacional de S. João, OPART (Organismo de Produção Artística – CNB e TNSC)], na área da *saúde* [alguns Hospitais (HUC, Curry Cabral, etc.), Centros Hospitalares (Barreiro, Montijo, etc.) e Unidades Locais de Saúde (Alto Minho, Baixo Alentejo, Guarda)].

As *Entidades Públicas Empresariais* são reguladas por diplomas específicos, bem como pelo Capítulo III do Decreto-lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro (alterado pelo Decreto-lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto).

## 2.2. Administrações indirectas privadas

Há desde logo a considerar a generalidade das *empresas públicas*, que são *sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicas*, instituídas para finalidades públicas sob a forma de *sociedades comerciais*, como, entre muitas, a PARPÚBLICA, a ESTRADAS DE PORTUGAL, SA, a SIEV– Sistema de Identificação Electrónica de Veículos, SA, etc.

Excepcionalmente, estas empresas podem ser detentoras de poderes públicos de autoridade, como é o caso das várias *Administrações Portuárias*.

O sector empresarial do Estado (que inclui, além das empresas públicas, as empresas participadas) é regulado pelo Decreto-lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro (alterado pelo Decreto-lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto) – que determina a aplicação do *regime de direito privado, com derrogações* – v. ainda o Decreto-lei n.º 71/2007, de 27 de Março, que estabelece o estatuto do gestor público, sujeitando aos princípios de direito administrativo “o exercício de poderes próprios do exercício de funções administrativas” – artigo 9.º.

Há ainda as *fundações (públicas) de direito privado* que são objecto de *criação estadual* (Fundações universitárias, nos termos do RJIES: U. Porto, U. Aveiro, ISCTE), que tem de ser autorizada por diploma legal, nos termos do artigo 3.º, n.º 4 da Lei n.º 3/2004.

Também no sector da economia social, foi criada por decreto-lei (Decreto-lei n.º 282/2009) uma *cooperativa de interesse público* (Cooperativa António Sérgio), que exerce atribuições de serviço público e dispõe de poderes públicos de autoridade no âmbito do sector social (anteriormente confiados a um Instituto Público com o mesmo nome).

Estas sociedades, associações, fundações e cooperativas são *pessoas colectivas administrativas de direito privado* e constituem o que se pode designar como a “*Administração indirecta privada*”.

### 2.3. Autoridades reguladoras ou “administrações indirectas independentes”

Apesar da sua especificidade, devem incluir-se ainda neste sector, quanto a nós, as autoridades administrativas *reguladoras*, que são *administrações indirectas com autonomia acrescida* (para alguns autores constituem, porém, uma nova estirpe de *entidades administrativas independentes*): há uma autoridade *reguladora geral* da concorrência económica (AdC – Autoridade da Concorrência), mas as autoridades reguladoras são, em regra, *sectoriais*, em sectores tradicionalmente públicos, agora abertos à iniciativa privada, mas sujeitos a regulação administrativa: ERSE – energia eléctrica e gás; ICP/ANACOM – comunicações; Banco de Portugal – actividades financeiras; ISP – seguros; CMVM – mercado de valores mobiliários; ERS – prestação de cuidados de saúde.

Há ainda a considerar *institutos públicos com funções reguladoras*, que integram a administração indirecta do Estado, atrás referida: INTF, I.P. – transportes ferroviários; InIR, I.P. – infra-estruturas rodoviárias; INAC, I.P. – aviação civil; IMOPPI, I.P. – mercados de obras públicas e particulares e do imobiliário; ERSAR, I.P. – serviços de águas e resíduos.

As Entidades administrativas reguladoras, tal como as entidades administrativas privadas, têm um regime específico, estabelecido nos decretos-lei da respectiva criação.

### 3. Autoridades administrativas *independentes*

Em sentido *estrito*, são as autoridades associadas ao Parlamento, com poderes predominantes de *fiscalização da legalidade* administrativa e de *garantia dos direitos* dos cidadãos, como o Provedor de Justiça (embora este órgão tenha outras dimensões públicas, de carácter político), a Comissão Nacional de Eleições, a Comissão Nacional de Protecção de Dados, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, a Entidade Reguladora da Comunicação Social, a Comissão para a Fiscalização do Segredo de Estado, a Comissão de Fiscalização dos Serviços de Informações.

Em sentido *amplo*, englobam algumas das já referidas autoridades reguladoras, havendo até quem considere estas últimas as verdadeiras “entidades

administrativas independentes” a que se refere expressamente o artigo 267.º, n.º 3, da Constituição.

#### 4. As Administrações Autónomas

As administrações autónomas podem subdividir-se em territoriais e corporativas, consoante a importância da referência geográfica.

##### 4.1. *Administrações autónomas territoriais*

Salientam-se as *Regiões autónomas* (Açores e Madeira), na parte relativa às atribuições e competências administrativas, e as *autarquias locais – municípios e freguesias* (na falta de institucionalização das regiões administrativas).

As *autarquias locais* têm um estatuto comum uniforme, definido por lei parlamentar – *LAL* – Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro (alterada pela Lei n.º 5-A/2002), nos termos da Constituição.

Os municípios constituem a figura mais relevante, tendo como órgãos a Assembleia Municipal (órgão deliberativo), a Câmara Municipal e o Presidente da Câmara Municipal (órgãos executivos).

Também aqui temos hoje de considerar a existência de dois níveis de organização:

I) administração autárquica *directa*, formada pelos órgãos municipais e pelos serviços dependentes da câmara municipal.

II) administração autárquica *indirecta*, que pode ser formada por entes públicos ou por entes privados:

Por um lado, as autarquias territoriais podem criar entes públicos *indirectos* institucionais (artigo 53.º, n.º 2, alínea I), da *LAL*):

a) *empresas públicas municipais* – o sector empresarial local, bem como as relações (estatutárias, contratuais e societárias) entre as empresas e os municípios, são regulados pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, que exclui do respectivo objecto as tarefas que correspondam, quer a mero desempenho de funções administrativas, quer a um estrito escopo mercantil.

Também aqui se devem distinguir as “empresas municipais” das “empresas participadas” pelo município.

b) *fundações municipais* (públicas).

Por outro lado, lei admite ainda a criação (ou a participação dominante) dos municípios em *sociedades e associações (e fundações?) de direito privado*, desde que estas prossigam fins de reconhecido interesse público local e se contenham dentro das atribuições do município (artigo 53.º, n.º 2, alínea m) da *LAL*) – que formam uma espécie de *administração municipal indirecta privada*.

#### 4.2. *Administrações autónomas corporativas*

Há a considerar três tipos de organismos administrativos:

a) *associações públicas* – designadamente as *profissionais* (Ordens e Câmaras), mas também as *económicas* (Casa do Douro, associações de beneficiários de rega) e *culturais* (Academias).

Para além do disposto na Constituição (artigo 267.º, n.º 4), o regime das *associações públicas profissionais* consta agora da Lei n.º 6/2008, de 13 de Fevereiro, que regula a constituição de *novas* associações públicas profissionais, com natureza pública e regime híbrido.

#### Artigo 3.º

1 – As associações públicas profissionais são pessoas colectivas de direito público e estão sujeitas a um regime de direito público no desempenho das suas tarefas públicas.

2 – Em tudo o que não estiver regulado nesta lei e na respectiva lei de criação, bem como nos seus estatutos, são subsidiariamente aplicáveis às associações públicas profissionais, com as necessárias adaptações, as normas e os princípios que regem os *institutos públicos*, no que respeita às suas atribuições e ao exercício dos *poderes públicos* de que gozem, e as normas e os princípios que regem as *associações de direito privado*, no que respeita à sua *organização interna*, respectivamente.

b) *corporações territoriais*

i) de base legal: áreas metropolitanas, regiões de turismo;

ii) de base associativa: comunidades intermunicipais (associações de municípios de fins múltiplos, referidas a NUTS III ou II), associações de freguesias de direito público.

O regime das áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto consta da Lei n.º 46/2008, de 27 de Agosto, e o das associações de municípios da Lei n.º 45/2008, da mesma data.

c) *consórcios públicos* – pessoas colectivas públicas constituídas por diversos entes públicos, para determinadas finalidades públicas comuns, como, por exemplo, os centros tecnológicos.

Admite-se ainda uma *administração intermunicipal privada*, em que se integram as *associações de municípios para fins específicos*, que, a partir da Lei n.º 45/2008, têm personalidade de direito privado, bem como *empresas intermunicipais*.

As *administrações autónomas* estão sujeitas à tutela do Governo (ou, quanto às autarquias locais das ilhas, dos governos regionais), que, em geral, tende a ser apenas uma mera *fiscalização da legalidade* – o que, no caso das autarquias locais, é a *regra*, sem prejuízo de haver algumas “áreas de condomínio” relativas a interesses simultaneamente nacionais e locais (por exemplo, nas áreas do urbanismo, ordenamento do território e ambiente), em que a lei confere ao Governo poderes que, embora pareçam corresponder a uma tutela normativa, integrativa ou correctiva, devem ser entendidos como *poderes governamentais próprios*, a exercer num contexto e numa perspectiva marcada pelos princípios da *cooperação* (coordenação de interesses) e de *subsidiariedade*.

No caso das associações públicas profissionais, a lei permite, excepcionalmente, que o Ministro da tutela possa, por si (e não através do Ministério Público), impugnar judicialmente os actos e regulamentos dos respectivos órgãos (artigo 30.º, n.º 2, c) da Lei n.º 6/2008).

## 5. Os limites do aparelho administrativo e a existência de *regimes especiais*

### 5.1. Os limites

Em rigor, não fazem parte da Administração Pública como organização, *em sentido estrito*, embora possam constituir “entidades adjudicantes” para efeitos de procedimentos de contratação pública (ou “organismos públicos” para o direito comunitário):



i) as pessoas colectivas privadas, ainda que de criação estadual, que visem de forma imediata *exclusivamente fins privados e não disponham de poderes de autoridade*, como as *fundações de direito privado e utilidade pública* (Fundação Museu do Douro; Fundação Martins Sarmento; Casa da Música, Fundação Mata do Buçaco, Fundação Paula Rego);

ii) as pessoas colectivas privadas de criação privada e de (mera) *utilidade pública*, incluindo a generalidade das “instituições privadas de solidariedade social” (IPSS) e outras associações e fundações sem fins lucrativos;

iii) pessoas colectivas privadas com funções de *autoregulação privada* (organismos interprofissionais na agricultura, federações desportivas).

## 5.2. Os regimes especiais de direito público

Contudo, são cada vez mais frequentes, como vimos antes, as entidades privadas que estão sujeitas a *regimes especiais de direito público*:

i) *entidades administrativas privadas*, de *criação pública* ou *mista*, designadamente as já referidas “sociedades de capitais públicos” e as “fundações privadas administrativas” (estas sobretudo ao nível local e, agora, algumas universidades), bem como “cooperativas de interesse público” (Cooperativa António Sérgio), quando (na medida em que) realizam *finalidades públicas* e, sobretudo, quando dispõem de *poderes públicos*;

ii) entidades *privadas* de *criação privada*, que desenvolvem actividades de interesse público, mediante a utilização de poderes públicos de autoridade – sociedades *concessionárias* (designadamente de serviços públicos), *cooperativas de interesse público*, “pessoas colectivas de *utilidade pública administrativa*” (Santa Casa da Misericórdia de Lisboa) e outras *múltiplas entidades* dotadas de poderes públicos específicos, *delegados* pela Administração.

Todas estas entidades estão sujeitas a regimes de direito privado, mas *para certos efeitos*, é-lhes aplicável o regime dos entes públicos.

Assim, num contexto geral de *subordinação ao direito administrativo* (substancial e processual) da *gestão privada de interesses públicos*, estão subordinadas aos princípios fundamentais da actividade administrativa e aos direitos, liberdades e garantias, bem como a certas regras de procedimento administrativo, designadamente na celebração de contratos públicos.

Para além dessa subordinação geral, no entanto, estas entidades, sobretudo as entidades privadas de criação privada, só estão sujeitas ao regime de direito público no âmbito do exercício de prerrogativas de poder público ou quando actuem segundo normas impositivas de deveres ou restrições especiais de natureza especificamente administrativa (não aplicáveis aos privados) – assim acontece com o regime da responsabilidade civil extracontratual ou com os deveres de informação administrativa –, tal como só devem estar sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas quando utilizem dinheiros públicos.

## 6. Algumas tendências actuais

A partir dos dados referidos, podem surpreender-se algumas das tendências na transformação da realidade organizativa da Administração Pública.

6.1. Alarga-se o âmbito das *associações públicas*, designadamente das associações públicas profissionais – as *Ordens profissionais*, que pressupõem habilitações académicas de licenciatura ou superior: além das tradicionais (advogados, médicos e engenheiros), as dos economistas, biólogos, arquitectos, engenheiros técnicos, enfermeiros, revisores de contas, psicólogos, notários, médicos dentistas e técnicos oficiais de contas, e as *Câmaras profissionais* (dos despachantes oficiais, dos solicitadores).

6.2. Desenvolve-se a criação de *autoridades reguladoras*, designadamente nos diversos sectores económicos e sociais – que gozam de um estatuto de relativa independência relativamente ao Governo e às quais se pretende mesmo estender o estatuto de “entidades administrativas independentes”.

A concentração nessas autoridades de poderes normativos, executivos e judiciais suscita problemas de distorção da separação de poderes, tendo em conta o défice de democracia (decorrente do enfraquecimento da tutela governamental) e de fiscalização judicial (pela debilidade do controlo de decisões técnicas) – e torna-se mais complexa com a articulação cooperativa com outras autoridades reguladoras, designadamente no contexto

européu (v., por exemplo, a Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia, instituída pelo REGULAMENTO (CE) n.º 713/2009 do PARLAMENTO EUROPEU e do CONSELHO, de 13 de Julho de 2009).

105

6.3. Multiplicam-se os fenómenos de *exercício de poderes públicos, estaduais ou municipais*, por *entidades privadas* (de criação pública, privada ou mista), seja por concessão ou delegação (concessionários e afins), seja por atribuição legal, em alguns casos para *prosecução, a título principal, de finalidades públicas* (por exemplo, gestão de portos, aeroportos, águas, resíduos sólidos) – que suscitam problemas de hibridização de regimes.

6.4. Expande-se a *auto-regulação privada de interesses públicos* na esfera *económica* (ex.: bolsas de valores; inter-profissionalismo vitivinícola, agro-alimentar e agro-florestal) e *social* (federações desportivas) – *regulada e fiscalizada* pela Administração.

6.5. Embora no contexto da reforma administrativa geral (PRACE), se tenham estabelecido regimes gerais para os institutos públicos e para as associações públicas, a *diversidade* das figuras administrativas impõe-se, quer no reconhecimento de regimes especiais para vários institutos públicos (uns *quase serviços dependentes*, outros *quase entes autónomos*; uns claramente institucionais, outros com elementos corporativos ou empresariais), quer no facto de o regime geral das associações públicas reger apenas para o futuro, não se aplicando às associações já constituídas.

As universidades, na sua *complexidade e hibridez*, são exemplo de pessoas colectivas de tipo *federal* (tal como os institutos politécnicos), que, no entanto, têm um regime *misto* de administração autónoma (corporação dotada de autonomia estatutária ampla) e de administração estadual (instituto público).

São possíveis *consórcios externos* – vocacionados para a prossecução de objectivos comuns dos seus membros, não estabelecendo qualquer limitação à identidade e à autonomia de cada um deles – como, por exemplo, o Centro Académico de Medicina de Lisboa (CAML), criado por

portaria e constituído pelo Centro Hospitalar de Lisboa Norte, E. P. E., pela Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa e pelo Instituto de Medicina Molecular.

106

6.6. Há ainda a considerar o impacte organizativo da europeização da actividade administrativa, que leva a uma *administração europeia indirecta*, em que as Autoridades Nacionais funcionam como órgãos comunitários, para aplicação a nível *nacional* ou até com eficácia *transnacional*, das disposições do direito europeu, bem como a formas de *co-administração*, para assegurar a gestão integrada de regimes jurídicos europeus e nacionais (como por exemplo, na gestão dos fundos estruturais).

Tendo sido reprovada em referendo uma proposta de regionalização do continente, a lei, face à dificuldade em concretização da previsão constitucional de regiões administrativas autárquicas, estabelece hoje, segundo um padrão estabelecido pela União Europeia (Eurostat), uma organização administrativa territorial em NUTS – “Nomenclatura das Unidades Territoriais para fins Estatísticos”, importante sobretudo nas áreas económicas e sociais de intervenção administrativa (DL n.º 68/2008, de 14/4, alterado pelo DL n.º 85/2009, de 3/4).

NUTS I

PT1. Portugal Continental;

PT2. Região Autónoma dos Açores;

PT3. Região Autónoma da Madeira.

NUTS II (área das CCDR, salvo Lisboa)



PT11 Norte / PT15 Algarve / PT16 Centro / PT17 Lisboa (Área Metropolitana) /  
PT18 Alentejo  
PT20 Açores / PT30 Madeira [*coincidem com NUTS I*]



- o Norte (8 NUTS III):
  - § Minho – Lima (10 municípios; 2219 km<sup>2</sup>; 250 273 habitantes);
  - § Cávado (6 municípios; 1246 km<sup>2</sup>; 393 064 habitantes);
  - § Ave (10 municípios; 1245 km<sup>2</sup>; 509 969 habitantes);
  - § Grande Porto (9 municípios; 817 km<sup>2</sup>; 1 760 679 habitantes)
  - § Entre Douro e Vouga (5 municípios; 861 km<sup>2</sup>; 276 814 habitantes)  
[que correspondem à *Área Metropolitana do Porto*];
  - § Tâmega (13 municípios; 2621 km<sup>2</sup>; 551 301 habitantes);
  - § Douro (19 municípios; 4110 km<sup>2</sup>; 221 853 habitantes);
  - § Alto Trás-os-Montes (14 municípios; 8171 km<sup>2</sup>; 223 259 habitantes).
  
- o Centro (12 NUTS III):
  - § Baixo Mondego (8 municípios; 2063 km<sup>2</sup>; 340 342 habitantes);
  - § Baixo Vouga (12 municípios; 1802 km<sup>2</sup>; 385 725 habitantes);
  - § Beira Interior Norte (9 municípios; 4063 km<sup>2</sup>; 115 326 habitantes);
  - § Beira Interior Sul (4 municípios; 3749 km<sup>2</sup>; 78 127 habitantes);
  - § Cova da Beira (3 municípios; 1375 km<sup>2</sup>; 93 580 habitantes);
  - § Dão - Lafões (15 municípios; 3489 km<sup>2</sup>; 286 315 habitantes);

- § Médio Tejo (10 municípios; 2306 km<sup>2</sup>; 226 070 habitantes);
  - § Oeste (12 municípios; 2221 km<sup>2</sup>; 338 711 habitantes);
  - § Pinhal Interior Norte (14 municípios; 2617 km<sup>2</sup>; 138 543 habitantes);
  - § Pinhal Interior Sul (5 municípios; 1903 km<sup>2</sup>; 44 804 habitantes);
  - § Pinhal Litoral (5 municípios; 1746 km<sup>2</sup>; 251 014 habitantes);
  - § Serra da Estrela (3 municípios; 868 km<sup>2</sup>; 49 896 habitantes).
- 
- o Lisboa (2 NUTS III) – *Área Metropolitana de Lisboa*:
    - § Grande Lisboa (9 municípios; 1382 km<sup>2</sup>; 1 947 249 habitantes);
    - § Península de Setúbal (9 municípios; 1581 km<sup>2</sup>; 714 589 habitantes).
- 
- o Alentejo (5 NUTS III):
    - § Alentejo Central (14 municípios; 7228 km<sup>2</sup>; 173 401 habitantes);
    - § Alentejo Litoral (5 municípios; 5303 km<sup>2</sup>; 99 976 habitantes);
    - § Alto Alentejo (15 municípios; 6248 km<sup>2</sup>; 127 025 habitantes);
    - § Baixo Alentejo (13 municípios; 8545 km<sup>2</sup>; 135 105 habitantes);
    - § Lezíria do Tejo (11 municípios; 4273 km<sup>2</sup>; 240 832 habitantes);
- 
- § Algarve (1 NUTS III – *coincide com NUTS II*):
    - § Algarve (16 municípios; 4995 km<sup>2</sup>; 395 208 habitantes).

(Página deixada propositadamente em branco)



II SEMESTRE

AS FORMAS PRINCIPAIS DA ACTIVIDADE  
ADMINISTRATIVA DE DIREITO PÚBLICO: O REGULAMENTO,  
O ACTO E O CONTRATO ADMINISTRATIVO

SUMÁRIOS DAS LIÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO II  
(1.ª TURMA)

## **Bibliografia Básica**

ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo II* (U. Coimbra), 1978

*CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO* (legislação)

*CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS* (legislação)

## **Bibliografia Geral de Leitura Recomendada**

FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2001. ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, anotado, 2.<sup>a</sup> ed., 1997.

MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2007; e *Contratos Públicos*, 2008.

## INTRODUÇÃO

### Bibliografia

ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 3-51.

Sobre as sanções, v. MARCELO PRATES, *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*, 2005.

### 1. Os factos jurídicos no Direito Administrativo

É importante no contexto do direito administrativo, a distinção, oriunda do direito civil, entre (meros) factos jurídicos e actos jurídicos – está em causa a irrelevância ou a relevância da vontade (humana) na produção dos efeitos jurídicos.

Os *factos jurídicos* podem ser factos naturais (situações ou acontecimentos), mas também factos humanos involuntários e até factos humanos voluntários, acções materiais e comportamentos, em que os efeitos jurídicos não decorrem da vontade do agente.

Neste contexto, merece uma referência especial o *tempo*, cujo decurso é factor de efeitos jurídicos administrativos – seja de carácter *produtivo*: o usucapião e o imemorial, que permitem a aquisição de direitos patrimoniais; a possibilidade de aquisição do direito ao lugar (funcionário putativo) e da juridificação de outras situações de facto decorrentes de actos nulos; seja de carácter *extintivo*: a caducidade (termo natural da eficácia de uma posição jurídica) e a prescrição (extinção de um direito pelo não uso).

Os *actos jurídicos*, pelo contrário, pressupõem o papel relevante da vontade do agente na produção dos efeitos jurídicos – aqui há ainda

a salientar a diferença entre *meros actos jurídicos* e *decisões* (ou negócios jurídicos), em função do papel menos ou mais importante da vontade, na medida em que os meros actos apenas determinam a produção de efeitos e só as decisões definem ou estipulam o respectivo conteúdo.

Os actos jurídicos da Administração, sobretudo os actos administrativos em sentido estrito, visam sempre a realização do fim legal através de uma racionalidade jurídica (a vontade é funcional e objectiva) e podem ser até manifestações de ciência (declarações ou avaliações), não se confundindo com as manifestações da liberdade contratual e da “autonomia da vontade” (vontade psicológica), que são características dos negócios jurídicos privados.

## 2. A actividade dos particulares no Direito Administrativo

2.1. A intensificação da actividade dos particulares nas relações jurídicas administrativas manifesta-se, em geral, em vários fenómenos:

a) *colaboração directa* – além dos trabalhadores em funções públicas, os “concessionários” (em sentido amplíssimo, incluindo entidades “delegadas” e “acreditadas”), as “parcerias públicas-privadas institucionais”, as associações entre entidades públicas e privadas, as entidades privadas de interesse público;

b) *concertação* – contratos administrativos, planos concertados, acordos, pactos, convenções;

c) *iniciativa* (petições e requerimentos de pronúncias favoráveis) e *participação procedimental* (inquéritos públicos, colaboração instrutória, audiência prévia);

d) *iniciativa do controlo* – em especial, as impugnações administrativas e as acções judiciais (acções particulares e acções populares).

2.2. No contexto da privatização funcional, avulta a prática de actos privados que são equiparados a *actos administrativos* de autoridade, por constituírem o exercício de poderes públicos (artigo 4.º, n.º 1, alínea d) do ETAF e, especificamente, quanto aos procedimentos pré-contratuais de direito público, os artigos 100.º, n.º 3 e 132.º, n.º 2, do CPTA).

São também abundantes os exemplos de acções materiais, comportamentos e actos jurídicos dos particulares com relevo jurídico-administrativo, designadamente no âmbito da privatização de responsabilidades públicas – privatização de procedimentos (certificação da legalidade de projectos urbanísticos), controlos privados substitutos de controlos públicos (auto-regulação privada), certificações privadas (certificação de produtos industriais).

### 2.3. Factos ilícitos dos particulares

2.3.1. Os comportamentos (acções ou omissões) dos particulares que violem normas administrativas (não cumpram deveres impostos por normas destinadas à salvaguarda do interesse público a cargo da Administração) são *ilícitos* e, em consequência, essas normas podem *tipificá-los* e prever a aplicação de *sanções*, configuradas, em sentido estrito, como *medidas punitivas*, aplicáveis aos infractores.

2.3.2. Devem distinguir-se as sanções propriamente ditas – que pressupõem a infracção e visam a punição – das *medidas administrativas desfavoráveis não-sancionatórias*, que são procedimentos e actos de reacção à violação de disposições preceptivas, que não visam *punir transgressões* (factos ilícitos), mas responder a quaisquer tipos de actuações ou situações *lesivas do interesse público* com outras finalidades, designadamente a pura prevenção (neutralização do risco ou perigo) e a mera reintegração.

Estas medidas desfavoráveis podem ser:

a) medidas *preventivas* – sejam de *controlo prévio* (recusa de entrada no território nacional), *persuasivas* (avisos formais, suspensão de autorização até prestação de informações), *prudenciais* (proibição aos bancos de distribuição de dividendos, obrigação de constituição de reservas, ordem de vacinação);

b) medidas *extintivas*, onde se incluem a *invalidação* (anulação de licenças com fundamento em ilegalidade) ou a *revogação de actos favoráveis* (retirada de subsídio ou de bolsa por perda de requisitos, cassação de licença de porte de arma por embriaguez frequente), bem como as *medidas de*

*controlo permanente* (medidas de polícia, apreensão de carta de condução por cegueira superveniente, retirada de paralelismo pedagógico de escola privada por perda de requisitos);

c) medidas *repressivas* (suspensão de actividade, apreensão de bens, encerramento provisório de estabelecimento, imposição de quarentena ou internamento de pessoa com doença contagiosa);

d) medidas *reparatórias* (abate de animais doentes, demolição ou reconstrução obrigatória de prédios em ruína).

2.3.3. A diversidade dentro do domínio do ilícito administrativo, que se manifesta na diferente ponderação relativa dos fins de *retribuição e admoestação dissuasora* (de um lado) e dos fins de *reintegração* do interesse público ofendido ou perturbado (de outro lado).

2.3.4. São várias as espécies de sanções administrativas:

a) Sanções administrativas *gerais*: hoje generalizou-se o *ilícito de mera ordenação social* (violação de disposições gerais de carácter não penal, que sejam qualificadas normativamente como “contra-ordenações” punidas com uma “coima”, eventualmente acompanhada de sanções acessórias), mas devem considerar-se ainda *outras sanções administrativas gerais* (embora haja quem entenda que não são possíveis, face à tipicidade decorrente do artigo 165.º, n.º 1, d), da Constituição).

[V. o artigo 10.º do Decreto-lei 41-A/2010, de 29 de Abril (transporte terrestre de mercadorias perigosas), que, a par das sanções contra-ordenacionais, estabelece:

5. A violação do disposto nos n.ºs 3 e 4 é punível com as seguintes *sanções administrativas*:

a) Advertência escrita; b) Anulação da validade de actos do processo formativo; c) Suspensão do reconhecimento até ao período máximo de um ano; d) Revogação do reconhecimento.

6. A aplicação das sanções previstas no número anterior, da competência do IMTT, I. P., rege-se por critérios de adequabilidade e de proporcionalidade.

7. As decisões que apliquem sanções referidas no n.º 5 são impugnáveis nos termos gerais.]

117

b) Sanções administrativas *especiais* – *sectoriais* (no âmbito de sectores privados sujeitos a regulação especial, nos domínios económico, social e cultural, como a banca, seguros, telecomunicações, saúde, segurança social, ensino), *disciplinares* (violação de deveres no âmbito das “relações especiais de direito administrativo”) e *contratuais* (no âmbito de relações contratuais públicas).

2.3.5. A actividade administrativa sancionatória suscita a necessidade de estabelecer garantias substanciais e procedimentais dos particulares, que em grande medida são inspiradas pelo direito penal: princípio da legalidade, princípio da tipicidade, princípio da culpa, princípio da audiência prévia, princípio da tutela judicial efectiva e em prazo razoável.

Devem, contudo, ter-se em conta as diferenças entre as sanções administrativas e as sanções penais, atendendo especialmente a que a administração não visa fazer justiça, mas assegurar a realização do interesse público.

São problemas específicos neste domínio, por exemplo, o do alcance do princípio da tolerância e o da admissibilidade da renúncia ao poder de punir.

### 3. A actividade administrativa *de direito público*

Apesar da importância crescente do uso do direito privado pela Administração, como cliente, proprietária, empresária, accionista, parceira ou gestora, o objecto principal da nossa análise será a actividade administrativa de direito público, que pode ser *formal* e *informal*, *jurídica* e *material*.

Impõe-se, neste contexto, o estudo específico das *actuações jurídicas formais* de direito público da Administração: o *regulamento* e o *acto administrativo* cujo regime geral procedimental e substantivo consta do Código do Procedimento Administrativo (hoje em grande medida desactualizado ou carente de reforma), bem como o *contrato administrativo*, regulado no recente Código dos Contratos Públicos.

Mas não podemos esquecer que, em regra, a actividade administrativa sempre envolveu, em volta destas pronúncias jurídicas formais (antes, a par e depois delas):

a) *actos jurídicos instrumentais, preparatórios* (abertura de concurso, pareceres, relatórios de exames ou vistorias), *executivos* (alvarás, aprovação de actas, ordens de execução) e *comunicativos* (notificações, publicações) de decisões administrativas;

b) *acções materiais de exercício* (prestação de serviços aos utentes, vistorias, exames, obras, campanhas de esclarecimento, vigilância e coacção directa policial) e de *execução* (demolições, pagamentos, ocupação de terrenos);

c) *declarações negociais* (por exemplo, sobre a validade e a interpretação de cláusulas no âmbito da execução de contratos administrativos).

E são cada vez mais frequentes – por razões de flexibilidade, previsibilidade, participação, consensualização, designadamente nos procedimentos de concertação e parceria, nas áreas da economia, saúde, ambiente, urbanismo e ordenamento do território, apesar dos riscos de ilegalidade e para os direitos de terceiros;

d) *actuações informais* que, embora não estejam juridicamente reguladas, nem visem produzir directamente efeitos jurídicos, também têm *relevância jurídica prática e efectiva*, de incentivo, de cooperação, de ameaça, de aviso (são actuações sujeitas apenas a regras técnicas ou de *soft law* e, obviamente, a princípios jurídicos fundamentais) – por exemplo: contactos prévios ou paralelos no âmbito de procedimentos comunicativos; iniciativa privada de planos urbanísticos; declarações administrativas de intenção; recomendações e advertências; manifestações reiteradas de tolerância; informações e avisos; monitorizações; incentivos e promessas informais; protocolos e acordos de cavalheiros; guias de boas práticas e divulgação de *standards*; cartas de direitos dos utentes; conferências procedimentais (interadministrativas).

Tal como as actuações jurídicas instrumentais, as actuações materiais e informais têm relevo jurídico *indirecto* no âmbito dos *procedimentos* administrativos dos regulamentos, actos ou contratos, enquanto momentos de formação ou de execução dessas actividades formais.



Mas, outras vezes, adquirem relevo próprio e justificam uma consideração *autónoma* por parte da doutrina administrativa, como actuações que geram expectativas dignas de protecção jurídica ou como comportamentos ilícitos geradores de responsabilidade civil – medidas provisórias que atinjam direitos dos particulares, acções materiais de exercício ilegais ou incorrectas, coacção directa em situações de urgência (selagem de instalações, proibição de circulação), informações erradas, advertências prejudiciais, acordos geradores de confiança legítima.

Há ainda formas de actuação administrativa, que, embora possam integrar-se nas categorias tradicionais, de algum modo as forçam nos seus limites.

Devem considerar-se, desde logo, os *planos administrativos*, enquanto formas específicas de actuação jurídica, que contêm *normas finais*, são de tipo *misto*, regulamentar e concreto, e desempenham funções de *harmonização* de interesses públicos e de *racionalização* estabilizadora de situações ou da utilização de espaços – são muito heterogéneos, quanto à forma (regulamento, acto ou contrato), e quanto à força vinculativa (uns são *indicativos* – plano rodoviário nacional, plano de reestruturação hospitalar; outros são *imperativos*, com alcances diversos e graus diferentes de vinculatividade – planos de ordenamento do território e planos urbanísticos, municipais, regionais e nacionais).

A par dos planos tradicionais, aprovam-se *programas*, que definem directrizes de orientação das *políticas públicas* [infra-estruturas energéticas (barragens), de transportes (rodovias, portos), saúde, ambiente] e de regulação nos domínios de partilha público-privada de exercício de tarefas de interesse público (estratégia nacional de desenvolvimento sustentável) – os quais, embora constituam, em princípio, actos políticos, podem ter uma incidência administrativa concreta, substancial ou procedimental.

São de referir ainda, no âmbito da actividade das *autoridades reguladoras*, as *regulamentações técnicas independentes* (que, tendo carácter regulamentar, podem pôr em causa a reserva normativa da função legislativa), bem como as *decisões administrativas arbitrais e de resolução de litígios entre privados* (que se aproximam de decisões judiciais e podem comprimir a reserva do juiz).

No entanto, como dissemos, impõe-se o estudo mais aprofundado do regime das formas típicas mais solenes da actividade administrativa de direito público: o *regulamento administrativo* (norma geral e abstracta emitida no exercício da função administrativa), o *acto administrativo* (decisão unilateral de autoridade, concreta e, em regra, individual) e o *contrato administrativo* (acordo de vontades desigual).

## PARTE I

### O REGULAMENTO ADMINISTRATIVO

#### Bibliografia:

AFONSO QUEIRÓ, “Teoria dos Regulamentos”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, XXVII (1ª série), p. 1 e ss, e ano 1.º (2ª série), p. 5 e ss; VIEIRA DE ANDRADE, “O ordenamento jurídico administrativo português”, in *Contencioso Administrativo*, Braga, p. 58-68; ANA RAQUEL MONIZ, *A titularidade do poder regulamentar no direito administrativo português*, in *BFDUC*, 80 (2004), p. 483-562.

#### Bibliografia facultativa:

FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, p. 151 e ss; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1/92, in *Diário da República*, I Série-A, de 20-02-92; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., 2003, p. 833-846; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., 1993, anotações XVIII a XXIX ao (então) artigo 115.º.

#### 1. Noção e fundamento

1.1. Os regulamentos são normas emanadas pelos órgãos ou autoridades competentes no exercício da função administrativa, com valor infra-legal (“regulamentar”) e destinadas, em regra, à aplicação das leis ou de normas equiparadas (designadamente, das disposições normativas directamente aplicáveis da União Europeia).

Note-se que alguns regulamentos têm como objecto relações jurídicas privadas ou não-administrativas, como, por exemplo, certos regulamentos emanados de autoridades reguladoras e os regulamentos de extensão de contratos colectivos de trabalho.

Esta noção ampla abrange, além dos regulamentos tradicionais, os *estatutos* auto-aprovados de entes corporativos (associações públicas) ou institucionais (universidades), os *regimentos* de órgãos colegiais, as *convenções* administrativas de carácter regulamentar, os *planos* (e “documentos estratégicos”) de gestão territorial.

1.2. A importância da actividade regulamentar, seja para a organização dos serviços administrativos (regulamentos *orgânicos* ou *organizativos*) e para a disciplina do funcionamento da administração (regulamentos *funcionais*), seja para a regulação das relações jurídicas entre entes públicos e particulares, entre entes públicos ou entre particulares (regulamentos *relacionais*).

Os regulamentos relacionais visam preencher o espaço normativo entre a lei e a actuação administrativa concreta, abrangendo, em princípio, matérias de menor importância, mais técnicas ou sujeitas a mudanças mais rápidas, que não devem ocupar o legislador nem constar de diplomas legais, mas cuja regulação, por razões de segurança e previsibilidade, de igualdade ou de transparência, não deve ser deixada totalmente ao decisor nos casos concretos.

Em Portugal, não existindo reserva de regulamento e dispondo o Governo de poderes legislativos normais sobre quaisquer matérias não reservadas ao Parlamento, o espaço regulamentar estadual é frequentemente ocupado por decretos-lei.

1.3. O regulamento caracteriza-se como norma *geral* (com destinatários indeterminados) e *abstracta* (aplicável a situações da vida indeterminadas), de *execução permanente* (“vigência sucessiva”) e distingue-se do acto administrativo em sentido estrito (com destinatários individualizados e relativo a uma situação concreta) – remissão para a teoria do acto quanto aos pro-

blemas de fronteira, especialmente quanto à qualificação e ao regime das decisões gerais concretas e das disposições individuais abstractas.

## 2. Tipos de regulamentos

Os regulamentos podem ser, quanto ao seu âmbito de aplicação, *gerais* (quando regulam relações externas, relativas à generalidade das pessoas), *especiais* (quando regulam “relações jurídicas especiais de direito administrativo”, com dimensões internas e externas – antigas “relações especiais de poder”) e *sectoriais* (quando regulam um sector de actividade económica ou social). Actualmente, ganham importância, com vinculatividade jurídica variável, os regulamentos *técnicos*, muitas vezes emanados de organismos ou autoridades internacionais, públicas ou privadas.

2.1. Uma das principais classificações é a que, tendo em conta a respectiva *eficácia*, distingue entre regulamentos *externos* e regulamentos *internos*.

As linhas actuais da distinção devem ter em conta a pluralização subjectiva das *administrações públicas*, bem como o desenvolvimento jurídico das *relações especiais de direito administrativo* (designadamente por força da relevância dos direitos, liberdades e garantias).

Assim, são *externos* os regulamentos aplicáveis a quaisquer relações inter-subjectivas (também as interadministrativas).

Por sua vez, são *internos* os regulamentos de mera *organização* ou *funcionamento* de uma pessoa colectiva ou de um órgão, na medida em que *não tenham carácter relacional nem envolvam dimensões pessoais*, bem como os regulamentos *operacionais* que determinam *auto-vinculações internas* (incluindo directrizes de superiores) na interpretação e aplicação das leis, designadamente no exercício de poderes discricionários.

Os regulamentos especiais contêm em regra normas internas, que dizem respeito à relação orgânica (do trabalhador, do militar, do preso, do internado, do estudante matriculado), mas devem considerar-se externos na medida em que afectem posições jurídicas subjectivas das pessoas envolvidas.

Algo de semelhante acontece com os regulamentos de órgãos colegiais, que, sendo em princípio internos, podem conter normas que respeitem a direitos dos membros (sendo, nessa medida externos).

As diferenças de fundamento: a competência regulamentar externa funda-se em previsão legal expressa; a competência regulamentar interna funda-se num poder implícito de auto-organização administrativa.

As diferenças de regime: ao contrário do que acontece com os regulamentos externos, os regulamentos internos *não são judicialmente impugnáveis* (não podem ser objecto de acção judicial, nem relevam como padrões jurídicos autónomos de controlo pelo juiz), nem vale para eles o princípio da *inderrogabilidade singular* (admitem-se decisões concretas divergentes da regulação interna anterior, devidamente justificadas).

A relevância *jurídica* dos regulamentos internos, designadamente dos regulamentos operacionais, que estabelecem directrizes auto-vinculativas para o exercício do poder discricionário: são impugnáveis no âmbito da Administração (designadamente, em recursos hierárquicos ou tutelares); o seu incumprimento pode ser sintoma ou indício de arbitrariedade, de violação do princípio da igualdade ou de mau uso dos poderes discricionários, susceptíveis de invocação perante o tribunal (quer na impugnação de actos, quer para efeitos de responsabilidade civil administrativa).

2.2. Os regulamentos são, em regra, *mediatamente* ou *indirectamente operativos* – os seus efeitos, designadamente na medida em que regulam a actuação administrativa, produzem-se na esfera jurídica dos destinatários através de actos concretos de aplicação, administrativos ou judiciais.

Existem, porém, regulamentos *directamente* ou *imediatamente operativos*, que produzem os seus efeitos directamente na esfera jurídica dos destinatários, bastando que a pessoa preencha em concreto os requisitos fixados abstractamente na norma – como, por exemplo, os regulamentos que *proíbem* (obrigação incondicional de abstenção ou de renúncia a comportamento) ou *impõem* (obrigação de comportamento activo vinculado) *condutas específicas a pessoas determinadas*, bem como os que determinam ou modificam um determinado *estatuto* (de pessoas ou coisas) ou os que fixam o *custo* de um bem ou serviço (tarifas, taxas, propinas).

### 3. As espécies de regulamentos gerais externos

#### 3.1. Classificação dos regulamentos gerais externos

Numa perspectiva doutrinal, podem distinguir-se as seguintes categorias de regulamentos quanto à sua *relação com a lei*:

a) regulamentos *executivos* ou de execução de lei (ex: artigo 199.º, c), CRP), necessários à execução ou, pelo menos, à boa execução das leis: organizam procedimentos, pormenorizam, interpretam, ou integram lacunas (por analogia, no quadro da lei respectiva) de leis específicas;

b) regulamentos *complementares*, que visam completar um determinado regime legal, seja desenvolvendo-o, quando este se limite a bases gerais (*regulamentos de desenvolvimento*), seja utilizando o quadro legal para regular situações especiais não previstas (*regulamentos de integração*, também ditos “de utilização de lei” ou “integrativos”);

c) regulamentos *independentes*, que, embora não dispensem uma norma que fixe a respectiva competência (norma habilitante), *não* visam executar, complementar ou aplicar uma *lei específica* (*não* têm como objecto uma determinada lei), mas, sim, dinamizar a *ordem jurídica em geral* (em regra, um conjunto de leis), disciplinando “inicialmente” certas relações sociais, seja no exercício de poderes próprios de produção normativa primária pelas comunidades auto-administradas (regulamentos *autónomos*), seja no exercício de competência universal do Governo em matéria administrativa (regulamentos *independentes governamentais*), seja no exercício de poderes normativos genéricos concedidos por lei a autoridades reguladoras (*regulação independente*);

d) regulamentos *autorizados*, pelos quais a Administração, com base em habilitação legal, regula matéria que, em princípio, designadamente pelo seu carácter inovatório, caberia à lei;

e) regulamentos *de substituição* (ou delegados), em que a Administração é admitida a actuar em vez do legislador, modificando, suspendendo ou revogando normas contidas em diplomas legais.

#### 3.2. A admissibilidade constitucional dos regulamentos gerais externos no ordenamento jurídico português

A matéria é regulada pela Constituição no artigo 112.º, n.ºs 5 a 7.

a) Regulamentos de execução

Integram a categoria dos regulamentos comuns ou típicos e não são seguramente abrangidos pela proibição do n.º 5 do artigo 112.º, apesar de a formulação do preceito constitucional não ser inequívoca.

b) Regulamentos complementares

Os regulamentos complementares de *desenvolvimento*, embora não sejam proibidos directamente pelo n.º 5 do artigo 112.º, não têm entre nós razão de ser, em face da competência legislativa alargada do Governo e, especificamente, da figura dos decretos-lei de desenvolvimento (artigo 198.º, n.º 1, al. c); os regulamentos de *integração*, apesar de aparentemente proibidos pelo n.º 5 do artigo 112.º, devem considerar-se admissíveis, desde que expressamente autorizados por lei, quando se limitem a adaptar o quadro legal a situações especiais (obviamente, fora da zona de reserva de lei formal), bem como quando se trate de regulamentos produzidos no quadro de uma autonomia normativa legalmente reconhecida (por exemplo, a autonomia estatutárias das universidades).

c) Regulamentos independentes

São admitidos os *regulamentos independentes autónomos*, designadamente, os provenientes das autonomias *territoriais* – os regulamentos regionais e locais estão constitucionalmente garantidos (artigo 227.º, d) e 241.º) e a sua emissão está legalmente prevista e atribuída aos órgãos competentes pela lei (Estatutos das Regiões Autónomas, Lei das Autarquias Locais).

Podem também considerar-se regulamentos autónomos independentes os provenientes das autonomias *profissionais*, embora apenas com base em habilitações legais (Lei das Associações Públicas Profissionais) – e porventura, ao menos em certa medida, os *estatutos universitários* (com base na Constituição e na Lei da Autonomia das Universidades).

A Constituição prevê expressamente a existência dos *regulamentos independentes governamentais* (artigo 112.º, n.º 6), embora a doutrina se divida entre os que exigem também aí uma lei específica habilitante que defina a competência objectiva e subjectiva para a sua emissão em cada matéria (artigo 112.º, n.º 7, 2.ª parte) e os que os admitem genericamente, fora da zona reservada à lei, com base no disposto no artigo 112.º, n.º 6 e na alínea g) do artigo 199.º (na



medida em que estas normas constituem uma habilitação directa do Governo, enquanto *órgão* administrativo, à prática de actos normativos).

A utilidade desta forma face à de decreto-lei estará na insusceptibilidade de sujeição a apreciação parlamentar (artigo 169.º da CRP) ou a fiscalização preventiva da constitucionalidade (artigo 278.º da CRP).

Já é discutível se devem considerar-se como regulamentos independentes os provenientes de *autoridades reguladoras*, ainda que estas possam ser consideradas entidades administrativas independentes – os regulamentos dessas autoridades, que não constituem administrações autónomas, só deveriam valer como regulamentos de execução de leis, não bastando uma referência legal às atribuições da entidade, mas verifica-se que as leis, no quadro da privatização, “deslegalizaram” largos espaços em favor da regulação técnica, de modo que tais regulamentos se tornam regulamentos complementares, quando não se arrogam mesmo o carácter independente .

[v., por exemplo, o artigo 9.º, alínea a), 2.ª parte, do Decreto-lei n.º 309/2001, de 7/12, que confere ao ICP-ANACOM competência para elaborar os regulamentos «nos casos previstos na lei *e quando se mostrem indispensáveis ao exercício das suas atribuições*» – disposição que, aliás, deverá, quanto a nós, ser interpretada restritivamente nesta última parte, sob pena de inconstitucionalidade.]

d) Os regulamentos autorizados, embora, em geral, devam considerar-se *proibidos*, são admissíveis em *casos particulares* – por exemplo, os *regulamentos dos planos urbanísticos* podem considerar-se como uma espécie de “regulamentos autorizados”, em que se coordenam interesses de diversos níveis – nacionais, regionais e locais, sejam gerais ou especiais.

e) Regulamentos de substituição ou *delegados* – são hoje claramente *proibidos* pelo n.º 5 do artigo 112.º, que, em homenagem à ideia de reserva de lei formal, não admite, nem a delegação propriamente dita, nem sequer a deslegalização (note-se, em contraste, que este tipo de regulamentos é admitido no ordenamento da União Europeia – TFUE, 290.º).

## 4. O procedimento e a forma dos regulamentos

128

### 4.1. Procedimento regulamentar

Em matéria procedimental, o CPA prevê a audiência dos interessados e a apreciação pública, que é objecto de uma normação genérica, mas remete para uma lei-quadro que nunca foi publicada (v. artigos 115.º a 119.º do CPA).

Tratando-se de normas de aplicação geral, impõe-se a publicação dos regulamentos – no Diário da República, dos regulamentos do Governo e das Regiões (artigo 119.º, n.º1, al. h), e em boletim autárquico ou em edital (5 dias, no máximo), dos regulamentos das autarquias locais (artigo 119.º, n.º 3, da CRP e artigo 91.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, na versão da Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro).

Embora se trate de um aspecto formal, é de salientar a necessidade de *indicação expressa da lei habilitadora*, que o Tribunal Constitucional tem fiscalizado com severidade, seja da lei que visa executar, seja, nos casos dos regulamentos autónomos e independentes, da lei (ou da norma) que autoriza a respectiva emissão (artigo 112.º, n.º 7, da CRP).

### 4.2. Formas regulamentares mais importantes

Os diplomas do Governo tomam a forma de *decretos regulamentares* (necessariamente, quando sejam regulamentos independentes, nos termos do artigo 112.º, n.º 6, da CRP), de *resoluções* do Conselho de Ministros (quando estas contenham regulamentos), de *portarias genéricas* (emanadas por um ou mais ministérios, mas em nome do Governo) e de *despachos normativos* (ministeriais).

Os regulamentos regionais mais importantes assumem a forma mais solene de *decretos regulamentares regionais* (artigo 233.º, n.º 1).

Os regulamentos das autarquias locais não têm forma típica, mas os regulamentos locais de polícia adoptam tradicionalmente a forma de *posturas* (frequentemente compiladas em códigos de posturas municipais).

Os restantes regulamentos, emanados pelos entes institucionais e corporativos – estaduais ou autónomos – não revestem formas específicas, salvo

quanto aos *estatutos* auto-approvados (por exemplo, das universidades e respectivas unidades orgânicas).

## 5. Princípios jurídicos relativos à actividade regulamentar externa

### 5.1. Os princípios gerais da actividade administrativa

A actividade regulamentar está, como é natural, sujeita aos princípios gerais que regem a actividade administrativa.

Desde logo, aos princípios da legalidade: além do *primado* da lei (e da Constituição) e da *precedência* da lei, revestem especial importância em sede de regulamentos o princípio constitucional da *reserva parlamentar* e o conseqüente imperativo de *densidade legal acrescida* – nas matérias reservadas, admitem-se, em geral, os regulamentos *executivos*, são inadmissíveis regulamentos independentes do Governo, e serão admissíveis só em determinada medida regulamentos independentes autónomos (na compatibilização entre o princípio da reserva e o princípio da autonomia normativa, por exemplo, das Regiões Autónomas e das autarquias locais).

Também valem aqui os princípios substanciais da juridicidade, designadamente os princípios da igualdade e da proporcionalidade – que são válidos para todos os regulamentos, incluindo os regulamentos predominantemente técnicos emanados das autoridades reguladoras.

### 5.2. O regime especial aplicável à actividade regulamentar

Há um conjunto de regras, proposições e princípios especiais que constituem um regime normativo próprio do regulamento (distinto do regime dos actos legislativos):

a) A obrigatoriedade da emissão e a proibição da revogação simples dos regulamentos executivos que sejam *necessários à execução das leis* (artigo 119.º do CPA);

b) A caducidade do regulamento como efeito da revogação da lei que visa executar, salvo na medida em que seja compatível com a nova lei e enquanto não houver nova regulamentação;

c) A regra da irretroactividade dos regulamentos, com algumas compressões naturais (regulamentos de leis retroactivas, e regulamentos necessários à execução de leis, salvo previsão legal em sentido diferente) e eventuais excepções (regulamentos integralmente favoráveis);

d) A regra da inderrogabilidade singular, nos termos da qual os regulamentos (diferentemente do que acontece com as leis, que são reversíveis) obrigam não só os particulares como a própria Administração que os elaborou, de modo que nenhuma autoridade administrativa, mesmo que seja autora do regulamento, pode deixar de o cumprir nos casos concretos, enquanto ele se mantiver em vigor;

e) A admissibilidade excepcional da recusa de aplicação por órgãos administrativos de regulamentos que considerem inconstitucionais, contrários ao direito comunitário e ilegais – só em condições especiais (antijuridicidade manifesta) e por certas autoridades (por órgãos superiores da administração estadual e da administração autónoma, designadamente, quando tenham, eles próprios, competência regulamentar);

f) A impugnabilidade judicial directa, garantida constitucionalmente aos titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos (artigo 268.º, n.º 5, da CRP) – que opera de forma diferente consoante o tipo de regulamento:

i) mediante impugnação e fiscalização concreta (desaplicação no caso) de regulamentos imediatamente operativos;

ii) mediante fiscalização abstracta (declaração de ilegalidade com força obrigatória geral) dos regulamentos não imediatamente operativos, a qual, no entanto, é limitada, visto que, por um lado, só é admitida (salvo para o Ministério Público) depois da desaplicação do regulamento em três casos concretos (por sentenças de anulação de actos de aplicação do regulamento com fundamento na antijuridicidade deste), e, por outro lado, não é admissível quando esteja em causa apenas a inconstitucionalidade do regulamento (cujo conhecimento é reservado ao Tribunal Constitucional).

## 6. As relações entre regulamentos administrativos externos

6.1. O princípio da ausência de hierarquia e da igualdade de valor típico entre regulamentos, embora se possa afirmar a prevalência das Resoluções normativas do Conselho de Ministros (pelo seu valor *substancial* reforçado) e dos Decretos regulamentares (pelo seu valor *formal* reforçado pela promulgação pelo Presidente da República) sobre os restantes regulamentos do Governo.

6.2. A aplicação específica, eventualmente cumulativa, dos regulamentos conforme as atribuições e competências próprias de cada autoridade (princípio da competência).

6.3. Os eventuais conflitos na aplicação de regulamentos são resolvidos, em primeira linha, se for caso disso, pelas regras aplicáveis à relação entre “normas gerais” e “normas especiais” (preferência de aplicação da “norma especial”, ainda que anterior).

6.4. No que respeita aos regulamentos das autarquias locais, os conflitos de aplicação, quando existam, são resolvidos, nos termos da Constituição, de acordo com a regra da *prevalência* (“preferência aplicativa”) dos regulamentos autárquicos de eficácia territorial mais ampla (“autarquias de grau superior”) ou a da *especialidade tutelar* (a prevalência dos regulamentos governamentais deve ser aceite apenas relativamente às *matérias* e à *medida* em que a lei determine a existência de tutela normativa do Governo ou dos governos regionais, que não se presume). É este o sentido a dar ao artigo 241.º da CRP, e não o da supremacia abstracta (“federalista” ou “estatista”) das normas preferidas, com a consequência da invalidade das normas preteridas.

V. o caso curioso da Resolução do Conselho de Ministros n.º 39/2010, que fixa um “quadro de referência” *indicativo* para as autarquias locais do “Estatuto das Conselheiras e dos Conselheiros Locais para a Igualdade”.

Nas matérias de *sobreposição* de atribuições e competências governamentais (nacionais ou insulares) com atribuições e competências

autárquicas (por exemplo, em matéria de ambiente e ordenamento do território), a prevalência deve ser avaliada em cada tipo de situações, em função das *normas de competência*, interpretadas no contexto do sistema constitucional, de acordo com os princípios da *subsidiariedade*, da *autonomia local* e da *descentralização democrática da Administração Pública* (artigo 6.º da Constituição), que limitam o princípio da *prevalência do interesse nacional*, devendo privilegiar-se os princípios de *cooperação* e de *coordenação* de interesses nacionais e locais – se não for possível a aplicação cumulativa das normas nacionais e autárquicas, a preferência das normas governamentais só se justifica com fundamento na necessidade imperiosa de assegurar o interesse nacional, perante a deficiência da regulamentação local.

6.5. No que respeita a regulamentos provenientes de órgãos colocados entre si numa relação de hierarquia ou de superintendência, os regulamentos da autoria dos órgãos subalternos ou superintendidos não podem contrariar os regulamentos emanados pelos superiores ou superintendentes sobre matéria que seja de competência ou atribuição comum.

6.6. No que respeita às autarquias institucionais e corporativas, quando disponham de autonomia estatutária, os “estatutos” das entidades prevalecem (julgamos que hierarquicamente) sobre os “regulamentos” e os “regimentos” emanados dos respectivos órgãos – constituem, enquanto “regulamentos de enquadramento”, uma espécie de “regulamentos reforçados”.

## 7. A invalidade dos regulamentos

7.1. Ilegalidade (antijuridicidade) por acção e por omissão. A nulidade como consequência típica.

7.2. Tutela judicial efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos em matéria regulamentar (268.º, n.º 5, da CRP): acção administrativa especial de impugnação de normas ou de declaração de ilegalidade por omissão.

7.2.1 Declaração de ilegalidade com força obrigatória geral (em regra, após desaplicação em três casos concretos) e desaplicação concreta de regulamentos imediatamente operativos.

7.2.2. Efeitos retroactivos (“*ex tunc*”) e ripristinatórios da declaração de invalidade com força obrigatória geral, salvo decisão judicial concreta que determine um diferente alcance.

7.2.3. Declaração de ilegalidade por *omissão* e fixação de prazo (não inferior a 6 meses) para a respectiva emissão.

## 8. A jurisprudência constitucional em matéria de regulamentos administrativos

8.1. O rigor formalista no cumprimento da indicação da lei habilitante (Acórdão n.º 457/94), de algum modo suavizado por o Tribunal ter entretanto admitido que o artigo 112.º, n.º 7, não impõe que a indicação da lei definidora da competência conste de um qualquer trecho determinado do regulamento (Acórdão n.º 357/99), e tem considerado suficiente a mera referência à lei habilitante no articulado do regulamento, ainda que dele não conste a expressa indicação que se pretendia proceder à regulamentação daquela lei (Acórdão n.º 110/95).

8.2. O limite constitucional da regulação primária por lei de matéria de direitos, liberdades e garantias (Ac. TC n.º 83/2001).

8.3. O limite constitucional da imposição fiscal em matéria de taxas (Acs. TC n.º 63/99 e n.º 52/2006).

(Página deixada propositadamente em branco)



## PARTE II

### O ACTO ADMINISTRATIVO

#### Bibliografia geral:

ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II., p. 51-101;

ROGÉRIO SOARES, “O acto administrativo”, in *Scientia Iuridica*, 1990, t. XXXIX, p. 25 e ss;

FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, p. 203 e ss;

M. ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, anotado*, p. 539-567.

#### Bibliografia facultativa:

ROGÉRIO SOARES, *Acto Administrativo*, in *Polis*, I, p. 102 e ss;

V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, 1995, p. 613 e ss;

VIEIRA DE ANDRADE, “Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de “acto administrativo” no nosso tempo”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, 2001, p. 1189 e ss;

PEDRO GONÇALVES, “Apontamento sobre a função e a natureza dos pareceres vinculantes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 0, p. 3 e ss;

RAÚL BOCANEGRA SIERRA, *La teoría del acto administrativo*, Madrid, 2005.

#### 1. O conceito de acto administrativo

1.1. A grande diversidade das formas de actuação no exercício da função administrativa impõe a compreensão de várias distinções, já referidas, que relevam para uma construção dogmática neste domínio.

Desde logo, a distinção básica entre a actividade administrativa sujeita (exclusiva ou principalmente) ao direito privado (gestão privada) e actividade regulada pelo *direito público*.

Depois, em especial entre os actos de direito público, a diferença entre factos jurídicos (acções materiais e comportamentos) e *actos jurídicos*.

Os actos jurídicos de direito público podem ser actos *negociais* (paritários, contratuais ou consensuais) e actos *unilaterais* praticados no exercício de poderes *de autoridade*.

Entre os actos unilaterais de autoridade, distinguem-se os actos gerais e abstractos (regulamentares) dos *actos individuais e concretos*.

Por fim, entre os actos unilaterais concretos de direito público, há actos internos (com eficácia intra-subjectiva) e *actos externos* (com eficácia *intersubjectiva*).

O “acto administrativo” é, no contexto destas diferenciações, um *acto* regulado por disposições *de direito público, um acto jurídico* (manifestação de vontade ou de ciência), praticado no exercício de poderes *de autoridade*, relativo a uma situação (individual e) *concreta* e, em princípio, com eficácia *externa*.

1.2. A evolução do conceito de “acto administrativo”, desde a época em que era equiparado a acto da administração – acto de autoridade, tipicamente desfavorável, no contexto de uma administração “agressiva” – até à actualidade, em que, dentro da actividade ultra-diversificada dos órgãos administrativos no exercício da *função administrativa*, ao incluir também actuações autorizativas, concessórias, de prestação, de regulação e de incentivo, se contrapõe, pelo menos, aos actos de direito privado, às acções materiais, aos contratos administrativos e aos regulamentos – um conceito consensual de *acto administrativo em sentido amplo*, como *acto jurídico, unilateral e concreto*, subordinado a um regime de *direito público*.

1.3. A razão de ser da construção originária do acto administrativo unilateral – constituía um instrumento privilegiado da *autoridade* para garantia da prossecução efectiva do *interesse público*, e, mais tarde, também uma *garantia de protecção* efectiva dos *direitos* e interesses legalmente protegidos dos particulares.

A acentuação do alcance *estabilizador* do acto (auto-vinculação administrativa) nas hipóteses de actos que criam situações favoráveis aos particulares (destinatários ou terceiros contra-interessados).

Apesar da perda da posição central, quer no contexto da função (face ao regulamento e ao contrato), quer da dogmática administrativa (face ao procedimento e à relação jurídica), o acto administrativo sobrevive, embora necessariamente transformado, na medida da *subsistência do sistema de administração executiva* – e recentemente amplificado até pela sua relevância no quadro da formação (adjudicação) e da execução (poderes de direcção, fiscalização, modificação, sanção e resolução) dos contratos administrativos.

1.4. A posição dominante na doutrina e jurisprudência portuguesa até 1989:

a) Um conceito *substantivo amplo* de acto administrativo: acto de autoridade (“conduta voluntária unilateral”) praticado por um órgão administrativo, no exercício de poderes administrativos, que visa produzir efeitos jurídicos num caso concreto (*excluindo* apenas os actos de direito privado, os contratos ou acordos, os actos políticos, legislativos ou jurisdicionais, as acções materiais e os regulamentos);

b) Um conceito *adjectivo* de “acto administrativo definitivo e executório”, enquanto acto susceptível de “recurso contencioso” imediato, em que se exigia uma tripla definitividade: *material* (ou substancial: “definição da situação jurídica dos particulares ou da Administração”), *horizontal* (ou procedimental: acto “final” de um “processo” ou de um incidente autónomo num processo) e *vertical* (ou competencial: acto de um órgão supremo ou que constitua a “última palavra da Administração”).

A crítica dessa concepção tradicional:

a) Imprestabilidade de um conceito substantivo amplo de acto administrativo, que, pela sua heterogeneidade, não pode ter relevo dogmático nem prático;

b) As desvantagens de um conceito de “acto definitivo” (num triplo sentido) e “executório” (eficaz e executivo), quer por ser fonte de confusão, quer por utilizar a mesma categoria para tratar realidades substancialmente distintas, quer ainda por pretender ser um conceito meramente adjectivo, englobando

os actos judicialmente impugnáveis (sem sequer o ser efectivamente, pois que se admite, por exemplo, impugnação de actos de execução excessiva e de actos em matéria administrativa de autoridades não administrativas).

1.5. Os eixos de justificação actual de um conceito *restrito* de “acto administrativo” – a necessidade de uma construção substantiva coerente e homogénea, com relevo doutrinal e prático, que englobe (todos e apenas) os *actos principais* da Administração, isto é, aquelas *decisões* administrativas às quais a lei reconhece força jurídica para a definição unilateral (desfavorável ou favorável) da esfera jurídica dos particulares.

1.5.1. Neste domínio, pode ser marcante uma razão *prática*: o controlo jurisdicional da juridicidade justifica-se designadamente para aqueles actos que, pela sua *natureza* – por serem decisões de autoridade com efeitos externos, afectam interesses dos particulares e são *potencialmente lesivos* das posições jurídicas destes (direitos e interesses legalmente protegidos) –, devam estar sujeitos à *garantia constitucional de impugnação judicial*.

No entanto, hoje este argumento não é decisivo, porque a garantia judicial efectiva dos particulares perante a Administração é plena e não está limitada à impugnação de decisões administrativas – está em causa apenas a utilização de *um certo pedido* (impugnatório), sob a forma específica de acção administrativa especial.

Além disso, o “acto administrativo impugnável” (acto lesivo) não tem, como veremos, de corresponder exactamente ao “acto administrativo substantivo”.

1.5.2. Hoje predomina, porém, na construção do acto administrativo a razão *dogmática*: a definição deve conter uma ideia ordenadora capaz de suportar um *regime substantivo global e coerente* no âmbito das relações jurídicas de direito público.

É importante a definição legal de um *regime material próprio* (substantivo e também procedimental), aplicável àqueles actos reguladores de relações jurídicas externas: aqueles que, pelo seu *conteúdo* – por constituírem decisões de autoridade (unilaterais) constitutivas (directamente) de efeitos jurídicos nas relações intersubjectivas –, impliquem um determinado *procedimento*

de formação (com direitos de participação, informação e audiência prévia dos interessados) e possam gozar de uma especial *força jurídica* (obrigatória e executiva, auto-vinculativa e hetero-vinculativa) e de uma reforçada *estabilidade* (assegurada pelos *limites à revogação*, bem como pelo *ônus de impugnação* a cargo dos lesados, e pela força de *caso decidido*).

1.6. As funções do *acto administrativo formal* – que ainda se justificam actualmente no sistema de administração executiva:

a) uma função *definitória imperativa*, enquanto acto jurídico regulador, conformador ou concretizador das relações jurídicas externas, vinculativo para a Administração, destinatários e terceiros – esta função varia em função do conteúdo do acto, cumprindo actualmente também, em determinadas situações, uma função *orientadora* de comportamentos;

b) uma função *tituladora ou executiva*, como decisão dotada de imperatividade e, sendo necessária a execução, de executividade (“título executivo”) ou mesmo, excepcionalmente, de executoriedade (quando seja admissível a execução coactiva);

c) uma função *estabilizadora*, já que a decisão, mesmo ilegal, não sendo nula, se consolida dentro de um prazo relativamente curto como “caso decidido” (se não tiver havido impugnação), assegurando ainda a auto-vinculação da Administração e a limitação dos respectivos poderes de revogação (segurança jurídica), designadamente quanto a decisões constitutivas de direitos para os destinatários (protecção da confiança legítima);

d) uma função *procedimental* (sobretudo para a estruturação da actividade administrativa), sendo o acto, como é, ou um referente unitário de colaborações e de participações (“acto principal”), ou uma pronúncia com efeitos externos próprios, *autónoma* relativamente a essa unidade;

e) uma função *processual* (sobretudo na perspectiva dos particulares), tendo em consideração que torna operativa a garantia constitucional e legal de intervenção fiscalizadora dos tribunais – impondo uma forma específica de acção (“acção administrativa especial”, em regra, com pedido de anulação ou de declaração de nulidade do acto).

A figura do acto administrativo (concreto) serve também para determinar o *núcleo essencial da função administrativa*, distinguindo-a materialmente

da função legislativa, designadamente para efeitos de separação dos poderes entre o Parlamento e o Executivo (“reserva de Administração”).

E tem ainda uma função *no contexto do direito comunitário*, para efeitos do reconhecimento recíproco das decisões administrativas de autoridade – o “método ou princípio da equivalência” e o “princípio do país de origem” geram efeitos vinculativos no ordenamento comunitário.

### 1.7. As definições normativas de acto administrativo

1.7.1. O conceito *substantivo* de acto administrativo é formulado no artigo 120.º do CPA: “consideram-se actos administrativos as *decisões* dos órgãos da Administração que, ao abrigo de normas de *direito público*, visem produzir *efeitos jurídicos* numa *situação individual e concreta*”.

1.7.2. O conceito *adjectivo* de acto administrativo surge em dois níveis: o conceito constitucional de *acto lesivo* de direitos e interesses legalmente protegidos configura a garantia de sindicabilidade judicial efectiva (artigo 268.º, n.º 4, da CRP); o conceito de *acto administrativo impugnável* da legislação processual administrativa define o âmbito próprio da acção administrativa especial (artigo 51.º do CPTA), abrangendo obrigatoriamente os actos administrativos *com eficácia externa*, ainda que inseridos num procedimento, especialmente os que sejam capazes de, por si, *lesarem* direitos ou interesses legalmente protegidos.

1.8. Os problemas de delimitação do acto administrativo em sentido estrito (relativamente ao conceito amplo) e as divergências que subsistem na doutrina portuguesa

1.8.1. O consenso sobre o carácter “decisório” do acto administrativo, que, por definição:

a) *exclui* do conceito os actos jurídicos *meramente preparatórios* (incapazes de produção autónoma de efeitos jurídicos, incluindo os pareceres não vinculativos), bem como os actos de *comunicação* ou de pura *execução*;

b) *inclui* no conceito os “actos destacáveis” do procedimento, que produzem autonomamente *efeitos externos*, ainda que limitados – por exemplo: *actos prévios* (informação prévia favorável e aprovação de projectos de arquitectura no licenciamento urbanístico), *actos parciais* (licença parcial para construção da estrutura), *actos de trâmite excludentes* (actos de exclusão de concorrentes em procedimentos concursais), *medidas provisórias* (artigo 84.º do CPA).

1.8.2. Os problemas e as divergências doutrinários estão associados ao procedimento administrativo, designadamente quanto às *pré-decisões* sem eficácia externa (que *determinam* os efeitos, mas não os *constituem* na ordem jurídica, designadamente não alteram, por si, a esfera jurídica dos destinatários), como por exemplo, os *pareceres vinculantes* e outras *deliberações preliminares* ou *pré-decisões* em procedimentos complexos.

Estas figuras levantam dificuldades à aplicação plena do regime *substantivo* (eficácia, validade, força jurídica) e *procedimental* (audiência prévia, notificação ou publicação) estabelecido para os actos administrativos.

Mas, em contrapartida, sugerem a conveniência, hoje reconhecida pela jurisprudência administrativa, da sua *impugnação judicial* por terceiros (no contexto de uma protecção antecipada) ou, se for caso disso, por órgãos de outros entes administrativos ou até da mesma pessoa colectiva (quando haja competências próprias e prossecução de interesses públicos contrapostos ou divergentes).

### 1.8.3. O problema do *silêncio* administrativo

Parece haver hoje consenso doutrinário e jurisprudencial sobre esta matéria, ou, pelo menos, uma opinião dominante.

Por um lado, tende a aceitar-se a eliminação da figura do “indeferimento tácito” e a revogação tácita do artigo 109.º do CPA pela consagração na lei processual da “acção de condenação à prática de acto administrativo devido” como processo judicial adequado para defesa dos direitos dos particulares em todos os casos de *omissão* administrativa, designadamente do silêncio relativamente a requerimentos dirigidos pelos interessados às autoridades competentes.

Por outro lado, continua a justificar-se a inclusão no conjunto dos actos administrativos do “deferimento tácito”, que subsiste (para alguns, enquanto subsistir, porque deveria ser totalmente eliminado).

1.8.4. Outro problema respeita à qualificação como acto administrativo do *acto negativo expresso*, que se acentuou em face do princípio da inimpugnabilidade isolada do indeferimento, resultante da inclusão dessas situações, pela reforma processual de 2002/2004, no âmbito da acção de condenação à prática de acto devido (artigo 67.º, n.º 1, alínea c) do CPTA).

### 1.9. A posição adoptada

No quadro problemático traçado, tendemos a adoptar uma posição intermédia, que parte de um conceito estrito de acto administrativo, ao qual se aplica essencialmente e tipicamente um determinado regime substantivo, procedimental e processual, mas que, em aspectos procedimentais, admite a extensão desse regime legal a outras figuras ou situações, e, no plano processual, considera decisiva a ideia de lesividade efectiva, associada a uma protecção judicial adequada, que não é exclusiva do acto administrativo em sentido estrito.

1.9.1. O conceito restrito de acto administrativo corresponde a uma estatuição de autoridade (“reguladora” e “constitutiva”), produzida por um órgão administrativo, que visa definir estavelmente a situação jurídica dos particulares num caso concreto, com “efeitos externos” – absorvendo as qualidades que a doutrina tradicional integrava na “definitividade material” e, em parte, na definitividade “horizontal”.

1.9.2. O conceito de definitividade valerá hoje apenas no sentido vertical, com uma pura dimensão processual – o acto administrativo do órgão subalterno, mesmo que o superior detenha competência concorrente, é susceptível de impugnação judicial imediata, salvo nos casos em que a lei estabeleça expressamente, como pressuposto processual, a necessidade de uma impugnação administrativa prévia.



1.9.3. O *regime substantivo e procedimental* previsto no CPA e também o *regime de impugnação judicial* da lei processual são aplicáveis em primeira linha aos “actos administrativos” em sentido estrito, sem prejuízo da *aplicabilidade*, total ou parcial, desses regimes a outras figuras, por extensão ou em concorrência, designadamente quanto ao regime processual, que obedece a uma lógica dominante de protecção judicial efectiva.

Assim, por um lado, aplicam-se ou poderão aplicar-se às “pré-decisões” certos aspectos do regime procedimental (e até porventura substantivo) estabelecido pelo CPA para os actos administrativos, com as necessárias adaptações.

Por outro lado, é nítida alguma divergência funcional entre a noção substancial de acto administrativo e o conceito de “acto administrativo impugnável” na legislação processual.

Na realidade, o CPTA estabelece:

i) uma protecção *condicionada* ou *diferida* contra os actos administrativos ainda não eficazes, que, apesar de serem verdadeiros actos administrativos, nem sempre são imediatamente impugnáveis (artigo 54.º);

ii) uma protecção apenas *implícita* contra o indeferimento expresso, na medida em que, em princípio, apesar de ser um acto, não é directamente impugnável, obtendo-se a sua “eliminação da ordem jurídica” através da acção de condenação à prática do acto devido (artigo 51.º, n.º 4 e 66.º, n.º 2);

iii) uma protecção *alargada* – admite-se impugnação de “decisões materialmente administrativas” de outros poderes públicos ou de entidades privadas (artigo 51.º, n.º 2).

Além disso, leis especiais podem ainda determinar expressamente ou permitir, através de uma jurisprudência “criativa”:

i) uma protecção *condicionada* – quando a impugnabilidade judicial de actos administrativos não definitivos fica dependente de impugnação administrativa necessária (reclamação ou recurso);

ii) uma protecção *antecipada* – quando se admita a impugnabilidade de “actos centrais” em procedimentos, independentemente de serem ou não verdadeiros actos administrativos por constituírem o momento adequado à fiscalização judicial (o exemplo da impugnabilidade da aprovação do projecto de arquitectura, da perspectiva de terceiros);

iii) uma protecção *ampliada* – quando se aceite a impugnabilidade de actos organizativos dos serviços ou de decisões relativas ao funcionamento de órgãos colegiais (em princípio, actos internos), que adquiram relevância externa (por exemplo, para os utentes) ou intersubjectiva (para os membros do órgão colegial).

1.9.4. O *indeferimento expresse* deve configurar-se como verdadeiro acto administrativo, integralmente sujeito ao respectivo regime procedimental e substancial (CPA) – e que poderá até ser isoladamente impugnado nos tribunais em determinadas condições, embora, em regra, em caso de indeferimento, o particular tenha de lançar mão da acção de condenação à prática de acto devido.

#### 1.10. Análise do conceito de acto administrativo em sentido estrito

##### a) "*Uma estatuição de autoridade...*"

O acto administrativo configura um comando, permissão ou proibição *unilateral*, é dotado de *imperatividade* e *vinculativo* para a própria Administração, e destina-se a “regular” imediatamente situações ou relações jurídicas: como decisão de *produção de vantagens*, como pronúncia *ablatória*, como *imposição* de desvantagens, como *pressuposto* de efeitos, como *avaliação ou qualificação*, como determinação de *prova* ou factor de *certeza jurídica*.

O CPA refere-se ao acto como “decisão” e na doutrina tradicional falava-se a propósito de uma “conduta voluntária”, mas, como vimos, a voluntariedade do acto, tal como o seu carácter decisório, têm de ser entendidos no quadro de uma função que visa a realização de fins hétero-definidos – são, por isso, decisões os actos *estritamente vinculados* (apesar de não definirem discricionariamente o seu conteúdo, “constituem” os efeitos na ordem jurídica) e as *verificações* ou *avaliações constitutivas* (embora manifestações de ciência, criam a certeza jurídica oficial quanto aos factos verificados ou avaliados), tal como não deixam de ser unilaterais os *actos necessitados de colaboração* dos particulares (quando essa colaboração não é constitutiva dos efeitos, mas preparatória ou determinante da eficácia).

Também se admitem os actos *implícitos* em sentido estrito (decisões contidas em procedimentos executivos), embora a legalidade do procedimento executivo exija, em regra, a prática prévia do acto exequendo desfavorável (cfr. o artigo 151.º do CPA).

Por falta deste elemento de imperatividade, excluem-se do conceito de acto administrativo: os actos de direito privado, as declarações negociais, os actos instrumentais externos (de mera execução ou de comunicação), bem como os actos meramente *confirmativos* (sobre os últimos, cfr. ainda o artigo 9.º, n.º 2, do CPA).

b) “... *praticada por um sujeito de Direito Administrativo...*”

Para além dos “órgãos da Administração” a que se refere o CPA, a definição abrange os actos de sujeitos privados dotados de poderes públicos de autoridade, incluindo as entidades administrativas privadas, os concessionários e outros particulares com poderes públicos “delegados” (mas já não os privados reconhecidos e autorizados, como, por exemplo, as escolas privadas); também as “decisões materialmente administrativas” de autoridades não-integradas na Administração Pública (PR, AR, Tribunais) são expressamente equiparadas por lei a actos administrativos para efeitos de impugnação judicial (devendo aplicar-se também, com as devidas adaptações, o regime substantivo).

c) “... *no uso de poderes jurídico-administrativos ...*”

A referência aos poderes conferidos por “normas de direito público” leva à exclusão do conceito, não apenas dos actos de direito privado, mas também dos actos praticados por sujeitos administrativos (fundamentalmente, pelo Governo) que pertençam *materialmente* à função legislativa (embora haja actos materialmente administrativos sob forma de decreto-lei), à função política ou à função jurisdicional (embora haja decisões de arbitragem ou de resolução de conflitos entre privados por autoridades administrativas, designadamente reguladoras, que são actos administrativos).

d) “... *relativa a um caso concreto...*”

Esta nota característica visa distinguir o acto do regulamento. No entanto, se não há dúvidas de que as disposições gerais e abstractas constituem regulamentos, já se discute a admissibilidade de actos administrativos *gerais* (relativos a uma situação concreta, mas aplicáveis a uma pluralidade de

destinatários não determinada, ainda que determinável, identificada por uma categoria, classe ou grupo de indivíduos), bem como a de actos administrativos *abstractos* (criam obrigações individuais permanentes).

Embora o CPA pareça exigir que o acto se refira a uma situação *individual e concreta*, julgamos que deveria admitir-se a categoria dos actos administrativos gerais (que não são feixes de actos, nem devem sujeitar-se ao regime dos regulamentos).

Pode haver actos *plurais* (divisíveis em função dos destinatários, constituindo um feixe de actos), entre os quais se destacam os actos *contextuais* (são actos autónomos, mas têm uma forma comum, como acontece na publicação dos resultados de vários exames realizados por um júri, ou num despacho homologatório de decisões de vários júris). Tal como pode haver actos administrativos *reais*, que definem a situação jurídica de uma coisa (classificação de um imóvel de interesse público).

A tendência antiga para o alargamento do conceito de acto administrativo com a finalidade de permitir a impugnabilidade judicial das decisões administrativas lesivas já não faz sentido no actual sistema de justiça administrativa, que admite a impugnabilidade directa dos regulamentos (incluindo os planos e os documentos contratuais) e confere aos interessados uma plenitude de acesso aos tribunais administrativos através da acção administrativa comum.

Este conceito equivale, no essencial, ao conceito legal do artigo 120.º do CPA.

Na linha da posição de Rogério Soares, entendemos que deve ainda considerar-se um último momento, a eficácia externa:

e) “... *destinada a produzir efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos.*”

Este elemento implica a distinção entre efeitos jurídicos internos e externos, que suscita alguns problemas de fronteira – os actos praticados no âmbito das relações especiais de Direito administrativo podem ser actos internos ou actos administrativos, conforme se reportem, respectivamente, à “relação orgânica” (intra-subjectiva) ou à “relação fundamental” (inter-subjectiva).

Para além disso, a exigência de uma produção *directa* dos efeitos externos implica a exclusão do conceito de acto administrativo em sentido estrito dos actos preparatórios inseridos no procedimento, ainda que determinan-

tes do conteúdo da decisão, na medida em que não visem produzir efeitos externos por si, mas apenas *através* de um acto principal.

A produção de efeitos externos verifica-se também nos actos negativos, que operam efeitos de consolidação jurídica – as decisões de recusa de produção dos efeitos jurídicos requeridos são, por isso, como vimos, actos administrativos.

#### 1.11. Figuras especiais de actos administrativos

O desenvolvimento e a diversificação das áreas de actuação administrativa deram origem a novas figuras de acto administrativo, que podem estar sujeitas a especialidades de regime, e de que são exemplos:

a) os actos administrativos contratuais (que exprimem o exercício de poderes do contraente público na execução de contratos administrativos);

b) os actos administrativos de arbitragem e de decisão regulatória de conflitos (sobretudo provenientes de autoridades reguladoras independentes, relativos a conflitos entre entidades reguladas);

c) os actos administrativos comunitários (europeus) e transnacionais (no âmbito do direito da União europeia e do direito internacional);

d) os actos administrativos informáticos (no contexto da administração electrónica).

#### 1.12. Outros *actos jurídicos* de direito público administrativo

Distinguindo-se das operações materiais ou comportamentos (onde a vontade não é relevante), há *actos jurídicos* concretos de direito público, em regra praticados por órgãos administrativos (ou entes equiparados), que não constituem estatuições de autoridade com efeitos externos – e não são, por isso, actos administrativos em sentido estrito.

Entre eles destacam-se os actos jurídicos *instrumentais*, que visam primordialmente assegurar as condições de constituição, de validade ou de eficácia de actos administrativos – são praticados pela Administração (ou pelos particulares) e inserem-se num procedimento, embora alguns visem produzir efeitos *dentro do procedimento* (a generalidade dos actos meramente preparatórios, em que avultam os pareceres) e outros tenham eficácia *externa* (comunicações, incluindo notificações e publicações, bem como os actos jurídicos de mera execução).

## 2. Classificação dos actos administrativos e demais actos jurídicos da Administração

148

### Bibliografia:

ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 101-141.

2.1. A diversidade e a relatividade das classificações doutrinárias, resultantes, quer da *variedade* possível dos critérios adoptados, quer da *falta de consenso* entre os autores quanto ao alcance dos conceitos utilizados.

2.2. Algumas espécies doutrinárias de actos administrativos com relevo prático:

a) actos de *eficácia duradoura* (os efeitos não se esgotam no momento da sua prática e criam uma relação jurídica que se prolonga no tempo);

b) actos *negativos* (o indeferimento expresso de requerimentos e a recusa de apreciação de pedidos);

c) actos *constitutivos de direitos* e interesses legalmente protegidos (actos que constituem efeitos jurídicos *favoráveis* na esfera jurídica dos destinatários ou de terceiros);

d) actos *provisórios* (cujos efeitos dependem de uma futura pronúncia definitiva);

e) actos *precários* (sujeitos a revogação ou cujos efeitos dependem de “condições resolutivas”);

f) *pré-decisões* – actos que, precedendo o acto final de um procedimento ou o acto que define a situação jurídica do interessado no âmbito de outro procedimento, decidem, peremptória ou vinculativamente, sobre a existência de condições ou de requisitos de que depende a prática de tal acto.

Têm como subcategorias os *actos prévios* – aqueles que, embora decidindo sobre um aspecto particular da decisão final, não constituem qualquer efeito jurídico na esfera do destinatário –, e os *actos parciais* – decisões constitutivas de efeitos externos antecipadas no que respeita a uma parte ou a um aspecto da decisão final global.

g) *promessas* administrativas (auto-vinculação unilateral à prática de actos).

### 2.3. Classificação dos actos administrativos quanto ao *conteúdo*

I) Os actos *desfavoráveis* (que provocam situações de desvantagem):

149

1) *actos ablatórios* – suprimem, comprimem ou retiram direitos ou faculdades;

2) *actos impositivos* – ordens, sejam *comandos*, que impõem obrigações de conteúdo *positivo* (de fazer, de dar ou de suportar) ou *proibições*, que têm um conteúdo *negativo* (restringem a liberdade);

3) *indeferimentos* – recusa, pelo órgão competente, da prática de acto favorável requerido pelo interessado.

II) Os actos *favoráveis* (que desencadeiam benefícios para os destinatários, particulares ou públicos):

1) *Concessões* e outros actos que *conferem ou ampliam direitos* (ou extinguem obrigações) ou *poderes "administrativos"*.

Podem ser *translativas*, se transmitem direitos ou poderes (já) existentes na titularidade da Administração concedente, ou *constitutivas*, se criam “*ex novo*” direitos ou poderes de que a Administração não pode ser titular, mas que só ela pode criar em favor dos particulares (implicando, em regra, uma restrição ou compressão dos poderes públicos).

Os casos típicos da *concessão de serviço público* (concessão translativa), e da *concessão de uso privativo do domínio público* (concessão constitutiva) – embora actualmente operem em regra pela via contratual.

A *delegação* de poderes entre órgãos administrativos tem a natureza de uma *concessão constitutiva*.

A *promessa* e a *adjudicação* são exemplos de actos que conferem direitos.

A extinção de obrigações pode operar através da *renúncia administrativa*.

2) As *autorizações* em sentido *amplo*, que visam, por iniciativa ou candidatura do interessado, *remover um limite imposto pela lei* ao exercício de uma actividade *fora do domínio administrativo da entidade autorizante* (isto é, própria da esfera do destinatário da autorização, seja um particular ou outro órgão administrativo).

a) *Autorizações nas relações entre a Administração e os particulares* (na sequência de normas legais que limitam as liberdades, com maior ou menor intensidade, fazendo depender a actuação do particular de uma intervenção administrativa):

i) *dispensas*, que removem, excepcionalmente, no caso concreto, um dever especial, relativo a uma actividade estritamente proibida ou imposta por lei (a que não corresponde um direito da Administração);

ii) *licenças* (autorizações constitutivas), que constituem direitos subjectivos em favor dos particulares em áreas de actuação sujeitas a proibição relativa (preventiva) pela lei, uma vez acautelada no caso concreto a não lesão do interesse que justificou a proibição legal;

iii) *autorizações* propriamente ditas (permissivas), que permitem o exercício pelos particulares da actividade correspondente a um direito subjectivo pré-existente, apenas condicionado pela lei a uma intervenção administrativa.

b) *Autorizações nas relações entre órgãos administrativos*:

i) *autorizações constitutivas da legitimação* (distintas das delegações), que conferem ao órgão autorizado a possibilidade de praticar num caso concreto um acto (administrativo ou instrumental) para o qual é (já) competente;

ii) *aprovações*, que desencadeiam a produção de efeitos do acto administrativo aprovado (normalmente, depois deste estar constituído) no quadro de um controlo preventivo.

### III) Os actos relativos a “*status*”

São actos de execução instantânea através dos quais se procede à *criação* (sobretudo por *admissões* – nomeação, matrícula, inscrição, internamento), *modificação* (promoção, suspensão, transferência) e *extinção* (demissão, expulsão, “alta”) de *estatutos pessoais*, mas também *reais* (classificação constitutiva, afectação ou desafectação de um bem).

O *carácter objectivo e regulamentar* do “estatuto” (conjunto articulado de direitos e de deveres) e a sua independência relativamente aos actos concretos que o atribuem – a possibilidade de modificação do *status* por via geral e abstracta, sem que se possam invocar direitos adquiridos à aplicação das normas vigentes à data da admissão.



IV) Os actos *secundários* ou *de 2.º grau*: actos que visam produzir efeitos sobre um outro acto administrativo anterior, que constitui o respectivo objecto (revogação e anulação, reforma, ratificação ou convalidação, conversão).

Não se devem confundir os actos secundários com os “actos contrários” – estes não actuam sobre o acto, mas sobre a relação jurídica determinada pelo acto precedente, como acontece, por exemplo, com a demissão ou a reversão, relativamente à nomeação do trabalhador e à expropriação do imóvel.

#### 2.4. Classificação dos outros actos jurídicos da Administração

a) *Actos de conteúdo deliberativo*: deliberações prévias e acordos preliminares, requisições, propostas e designações.

b) *Actos de conteúdo declarativo*: *verificações* (relatórios de vistorias ou de exames periciais, atestados, certidões, diplomas, registos, actas, autos) e *avaliações* (relatórios de avaliação e, sobretudo, os *pareceres*) – distinção das “verificações e avaliações constitutivas”, que são verdadeiros actos administrativos.

Tipos de pareceres, enquanto avaliações jurídicas ou técnicas: *obrigatórios* e *facultativos*, conforme tenham, ou não, de ser solicitados; *vinculantes* e *não vinculantes*, conforme tenham, ou não, de ser seguidos – os pareceres previstos são, salvo disposição legal em contrário, *obrigatórios* e *não vinculantes*.

O caso especial dos *pareceres conformes*, que apenas são obrigatórios e vinculantes num sentido – em regra, exige-se parecer favorável, que só é obrigatório para o órgão competente tomar decisão favorável e só é vinculante se for desfavorável.

c) *Comunicações*: *intimações* (a distinguir das admoestações, avisos ou ameaças de prática de um acto administrativo, quando sejam meros comportamentos), *publicações* e *notificações*.

### 3. O Procedimento administrativo

#### Bibliografia:

152

ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 141-180;

ROGÉRIO SOARES, “A Administração Pública e o procedimento administrativo”, in *Scientia Iuridica*, 1992, t. XLI, p. 195 e ss;

FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2001, p. 288-341;

FREITAS DO AMARAL, “Fases do procedimento decisório de 1.º grau”, in *Direito e Justiça*, VI, p. 25 e ss;

PEDRO GONÇALVES, *As regras do procedimento*, CEFA, 1993, p. 59 e ss;

MARTA PORTOCARRERO, *Modelos de simplificação administrativa*, 2002, p. 43-51;

M. ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, anotado*, p. 321-326; p. 448-466.

#### Bibliografia facultativa:

VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, 1996, p. 358-380.

3.1. O procedimento num sistema de direito administrativo – as relações entre o *procedimento* e o *processo*.

3.1.1. A evolução desde os tempos primitivos, em que o procedimento administrativo era interno, secreto (“*arcana praxis*”) e juridicamente irrelevante, para uma concepção externa, transparente e juridicamente relevante do procedimento.

3.1.2. A compreensão do procedimento administrativo nos sistemas de *administração executiva* de tipo *ocidental* (pluralista), em que a Administração visa a realização do *interesse público* (entendido como equilíbrio entre os interesses, diversos e muitas vezes contrapostos, da comunidade e dos indivíduos e grupos sociais), *previamente definido pela lei* (em termos mais ou menos vinculados) e cuja actividade está, por razões de sistema, sujeita à *fiscalização judicial* posterior.

3.1.3. A consequente impropriedade de outros paradigmas procedimentais:

a) do *paradigma monista*, de inspiração austríaca (Kelsen), baseado no modelo de lide, típico de um processo judicial, em que se visa julgar, isto é, dizer o direito na situação concreta, através de uma pronúncia impar-

cial perante as partes – paradigma que (apesar de uma certa aproximação nos procedimentos sancionatórios) não vale para a generalidade dos procedimentos administrativos, em que a Administração toma decisões para a satisfação do interesse público;

b) da *concepção “socialista”* de uma Administração politicamente vinculada e pedagógica, que parte do pressuposto da coincidência entre os interesses dos cidadãos e o interesse da sociedade – paradigma que não vale numa sociedade pluralista e democrática, em que há direitos dos particulares e uma tensão legítima entre os seus interesses e os da comunidade;

c) dos *modelos anglo-saxónicos* da administração livre e “*fair*”, fracamente vinculada a soluções legais substantivas previamente definidas, em que o procedimento é factor e condição da legitimidade decisória dos casos – paradigma que não vale inteiramente num sistema de administração executiva, vinculada no essencial a pré-determinações legislativas.

### 3.2. O princípio da procedimentalização

a) A procedimentalização de toda a actividade administrativa – destinada à produção de actos, regulamentos e contratos, bem como à respectiva execução.

b) Os objectivos da procedimentalização da actividade administrativa: a participação e garantia de interesses (públicos e privados), a eficiência, a coordenação e racionalização de tarefas complexas – finalidades que se combinam em proporções variáveis, conforme os tipos e as espécies procedimentais, sendo exponencialmente complexo naqueles casos em que se defrontam, para além de interesses privados conflitantes, interesses públicos contraditórios.

### 3.3. O conceito de procedimento: procedimento e acto administrativo

a) O procedimento como *acto complexo* e a sua inadequação para a compreensão teórica das situações de colaboração diferenciada;

b) A concepção *adjectiva* do procedimento como resposta adequada à construção teórica e às necessidades práticas, acentuando o carácter *funcional* da figura;

c) As relações possíveis entre o procedimento e o acto administrativo.

3.4. Os momentos característicos da figura do procedimento:

- a) um *conjunto de pronúncias (actos jurídicos)*, que exprimem a *colaboração de diversos órgãos* e a *composição de diferentes interesses públicos e privados*;
- b) um *resultado jurídico unitário* como *finalidade última* de *interesse público substancial* de todas as manifestações que o constituem;
- c) uma *tramitação temporal e substancial*, constituindo uma *sequência ordenada* em que há, tipicamente, um (ou mais) *acto(s) principal(is)* (cuja *finalidade imediata* coincide com a finalidade última do procedimento) e *actos subordinados*, desempenhando cada um deles um *papel específico* (iniciativa, preparação, controlo, comunicação), embora dirigido à finalidade última do procedimento.

3.5. Tipos de procedimentos

- a) Procedimentos de 1.º grau e procedimentos de 2.º grau (impugnações administrativas);
- b) Procedimentos decisórios e executivos;
- c) Procedimentos bipolares e procedimentos poligonais (incluindo o da actividade arbitral da Administração);
- d) Procedimentos obrigatórios (formais) e procedimentos facultativos ou informais;
- e) Procedimentos simples e procedimentos complexos.

No quadro dos procedimentos complexos, devem ter-se em conta:

- i) Os *subprocedimentos* – que podem ser de *instrução* ou de *controlo preventivo*, entroncando o seu acto principal, respectivamente, na fase preparatória [proposta, parecer] ou na fase integrativa da eficácia [aprovação];
- ii) os procedimentos *escalonados* ou *faseados* – com *pré-decisões*: actos *prévios* (decidem definitivamente certas condições da decisão global) ou decisões *parciais*, relativamente à decisão final;
- iii) os procedimentos *coligados* ou *conexos* – que podem ser *paralelos* ou *sucessivos (sequenciais)*.

Por exemplo, a DIA (Declaração de Impacte Ambiental) é um acto administrativo final parcial (DL 69/2000), no âmbito do procedimento de AIA (Avaliação de Impacte Ambiental), que constitui um procedimento *paralelo* relativamente ao licenciamento – Ac. TCA-N 12/06/2008.

### 3.6. Novas tendências procedimentais

#### 3.6.1. Mecanismos de *simplificação* administrativa:

- a) *desregulação*, através de procedimentos de comunicação de início de actividade (iniciativa de procedimento de verificação para eventual oposição administrativa com prazo);
- b) relevância do *silêncio endoprocedimental* (99.º, n.º 3, CPA), também, por exemplo, com efeito devolutivo a outras entidades;
- c) *concentração*: verificação ou autorização de projectos [CJA, 32, p. 41 e ss];
- d) *coordenação*: conferência procedimental (instrutória ou deliberativa).

[V. o artigo 13.º-A do Decreto-lei n.º 555/99, introduzido pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, relativo ao licenciamento de operações urbanísticas, em que se combina uma fórmula de concentração com uma conferência decisória; v. o artigo 11.º do Decreto-lei n.º 166/2008, de 22 de Agosto, que prevê um conferência de serviços instrutória para delimitação da REN.]

3.6.2. *Privatização* – substituição de procedimentos públicos por procedimentos privados; delegação da instrução em privados.

### 3.7. O procedimento no CPA

- a) A diversidade dos procedimentos em função das situações e do modo como se apresentam os interesses públicos a prosseguir pela Administração: os problemas da codificação e as cautelas na aplicação das regras gerais aos procedimentos especiais;
- b) O procedimento do acto como procedimento-tipo.

### 3.8. Os princípios gerais do procedimento

- a) Princípio da *liberdade* da iniciativa dos interessados e princípios da *legalidade* e da *oportunidade* da iniciativa pública;
- b) Princípio da *imparcialidade* negativa;
- c) Princípio do *inquisitório* – decorrente do princípio da *prosecução do interesse público*;
- d) Princípio do *procedimento aberto* – sub-princípios da *colaboração*, da *informação* e da *participação*;
- e) Princípios da *eficiência e da adaptação*;
- f) Princípio da *decisão*;
- g) Princípio da *gratuidade*.

3.9. Os sujeitos do procedimento: um conceito amplo de interessados, englobando os titulares de interesses individuais, colectivos e comunitários (artigos 52.º e 53.º do CPA).

### 3.10. As fases do procedimento administrativo

#### 3.10.1. Fase preparatória

Integram-se aqui os actos preparatórios típicos, isto é, os *actos jurídicos* que estão *directamente conexiónados com o acto principal*, *visam a sua consumação* e que não produzem *efeitos externos* senão *através dele* – excluindo operações materiais, “pressupostos” longínquos e actos administrativos com autonomia funcional.

Nos termos do CPA, incluem-se na preparação da decisão administrativa, que condicionam a validade do acto principal:

- a) A *iniciativa* (artigo 54.º), que pode ser desencadeada pelo *interessado* (sendo como tal qualificado quem tenha legitimidade para iniciar o procedimento, nos termos do artigo 53.º), por meio de um *requerimento* (artigos 74.º e ss), ou por um órgão administrativo através de um *acto público de iniciativa*, devendo distinguir-se, neste caso, os procedimentos *oficiosos* dos procedimentos públicos *não oficiosos* (desencadeados por propostas, requisições, pedidos).

b) A *instrução* (artigos 86.º a 99.º), como momento de individualização, valoração e comparação dos interesses co-envolvidos na decisão administrativa que o procedimento serve, integra os actos que relevam como produtores de uma *situação jurídica* que é *condição de validade* do acto principal, mas *exterior ao tipo legal* respectivo.

Em particular, aí se devem incluir:

- de origem administrativa: as *diligências probatórias* (artigos 86.º a 97.º) e as *diligências consultivas* (em especial, os *pareceres* – artigos 98.º e 99.º);
- de origem privada: *provas e alegações*.

A *direcção da instrução*, que se desenvolve de acordo com o *princípio do inquisitório* (artigo 56.º), cabe, em regra, mas não necessariamente, ao órgão competente para a decisão final ou ao seu subalterno.

No entanto, neste momento procedimental, podem produzir-se actos que não sejam meramente preparatórios, designadamente por produzirem efeitos autónomos – actos que podem consistir em decisões impugnáveis directamente junto dos tribunais, não estando sujeitas ao princípio da impugnação unitária.

Assim, perante a admissibilidade de o órgão competente para a decisão final ordenar *medidas provisórias* necessárias para prevenir lesões graves ou de difícil reparação dos interesses públicos (artigos 84.º e 85.º) – embora possam ser ordenadas em qualquer fase do procedimento, são mais prováveis durante a instrução – estas medidas produzirão efeitos jurídicos próprios, muitas vezes lesivos da esfera jurídica dos particulares.

Também a *suspensão do procedimento* depende da existência de uma causa prejudicial, deve ser fundamentada e, se lesiva, há-de ser susceptível de impugnação.

### 3.10.2. A *audiência dos interessados* (artigos 100.º a 103.º)

Constitui um trâmite intermédio entre a fase preparatória e a fase constitutiva, destinado à efectivação da *participação dos interessados* na formação da decisão administrativa, que serve para defesa dos interesses dos particulares envolvidos, mas também para o bom andamento da função administrativa.

É, em princípio, aplicável a todos os procedimentos, sem prejuízo daqueles casos em que a lei a exclui, por razões de urgência, inadequa-

ção ou impraticabilidade (artigo 103.º, n.º 1) e daqueles em que permite a respectiva dispensa administrativa pelo órgão instrutor, por inutilidade ou superfluidade (artigo 103.º, n.º 2).

### 3.10.3. *Fase constitutiva*

Produz-se o acto *principal* ou *típico*, que pode ser um acto simples (singular ou colegial) ou um acto compósito, com diferentes pronúncias – acto complexo, acto continuado, acto composto em sentido estrito. Distinção entre actos compósitos e actos contextuais (simultâneos ou plurais).

A legitimação e a formação da vontade (“deliberação”) nos órgãos colegiais.

A decisão expressa e a relevância do silêncio, que hoje só é decisória na hipótese do deferimento tácito legalmente previsto.

A relevância jurídica *nuclear* do momento constitutivo (no plano substancial e no plano temporal).

### 3.10.4. *Fase integrativa de eficácia*

Engloba os *actos de controlo preventivo* e *actos de adesão ou aceitação* dos particulares.

Actos integrativos de eficácia são aqueles actos (que podem ser actos administrativos ou instrumentais) que, não contribuindo para a definição do conteúdo do acto principal, nem operando no plano da validade, visam (apenas) *remover os obstáculos à sua operatividade efectiva*, no que respeita aos seus *efeitos típicos* – actas, aprovação, visto, aceitação ou adesão particular.

A relevância das *comunicações (notificações e publicações)* obrigatórias como *condições de oponibilidade* (de efeitos desfavoráveis) e não como condições gerais de eficácia do acto, em face da regra geral do *carácter não receptício* dos actos administrativos e da *razão de ser* substancial que, além da segurança jurídica, visa a protecção dos particulares – nesse sentido, v. o artigo 60.º, n.º 1, do Código do Processo nos Tribunais Administrativos; contudo, sobre a publicação, ver o artigo 130.º, n.º 2, do CPA, que, nos casos de publicação obrigatória, parece condicionar-lhe a eficácia do acto em termos globais, sem distinguir entre efeitos favoráveis ou desfavoráveis.



3.11. Os direitos de informação procedimental (artigo 268.º, n.º 1, da Constituição e artigos 61.º a 64.º do CPA) dos interessados directos: informação sobre andamento e resoluções tomadas, consulta e passagem de certidões; os limites de segredo; a extensão a titulares de interesses legítimos.

3.12. O procedimento de execução de actos administrativos: os princípios da decisão prévia e da notificação prévia (remissão).

3.13. As situações de *urgência* (perigo iminente, eventual e, em regra, precavido na própria lei) – as *dispensas procedimentais* [cfr. artigos 19.º, 46.º, n.º 2 e 103.º, n.º 1, a) do CPA] e, eventualmente, a *coacção directa policial*, sujeita aos princípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporção ou equilíbrio).

3.14. O *estado de necessidade* (perigo grave e excepcional para interesses de grande relevo, em regra urgente, mas não necessariamente) e a consequente *desprocedimentalização* (os actos são válidos, ainda que ilegais – artigo 3.º, n.º 2, do CPA).

#### 4. Eficácia do acto administrativo

##### Bibliografia:

ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 180-191.

##### Bibliografia facultativa:

PEDRO GONÇALVES, “Notificação dos actos administrativos”, in *Ab Vno Ad Omnes*, 1998, p. 1091 e ss.

4.1. A distinção teórica e prática entre *validade* e *eficácia* de actos administrativos

A validade respeita a *momentos intrínsecos* do acto, depende do cumprimento do respectivo padrão normativo de formação (se comporta, ou não, vícios) e denota a *vitalidade* ou *aptidão* para produzir efeitos.

A eficácia respeita a *circunstâncias extrínsecas* de que dependa a *operatividade* ou *produção efectiva* dos efeitos visados pela decisão.

Isso significa que, na prática:

a) há actos administrativos *válidos, mas não operativos* – actos de eficácia *diferida* (sujeitos a termo inicial), de eficácia *condicionada* (por o seu procedimento depender de uma fase integrativa da eficácia ou por outra condição legal, ou ainda por cláusula acessória de condição aposta ao acto) ou de eficácia *suspensa* (por efeito legal de impugnação, por decisão administrativa ou judicial);

b) há actos *inválidos que são produtores de efeitos* – os actos portadores de vícios que os tornem *anuláveis* têm eficácia provisória, que se torna definitiva, caso se tornem *inimpugnáveis* (por decurso do prazo respectivo); excepcionalmente, os efeitos putativos de actos *nulos* podem ser reconhecidos perante o decurso do tempo, com fundamento em princípios jurídicos gerais.

#### 4.2. Actos de *eficácia instantânea* e actos de *eficácia duradoura*

Os actos têm eficácia instantânea quando os seus efeitos se esgotam no momento em que se tornam eficazes, mesmo que fundem situações duradouras (como acontece com os actos extintivos ou com os que criam *status*).

Os actos de eficácia duradoura, que criam “relações de trato sucessivo” entre a Administração e os particulares, suscitam problemas específicos – em função das vicissitudes do *tempo*, isto é, das alterações das circunstâncias de facto, das normas aplicáveis ou até da concepção administrativa do interesse público (quando haja espaços de discricionaridade ou autonomia decisória).

#### 4.3. Início da eficácia

A contagem dos efeitos reporta-se, em regra, ou ao momento em que se desencadeia a eficácia (*ex nunc*), ou então ao momento constitutivo do acto (*ex tunc*).

A *retroactividade* propriamente dita (incluindo a *retrospectividade* ou retroactividade inautêntica) verifica-se quando a lei ou o órgão decisor *determinam* a produção dos efeitos de um *acto* (ou de alguns deles), a contar de um momento *anterior à respectiva constituição*. Em rigor, devem distinguir-se da retroactividade as situações de *retrodatação* (nos

casos de momento constitutivo deslocado, quando os efeitos de um acto se devessem ter produzido, por imposição legal, em um momento anterior ao da sua prática efectiva), bem como das situações de *retrotracção* (nos casos de eficácia *ex tunc*, sempre que os efeitos de um acto se reportem *naturalmente* ou *necessariamente* a um momento anterior, como acontece como os efeitos das decisões de anulação ou de sanção de outro acto), embora esta última situação suscite alguns problemas temporais semelhantes aos da retroactividade.

#### 4.4. As regras sobre a contagem da eficácia no CPA (artigos 127.º a 132.º)

A regra geral da “eficácia *ex nunc*” (os efeitos do acto produzem-se desde a data em que for praticado – artigo 127.º) e as suas excepções – “eficácia retroactiva” (artigo 128.º) e “eficácia diferida” (artigo 129.º).

O princípio geral da *não-retroactividade* dos actos administrativos, na pressuposição de que a retroactividade implica a afectação de posições jurídicas estáveis já constituídas, e as “excepções” legais: actos interpretativos, actos de execução de sentença não renovatórios; *actos de efeitos inteiramente favoráveis, se justificado*; actos extintivos de 2.º grau (artigo 128.º do CPA) – em rigor, a lei só admite a retroactividade perfeita nos casos de actos favoráveis, desde que a decisão pudesse ser validamente tomada com o mesmo conteúdo nesse momento anterior ao qual os efeitos são reportados, justamente porque aí não há ofensa de direitos ou posições jurídicas dos particulares, nem ilegalidade substancial.

Impõe-se um entendimento limitado da possibilidade de a lei atribuir ou permitir em outras situações a atribuição de efeitos retroactivos a actos administrativos [prevista no artigo 128.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, alínea c)] – tem de ser fundamentada e não pode pôr em causa direitos adquiridos (salvo em casos de “expropriação” de direitos com indemnização substitutiva) nem princípios jurídicos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade.

Embora a lei se refira, em geral, a uma “eficácia diferida”, o artigo 129.º contempla situações diversas, só havendo lugar verdadeiramente a diferimento da eficácia na hipótese de o acto depender de termo inicial (dito “suspensivo”). Nas restantes hipóteses, a eficácia está “condicionada” (à aprovação do acto, ao referendo ou à verificação da condição acessória ou

da condição legal) – de modo que a decisão poderá, conforme as circunstâncias, a natureza do acto ou a disposição da lei, produzir os seus efeitos no momento em que se verifica o facto condicionante ou então reportá-los (“retroacção”) ao momento constitutivo do acto.

A eficácia dos actos constitutivos de deveres ou encargos é sempre diferida, porque depende da sua notificação aos destinatários (os efeitos desfavoráveis só lhes serão oponíveis após a notificação), mesmo que estejam sujeitos a publicação, ao contrário do que parece sugerir (“*a contrario sensu*”) o preceito legal (artigo 132.º).

A eficácia de um acto pode ser simultaneamente diferida ou condicionada (quanto ao desencadear da eficácia, se dependente de trâmite integrativo da eficácia ou de cláusula acessória), por um lado, e retroactiva ou retroactiva (quanto ao reporte ou à contagem da produção dos efeitos), por outro.

## 5. A execução do acto administrativo

### Bibliografia:

ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 191-219;

RUI MACHETE, “Privilégio da execução prévia”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, p. 448-470;

M. ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, anotado, p. 698-708.

### Bibliografia facultativa:

RUI MACHETE, *A execução do acto administrativo*, Direito e Justiça, VI, p. 65 e ss.

5.1. A concepção oitocentista da executoriedade: o “privilégio da execução prévia”, fundado numa “presunção de legalidade administrativa” – crítica actual deste entendimento no quadro de uma administração democrática, em que os cidadãos são titulares de direitos perante as autoridades administrativas.

5.2. O alargamento do conceito de executoriedade pela doutrina e jurisprudência portuguesas: a executoriedade como requisito da impugnabilidade

imediate dos actos administrativos – crítica desta posição, em especial pela confusão dos problemas da executoriedade com os problemas (prévios) da eficácia, confusão que se verifica no n.º 1 do artigo 150.º do CPA, pois que os actos suspensos ou dependentes de aprovação não são sequer eficazes (por sua vez, os actos confirmativos não são sequer decisões).

5.3. A diferença entre a *imperatividade* (autoridade, obrigatoriedade, “auto-tutela declarativa”), que é característica de *qualquer* acto administrativo, e a *executoriedade* (poder de execução *coactiva* por *meios próprios*, sem necessidade de mandado judicial) que se verifica apenas em certas circunstâncias.

5.4. A *exequibilidade* dos actos administrativos: os actos “*exequíveis*”, em sentido estrito, são aqueles que necessitam ou admitem uma actividade *administrativa* de execução para a produção dos efeitos visados; os *actos não-exequíveis*, pelo contrário, são capazes de produzir por si próprios (desde que eficazes) os efeitos visados, sem necessidade ou admissibilidade de execução – como acontece, por exemplo, com os actos negativos, com os actos relativos a *status* e com grande parte dos actos favoráveis.

Os problemas de execução (e, portanto, da executoriedade, como forma de execução coactiva) só se verificam quanto aos actos exequíveis.

5.5. A *executividade* (força executiva, “auto-tutela executiva”), como capacidade de basear ou titular uma execução sem necessidade da pronúncia de outro poder, é uma qualidade típica dos actos administrativos exequíveis (desde que eficazes) que não se confunde com a executoriedade, já que se manifesta também nos casos em que a execução é feita pelo tribunal ou por mandado judicial (é a decisão administrativa o título executivo que os tribunais executam ou mandam executar).

5.6. A *executoriedade em sentido estrito* deve ser entendida como a qualidade de *alguns* actos administrativos constitutivos de obrigações ou deveres, que, *em determinadas circunstâncias*, possibilita à Administração a sua *execução coactiva* sem necessidade de mandado judicial, quando os

particulares não cumpram voluntariamente os deveres impostos por esses mesmos actos.

164

5.7. O problema central é o da validade geral do *princípio da executoriedade* (“execução prévia”) enquanto *regra* da força jurídica dos actos administrativos *susceptíveis* de execução coactiva (actos exequíveis que criem deveres para os particulares, desde que eficazes).

Actualmente, a executoriedade em sentido estrito não deve valer como princípio geral de execução:

a) num plano *doutrinário*, defende-se que o alargamento da intervenção administrativa na vida dos privados não é compatível com a manutenção do princípio, sob pena de total subjugação dos particulares (ameaçados pela sanção criminal de desobediência);

b) num plano *normativo*, entende-se que a execução coerciva só é legítima *em situações de urgência* devidamente fundamentada (quando as circunstâncias do caso demonstrem inequivocamente que a demora na execução causa um prejuízo insuportável para o interesse público), ou nos *casos previstos expressa ou inequivocamente na lei* (que faz uma ponderação abstracta dos interesses em presença) – execução que, salvo urgência, só deveria ser admitida depois de passado o prazo de impugnação judicial do particular.

5.8. O artigo 149.º do CPA parece determinar, no n.º 1, um princípio geral de executoriedade dos actos administrativos, desde que eficazes, mas, no n.º 2, reconhece implicitamente que o problema da execução coactiva pela Administração só se põe relativamente a actos que imponham obrigações ou estabeleçam limitações, e, no artigo 150.º, considera como não executórios actos que não são eficazes.

5.9. O *princípio geral* de execução coactiva dos actos administrativos pela Administração, tal como está enunciado no CPA, *não vale*:

a) para os actos que imponham ou impliquem o dever de efectuar *prestações pecuniárias*, que são executados nos tribunais tributários, em processos de execução fiscal (artigo 149.º, n.º 3 e artigo 155.º);

b) para os actos que imponham obrigações positivas de *prestação de facto infungível* (“obrigações pessoalíssimas”), na medida em que é necessária a respectiva *previsão legal expressa* (“excepção da liberdade” – 157.º, n.º 3) – admitida, designadamente, quando haja deveres de suportar (vacinação, internamento) e em casos de detenção, deslocação ou expulsão de pessoas.

Para além disso, também a posse administrativa de coisas devidas prevista no artigo 156.º, tendo em conta a garantia constitucional da propriedade, só excepcionalmente se poderá fazer sem intervenção judicial, por exemplo, quando se trate de bens do domínio público.

#### 5.10. O procedimento de execução e as garantias dos particulares

a) a prática *prévia* do acto exequendo (artigo 151.º do CPA), com a conseqüente inadmissibilidade de decisões implícitas (quando desfavoráveis e exequíveis);

b) a autonomia da decisão de proceder à execução e a sua notificação (artigo 152.º do CPA);

c) as intimações, que permitam o cumprimento num prazo razoável;

d) a fixação de sanções pecuniárias compulsórias, quando a obrigação não é fungível;

e) o respeito, em todas as situações, pelos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade na escolha do modo de execução coerciva (cfr. artigo 266.º, n.º 2 da Constituição e artigos 151.º, n.º 2, e 157.º, n.º 3, do CPA).

A inaplicabilidade directa do CPA às medidas de polícia (*coacção directa* para prevenir o perigo ou para evitar a continuação ou consumação do incumprimento da lei, e não para execução de actos administrativos), embora para estas também valha o princípio da proporcionalidade, tal como determina expressamente o 272.º, n.º 2, da Constituição.

#### 5.11. Modalidades de execução coactiva

A execução coactiva, em caso de incumprimento voluntário, varia conforme os diversos tipos de deveres impostos aos particulares – de prestação pecuniária, de prestação de coisa certa, de prestação de facto (dever de

fazer, de não fazer ou de suportar), que pode ser fungível ou infungível (artigos 154.º a 157.º do CPA).

É de salientar a possibilidade de o incumprimento de uma prestação de facto *fungível* dar lugar a uma execução de prestação pecuniária (se a Administração optar por realizar a *execução em via substitutiva*, directamente ou por intermédio de terceiro), bem como a circunstância de o incumprimento de uma *obrigação de prestação de facto negativa* (dever de não fazer), que, em si, não é susceptível de gerar uma execução, poder gerar uma obrigação de repristinação e a correspondente execução coactiva.

## 6. A função estabilizadora do acto administrativo – “caso decidido” ou “caso resolvido”

### Bibliografia:

ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 219-228.

### 6.1. O problema do “caso decidido formal”

Há diferenças entre os efeitos da irrecorribilidade da sentença (*ne bis in idem*; imodificabilidade) e os efeitos da inimpugnabilidade (designadamente contenciosa) do acto administrativo – com as conseqüentes diferenças entre “caso julgado” e “caso decidido”.

O problema da consolidação dos efeitos de actos inválidos, por caducidade do direito de impugnação judicial – ao contrário do que antes se entendia, os actos não ficam sanados, mas os seus efeitos tornam-se definitivos.

A força jurídica do “caso decidido” – dos actos administrativos em geral, e, em especial, dos “actos constitutivos de direitos” e dos “actos devidos” (de conteúdo estritamente vinculado) – a Administração não pode *revogar* livremente os actos constitutivos de direitos ou devidos, nem pode, em regra, anular actos inválidos que se tenham tornado inimpugnáveis (a estabilidade do acto vale em face dos particulares e também contra pronúncias ablatórias da própria Administração).



## 6.2. O acto administrativo entre a estabilização e a flexibilidade

A força de caso decidido está actualmente em crise, face ao princípio da actualização, principalmente em situações de incerteza e risco, que são cada vez mais frequentes.

Assim alguma doutrina propõe que a possibilidade de “revisão” unilateral, para efeitos de modificação, redução ou extinção, constitua uma figura geral das autorizações (ou especial para alguns tipos, como as autorizações ambientais), com base na insustentabilidade da manutenção do acto causada pela alteração anormal e imprevisível das circunstâncias e (invocando o paralelo da modificação e resolução unilateral dos contratos administrativos), por razões semelhantes, defende-se a caducidade das promessas por alteração relevante da situação de facto ou de direito (que existe já em outros ordenamentos jurídicos, como, designadamente, na lei alemã).

Na mesma linha de flexibilização adequada, discute-se a admissibilidade da figura da revogação-sanção (ou da invalidade sucessiva), eventualmente com efeitos retroactivos, designadamente quanto a actos cujo conteúdo consista numa prestação pecuniária dependente da realização de um fim ou do cumprimento de um modo (exemplo: subsídios para fins determinados) – que também já existe na lei alemã.

## 6.3. O problema do “caso decidido material”

Trata-se do problema da “capacidade de resistência” do *conteúdo* de uma decisão administrativa relativamente a *decisões futuras* da Administração, perante o mesmo destinatário, a resolver pela ponderação concreta dos interesses (conflitantes entre si) da estabilidade, da eficiência e da justiça material, num contexto de diferenciação material entre as funções administrativa e jurisdicional.

O efeito de conformação de relações jurídico-privadas pelas decisões administrativas – o limite dos direitos subjectivos privados (a concessão de uma licença de construção não implica o reconhecimento da propriedade do requerente).

Distinção entre a “força do caso decidido material” e outras realidades normativas: a força do *precedente* (associada ao princípio da igualdade), por um lado, e o relevo das *deliberações preliminares* em face do acto final, por outro.

## 7. Estrutura e requisitos de validade do acto administrativo

168

### Bibliografia:

- ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 229-238; p. 263-317;  
VIEIRA DE ANDRADE, *Validade (do acto administrativo)*, DJAP, VII, p. 581-586;  
FILIPA CALVÃO, *Os actos precários e os actos provisórios no direito administrativo*, 1998, p. 65-98.

### Bibliografia facultativa:

- CARLOS CADILHA, *O silêncio administrativo*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 28, p. 22 e ss;  
MARGARIDA CORTEZ, “A inactividade formal da Administração como causa extintiva do procedimento e suas consequências”, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, 2002, p. 367 e ss.

7.1. Dois modelos de concepção estrutural de acto administrativo: o *modelo teórico e definitório*, baseado na existência de “elementos essenciais”; o *modelo prático e teleológico*, orientado pela necessidade de construção de uma teoria das invalidades – a opção por este último modelo.

### 7.2. O sujeito

7.2.1. Os órgãos administrativos como sujeitos típicos do acto administrativo – a admissibilidade de outros sujeitos: entidades privadas que exerçam poderes públicos e entidades públicas não administrativas.

7.2.2. Requisitos de validade do acto administrativo quanto ao sujeito: atribuições, competências e legitimação.

### 7.3. O objecto

#### 7.3.1. Noção

Objecto do acto é o “ente (pessoa, coisa ou acto administrativo) no qual se projectam directamente os efeitos que o acto visa produzir”.

O objecto distingue-se do “conteúdo” (os efeitos jurídicos) e do “fim” (a finalidade de interesse público visada) – embora se verifique o uso corrente dos conceitos de *objecto mediato* (objecto propriamente dito) e de *objecto imediato* (conteúdo) como conceitos ligados entre si.

7.3.2. Os requisitos de validade do acto relativos ao objecto:

a) a *existência* (*possibilidade física* ou *jurídica*) – não é possível a requisição de uma coisa já perecida ou a revogação de um acto entretanto extinto;

b) a *idoneidade* (adequação do *objecto* ao *conteúdo*) – não se pode nomear como funcionário uma pessoa que não reúna os requisitos legais (de idade ou de habilitações literárias, por exemplo);

c) a *legitimação* (qualificação *específica* para sofrer *em concreto* os efeitos do acto) – não se pode escolher para adjudicação uma proposta que tenha sido excluída do concurso;

d) a *determinação* (determinabilidade identificadora, conforme o tipo de acto) – não é válida a decisão de promover “o funcionário mais experiente”.

7.4. A estatuição

7.4.1. *Aspectos substanciais*

7.4.1.1. O fim

Nas normas-condição, a definição legal do fim decorre da formulação dos *pressupostos* (pressupostos *abstractos* ou hipotéticos), isto é, das circunstâncias da vida que revelam a existência do interesse público que o acto visa satisfazer – são aquelas circunstâncias (não referentes ao sujeito ou ao objecto) de cuja ocorrência a lei faz depender a validade da decisão (“hipótese normativa”).

A verificação nos casos concretos (pressupostos *reais*) impõe e justifica a decisão administrativa – a *justificação* do acto constitui a fundamentação formal da verificação concreta dos pressupostos legais.

As dificuldades na concretização do fim quando a lei utiliza *conceitos indeterminados* na hipótese normativa – a avaliação vinculada ou discricionária dos pressupostos para efeitos da respectiva verificação.

A influência do fim (interesse público) na determinação do conteúdo, quando este resulta de escolha discricionária, designadamente na aplicação dos preceitos legais que acoplam uma indeterminação conceitual com uma indeterminação estrutural.

7.4.1.2. O conteúdo

Os requisitos de validade relativos ao conteúdo:

a) a *compreensibilidade*: não pode ser contraditório, vago ou ininteligível

[licenciamento de loteamento que determina “o pagamento de uma compensação logo que a mesma seja criada e aprovada pela Assembleia Municipal”];

b) a *possibilidade*: não pode ser fisicamente impossível [adjudicação de prestação de serviços a prestar no ano anterior – TCA-S 12/02/09] ou contrariar uma proibição legal absolutamente imperativa;

c) a *licitude*: não é válida a habilitação profissional para uma actividade criminosa;

d) a *legitimidade*: não pode ofender directamente normas ou princípios que regem a actividade administrativa.

No conteúdo do acto, há a considerar o *conteúdo principal* – que inclui o conteúdo legal *típico* e o conteúdo *discricionário* acrescentado (“cláusulas particulares”) – e as *cláusulas acessórias*.

O critério de distinção entre as *cláusulas particulares* – respeitam ao conteúdo principal do acto, tal como é compreendido e determinado pelo autor – e as cláusulas *acessórias* – que apenas respeitam à eficácia do acto ou então determinam aspectos marginais ou não imprescindíveis do respectivo conteúdo.

As *cláusulas acessórias* permitem adaptar o conteúdo do acto às circunstâncias do caso concreto, presentes ou futuras, e implicam sempre, ainda de que de diversas maneiras, uma *limitação* do alcance do acto principal.

O artigo 121.º do CPA prevê três tipos de cláusulas acessórias, à semelhança do disposto na lei civil para os negócios jurídicos unilaterais:

a) a *condição* – a *eficácia do acto* fica dependente de um acontecimento futuro e incerto, mas possível, cuja verificação a desencadeia (*condição suspensiva*) ou a extingue (*condição resolutiva*); há uma *condição potestativa* quando o acontecimento depende da vontade de alguém, designadamente do destinatário;

b) o *termo* – a *eficácia do acto* fica dependente de um acontecimento futuro e certo, muitas vezes um prazo, cuja verificação a desencadeia (*termo inicial*) ou a extingue (*termo final*);

c) o *modo* – *encargo* (*dever* de fazer, não fazer ou suportar) imposto em acto de conteúdo principal favorável, cujo incumprimento pode levar a uma execução, eventualmente coactiva (ou a outras consequências sancionatórias, incluindo a possibilidade de revogação do acto).

Embora não esteja legalmente prevista, deve referir-se um outro tipo de cláusula, admitido na generalidade dos países, que é específica do acto administrativo e tende a ter, pela sua adaptabilidade às mudanças, uma importância acrescida numa sociedade de incerteza e de risco:

d) a *reserva* (reserva de revogação, reserva de modo ou outra) – o autor do acto reserva-se o exercício de um poder ou faculdade que, de outro modo, não teria ou não poderia exercer.

As especiais dificuldades da distinção entre *cláusula particular*, *condição potestativa* e *modo* – a *cláusula particular* integra o conteúdo principal da decisão concreta e o respectivo conteúdo corresponde a uma modalidade necessária de exercício da actividade autorizada ou concedida; a *condição potestativa* implica um ónus, a verificação prévia de um pressuposto dependente da vontade do destinatário, mas que não constitua uma obrigação deste; o *modo* impõe uma obrigação ao destinatário, alheia ao conteúdo típico da autorização ou que não seja de verificação prévia (embora dependente desse conteúdo principal).

Os poderes e os limites da Administração relativamente à aposição de cláusulas acessórias, em geral:

a) a existência de capacidade discricionária do órgão competente (não se admite, em regra, a aposição em actos vinculados: actos sobre *status*, em actos verificativos, e, relativamente a actos devidos, só vale para assegurar a verificação futura de pressupostos legais ainda não preenchidos);

b) a proibição de descaracterização do fim e do conteúdo principal do acto;

c) a necessidade de uma relação adequada da cláusula com o conteúdo típico (mesmo quanto ao modo);

d) o respeito pelos princípios jurídicos aplicáveis (designadamente, a proibição do arbítrio e da desproporção, nos casos de desfavorabilidade da cláusula).

O problema específico dos limites à “reserva de revogação” – o regime geral da revogação, na parte em que estabelece excepções ao regime de livre revogabilidade (artigo 140.º do CPA), não exclui a possibilidade da reserva de revogação de actos favoráveis, aplicando-se apenas aos actos de conteúdo irrevogável por determinação legal e aos actos constitutivos de direitos e interesses legalmente protegidos que tenham criado na esfera do particular um efeito jurídico estável e consistente (que tenham gerado *confiança*

*legítima digna de protecção*) – a par dos actos provisórios e precários, são revogáveis justamente os actos que tenham sido sujeitos pelo autor a *reserva de revogação* (além, naturalmente, dos actos cuja revogação esteja prevista expressamente na lei ou seja exigida por princípios jurídicos fundamentais).

#### 7.4.1.3. A relação entre o fim e o conteúdo

A metodologia da formação da “vontade administrativa” nos actos que contêm momentos discricionários: a avaliação integrada das *considerações* e *valorações* em que se baseia o juízo de preenchimento no caso concreto dos pressupostos legais (e, portanto, da verificação do interesse público) e, a partir daí, dos *argumentos* e *ponderações* que permitem a escolha administrativa da melhor solução para o interesse público tal como foi concretizado (que funcionam como *motivos* da decisão).

#### 7.4.2. Aspectos formais

##### 7.4.2.1. O procedimento

Neste contexto, interessa especialmente o *procedimento legal*, que engloba os trâmites normativamente obrigatórios – embora haja *procedimentos voluntários*, auto-escolhidos pelo agente administrativo, que relevam juridicamente apenas do ponto de vista da necessária racionalidade das condutas.

A Administração está sujeito ao cumprimento ordenado dos trâmites legalmente fixados, cuja falta ou desvio se repercute na validade da decisão – devendo notar-se que relevam neste plano os actos *jurídicos* procedimentais e não quaisquer “formalidades”. Acresce que há preceitos legais ou regulamentares simplesmente *indicativos* cuja violação, como veremos, é causa de meras irregularidades.

A projecção do *conteúdo dos actos preparatórios* na feitura do acto não diz respeito ao procedimento – por exemplo, um parecer erróneo pode afectar a validade do acto decisório quanto ao *conteúdo*, mas não dá origem a um vício procedimental.

##### 7.4.2.2. A forma

A forma designa a manifestação exterior do acto administrativo, isto é, a maneira como a própria decisão se exterioriza (oral, escrita, sinais, gestos).

Neste sentido, não são formas as documentações probatórias (actas) ou meramente comunicativas.

O princípio da liberdade de forma – a forma escrita como forma supletiva nos termos do artigo 122.º, n.º 1, do CPA (que não vale, porém, para os actos do órgãos colegiais).

O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos (artigos 124.º a 126.º do CPA) é um *dever formal*, porque a justificação (relativa à verificação dos pressupostos) e a motivação (relativa às escolhas discricionárias) têm de ser contextuais (ainda que por remissão).

Existem declarações anómalas, como, por exemplo, as que consubstanciam “*actos tácitos*” – decisões que se contêm em outras pronúncias jurídicas expressas, por delas serem pressuposto lógico necessário –, ou «*actos “concludentes”*» – resultados decisórios que decorrem inequivocamente de decisões prejudiciais.

Um dos grandes problemas da forma é o do relevo jurídico do *silêncio* da Administração, que pode ser entendido como *incumprimento* do dever de pronúncia, mas também pode ter *relevo decisório*, seja de assentimento ou deferimento ou, pelo contrário, de recusa ou indeferimento.

Em matéria de “acto” silente, deve entender-se hoje o seguinte:

Consumou-se o *desaparecimento da figura do indeferimento silente*, perante o novo regime do processo administrativo (devendo considerar-se revogado tacitamente o artigo 109.º do CPA, que refere o chamado “indeferimento tácito”);

Mantém-se o deferimento “tácito” como acto administrativo de criação legal, com isenção de forma e com o conteúdo definido pelo requerimento, nos casos expressamente previstos na lei (artigo 108.º do CPA) – embora boa parte da doutrina proponha a sua sujeição a um regime especial, a limitação da sua admissibilidade ou mesmo a extinção da figura.

Subsistem casos especiais em que o silêncio releva como mero *facto jurídico*, que abre a via contenciosa, funcionando como pressuposto processual (artigo 175.º, n.º 3, do CPA; artigo 74.º, n.º 4 do Código das Expropriações, entre outros).

## 8. A invalidade do acto administrativo

### Bibliografia:

174

VIEIRA DE ANDRADE, *Validade (do acto administrativo)*, DJAP, VII, p. 586-592.

8.1 A legitimidade do acto administrativo, entendida em sentido amplo, tem a ver com a sua aptidão para prosseguir o interesse público de acordo com as normas jurídicas (legalidade e juridicidade) ou as normas de boa administração (conveniência e mérito).

8.2. Interessa-nos, em especial, o estudo dos vícios de “legalidade”, por incumprimento de disposições e princípios jurídicos, com exclusão dos vícios de mérito, na medida em que só aqueles são susceptíveis de controlo judicial (artigo 3.º, n.º 1, do CPTA).

Em geral, distinguem-se os vícios invalidantes (“ilegalidades” que afectam potencialmente os efeitos do acto) e vícios não-invalidantes (meras “irregularidades”, que não são susceptíveis de afectar a produção normal de efeitos pelo acto).

8.3. A “inexistência” do acto administrativo: sua inadequação no quadro de um modelo prático e teleológico.

Deve começar-se por distinguir categoricamente as situações de *inexistência* das situações de *invalidade* do acto.

A *inexistência de acto administrativo* verifica-se em todas as situações em que, pelas mais variadas razões (porque há inércia ou silêncio, porque o acto não está constituído ou não é uma decisão, ou é um acto privado ou de um privado não detentor de poderes públicos), não há, ou ainda não há, uma decisão de autoridade formalmente imputável a um ente administrativo. E esta situação não deve confundir-se sequer com a construção jurídica do *acto administrativo inexistente*, em que a inexistência é vista, em si ou por qualificação legislativa expressa, como uma forma extremamente grave de invalidade de uma decisão imputável à Administração.



A inexistência não é necessária enquanto tipo de invalidade (distinta da nulidade) – o artigo 133.º, n.º 1, do CPA, que determina a nulidade dos actos administrativos a que *falta qualquer dos elementos essenciais*, sugere, face à génese da figura, a exclusão da inexistência como forma de invalidade autónoma dos actos administrativos.

No entanto – tendo em conta também que por vezes as próprias leis se referem à inexistência – talvez se possa falar de uma “nulidade-inexistência”, para caracterizar um subconjunto de situações com vícios gravíssimos, às quais se deve aplicar, em princípio, em termos radicais, o regime da nulidade.

#### 8.4. Tipos de invalidade

São tipos de invalidade a *nulidade* (improdutividade total como acto jurídico) e *anulabilidade* (produtividade provisória e condicionada).

É ainda possível a existência de invalidades *mistas*, em casos previstos na lei ou impostos pela natureza e circunstâncias do acto (por exemplo, em caso de acto administrativo sob forma legislativa ou de actos administrativos contratuais).

A ideia da anulabilidade como regra geral ou, pelo menos, como regime típico da invalidade do acto administrativo, em contraposição com o regime típico da nulidade do negócio jurídico de direito privado, parece à primeira vista paradoxal, tendo em conta, como já Kelsen salientou, a especial vinculação da Administração à legalidade e ao interesse público, mas tem resistido aos tempos – primeiro associada à *autoridade* administrativa como privilégio público, revive em contexto democrático como garantia da *segurança jurídica* e da *praticabilidade*, num universo em que se desenvolvem exponencialmente as áreas de intervenção administrativa e aí ganha importância decisiva a actividade autorizativa e concessória.

Mesmo que à ideia de *poder* se tenha sobreposto a de *serviço* e que a administração fechada e autocrática tenha sido substituída por uma administração aberta, participada e respeitadora dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, são justamente os direitos dos particulares que exigem agora, em grande medida, a *força estabilizadora* do acto administrativo e um regime de invalidade que a assegure de forma consequente, seja

através de um ónus de impugnação pelos interessados num prazo curto, seja através da limitação dos poderes de auto-tutela administrativa da legalidade.

176

8.5. As diferenças de regime legal entre a anulabilidade e a nulidade (artigos 134.º a 136.º do CPA).

A improdutividade absoluta do acto nulo (relativamente aos efeitos próprios visados), comparada com a eficácia provisória do acto anulável, submetido a um ónus de impugnação, e a eficácia plena dos actos anuláveis tornados inimpugnáveis.

O carácter automático (*ipso iure*) da ineficácia do acto nulo, comparado com a necessidade de anulação, administrativa ou judicial, do acto anulável.

A possibilidade de convalidação (ratificação), reforma ou conversão dos actos anuláveis, contraposta à sua impossibilidade quanto aos actos nulos.

Uma certa aproximação dos regimes, na medida em que, tal como a declaração de nulidade, a anulação tem eficácia *ex tunc*, e, entre nós, por um lado, admite-se a anulação administrativa, mesmo quando a Administração foi causadora do vício (não tem de propor uma acção judicial), e não se salvaguarda, como regra, a protecção da confiança legítima do interessado.

O rigor do regime legal da nulidade, que pode em muitas circunstâncias revelar-se excessivo: a impossibilidade aparentemente absoluta de ratificação, de reforma e até de *conversão*; o regime de imprescritibilidade do poder de declaração da nulidade por qualquer autoridade administrativa ou judicial. A moderação desse rigor pela possibilidade de reconhecimento jurídico de efeitos de facto produzidos, com base no decurso do tempo e com fundamento em princípios jurídicos fundamentais (designadamente, os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança legítima ou o princípio da proporcionalidade).

## 8.6. Os casos de nulidade

### 8.6.1. As nulidades no CPA:

a) as nulidades *por natureza*, quando falta qualquer *elemento essencial* do acto (artigo 133.º, n.º 1);

b) as nulidades por *determinação da lei* (artigo 133.º, n.º 2, do CPA e leis avulsas). Análise das hipóteses previstas e a tendência para a sua interpretação restritiva – designadamente das nulidades formais e procedimentais –, em função da razão de ser e das consequências próprias do respectivo regime.

#### 8.6.2. A posição adoptada

Há necessidade de uma teoria "científica" dos vícios, apoiada numa concepção estrutural do acto – não sendo adequada a importação automática do figurino francês, transmudando em categorias abstractas o que fora pensado e construído como "aberturas" à medida das necessidades práticas num processo de evolução jurisprudencial (de que constitui referência exemplar a categoria indiferenciada de "violação de lei").

A lei portuguesa não adopta a concepção civilista da tipicidade perfeita das nulidades, nem se limita a somar às nulidades típicas os casos de inexistência – adopta um modelo de tipo ou de cláusula geral, que há-de significar a escolha de uma concepção *substancial* da nulidade.

Impõe-se, neste quadro, uma teoria das invalidades substancialmente *coerente* e que tenha em consideração a *espécie de actos* em causa.

No que respeita à nulidade, entendemos que, *para além das nulidades por determinação legal*, devem ser considerados nulos por natureza aqueles actos que sofram de um *vício especialmente grave e, em princípio, evidente*, avaliado em concreto em função das características essenciais de cada *tipo de acto*.

Tem-se posto o problema de saber se o critério de *gravidade* deve ser complementado, à alemã, por uma ideia de *evidência* para o cidadão médio, avaliadas as circunstâncias, quer do vício, quer da sua gravidade (um vício de tal modo grave que não possa esperar-se de nenhum cidadão *médio* que as cumpra ou respeite) – característica que, para além de constituir uma garantia da excepcionalidade e de uma maior certeza na identificação da figura, está intimamente associada ao regime de invocação universal da nulidade.

Julgamos que o critério da evidência, ainda que não seja decisivo para a qualificação do desvalor do acto como nulidade, será relevante para efeitos de regime, sobretudo no que respeita à declaração administrativa de nulidade e ao seu conhecimento pelos interessados.

O critério de *gravidade* (do vício) deve, pois, em princípio, ser complementado por uma ideia de *evidência* – a partir de uma interpretação publicista do conceito legal de “elementos essenciais”, seja para resolução do problema dos efeitos dos vícios nos casos não expressamente resolvidos por lei, seja para uma interpretação adequada do alcance das qualificações legais de invalidades.

Assim, os elementos essenciais no artigo 133.º, n.º 1 do CPA “são os indispensáveis para que se constitua qualquer acto administrativo, incluindo os que caracterizam cada espécie concreta. Não pode valer, pois, como acto administrativo, uma decisão sem autor, sem destinatário, sem fim público, sem conteúdo, sem forma, ou com *vícios graves equiparáveis a tais carências absolutas*, em função do tipo de acto administrativo – por exemplo, numa *verificação constitutiva*, enquanto acto certificativo, deve ter-se por elemento essencial a veracidade dos factos certificados, sendo a falsidade equiparável à carência absoluta de objecto ou de conteúdo; do mesmo modo, num acto *sancionatório*, o procedimento tem de incluir necessariamente a oportunidade de defesa do destinatário”(DJAP, VII, p. 587); também um acto administrativo que vise impor uma *obrigação pecuniária* aos particulares, *maxime* a liquidação de um imposto, tem como elemento essencial do tipo a respectiva base legal impositiva, cuja falta deve implicar a nulidade (CJA, n.º 43, p. 48).

No quadro deste entendimento cabe perfeitamente, por exemplo, a atribuição da consequência da nulidade a actos administrativos que estejam viciados por *desvio de poder para realização de interesses privados*, comparado com o desvio de poder para outros fins públicos – figura que há bastante tempo é defendida na doutrina nacional, embora não resulte claramente dos textos legais.

É que, nessa situação, não só não se cumpre o fim legal como se revela que o agente administrativo utiliza os poderes públicos que lhe foram confiados para proveito pessoal ou, de todo o modo, para satisfazer interesses privados de alguém – e isso é *especialmente grave* e, em regra, “evidente numa avaliação razoável das circunstâncias” (para utilizar a terminologia da lei alemã).

Ou seja, o desvio de poder para fins privados importa a nulidade (natural) do acto, *porque e na medida em que viola gravemente a ordem jurídica*, em

termos que são equiparáveis à carência absoluta de fim legal – em regra será mesmo uma actuação criminosa.

De facto, como a jurisprudência hoje admite, “a nulidade haverá sempre de reportar-se a *um desvalor da actividade administrativa com o qual o princípio da legalidade não pode conviver*, mesmo em nome da segurança e da estabilidade, como acontece no regime-regra da anulabilidade”.

Assim, por exemplo, será nulo um acto que contenha uma ilegalidade tão grave que ponha em causa os fundamentos do sistema jurídico, não sendo, em princípio, aceitável que produza efeitos jurídicos, muito menos efeitos jurídicos estabilizados.

### 8.6.3. Conexão entre vícios e tipos de invalidade dos actos

A partir destes critérios é possível elaborar uma proposta de conexão, ainda que meramente tendencial, entre vícios e tipos de invalidade dos actos em função do momento estrutural afectado:

a) vícios relativos ao *sujeito*: *usurpação de poder, falta de atribuições, incompetência e falta de legitimação*

Serão nulos, em princípio, os actos praticados com usurpação de poder ou fora das atribuições, por órgão territorialmente incompetente (sobretudo na administração descentralizada) ou com faltas *graves* de legitimação (falta de convocatória do órgão colegial ou falta de reunião, falta de investidura do titular).

Os vícios da vontade (dolo, negligência, coacção) não relevam, em regra, directamente (autonomamente) como vícios do sujeito – salvo quanto à coacção absoluta, relevam indirectamente como vícios de fim ou de conteúdo, designadamente como indícios ou manifestações de uso incorrecto do poder discricionário.

b) vícios relativos ao *objecto*: *impossibilidade, indeterminação, falta de idoneidade e falta de legitimação*

Serão nulos, em princípio, os actos cujo objecto seja impossível (física ou juridicamente) ou indeterminado.

c) vícios relativos à *estatuição*

ca) vícios *formais*

i) vícios de *procedimento*: em geral, provocam a anulabilidade, mas podem gerar a nulidade (violação de direitos fundamentais procedimen-

tais, por exemplo) ou constituir meras irregularidades – a não confundir com os vícios *nos* actos do procedimento que podem influir na decisão e projectar-se nela, determinando, então, vícios de conteúdo;

ii) vícios de *forma*: geram, em regra, a anulabilidade do acto, podendo provocar a nulidade nos casos mais graves (por exemplo, “carência absoluta de forma legal”) ou constituir meras irregularidades (formas “não-essenciais”).

A posição jurisprudencial tradicional de “degradação das formalidades essenciais em não-essenciais”, quando não afectem a validade substancial do acto (por razões de segurança jurídica e, sobretudo, de economia processual), e a resposta crítica de parte da doutrina, baseada na revalorização do “direito das formas”.

*Aceitam-se*, porém, nos casos de anulabilidade:

i) a *irrelevância* do vício de procedimento ou de forma quando da violação não tenha resultado *no caso* uma lesão efectiva dos valores e interesses protegidos pelo *preceito violado*, por esses valores ou interesses terem sido suficientemente protegidos por outra via (trâmite ou forma supérvel);

ii) o *aproveitamento do acto*, isto é, a sua não anulação pelo juiz, apesar da invalidade, quando o conteúdo do acto não possa ser outro e não haja interesse relevante na anulação (assim dispõe hoje expressamente a Lei italiana – L. 241/1990, art. 21 – octies).

Tende ainda a admitir-se a irrelevância ou o aproveitamento quando se comprove sem margem para dúvidas que o vício formal não teve qualquer influência na decisão (designadamente, em actos eleitorais; mas, em geral, § 46 da Lei procedimental alemã – VwVfG).

É de salientar a menor relevância dos vícios formais no contexto de um contencioso de base *subjectivista*, designadamente no âmbito das acções com pedidos condenatórios – na medida em que os preceitos formais infringidos visem assegurar interesses públicos e não direitos e interesses dos particulares (cuja ofensa será, em regra, pressuposto de legitimidade processual).

No entanto, em contrapartida, há simultaneamente um movimento oriundo do direito europeu no sentido da valorização das formas procedimentais – designadamente, dos direitos à audiência prévia, à fundamentação e à infor-

mação procedimental – no quadro de um “direito a uma boa administração”, consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 41.º).

cb) Vícios *substanciais*

i) vícios de *fim*: têm relevo autónomo apenas no domínio *vinculado*, quando falte o *pressuposto abstracto* (falta de base legal) ou o *pressuposto de facto* (a situação concreta invocada não existe – “erro de facto” – ou não é subsumível na hipótese legal – “erro de qualificação dos factos” ou “erro de direito quanto aos factos”). A irrelevância da justificação errada quando os pressupostos se verificam na realidade.

No domínio *discricionário*, seja na hipótese, seja na estatuição, os vícios relativos aos *pressupostos* projectam-se na *escolha do conteúdo* (por exemplo, nos casos de “desvio de poder”).

Normalmente, os vícios relativos aos pressupostos conduzem à anulabilidade, mas podem provocar nulidades em situações mais graves (por exemplo, quando a falta de base legal se equipara à falta de atribuições, ou quando o fim prosseguido seja um interesse privado ilícito).

ii) vícios de *conteúdo*: os vícios que afectam directamente o *conteúdo* e os vícios relativos aos *motivos* da decisão discricionária.

Os casos de nulidade: a impossibilidade, a ilicitude e a incompreensibilidade do conteúdo, bem como a sua falsidade, em caso de acto certificativo.

Os vícios no uso de poderes discricionários – motivos inexistentes, deficientes, falsos, desviados, errados, irrelevantes, contraditórios, incongruentes ou ilegítimos – são vícios na relação fim-conteúdo (vícios funcionais da *decisão*), normalmente associados à violação de princípios jurídicos (imparcialidade, justiça, igualdade, proporcionalidade, racionalidade, veracidade) e provocam a anulabilidade do acto na maioria dos casos.

A eventual autonomização de *vícios da decisão*, quando se trate de vícios *funcionais* que não produzam necessariamente um conteúdo ilegítimo – nas hipóteses de “não consideração de todas as circunstâncias relevantes” (violação do princípio da imparcialidade) e de “não uso do poder discricionário” (no caso concreto).

## 9. A declaração de nulidade e a anulação administrativa de actos inválidos

182

### Bibliografia:

VIEIRA DE ANDRADE, A "*revisão*" dos actos administrativos no direito português, 1994, 1.3., 3, 3.1., 4.1.

Os actos administrativos inválidos podem ser objecto de “revisão” administrativa, isto é, de uma reapreciação negativa ou divergente, pelo próprio autor ou por órgão dotado de competência bastante, de que pode resultar a *convalidação* do acto (por ratificação, reforma e conversão) ou então a sua *invalidação*.

Vamos considerar agora esta última hipótese, que se pode traduzir na *declaração de nulidade* ou na *anulação* administrativa de actos.

### 9.1. A declaração administrativa de nulidade de actos

#### 9.1.1. O regime aplicável

Nos termos do artigo 134.º, n.ºs 2 e 3, do CPA, a nulidade dos actos administrativos pode ser declarada, *a todo o tempo*, por qualquer tribunal ou *por qualquer órgão administrativo*. Parte-se do princípio de que o acto nulo é absolutamente improdutivo e de que tal declaração não será mais do que o reconhecimento de uma evidência jurídica em casos raros.

E, a partir destas características legalmente definidas, a doutrina e a jurisprudência têm concluído ainda que o acto nulo não tem força jurídica – não é vinculativo, não tem força executiva, nem força executória –, de modo que nenhum órgão ou agente administrativo teria de o acatar (o subalterno não deveria obediência a ordens nulas do superior, mesmo que não implicassem a prática de um crime) e os particulares poderiam desobedecer-lhe, exercendo o seu direito de resistência.

No fundo, tudo parece passar-se como se o acto administrativo não existisse.

Só que este panorama apocalíptico do regime da nulidade, que foi elaborado tendo em mente os actos da “administração agressiva” (e, entre nós, da



administração local) e uma definição estrita e evidente dos casos e dos vícios geradores de nulidade, é excessivamente radical e não responde em termos adequados à realidade dos tempos de hoje – tendo em conta o alargamento do conceito e das espécies de acto administrativo, bem como a extensão da categoria e o conseqüente carácter problemático da qualificação da invalidade.

Por isso, admitem-se algumas compressões no que respeita ao regime legal da nulidade – no mínimo, para além de se prever a impugnação judicial e a suspensão da eficácia de actos nulos [os chamados “efeitos formais” (ou externos – “*äussere Wirksamkeit*”) do acto nulo, decorrentes da sua aptidão para encerrar o procedimento], reconhecem-se efeitos putativos a situações de facto criadas por actos nulos por consideração de princípios jurídicos (artigo 133.º n.º 2 i), *in fine* e 134.º n.º 3 do CPA).

E sobretudo, ao nível da doutrina, manifesta-se o desconforto de boa parte dos autores perante um regime tão rígido e tão insensível à consideração da realidade e dos valores e interesses em jogo – não deveria ser admissível a declaração de nulidade por qualquer órgão administrativo ou tribunal, tal como nem sempre deveria ser admitida a declaração de nulidade a todo o tempo; a nulidade deveria ser susceptível de convalidação em determinados casos e, sempre, de conversão (expressa); os agentes administrativos não teriam o dever de desobedecer (ou não poderiam desobedecer) a ordens nulas ou baseadas em actos nulos, a não ser que implicassem a prática de um crime (ou porventura a ofensa do conteúdo essencial de um direito fundamental do cidadão).

Trata-se de introduzir alguma flexibilidade no regime, em função da diversidade de situações, e de reconhecer a dificuldade problemática, mesmo para os juristas, em distinguir ou qualificar hoje os actos nulos – o que suscita propostas de modulação de regime (invalidades mistas em determinadas hipóteses) e de diferenciação interna: por exemplo, reconhecendo uma forma de “nulidade-inexistência” (evidente e especialmente grave), à qual se aplicaria o regime radical e admitindo compressões em outras situações.

É de dizer que a opção legislativa por uma categoria da nulidade, a par da anulabilidade, no que respeita às actuações administrativas não justifica injustiças ou iniquidades de resultado, nem deve dispensar os operadores jurídicos de pensarem e de actuarem racionalmente.

A extensão dos casos de nulidade, que a doutrina e a jurisprudência tendem hoje a adoptar, deve obedecer a uma coerência sistemática (gravidade e evidência) e adaptar o regime a esse alargamento das situações.

Assim se avolumam razões práticas, que implicam a necessidade de proteger os particulares interessados contra eventuais erros ou abusos de qualificação administrativa de vícios de actos administrativos como geradores de nulidade.

Acresce que o regime de improdutividade *total* e de invocação *perpétua* da nulidade é por demais rígido, sendo susceptível de afectar desrazoavelmente interesses dignos de protecção jurídica. Embora o n.º 3 do artigo 134.º preveja a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, essa previsão não é suficiente para conferir flexibilidade ao regime, dado que constitui, em abstracto, uma mera faculdade sem titular definido e se limita às hipóteses de decurso do tempo, associado a princípios gerais de direito.

Por tudo isto, justifica-se perguntar se a lei não deveria regular a declaração de nulidade administrativa em termos mais restritivos, aplicando-lhe, com as devidas adaptações, os princípios subjacentes ao regime da revogação.

Assim, por exemplo, talvez não devesse admitir-se a declaração de nulidade de actos *favoráveis* a todo o tempo, mas apenas num *prazo razoável*, contado do conhecimento do vício, dentro de um limite máximo, e medido também em função da boa fé do particular beneficiado – v. o caso paradigmático do prazo de caducidade de 10 anos para a declaração de nulidade de actos urbanísticos, desde 2007 prevista no DL n.º 555/99 (RJUE), artigo 69.º, n.º 4 (antes era também de dez anos o prazo jurisprudencial para a aquisição do direito ao lugar pelo funcionário cuja nomeação fosse nula).

Tal como deveria recusar-se ou limitar-se em certas hipóteses a *competência administrativa* para a declaração de nulidade, designadamente quando não é evidente a existência desse tipo de invalidade ou, relativamente a determinados vícios, quando estes sejam inteiramente imputáveis ao órgão administrativo – devendo exigir-se então a declaração por via judicial.

9.1.2. Por outro lado, deve ter-se em conta a diferença entre a *declaração formal* e o *conhecimento* da nulidade – se é admissível, em princípio,

a competência de *qualquer* órgão ou de *qualquer* tribunal para *conhecimento* da nulidade (e conseqüente desaplicação do acto), já só os órgãos administrativos competentes para a decisão ou os tribunais administrativos devem poder *declarar* a nulidade de um acto administrativo.

Refira-se que, no caso de actos administrativos nulos por ofenderem os direitos, liberdades e garantias, é a própria Constituição que estabelece o *direito de resistência* dos particulares (artigo 21.º).

9.1.3. Neste contexto, interessa em especial analisar o alcance da nulidade do acto perante os seus destinatários – a lei refere-se apenas à possibilidade de *invocação* pelos interessados.

Os destinatários do acto podem, obviamente, invocar a nulidade da decisão (em regra, a todo o tempo) perante as autoridades administrativas ou judiciais competentes, para que estas declarem ou conheçam a nulidade.

O problema é o de saber se têm o ónus de fazê-lo se quiserem evitar ou reagir contra a modificação da *situação de facto* que o acto nulo muitas vezes produz. Ou seja, como devem os destinatários comportar-se perante um acto que *considerem nulo*?

O artigo 21.º da Constituição consagra o *direito de resistência* dos cidadãos perante quaisquer ordens que ofendam os seus direitos, liberdades e garantias – mas na lei nada se diz relativamente a outras situações, que não digam respeito a actos impositivos ou ablativos, ou que não ofendam direitos fundamentais daquela qualidade.

Tem de entender-se, no entanto, que o regime da nulidade não inclui, fora o referido caso do direito de resistência, a possibilidade de os destinatários pura e simplesmente ignorarem ou desobedecerem a uma decisão de um órgão administrativo dotado de poderes de autoridade, como se esta não existisse, por considerarem que, em seu juízo ou opinião, o acto é nulo.

Não pode generalizar-se o poder de conhecimento autónomo da nulidade e a conseqüente *liberdade, direito ou poder de desaplicação do acto nulo*, sobretudo quando a identificação da figura se tornou um problema de solução não evidente, com a multiplicação dos casos controversos e de difícil juízo, mesmo para os especialistas – e o risco de um juízo errado

há-de correr por conta do destinatário que não cumpra a decisão, não podendo justificar-se com a boa fé.

Uma vez mais, há que distinguir as situações, só se justificando a radicalidade do regime nos casos mais graves de nulidade-inexistência, quando seja *evidente* para um cidadão médio a ofensa insuportável de valores básicos de legalidade.

O *conhecimento* da nulidade pelos destinatários, com a conseqüente desaplicação do acto, há-de pressupor o exercício de um *direito* próprio anterior (um direito radicado na esfera jurídica do particular) ou de uma *competência* própria do órgão ou agente administrativo (incluindo uma competência de execução) – desde que esse direito ou essa competência não dependam, eles próprios, da eficácia do acto considerado nulo.

Assim, é óbvio que o requerente não pode, por exemplo, ignorar um indeferimento, que considere nulo, de uma dispensa ou licença (ou mesmo a recusa de renovação de uma licença, embora possa haver aí um interesse legalmente protegido): o particular tem de reagir judicialmente perante o acto (hoje, através de uma acção de condenação, armada com as respectivas providências cautelares), visto que (ainda) não adquiriu o direito a exercer a actividade – não será assim, em princípio, no caso de se tratar de uma autorização permissiva, porque o particular já é titular do direito, embora na prática possa haver obstáculos ao exercício efectivo do direito na falta da colaboração administrativa.

Já não é tão claro, mas algo de semelhante deverá valer, em regra, nos casos em que o acto desfavorável é um acto de segundo grau, que anula ou declara nulo um acto anterior constitutivo de direitos ou poderes – o particular ou o órgão administrativo não podem ignorar ou desaplicar o acto administrativo secundário e exercer o direito ou o poder conferido pelo acto de 1.º grau, a não ser que se trate de um caso de nulidade-inexistência, em que não possa haver dúvidas razoáveis sobre a nulidade, por o vício ser evidente e especialmente grave. Pense-se, por exemplo, num caso em que o acto de segundo grau viole claramente uma decisão judicial transitada em julgado – embora mesmo aí o particular possa ser na prática obrigado a obter a declaração de nulidade, por o exercício da actividade depender de outras pronúncias administrativas.

Esta limitação do conhecimento da nulidade dos actos administrativos de autoridade aos casos de nulidade especialmente grave e evidente (nulidade-inexistência) valerá do mesmo modo se estiverem em causa actos ablativos, proibitivos ou impositivos de obrigações, designadamente quando não se trate do exercício de direitos liberdades e garantias: o particular não goza do direito de resistência e será, muitas vezes ou até em regra, obrigado a suportar os *efeitos de facto* das decisões administrativas nulas, que a Administração pretenderá executar, se for caso disso, coercivamente – cabe-lhe obter, por via judicial, protecção contra a actuação administrativa, bem como a reconstituição da situação de facto anterior, caso o tribunal confirme a existência de nulidade.

Torna-se, por isso mesmo, fundamental a garantia de uma tutela judicial efectiva do particular nestas situações – daí que a lei preveja, apesar da ilogicidade, a impugnação judicial e, sobretudo, a própria suspensão da eficácia de actos nulos (que oferece a vantagem de desencadear a proibição de execução do acto pela mera notificação judicial da apresentação do requerimento de suspensão), sendo certo que, actualmente, para além da concessão quase automática da providência requerida, quando se impugne “acto manifestamente ilegal”, se admite, designadamente em situações graves e urgentes, a convoação do processo cautelar, permitindo ao juiz antecipar o juízo sobre a causa principal (artigos 120.º, n.º 1, alínea a) e 121.º do CPTA).

A garantia de um amparo judicial, principalmente em situações de urgência, permite evitar o risco de uma invocação errada pelos particulares, com prejuízo para eles e para o interesse público, pois que mesmo nos casos que envolvam ofensa de direitos fundamentais, deve haver um uso prudente do direito de resistência.

A questão do conhecimento e da invocação da nulidade dos actos administrativos não surge, porém, apenas no âmbito das relações externas, entre a Administração e os cidadãos, ganhando outra dimensão quando se trate da aplicação do regime nas relações administrativas internas – aí perdem espaço os direitos dos particulares e entram em consideração valores de disciplina, de segurança jurídica e de eficácia associados à organização e ao funcionamento das instituições.

Embora a doutrina administrativa ainda se divida sobre o assunto, parece-nos que o dever de obediência do agente ou titular de órgão sujeito a hierarquia há-de em princípio prevalecer, mesmo nos casos de nulidade (o agente pode reclamar perante o superior e exigir uma ordem escrita de execução do acto, que o isente de responsabilidade civil, embora se deva ter em conta se ele está em condições de distinguir a nulidade da anulabilidade do acto que vai aplicar), justamente para assegurar a disciplina e o normal funcionamento dos serviços públicos – ressalva-se naturalmente a hipótese de a execução do acto envolver a prática de um crime, e porventura outras situações evidentes de nulidade-inexistência, como aquelas em que esteja em causa o conteúdo essencial de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, embora, sobretudo nestas últimas hipóteses, se exija sempre a prudência do agente ou titular, que há-de possuir conhecimentos jurídicos e estar convencido da ofensa ao valor constitucional.

Situação diferente é, no entanto, a de um órgão, mesmo que subalterno, quando seja titular de uma competência própria, ainda que seja de mera execução, no exercício da qual poderá conhecer da nulidade do acto exequendo.

## 9.2. A anulação administrativa

### 9.2.1. Diferenças entre a anulação e a revogação

A lei permite a anulação dos actos por decisão administrativa, oficiosa ou mediante reclamação ou recurso dos interessados – no entanto, o CPA inclui a anulação administrativa numa figura complexa de *revogação* (artigo 138.º e ss).

Acontece, porém, que se trata de figuras bem diferentes, como é reconhecido na generalidade da doutrina europeia: a *revogação* propriamente dita é um acto que se dirige a fazer cessar os efeitos doutro acto, por se entender que não é conveniente para o interesse público manter esses efeitos produzidos anteriormente; a *revogação anulatória* ou *anulação* é um acto através do qual se pretende destruir os efeitos de um acto ante-

rior, mas com fundamento na sua ilegalidade, ou, pelo menos, num vício que o torna ilegítimo e, por isso, inválido.

Assim, a revogação propriamente dita distingue-se, desde logo, da revogação anulatória quanto à *função*, porque naquela está em causa o exercício de uma actividade da *administração activa*, enquanto nesta se cumpre uma função de *controlo*.

Por isso mesmo, há uma diferença entre o *fundamento* da revogação propriamente dita, que é tipicamente a *inconveniência actual* para o interesse público, tal como é configurado pelo agente, da manutenção dos efeitos do acto que é revogado, e o fundamento ou a causa do acto na anulação, que é a *ilegalidade* do acto.

Daí decorre outra diferença: o poder de revogação pertence a quem possa legalmente praticar o acto, ou seja, integra uma *competência dispositiva*, enquanto para a anulação de um acto pode ser competente qualquer órgão que tenha um poder de controlo, uma *competência de fiscalização*: na maior parte dos casos, além do autor potencial e do delegante, o superior hierárquico, mas muitas vezes também o titular de um poder de superintendência e até de tutela.

São ainda patentes as diferenças quanto ao respectivo objecto (mediato): enquanto são susceptíveis de anulação administrativa *quaisquer actos*, à revogação propriamente dita estão sujeitos apenas alguns tipos de actos, os que produzem efeitos actuais ou potenciais (não caducados nem esgotados), designadamente, os *actos com eficácia duradoura* (ou actos de eficácia instantânea, mas *ainda não executados*) e apenas aqueles que impliquem o exercício de poderes *discricionários* (se a decisão é vinculada, não pode ser pura e simplesmente revogada, a não ser, em certos casos, por substituição).

Por último, também os efeitos de uma e de outra figura são diversos. Os efeitos de uma revogação são, em princípio, *efeitos para o futuro* (“*ex nunc*”), embora possam, em certos casos e em certas condições, ser retrotraídos a um momento anterior (desde logo, quando se revogue um acto na sequência de impugnação administrativa), enquanto os efeitos naturais da revogação anulatória se produzem “*ex tunc*”, reportando-se ao momento da prática do acto anulado (ou ao da existência do vício, nos casos de invalidade superveniente).

Em face desta distinção profunda entre as duas figuras, pergunta-se se realmente o CPA não deveria ter ido ao ponto de as separar e autonomizar, em vez de as tratar conjuntamente numa mesma secção. Isto não apenas, nem fundamentalmente, por uma questão conceitual ou de asseio formal, para satisfazer puras preocupações analíticas ou alguns interesses doutrinários, mas porque a circunstância de estas duas figuras aparecerem tratadas em conjunto causa na prática alguns problemas.

### 9.2.2. Regime da anulação administrativa

#### a) Competência

O problema da competência do superior hierárquico para revogar e para anular os actos praticados pelo subalterno no uso de competência exclusiva

Parece haver uma contradição entre as normas constantes dos artigos 142.º, n.º 1, e 174.º, n.º 1, do CPA, prevendo o primeiro a impossibilidade de o superior hierárquico “revogar” (o que significa, na linguagem legal, revogar e anular) os actos do subalterno praticados no uso de competência exclusiva, ao passo que o segundo admite, nessas mesmas hipóteses, a revogação (a anulação e a revogação, embora não a substituição) pelo superior hierárquico, no âmbito de uma impugnação administrativa (ainda que tal não seja pedido pelo recorrente).

Independentemente de uma eventual compatibilização entre estas duas disposições (por exemplo, poderia entender-se que o artigo 142.º valeria apenas para as revogações oficiosas, embora a solução se revelasse arbitrária), o resultado seria inadequado: na revogação oficiosa, a proibição deveria valer apenas para a revogação propriamente dita, já que o superior hierárquico, ao anular o acto, está (“apenas”) a exercer uma função fiscalizadora, que não contende com a competência exclusiva (dispositiva) do subalterno; na revogação em recurso, a faculdade deveria valer apenas para a anulação administrativa, pois que a revogação por motivos de oportunidade actual significa o uso de uma competência dispositiva num domínio que a lei pretendeu reservar ao subalterno.

Seria desejável, por isso, uma diferenciação de regimes, neste campo, entre a revogação e a anulação.



## b) Requisitos

Como vimos, o artigo 141.º do CPA estabelece a *proibição total* ou a *admissibilidade livre* da anulação administrativa (“revogação anulatória”), conforme tenha decorrido, ou não, o prazo de impugnação judicial (ou tenha já havido lugar, ou não, à contestação da autoridade recorrida).

Optou-se por uma pura solução temporal, de total precariedade do acto até um certo momento, e de estabilidade absoluta a partir daí, sem considerar aspectos substanciais relevantes que recomendariam porventura diferenciações de regime.

Por exemplo, não se consideram aqui as diferenças entre *actos constitutivos de direitos*, *actos precários* e *actos desfavoráveis*, que podem ser decisivas para a *ponderação* dos interesses no caso; tal como não se dá relevo à *boa ou má fé* do particular, que é importante para saber em que medida o particular tem direito à *protecção da confiança* que depositou no acto.

Esta solução legislativa parte de um postulado tradicional na doutrina e jurisprudência portuguesas: o de que a queda do prazo de recurso contencioso implica a *sanação* do vício e, portanto, a validação do acto anulável, mesmo que o vício não seja irrelevante nem tenha sido efectivamente eliminado.

No entanto, este é hoje um postulado inaceitável, quer ao nível dogmático, quer no plano prático.

No plano da construção jurídica, há razão para perguntar se não estaríamos perante um tributo indevido à doutrina do direito privado.

Aí, percebe-se perfeitamente que o acto meramente anulável se convalide caso *os únicos interessados* na anulação não promovam o apuramento judicial do vício.

Mas será que isso deve valer também para o acto administrativo, sendo certo que a invalidade não é estabelecida, as mais das vezes, no interesse do particular? É certo que o prazo decisivo é o do Ministério Público, mas será que este pode ser considerado, para este efeito, o representante exclusivo do interesse público ou da legalidade?

Parece ser mais adequado ao carácter *público* da ilegalidade que o mero decurso do prazo, mesmo quando o vício gere apenas a anulabilidade, não implique a pura e simples validação do acto – sem prejuízo, obviamente, de o acto ganhar alguma (ou até total) estabilidade, quer na medida em

que se torna inimpugnável perante um tribunal, quer na medida em que outros valores ou interesses substanciais imponham a sua imodificabilidade pela Administração.

E esta conclusão ao nível dogmático impõe-se ainda mais se considerarmos que a pura sanção do acto pelo decurso do prazo – para além de outros efeitos laterais menos bons – impede a obtenção de soluções de justiça material nos casos concretos.

Por exemplo:

aa) porque não admitir a anulação, para além do prazo de impugnação judicial, de um acto *desfavorável*, ou até de um acto favorável, quando o particular esteja de *má fé* (a ilegalidade pode até resultar de dolo, de corrupção ou de coacção que não produza a nulidade) ou por outra razão não tenha *confiança* (na estabilidade do acto) merecedora de protecção jurídica?

bb) porque não proteger melhor a confiança do particular de *boa fé*, mesmo antes de decorrido o prazo de impugnação – que, lembre-se, é de um ano –, limitando os poderes de anulação administrativa e impondo uma ponderação entre os seus “direitos” e a legalidade ou o interesse público (até porque são diferentes as causas de ilegalidade e pode mesmo haver, sem ilegalidade, má fé latente na pretensão administrativa de anulação)?

É certo que a jurisprudência pode fazer distinções para além da lei e até em certa medida corrigir a própria norma legal de acordo com os princípios jurídicos; no entanto, entre nós, a jurisprudência não tem feito isso e seria mais prudente e seguro efectuar uma modificação do texto legal.

Por outro lado, também não se pode aceitar hoje a proibição da anulação administrativa para além da contestação da autoridade recorrida.

Se o processo administrativo se prolonga, pelas razões mais variadas, às vezes por muitos anos, deve admitir-se que o órgão administrativo competente possa anular o acto – designadamente na hipótese de actos desfavoráveis –, em momento posterior à contestação, quando só então chegou à conclusão de que o acto era realmente ilegal. Note-se que o órgão competente para a anulação não é necessariamente a autoridade recorrida que contestou, acrescentando que o órgão autor do acto, para além dos casos em que possa mudar de opinião, pode também mudar de titular. E não se pode dizer que o tribunal ou o processo fiquem prejudicados na sua

dignidade, porque os motivos da anulação tardia serão, em regra, sérios e, de qualquer modo, há-de valer aqui o princípio do dispositivo ou da auto-responsabilidade das partes.

Esta solução, que, aliás, se tornou entretanto obrigatória com a nova legislação do processo administrativo (artigo 64.º do CPTA), assegura ao particular o direito de requerer o prosseguimento da acção contra o novo acto (em caso de anulação por substituição) ou contra o acto anulatório, em face de vícios deste (e também a cumulação com o pedido de condenação no restabelecimento da situação hipotética actual) – sem prejuízo de os órgãos da Administração, além do pagamento de custas, poderem ser condenados por litigância de má fé.

### c) Casos especiais

A par do regime geral e a demonstrar, além da sua inadequação, a sua insuficiência, surgem regimes especiais, com soluções diferenciadas.

ca) Veja-se, por exemplo, a previsão expressa da “*revogação com eficácia para o futuro*” de actos administrativos *inválidos* de *atribuição de prestações continuadas*, ultrapassado o prazo de anulação (um ano).

Parece tratar-se de uma *anulação* administrativa com efeitos *ex nunc* (uma excepção ao artigo 141.º n.º 1 e 145.º n.º 2 do CPA) – e não de uma *revogação* de actos “tornados válidos” apesar de constitutivos de direitos (isto é, não será uma excepção ao artigo 140.º n.º 1, b), a somar às previstas no n.º 2 do mesmo artigo do CPA).

Este regime, estabelecido para as prestações no domínio da *segurança social* (actualmente, pela Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro, no artigo 79.º), deveria valer para a generalidade dos actos administrativos de atribuição de *prestações continuadas*.

cb) Na mesma linha, deveria existir um regime especial de anulação (ou de revogação) de autorizações – põe-se o problema da admissibilidade das figuras da *invalidade sucessiva* ou da *revogação-sanção*, eventualmente com efeitos retroactivos (em desvio ao disposto nos artigos 140.º e 145.º) – nas seguintes situações:

– em geral, nos casos extremos em que a alteração das circunstâncias relevantes ou do interesse público implicam a *proibição* da actividade e a *extinção* da autorização, designadamente em matéria ambiental;

– relativamente a actos cujo conteúdo consista numa prestação pecuniária dependente da realização de um *fim* (subsídios para determinadas finalidades), quando o fim não seja ou não possa ser cumprido.

## 10. As impugnações administrativas

### Bibliografia:

- PAULO OTERO, “Impugnações administrativas”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 28, p. 50 e ss;
- M. ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, anotado*, p. 743 e ss (espec. p. 743-747, p. 757-759, p. 770-773, p. 798-804).

### 10.1. O *auto-controlo* administrativo

As impugnações administrativas desempenham um papel potencialmente relevante na fiscalização da *legalidade* e também da *oportunidade* administrativa (mérito), bem como na garantia dos direitos e interesses dos particulares – que dispõem da possibilidade de fazer o autor reflectir sobre a decisão tomada ou de convocar, para uma eventual revisão do acto, um órgão superior, supostamente mais habilitado ou de vistas mais largas.

### 10.2. As reclamações

#### 10.2.1. Noção e prazo

Através da reclamação, solicita-se uma revisão da primeira decisão ao órgão *autor* do acto, em princípio no prazo de 15 dias.

*Salvo disposição legal em contrário*, pode-se reclamar-se de *todos* os actos administrativos, nos termos do artigo 161.º, n.º 1 do CPA – que, no entanto, contém uma excepção relativa logo no n.º 2, quanto aos actos que, eles próprios, decidam reclamação ou recurso.

Havia outras excepções: por exemplo, o Decreto-lei n.º 197/99, de 8 de Junho, que regulava exaustivamente as impugnações admissíveis e *não*

*admitia a reclamação* do acto de *adjudicação* – foi esse o entendimento do Ac. do STA de 24/09/2009, P. 702/09.

195

A reclamação perdeu grande parte da sua importância prática, na medida em que, na generalidade dos procedimentos administrativos, o interessado tem agora, normalmente, a possibilidade de se pronunciar em sede de audiência prévia, no fim da instrução e antes da decisão final.

#### 10.2.2. Espécies

A reclamação é, em regra, *facultativa*, mas pode ser *necessária*, quando, por determinação legal expressa ou inequívoca, seja pressuposto da impugnação judicial do acto.

Na reclamação pode solicitar-se a declaração de nulidade, a anulação do acto ou a respectiva convalidação, se for considerado ilegal, ou a sua suspensão, revogação, modificação ou substituição, por razões de oportunidade ou conveniência.

#### 10.2.3. Efeitos

A reclamação *não suspende a eficácia do acto*, a não ser quando seja uma reclamação *necessária* (ou então quando o autor do acto, oficiosamente ou a pedido dos interessados, considere que a execução imediata causa ao destinatário prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação) - artigo 163.º do CPA.

Mas, como qualquer impugnação administrativa, *suspende o prazo de impugnação* judicial, embora não impeça o reclamante de propor a acção respectiva e de requerer providências cautelares (artigo 59.º, n.ºs 4 e 5 do CPTA, que revogou implicitamente o n.º 2 do artigo 164.º do CPA).

### 10.3. Os recursos hierárquicos

#### 10.3.1. Noção

O interessado solicita ao superior hierárquico do órgão autor a *revisão* do acto – que, como no caso da reclamação, pode consistir na respectiva declaração de nulidade, anulação ou convalidação, se o acto for considerado

ilegal, ou então a sua suspensão, revogação, modificação ou substituição, por razões de oportunidade ou conveniência, mas só quando o superior disponha de poderes dispositivos (e não de mera fiscalização), por não se tratar de uma competência exclusiva do subalterno (artigo 174.º).

Salvo disposição legal em contrário, podem ser objecto de recurso hierárquico todos os actos administrativos praticados por órgãos subalternos, isto é, sujeitos a poderes de hierarquia de outros órgãos (artigo 166.º do CPA).

### 10.3.2. Espécies

O recurso hierárquico é facultativo, mas pode ser necessário, quando, por determinação legal expressa ou inequívoca, seja pressuposto da impugnação judicial do acto.

Quanto à conformidade com a Constituição da previsão legal de impugnações administrativas necessárias, o Tribunal Constitucional e o STA, ao contrário do que defende uma parte da doutrina, entendem (em nosso entender, bem) que não há inconstitucionalidade, porque se trata da fixação por lei de um pressuposto processual que constitui um mero *condicionamento* ou, quando muito, de uma *restrição legítima* (justificada) do direito de acesso aos tribunais, cujo conteúdo essencial não é tocado.

### 10.3.3. Procedimento

O CPA regula o procedimento de recurso, que implica a intervenção do órgão recorrido – junto do qual pode ser interposto e que pode dar-lhe provimento (artigos 169.º e 172.º) – e de eventuais contra-interessados (artigo 171.º), incluindo os prazos normais para *interposição* (três meses, se o recurso for facultativo e 30 dias úteis, se for necessário), e para *decisão* (30 dias úteis a contar da apresentação ou da remessa ao superior).

A decisão expressa pode ser de confirmação ou de revisão, conforme os poderes do superior (e sem sujeição ao pedido), não sendo necessária a audiência prévia (a não ser porventura em algumas situações de substituição).

A eventual falta de decisão dentro do prazo não constitui um acto de indeferimento, mas um *facto omissivo* que desencadeia a eficácia do acto recorrido, bem com o início da contagem do prazo para a respectiva im-

impugnação judicial – é esse, desde a entrada em vigor do CPTA, em 2004, o sentido actualizado a conferir ao disposto no artigo 175.º, n.º 3 do CPA.

#### 10.3.4. Efeitos da interposição

O recurso hierárquico necessário suspende a eficácia do acto até à respectiva decisão ou o esgotamento do prazo para decidir (170.º do CPA), data em que começará igualmente a correr o prazo de impugnação judicial – a não ser que a lei determine o contrário (por exemplo, no caso das listas de colocação de professores) ou que o autor do acto considere fundamentadamente que a não execução imediata causa um grave prejuízo para o interesse público (limitação que actualmente só será admissível se houver meio jurisdicional para impugnar essa resolução).

O recurso hierárquico facultativo não suspende automaticamente a eficácia do acto, suspende (não interrompe) apenas o *prazo de impugnação* judicial, mas não impede o recorrente de propor no tribunal a acção respectiva (artigo 59.º, n.ºs 4 e 5 do CPTA) – embora, *de iure condendo*, a lei talvez devesse, em certos casos, admitir a suspensão da eficácia do acto.

#### 10.4. Outras impugnações administrativas

Na terminologia da lei, aliás pouco recomendável, as outras formas de impugnação administrativa serão:

a) “recursos hierárquicos impróprios”, quando se recorre para outro órgão da mesma pessoa colectiva, onde ou quando não haja hierarquia; exemplos: recurso de actos do órgão delegado para o delegante ou de decisão de membro de órgão colegial para o plenário e, quanto a nós, também de secção ou de segmento do órgão para o pleno

(mesmo que a lei refira a impugnação como “reclamação”, como acontece na impugnação de decisões da secção disciplinar do Conselho Superior do Ministério Público para o respectivo Plenário – contra a opinião dominante na jurisprudência);

b) “recursos tutelares”, quando se recorre para o órgão de outra pessoa colectiva, com poderes de superintendência ou de tutela.

Enquanto o recurso para o delegante é sempre admissível, tendo em conta a plenitude dos poderes do delegante, o recurso para o órgão superintendente ou tutor depende de previsão legal expressa ou inequívoca, designadamente de o órgão para o qual se recorre ter competência para produzir os efeitos requeridos.

Os efeitos desses recursos são semelhantes aos do recurso hierárquico, conforme sejam necessários ou facultativos.



## PARTE III

### O CONTRATO ADMINISTRATIVO

#### Bibliografia (sobre o Código dos Contratos Públicos):

MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos públicos (Direito Administrativo Geral*, T. III), 2008; AA.VV.;

*CJA*, n.º 64, especialmente as intervenções de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (p. 28 e ss) e de PEDRO GONÇALVES (p. 36 e ss);

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *CJA*, n.º 66, p. 3 e ss.

#### Bibliografia facultativa:

SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, p. 343-428;

PEDRO GONÇALVES, *Contrato Administrativo*, 2003, Partes 1 a 8;

FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, p. 495 e ss;

MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, 1990;

MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito europeu dos contratos públicos*, 2006;

Sobre o CCP, v. AAVV., in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de contratação pública*, vol. I, 2008; vol. II, 2010.

#### 1. A admissibilidade da figura do contrato administrativo

A história dos contratos administrativos desenha uma trajetória alucinante: começa com a negação ou alergia inicial, passa pela aceitação limitada da figura do “contrato administrativo”, e avança até à sua concepção como *figura típica de utilização geral* no exercício da função administrativa.

1.1. O problema da *incompatibilidade* aparente entre, de um lado, a *liberdade* negocial, a *igualdade* entre as partes e o *compromisso* contratual (consenso) – características da figura contratual – e, do outro lado, a vinculação à *legalidade*, a *autoridade* administrativa e a sujeição ao *interesse público* – características da actividade administrativa pública.

1.2. Admissão do contrato administrativo inicialmente limitada (“à francesa”) às necessidades de gestão, para delegação da execução de obras (sobretudo empreitadas) e prestação de serviços públicos, em regra, contratos de *colaboração subordinada*, entendidos como *contratos privados transformados*, nos quais se admitiam cláusulas exorbitantes que implicassem a *reserva de poderes* por parte da Administração para realização do interesse público – poderes de direcção (*supremacia* em vez da igualdade) e de modificação ou rescisão (*instabilidade* em vez da estabilidade do compromisso contratual).

1.3. As alterações *substanciais* (conceito de interesse público), *funcionais* (conteúdos de prestação, infra-estruturação, promoção, regulação, garantia e controlo) e *estruturais* (novas formas) da actividade administrativa – que justificam, no contexto de um Estado Social e Garantidor, a compatibilidade e a adopção generalizada de figuras contratuais pela Administração no exercício da função administrativa, não apenas sob a égide do direito privado, mas sobretudo no desenvolvimento de actividades subordinadas a regimes de direito público.

A alteração do próprio conceito de “contrato” privado, no sentido do predomínio da *consensualidade formal e funcional* (“cooperação de interesses antagónicos”) e da *publicização de conteúdos* (cláusulas proibidas ou impostas) sobre os requisitos tradicionais relativos à vontade (objectivamente limitada), à igualdade (prejudicada pela contratação em massa) e à liberdade estipulatória (inexistente nos contratos de adesão) – alteração que provoca a aproximação das figuras contratuais de direito privado e de direito público.

1.4. Os limites à utilização do contrato pela Administração: apesar da inexistência de uma incompatibilidade de princípio entre contrato e auto-

ridade administrativa, há determinadas actuações administrativas de direito público que não podem ser desenvolvidas por via contratual.

Nos termos do artigo 278.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), “na prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os contraentes públicos podem celebrar quaisquer contratos administrativos, *salvo* se outra coisa resultar *da lei* ou da *natureza* das relações a estabelecer”.

Os limites legais decorrem de lei imperativa (ex.: exclusão do contrato de trabalho em funções públicas para aquelas “actividades que impliquem o exercício directo de poderes de autoridade que definam situações jurídicas subjectivas de terceiros ou o exercício de poderes de soberania” – artigo 1.º, n.º 4, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que justamente operou a contratualização das relações de emprego público, com esta excepção);

Os limites “naturais” resultam da natureza (do sentido ou da finalidade) da actividade ou dos seus efeitos:

i) pela necessidade de assegurar uma *igualdade universal de tratamento* (decisões regulamentares, designadamente em matéria de segurança social e de obrigações fiscais);

ii) pela *ausência de interesse* de contraentes privados (decisões sobre a organização administrativa);

iii) por razões de *ordem pública* e de *soberania* (decisões sancionatórias, incluindo as disciplinares ou de aplicação de coimas, actos de polícia, decisão de impugnações administrativas, concessão da nacionalidade ou do asilo, fiscalização de eleições).

No entanto, mesmo nestas áreas, que seriam, em si mesmas, “domínios próprios da actuação unilateral”, encontramos o uso da figura contratual – *contratos fiscais* (sobretudo no domínio do direito económico fiscal, mas também no direito fiscal formal), *contratos policiais* (em matéria de ambiente, urbanismo e até de segurança), além de *contratos de organização* (interadministrativos) e até porventura certos *contratos no domínio sancionatório*, apesar da rejeição dos processos agnitórios (em especial, do *plea bargaining*) no nosso sistema processual penal.

Em geral, admite-se ainda (“à alemã”) a figura do *contrato sobre o exercício de funções e poderes públicos* (cf. artigo 1.º, n.º 6, c), *in fine*, do CCP) – de

que são exemplo recente os “contratos para planeamento”, celebrados no domínio urbanístico entre municípios e proprietários privados, com vista à elaboração, alteração ou revisão de planos de urbanização ou de pormenor (artigo 6.º-A do RJIGT/2007).

## 2. Os conceitos legais de “contrato público” e de “contrato administrativo”

O Código do Procedimento Administrativo (CPA) estabelecia uma *definição* de contrato administrativo como “acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta *uma relação jurídica administrativa*”, operando, assim, de acordo com o entendimento geral, uma distinção relativamente ao “contrato de direito privado da Administração” consoante a natureza da relação jurídica em causa – o que implicava a distinção entre *direito administrativo* e direito privado, através da adopção de um critério estatutário, associado ao objecto, com base em diversos tópicos doutrinários (sujeitos públicos, relação de sujeição, finalidade de interesse público, “ambiência” de direito público).

O Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, segue um caminho diferente: adopta dois *conceitos polarizadores*, embora parcialmente sobreponíveis, para efeitos de delimitação do respectivo âmbito de aplicação, que abrange, por um lado, a *contratação* administrativa (*formação* do contrato) e, por outro, o regime substantivo da *relação contratual* (*execução* do contrato).

2.1. Por um lado, adopta uma noção ampla de *contrato público*, que delimita em função dos *sujeitos* outorgantes, *para efeitos da aplicação* de um determinado *regime procedimental de formação* de contratos (Parte II), em grande medida para cumprimento de directivas comunitárias.

Este conceito legal de “contrato público” (artigo 1.º, n.º 2) abrange *todos os contratos* celebrados no âmbito da função administrativa, independentemente da sua designação e da sua natureza (isto é, mesmo que sejam *de direito privado*), desde que sejam outorgados pelas “*entidades adjudicantes*” referidas na lei (artigo 2.º).

Essas “entidades adjudicantes” são, simplificadaamente:

a) as *personas colectivas públicas* – as que constituem a tradicional “Administração Pública em sentido organizatório”, incluindo as administrações autónomas e independentes (artigo 2.º, n.º 1);

b) os “*organismos públicos*” (terminologia de origem comunitária) – entidades criadas *especificamente* para satisfazerem *necessidades de interesse geral*, sem *carácter industrial ou comercial* (isto é, cuja actividade económica não se submeta à lógica do mercado e da livre concorrência), desde que financiadas (maioritariamente e regularmente) por pessoas colectivas públicas ou sujeitas ao seu controlo ou à sua *influência dominante* (artigo 2.º, n.ºs 2 e 3);

c) quaisquer entidades, incluindo as *empresariais*, que exerçam a actividade no âmbito dos *sectores especiais* (água, energia, transportes e serviços postais), quando sujeitas a *controlo* ou *influência dominante* de entidades adjudicantes (artigo 7.º).

No entanto o regime de contratação não se aplica, como veremos, a todos os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes, mas *apenas aos que suscitem, pelo menos potencialmente, a concorrência no mercado* – de modo que pode dizer-se que há contratos celebrados pela Administração que não são “contratos públicos” para efeitos do Código.

2.2. Por outro lado, o CCP estabelece um conceito, tendencialmente mais restrito, de *contrato administrativo*, celebrado por *contraentes públicos* (entre si ou com “co-contratantes privados”), para efeitos de aplicação do *regime substantivo de execução* dos contratos (Parte III).

2.2.1. Em vez de, como o CPA, definir o “contrato administrativo” em abstracto, através da caracterização da relação jurídica sobre a qual incidem os respectivos efeitos, o CCP retoma a antiga ideia de uma *enumeração*, ainda que agora substancial e aberta, dos “*contratos administrativos*”, identificados por “*factores de administratividade*” (artigo 1.º, n.º 6):

“Sem prejuízo do disposto em lei especial, reveste a natureza de contrato administrativo o *acordo de vontades*, independentemente da sua forma ou designação, celebrado entre *contraentes públicos e co-contratantes* ou somente entre *contraentes públicos*, que se integre em qualquer das seguintes categorias:

a) contratos que, por força do Código, da lei ou da vontade das partes, sejam *qualificados* como contratos administrativos *ou* submetidos a um *regime substantivo de direito público*;

b) contratos com objecto passível de *acto administrativo* e contratos sobre o *exercício de poderes públicos*;

c) contratos que confirmam ao co-contratante *direitos especiais* sobre *coisas públicas* ou o exercício de *funções do contraente público*;

d) contratos que a lei submeta, ou admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por *normas de direito público* e em que a prestação do co-contratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das *atribuições do contraente público*".

2.2.2. Resulta ainda da lei uma nota subjectiva, na medida em que, nos contratos administrativos, uma das partes (pelo menos) há-de pertencer à categoria dos "*contraentes públicos*", que são, nos termos do artigo 3.º:

a) as pessoas colectivas públicas;

b) os organismos públicos (e as entidades adjudicantes nos sectores especiais – artigo 8.º), mas só quando os contratos sejam qualificados pelas partes como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público;

c) quaisquer entidades (públicas ou privadas) quando celebrem contratos no exercício de *funções materialmente administrativas*.

2.2.3. Os critérios materiais subjacentes a esta enumeração reconduzem-se, de uma maneira ou de outra, à ideia de um *regime substantivo de direito público* por determinação legal, pelo seu objecto ou pelo seu regime exorbitante do direito privado.

Resta saber até que ponto se deve admitir que a administratividade do contrato resulte da sua qualificação legal ou pelas partes – há-de entender-se que essa qualificação, mesmo a legal, deve ser controlada substancialmente pela verificação de características que justifiquem objectivamente a sua pertença aos contratos de *direito público*, designadamente se a prestação do co-contratante pode "condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público".

Por exemplo, deve concluir-se que a locação e a aquisição de móveis só são contratos administrativos, sujeitos ao regime substantivo da Parte III,

na medida em que se trate de fornecimentos contínuos, não se incluindo aí as locações e aquisições avulsas.

2.2.4. Pode, assim, concluir-se que os conceitos não coincidem inteiramente.

Por um lado, há *contratos públicos* que *não são contratos administrativos*, como por exemplo:

i) os contratos qualificados pela lei ou pelas partes como contratos *de direito privado* ou submetidos a um *regime de direito privado*, mesmo que celebrados por “contraentes públicos” no exercício da função administrativa – assim, o CCP não se aplica, em princípio, a contratos de compra e venda, doação, permuta e arrendamento de bens imóveis (do património dos entes públicos) e contratos similares – artigo 4.º, n.º 2, alínea c);

ii) os contratos outorgados pelos “organismos públicos” que não sejam celebrados no exercício de funções *materialmente* administrativas, nem submetidos pela vontade das partes a um *regime substantivo* de direito público.

### 3. Os problemas da *formação* do contrato administrativo

#### 3.1. Os contratos públicos abrangidos

No que respeita à formação dos contratos, os contratos administrativos seguem a disciplina geral comum a todos os “contratos públicos”, constante da Parte II do CCP, na medida em que lhes seja aplicável.

O critério principal para determinar o âmbito de aplicação das normas procedimentais do Código diz respeito a um *determinado tipo contratual* (artigo 16.º, n.º 1 e artigo 5.º, n.º 1, *a contrario*): as “entidades adjudicantes” – as pessoas colectivas públicas ou organismos públicos – têm de seguir um dos *procedimentos pré-contratuais* regulados pelo CCP para a formação de quaisquer *contratos* (incluindo os contratos *administrativos*), *cujo objecto abranja prestações* que, designadamente em razão da sua *natureza* ou das suas *características*, bem como da *posição relativa das partes* no contrato ou do *contexto* da sua própria formação, *estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado*.

A título exemplificativo, consideram-se *submetidas à concorrência do mercado*, nos termos do artigo 16.º, n.º 2, as *prestações típicas* dos

seguintes contratos: *da empreitada de obras públicas, da concessão de obras públicas, da concessão de serviços públicos, da locação ou aquisição de bens móveis, da aquisição de serviços, bem como do contrato de sociedade* (este, salvo quando se trate de sociedades de capitais exclusivamente públicos).

E a isto acresce que, quando se trate de *contratos inter-administrativos* (celebrados entre pessoas colectivas públicas) e de *contratos* celebrados por *organismos públicos*, só os *contratos que abrangam as prestações típicas das referidas espécies contratuais* (com excepção do contrato de sociedade) estão sujeitos às regras de formação previstas na Parte II do CCP (artigo 6.º, n.º 1 e n.º 2).

Mas, além destes, há ainda outros contratos que estão sujeitos às regras da contratação da Parte II do Código por respeitarem a *prestações sujeitas à concorrência*, como, por exemplo, os de concessão de uso privativo ou de exploração do domínio público, os de prospecção e pesquisa geológica, ou os de aquisição, arrendamento ou alienação de bens imóveis.

Na realidade, embora os contratos referidos expressamente no Código tenham como característica comum a circunstância de representarem uma *solicitação de bens e serviços no mercado* por parte da Administração, devem considerar-se igualmente sujeitos às regras da contratação pública aqueles contratos que, pelo contrário, representam uma *oferta administrativa*, envolvendo a selecção do co-contratante na sequência de um convite da Administração, quer o convite resulte da iniciativa desta ou da manifestação de interesse de um entre vários potenciais interessados.

Na delimitação do âmbito de contratos sujeitos ao regime da contratação pública há-de valer especialmente a necessidade ou importância da *garantia do princípio da concorrência*, tal como é entendida pela jurisdição comunitária, que constitui a razão de ser principal das normas sobre procedimentos pré-contratuais.

*Exclui-se*, no entanto, a aplicação do CCP à formação de vários tipos de contratos (artigo 5.º) – salientam-se, entre outros:

- a) os contratos de *concessão de subsídios*,
- b) os contratos a celebrar com entidades detentoras de *exclusivos* e, sobretudo,



c) os contratos “*in house*” (ou “*in house providing*”) – isto é, os contratos “*domésticos*”, celebrados por entidades adjudicantes com outras entidades sobre as quais exerçam um “*controle análogo*” ao que exercem sobre os próprios serviços [implicará inexistência de quaisquer participações de privados, como decorre da jurisprudência europeia (Ac. TJCE *Stadt Halle*, 11/01/05)?] e que desenvolvam em seu benefício o *essencial* da respectiva actividade [o critério do “destino essencial” implicará 80% da actividade, como vem decorrendo da jurisprudência comunitária?] – artigo 5.º, n.º 2.

Põe-se a este propósito a questão de saber se a lei não será demasiado restritiva na configuração destes contratos domésticos, designadamente se for interpretada em conformidade com a jurisprudência comunitária mais radical.

### 3.2. Os princípios especiais da contratação pública

A contratação pública está sujeita, como toda a actividade administrativa, para além das normas legais, aos princípios jurídicos fundamentais, que aqui assumem um especial relevo.

Por influência europeia, são formulados – e obrigatoriamente interpretados em conformidade com o direito comunitário (nos termos estabelecidos pela jurisprudência do TJ), quando esteja em causa a aplicação deste direito –, a par dos princípios da *igualdade* (não discriminação em função da nacionalidade, liberdades fundamentais de circulação), da *transparência* (concurso como procedimento-regra), da *publicidade* e da *imparcialidade*, os princípios do *reconhecimento mútuo* (de normas técnicas e certificados) e da *proporcionalidade*, bem como o princípio da *tutela jurisdicional efectiva* dos interessados.

Segundo uma “Comunicação interpretativa” da Comissão Europeia (2006/C 179/02), o cumprimento das regras e dos princípios fundamentais do Tratados impõe, relativamente a *todos os contratos públicos* – mesmo nos casos em que não se apliquem (pelo seu valor ou pela espécie contratual) as *regras específicas* das directivas e da legislação estadual – uma “obrigação de *transparência*” que implica, na jurisprudência do TJCE, “um grau de *publicidade* adequado para garantir a abertura do mercado à concorrência”, bem como “a *imparcialidade* dos processos de adjudicação”.

[V. o importante Acórdão do TJ de 20/05/2010, que recusa a anulação da comunicação interpretativa, porque esta “não envolve novas regras de adjudicação dos contratos públicos que vão além das obrigações decorrentes do direito comunitário existente”.]

Por sua vez, o direito nacional também determina a aplicação a todos os contratos administrativos dos *princípios gerais da actividade administrativa*, designadamente dos princípios jurídicos fundamentais que constituam ou decorram de preceitos constitucionais – artigo 5.º, n.º 6, alínea a).

E o próprio CCP salienta como princípios especiais em matéria de contratação pública os princípios da *transparência*, da *igualdade* e da *concorrência* (artigo 1.º, n.º 4), que se concretizam em diversos sub-princípios de direito adjudicatório, designadamente no âmbito dos concursos (por exemplo: os princípios da estabilidade das regras, das propostas e dos concorrentes; o princípio da comparabilidade das propostas).

As regras e princípios procedimentais do CPA também se aplicam, mas com as adaptações necessárias, aos contratos que *envolvam o exercício de poderes públicos* – artigo 5.º, n.º 6, alínea c).

Na perspectiva do direito da União Europeia, o valor predominante na regulação dos *procedimentos* de contratação é o da *concorrência* no interesse do *mercado*, que assim prevalece sobre outros interesses públicos dos Estados membros, sobretudo os interesses financeiros, que eram tradicionalmente preponderantes no plano interno.

Esboça-se, no entanto, designadamente ao nível político e no plano doutrinal, uma tendência para contrapor ao princípio da concorrência o *princípio da eficiência* – considerando a concorrência como um custo operacional. Esta tendência, de inspiração americana, encara a contratação da perspectiva dos *contribuintes* (“best value for taxpayer’s money”), que deveria preferir à perspectiva europeia das empresas *concorrentes*, acentuando a importância da qualidade dos bens produzidos e serviços obtidos, em relação com as respectivas condições económicas de produção e obtenção – uma tendência de “democracia fiscal” que porventura

acabará por prevalecer quando o mercado comum europeu atingir a sua maturidade.

### 3.3. Os procedimentos de *formação* do contrato

Salvo o disposto em lei especial, as entidades adjudicantes de contratos públicos devem adoptar, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, um dos seguintes tipos de *procedimentos* (“*public procurement*”), designadamente para a aquisição de bens e serviços no mercado:

- a) Ajuste directo (“*direct award*”);
- b) Concurso público (“*open procedure*”);
- c) Concurso limitado por prévia qualificação (“*restrict procedure*”);
- d) Negociação (“*negotiation*”);
- e) Diálogo concorrencial (“*competitive dialog*”).

Relativamente ao CPA, *reduzem-se os tipos* de procedimentos, eliminando o antigo concurso limitado sem apresentação de candidaturas e a negociação sem anúncio prévio – embora estas categorias sejam de algum modo recuperadas no contexto de modalidades reguladas de ajuste directo.

De facto, é interessante sublinhar que o *ajuste directo* está agora sujeito também a algumas regras procedimentais e deixou de ser um procedimento residual, admissível apenas nas circunstâncias excepcionais expressamente previstas, podendo ser utilizado para celebração de *quaisquer* contratos de baixo valor.

Por sua vez, consagra-se, como novidade, o “diálogo concorrencial”, como procedimento de tipo negocial (com base numa “memória descritiva”, negocia-se com interessados qualificados a solução a pôr a concurso, *antes* da apresentação das propostas), que se assume como próprio para “contratos complexos” (Directiva 2004/18/CE, do Parlamento e do Conselho, de 31/3/2004, in *JO – L*, de 30/4/2004) – ou, nos termos do CCP, para “contratos particularmente complexos”, por ser *objectivamente impossível* para a entidade adjudicante *definir em termos precisos a solução técnica* adequada, os *meios técnicos* aptos ou a *estrutura jurídica ou financeira* do contrato a celebrar para satisfação das necessidades públicas (que, no entanto, não é admissível no âmbito dos sectores especiais – água, energia, transportes e serviços postais).

A escolha dos procedimentos, designadamente no que respeita ao ajuste directo, à negociação e ao diálogo concorrencial, é feita segundo regras definidas

expressamente no Código, tendo em consideração o *tipo* e o *valor* do contrato, e, em certos casos, a qualidade da *entidade adjudicante* (artigo 17.º e ss).

210

### 3.4. Panorama geral da tramitação dos procedimentos pré-contratuais

Os procedimentos a seguir pelas entidades adjudicantes (“*contracting authorities*”) têm tramitações legais distintas, embora haja algumas regras gerais, comuns à generalidade dos procedimentos, relativamente aos seus trâmites principais:

#### *I. Fase de iniciativa*

a) o início do procedimento – a decisão de contratar (e de autorização da despesa) e a decisão de escolha do procedimento;

b) o aviso de abertura (“*contract notice*”);

c) as peças procedimentais típicas (“*contract documents*”):

– o *programa* do procedimento, que é “o regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua celebração” (artigo 41.º) – é um documento com *carácter regulamentar*, que disciplina o procedimento pré-contratual, contendo as regras de participação e as garantias administrativas de recurso (facultativas);

– o *caderno de encargos*, que é a peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar (artigo 42.º, n.º 1) – constitui a base negocial do futuro contrato, embora se discuta na doutrina se constitui uma declaração negocial ou um regulamento;

#### *II. Fase de apresentação e aceitação formal das propostas*

d) a apresentação das *propostas* (“*submission of tenders*”) – a proposta é “a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo” (artigo 56.º), respeitando os termos definidos pelos documentos contratuais;

#### *III. Fase de avaliação*

e) análise das *propostas* (“*evaluation*”) pelo *júri* do procedimento, em função das regras e com base nos padrões estabelecidos no programa e demais documentos do concurso;

#### IV. Preparação da adjudicação

- f) relatório preliminar (“*preliminary report*”), que concentra a decisão sobre todas as questões procedimentais, podendo o júri propor a exclusão de propostas e devendo propor a ordenação das propostas não excluídas;
- g) relatório final (“*final report*”), após *audiência prévia dos interessados*;

[eventualmente, em certos contratos, pode haver lugar a uma fase de *negociação* das propostas, que implica um segundo relatório preliminar e, após audiência dos interessados, um segundo relatório final do júri.]

#### V. Fase decisória

- h) decisão de *adjudicação* (“*awarding of contract*”), que é “o acto pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única *proposta* apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas” (artigo 73.º) – é feita em regra à “*proposta economicamente mais vantajosa* para a entidade adjudicante” ou, quando a concorrência respeite apenas ao preço, à “do mais baixo preço” (artigo 75.º);

#### VI. Fase de celebração do contrato

- i) *habilitação*, prestação de *caução* e confirmação de *compromissos* pelo adjudicatário (artigos 81.º a 93.º);
- j) a fixação negocial da *minuta* do contrato (aprovação pelo órgão competente, com eventuais *ajustamentos* por razões de interesse público e a respectiva aceitação pelo adjudicatário – artigos 98.º a 102.º);
- l) a *celebração do contrato*, em regra não antes de 10 dias da notificação da adjudicação a todos os interessados (norma de *standstill* – artigo 104.º, n.º 1, a) e n.º 2).

O CCP regula, em especial, a *tramitação* de cada um dos vários tipos de procedimentos acima referidos, com as diversas fases próprias de cada um deles.

Neste contexto são de salientar:

- a) as regras especiais da figura do *diálogo concorrencial* (artigo 204.º e ss);
- b) a procedimentalização do *ajuste directo*, com admissão de um regime geral e de um regime simplificado;
- c) nos concursos:

i) a *desmaterialização* do procedimento, decorrente da inexistência de uma fase autónoma de avaliação dos concorrentes, com a eliminação do “acto público” (“*opening of tenders*”) e a realização do leilão electrónico (“*e-auction*”);

ii) a diferenciação intencional entre a *avaliação das propostas* (às quais se referem agora exclusivamente a avaliação e a adjudicação) e a *habilitação dos concorrentes* (remetida para uma fase pós-adjudicatória, ou pré-adjudicatória, no concurso limitado por prévia qualificação);

iii) a *previsão* de um “*concurso público urgente*” para a locação ou aquisição de bens móveis ou de serviços.

Destaca-se também, como novidade, a previsão de “*instrumentos procedimentais especiais*”, que agilizam o procedimento e visam permitir a contratação em grosso:

a) *sistemas de aquisição dinâmicos* (“dynamic purchasing systems” - DPS);

b) *sistemas de qualificação* (“qualification systems”);

c) *acordos-quadro* (“framework agreements”);

d) *centrais de compras* (“purchasing centers” – v. a Agência Nacional de Compras Públicas, EPE).

Estabelece-se ainda a regulação específica dos “velhos” *concursos de concepção*, para aquisição de *ideias* (planos, projectos, criações conceptuais), designadamente nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitectura, da engenharia ou do processamento de dados.

Note-se, por fim, que, nesta matéria, é decisiva a influência normativa do *direito comunitário* (direito da União Europeia), cujas *directivas* se transpõem (apesar de o legislador não se ter limitado a efectuar a transposição) e cuja *jurisprudência* se acolhe.

Neste contexto de influência, deve ter-se em consideração que o direito da União tende hoje a não se pautar exclusivamente por considerações de *garantia da concorrência*, impondo também critérios de adjudicação associados a *valores europeus (sociais* – por exemplo, o fomento do emprego, a igualdade no local de trabalho, a protecção dos grupos desfavorecidos – e *ambientais* – utilização de métodos de produção “limpos”, desenvolvimento de energias “renováveis”), que prevalecem sobre os interesses nacionais.

#### 4. Tipos de contratos administrativos

##### 4.1. Classificações doutrinárias

No conjunto dos contratos administrativos, a doutrina tem estabelecido várias classificações e distinções, que continuam a ser relevantes, designadamente para efeitos de regime substantivo. Salientamos, pela nossa parte, as seguintes classificações, que se cruzam entre si, em função da diversidade de critérios:

a) contratos de *colaboração* e contratos de *atribuição*:

– contratos de *colaboração*, em que o co-contratante privado se obriga a contribuir para o desempenho de actividades materialmente administrativas (públicas), mediante remuneração (empreitada, concessão de obras públicas ou de serviços públicos);

– contratos de *atribuição*, em que o co-contratante privado obtém uma situação de *vantagem* própria, mediante contrapartida (concessão de uso privativo do domínio público, acordos de cooperação com IPSS).

b) *contratos de subordinação* e *contratos de não subordinação*:

– *contratos de subordinação*, em cuja execução se verifica um ascendente funcional da Administração sobre o co-contratante – que podem ser:

i) contratos de *colaboração subordinada*, sejam *contratos de solicitação* de bens e serviços no mercado, sejam *contratos de concessão translativa*, que visam associar um particular ao exercício de funções administrativas, destacando-se os “contratos relacionais”, que implicam uma relação duradoura (concessões de obra ou serviço público);

ii) contratos de *atribuição subordinada*, contratos de concessão constitutiva de posições jurídicas precárias ou funcionalmente dependentes da Administração (concessões de exploração do domínio público, alguns contratos-programa);

– *contratos de não subordinação*, em que tal ascendente não se verifica – incluindo:

i) os contratos de *cooperação inter-administrativa paritária* (derivada da privatização e da descentralização – ex.: contratos de parceria entre o Estado e as autarquias locais para a exploração e gestão de sistemas municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos);

ii) os contratos de *colaboração não subordinada* (contratos de associação, contratos de arrendamento ao Estado) e os contratos de *atribuição de direitos* (a generalidade dos contratos-programa, contratos de investimento, contratos de desenvolvimento, “contratos de licenciamento”), em que se conferem posições não-precárias ou não subordinadas, desenvolvendo o co-contratante particular, muitas vezes no exercício de uma liberdade ou autonomia constitucionalmente consagrada, uma actividade *própria* que interessa ao contraente público;

c) contratos com objecto passível de *acto administrativo* (substitutivos ou integrativos de actos de autoridade – “subordinationsrechtliche”, na Alemanha), contratos com objecto passível de *contrato de direito privado* (aquisição de bens ou de serviços) e contratos com objecto *próprio* (ou *exclusivo*) de contrato administrativo (concessão de obra pública, concessão exploração de jogos de fortuna ou azar);

d) contratos com *efeitos principais restritos às partes* (a generalidade dos contratos) e contratos com *eficácia normativa externa* (em especial, os contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas, relativamente aos utentes, e, sendo caso disso, às empresas prestadoras concorrentes).

#### 4.2. Referência a algumas espécies mais relevantes

a) contratos de *solicitação de bens e serviços no mercado* (“compras ou encomendas públicas”, “marchés publics” ou “*contratos públicos*” em sentido estrito, na terminologia do direito comunitário) – empreitada de obra pública, locação ou aquisição de bens móveis (fornecimento contínuo), aquisição de serviços – em regra, contratos administrativos com objecto passível de contrato privado;

b) contratos de *delegação de funções ou serviços* (concessões translativas, “*concessões*” na terminologia comunitária, por envolverem transferência do direito e do risco económico de exploração) – concessão de obra pública, concessão de serviço público, certas concessões de exploração do domínio público, contratos de gestão (contratos internos, entre pessoas colectivas públicas) – são contratos administrativos por natureza (alguns com objecto passível de acto administrativo);



c) contratos de *concessão constitutiva* ou de *atribuição de direitos* (não são “concessões” no sentido do direito comunitário) – concessões de uso privativo do domínio público, concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar;

d) contratos sobre o *exercício de poderes públicos* – contratos com *objecto passível de acto administrativo*, que, em sentido estrito, são aqueles pelos quais a Administração celebra um contrato com o destinatário do acto intencionado (contratos *decisórios* ou *substitutivos* de actos administrativos – artigo 337.º, n.º 1 CCP), e outros contratos que envolvam o exercício de poderes públicos, designadamente aqueles em que a Administração, antes ou no decurso de um procedimento, se obriga a praticar ou a não praticar um determinado acto administrativo (contratos *obrigacionais* – artigo 337.º, n.º 2), os contratos que substituam actos administrativos contratuais (*acordos endocontratuais* – artigo 310.º), ou aqueles, previstos em leis especiais, em que contrata com privados a feitura de planos ou com os interessados a regulação de uma actividade (contratos *regulatórios*).

#### 4.3. As *parcerias públicas-privadas contratuais* (PPP-C)

Deve destacar-se a figura das *parcerias público-privadas* (instituídas pelo Decreto-lei n.º 86/2003, de 26 de Abril), definidas no CCP como contratos públicos, celebrados por *determinadas* entidades adjudicantes (em princípio, o Estado, as Regiões Autónomas e os institutos públicos, mas hoje também administrações municipais), através dos quais o adjudicatário (“parceiro privado”) se obriga, de forma *duradoura*, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma *necessidade colectiva* (tarefa pública) e em que a *responsabilidade pelo financiamento e pelo investimento* ou, pelo menos, *pelo risco da exploração* inerente à execução do contrato cabe ao adjudicatário, implicando ainda uma despesa elevada para a entidade adjudicante.

É central a ideia da *transferência para o sector privado de riscos* (sobretudo *económicos*) *habitualmente suportados pelo sector público*.

As tarefas públicas podem consistir na disponibilização de serviços ou de bens ao público, remunerada pelos utentes ou pela Administração (que correspondem às tradicionais *concessões*, ainda que *modernizadas*), ou na disponibilização de bens ou serviços à própria Administração (*contratos PFI – private finance initiative*).

Esta figura tem sido normalmente utilizada na Europa para realização de projectos de infra-estruturas, sobretudo nos sectores dos transportes, saúde pública, educação e segurança pública, e está sujeita a regimes especiais, designadamente no que respeita a princípios e regras económicas, financeiras e técnicas, ao procedimento de formação e a uma tutela sectorial específica.

[No âmbito comunitário, as *PPP contratuais* englobam ainda outros contratos e admite-se a existência de *PPP institucionais*, através da criação de entes mistos, criados *ad hoc* ou decorrentes da abertura de entes públicos à participação privada. Além disso acentua-se a tendência para regulação do conteúdo e da execução, através de cláusulas de adaptação e de revisão – v. *Livro Verde sobre as PPP* (COM/2004/0327).]

## 5. O regime substantivo da *execução* dos contratos administrativos

### 5.1. O regime substantivo e o paradigma de um contrato desigual

O CCP estabelece, no Título I da Parte III, o *regime geral* aplicável à generalidade dos “contratos administrativos”, e depois, no Título II, os regimes de diversos *contratos em especial*: empreitada de obras públicas, concessões de obras públicas e de serviços públicos, locação de bens móveis, aquisição de bens móveis e aquisição de serviços.

As características da relação contratual administrativa implicam um *regime substantivo de execução* dos contratos, em que se procure assegurar, em termos adequados, o cumprimento da imposição constitucional da prossecução do interesse público.

Esse imperativo constitucional manifesta-se, por força da caracterização “juristicista” do contrato administrativo, num *regime público típico* de um “*contrato desigual*”, diferente do regime paritário próprio dos contratos de direito privado – um regime em que, sem descaracterizar a figura *consensual* do contrato, se evidenciam *poderes de autoridade* atribuídos ao contraente público, com as correspondentes *garantias* dos direitos e interesses dos co-contratantes privados.

5.1.1. Isto implica, desde logo, que esse regime geral específico dos contratos administrativos não se aplica (ou não se aplica no essencial) a todos os “contratos públicos” celebrados pelas entidades adjudicantes, designadamente, não se aplica aos *contratos de direito privado*, mesmo que celebrados por “contraentes públicos” (por exemplo, compra e venda, permuta e arrendamento de bens imóveis – cfr. artigo 4.º, n.º 2, c) do CCP) – embora aí, como se trata da actividade de entes públicos, tenham sempre de ser respeitados os princípios fundamentais que regem todas as actuações administrativas (artigo 2.º, n.º 5, do CPA).

O contrato de arrendamento de bens imóveis do Estado e de Institutos públicos é configurado pelo Decreto-lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto, que manda aplicar-lhe em geral a lei civil (artigo 63.º), mas estabelece um regime excepcional quanto à respectiva extinção (poderes administrativos de denúncia unilateral e, sobretudo, de despejo administrativo por motivo de interesse público – artigo 64.º), que corresponde a um regime substantivo de direito público – resta saber se, tratando-se de normas excepcionais e dizendo respeito apenas à extinção da relação contratual, tal é suficiente para o transformar num contrato administrativo.

5.1.2. Por outro lado, o regime público típico da Parte III também não se aplica a todos os *contratos de direito público*.

Há, desde logo, uma *excepção de princípio*, que leva a que as regras gerais do regime substantivo dos contratos administrativos não se apliquem aos *contratos inter-administrativos*, justamente porque as partes contratam entre si num plano de *igualdade jurídica*, “segundo uma óptica de harmonização do desempenho das respectivas atribuições”, a não ser que, por essa via contratual, um dos contraentes públicos se submeta ao exercício de *poderes de autoridade* pelo outro (artigo 338.º).

Além disso, há contratos administrativos que estão sujeitos a regime especial, não previsto no CCP – por exemplo, o contrato de trabalho em funções públicas, excluído expressamente pela alínea a) do n.º 2 do artigo 4.º (na versão dada pela Lei n.º 59/2008).

Isto, para não falar de outros contratos de direito público, como os contratos internacionais referidos e excluídos pelo artigo 4.º, n.º 1 do Código.

218

5.1.3. Diga-se, por fim, que, mesmo relativamente aos contratos administrativos desiguais, justifica-se uma *diferenciação de regime em função dos diversos tipos contratuais ou das espécies concretas*, que, em nosso entender, não se esgota nos regimes dos contratos especiais previstos no CCP e acima referidos.

Assim, por exemplo, os poderes do contraente público, embora previstos como poderes gerais, serão naturalmente *mais intensos* nos “contratos de subordinação” (sobretudo nos de delegação de funções ou serviços) ou nos que envolvam o exercício de poderes públicos; tal como serão *menos intensos* na generalidade dos contratos de atribuição e nos contratos de colaboração não subordinada, designadamente quando o co-contratante privado desenvolva uma actividade própria, no exercício de uma liberdade ou autonomia constitucionalmente consagrada. E também haverá diferenças quanto ao grau de autonomia contratual das partes, que é reduzido, por exemplo, nos contratos celebrados segundo modelos de “contrato-tipo” (de que são espécimes os contratos municipais de concessão de distribuição de energia eléctrica em BT, intensamente pré-regulados por portaria governamental).

5.1.4. O regime substantivo corresponde, como vamos mostrar, a um paradigma estruturado em torno de uma ideia axial: o *equilíbrio ponderado* entre, de um lado, o princípio da *prossecução do interesse público*, que justifica os preceitos determinantes da prevalência do contraente público, e, do outro lado, a *garantia dos interesses do co-contratante*, para defesa dos seus interesses, designadamente em face daquela prevalência – mas, assim se diferenciando do acto administrativo, no contexto ou na ambiência de um *consenso constitutivo*, próprio da figura contratual, que *exprime uma igualdade de raiz* entre as partes.

#### 5.2. A adequação à prossecução do interesse público

O imperativo de prossecução do interesse público, que justifica a predominância do contraente público e caracteriza a figura do contrato

administrativo típico, é assegurado por vários preceitos, em termos que o legislador pretende, na medida do possível, concretizar.

5.2.1. O artigo 302.º do Código prevê – salvo quando outra coisa resultar da *natureza do contrato* (se o contrato administrativo for de cooperação paritária inter-administrativa, eventualmente, também, em geral, se for um contrato de não subordinação) ou da *lei* (lei especial) – um conjunto de *poderes do contraente público* no âmbito e nos termos do contrato.

Esses poderes são *destinados e delimitados* pela finalidade de assegurar a funcionalidade da execução do contrato quanto à *realização do interesse público visado* – exprimem um princípio ou cláusula de *sujeição* ao fim contratual ou de *reserva* do *contraente público*, que a lei enuncia e densifica:

a) poderes de *direcção* do modo de execução das prestações do co-contratante, através de *acções tipificadas* no contrato ou pela emissão de ordens, directivas e instruções escritas (ou reduzidas a escrito) sobre o sentido das *escolhas necessárias* nos domínios da execução técnica, financeira ou jurídica das prestações contratuais, *consoante o contrato em causa* (artigo 304.º);

b) poderes de *fiscalização* técnica, financeira e jurídica da execução do contrato, através de pedidos de informações e de inspecção de locais, equipamentos, documentação, registos informáticos e contabilidade, devidamente documentados e limitados ao que se prenda imediatamente com o modo de execução do contrato (artigo 305.º);

c) o poder de *modificação unilateral* das cláusulas relativas ao *conteúdo* ou ao *modo de execução* das *prestações*, por razões de interesse público, decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes (válido sobretudo para os contratos de colaboração) – poder tradicionalmente designado por *ius variandi* (311.º, n.º 2 e 313.º);

d) o poder de aplicação de *sanções*, previstas na lei ou no clausulado contratual, em caso de inexecução ou incumprimento do contrato – quando revistam natureza pecuniária, têm como limite global 20% do preço contratual ou de 30%, se não houver lugar à resolução do contrato (artigo 329.º).

e) o poder de *resolução unilateral* do contrato, em *três situações distintas*:

i) seja por razões de *interesse público*, que há-de ser devidamente fundamentado [e implica o pagamento da justa indemnização ao co-contratante] (artigo 334.º);

ii) seja a resolução *sancionatória* (rescisão) por incumprimento do co-contratante [sem prejuízo do direito a obter deste uma indemnização] (artigo 333.º);

iii) seja mesmo a resolução do contrato por *alteração anormal ou imprevisível das circunstâncias* – que pode ser *objectiva*, mas também pode ser *imputável* ao exercício de *poderes não contratuais* pelo contraente público (designadamente, o exercício de poderes legislativos pelo Estado) – de modo que a exigência do cumprimento das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato [havendo lugar a indemnização, se a alteração for imputável ao contraente público] (artigo 335.º, n.ºs 1 e 2).

5.2.2. Antes da publicação do Código, discutia-se se o exercício destes poderes, entre outras pronúncias do contraente público, configurava a prática de “*actos administrativos*” ou a exercitação de “*direitos potestativos negociais*” – sendo a distinção relevante sobretudo para efeitos de regime substantivo, na medida em que, apesar de estarem em causa, em ambas as configurações, *poderes* funcionais, há diferenças decisivas quanto à *força executiva* ou *executória* (artigo 309.º do CCP) e ao *ónus de impugnação* (no prazo curto de três meses), que são características exclusivas dos actos administrativos.

O CCP tipifica, no artigo 307.º, n.º 2, os casos em que há lugar à prática de acto administrativo, no que pretende ser, pelo menos no âmbito do Código, uma enumeração *taxativa*:

- a) ordens, directivas ou instruções no exercício dos poderes de direcção e de fiscalização;
- b) modificação unilateral de cláusulas contratuais relativas ao conteúdo ou ao modo de execução das prestações *por razões de interesse público*;
- c) aplicação de sanções previstas para a inexecução;
- d) resolução unilateral do contrato, por quaisquer fundamentos.

Nos termos do artigo 307.º, n.º 1, *quaisquer outras* decisões proferidas pelo contraente público (tal como as pronúncias do co-contratante privado) na execução do contrato *configuram, em princípio, declarações negociais*, ainda que envolvam o exercício de poderes, que são considerados como

“direitos potestativos”, de modo que, na falta de acordo, o contraente público tem de recorrer à via judicial para obter os efeitos pretendidos.

No entanto, os “actos administrativos contratuais” não estão sujeitos, quanto à sua formação, ao regime da marcha do procedimento estabelecido pelo CPA – a não ser no caso da aplicação de sanções contratuais, que se rege pelas normas relativas à audiência prévia (artigo 308.º).

Esta opção legislativa reivindica a vantagem da clareza e conseqüente segurança do regime jurídico substantivo aplicável, *mas* apresenta o perigo de uma *rigidificação* e de um *autoritarismo* administrativo, que, em determinadas situações e tipos de contratos, se poderá revelar inadequado, desnecessário ou excessivo em função da finalidade da garantia da realização do interesse público visado pela decisão de contratar.

Por exemplo, não nos parece razoável que a lei, de forma global e indiferenciada, qualifique como acto administrativo a *resolução unilateral* de quaisquer contratos, incluindo, para além dos casos de resolução por imperativo de interesse público, quer a resolução por incumprimento [que tradicionalmente é vista no direito administrativo, contra o nosso entendimento, como sanção contratual], quer ainda a resolução por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias – e a razoabilidade é ainda menor quando, como veremos, se atribui a todos esses actos de resolução, para além de força de título executivo, *força executória*, permitindo a sua execução coactiva pelos meios administrativos sem recurso aos tribunais.

Parecia-nos mais adequada a ideia – que fez algum curso na jurisprudência administrativa

[v., por exemplo, o Acórdão do Pleno do STA de 16/10/2003, P. 47543],

sobretudo com base em disposição legal aplicável aos contratos de empreitadas de obras públicas – de que, *em regra*, a Administração, ao intervir unilateralmente na *execução* dos contratos administrativos, o faz através de declarações negociais que, caso configurem poderes, correspondem ao exercício de *direitos potestativos* de génese contratual. Regra essa que só deveria ser afastada nos casos expressamente previstos ou naqueles em

que, com base em critérios materiais, se devesse concluir que se tratava de verdadeiros actos administrativos, por envolverem necessariamente o exercício unilateral de poderes de autoridade

[sobre alguns desses critérios, v. Rodrigo Esteves de Oliveira, “O acto administrativo contratual”, in *CJA*, n.º 63, p. 3 e ss, 12 e ss.]

5.2.3. Para além dos poderes do contraente público, o CCP estabelece, como novidade, embora apenas *nas parcerias públicas-privadas*, o direito do contraente público à *partilha de benefícios* quando ocorra um acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros previstos para o co-contratante que não resulte da sua eficiente gestão e das oportunidades criadas pelo mesmo – a efectuar, designadamente através da revisão de preços ou da assunção, por parte do co-contratante, do dever de prestar ao contraente público o valor correspondente ao acréscimo das receitas ou ao decréscimo dos encargos previstos com a execução do contrato (artigo 341.º).

### 5.3. A garantia dos *interesses do co-contratante*

O reconhecimento dos poderes administrativos justificados pela realização do interesse público implica, em contrapartida, uma protecção adequada dos interesses dos privados que contratam com a Administração, que o CCP, em termos entre nós inovadores, assegura com bastante consistência.

a) a reserva de *autonomia* do co-contratante – assegurada pelo princípio da *proporcionalidade* na *execução* do contrato, nos termos do qual os poderes de direcção devem limitar-se ao *estritamente necessário* à prossecução do interesse público, e, tal como os poderes de fiscalização, *não devem perturbar a execução* do contrato, *nem diminuir a iniciativa* e a correlativa *responsabilidade do co-contratante*, sobretudo a *autonomia técnica ou de gestão* decorrente do título ou do tipo contratual ou dos usos sociais (artigo 303.º e 304.º, n.º 1, *in fine*);

b) o direito à *reposição do equilíbrio financeiro inicial* ou “cláusula de remuneração”, em caso de *modificação unilateral* do contrato pelo contraente



público por razões de interesse público, bem como por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias *imputável* ao exercício de poderes pelo contraente público, quando se repercutam de modo específico na situação do co-contratante (artigo 314.º);

c) o direito à *justa indemnização* dos prejuízos causados pela resolução do contrato pelo contraente público com fundamento em interesse público (artigo 334.º);

d) o *direito à resolução do contrato por incumprimento* ou por *exercício ilícito* de poderes pelo contraente público, a exercer por via judicial ou arbitral (artigo 332.º);

e) o *direito*, com base na cláusula *rebus sic stantibus*, conforme os casos, a uma *alteração equitativa dos termos contratuais*, a uma *compensação financeira* ou à *resolução do contrato*, perante *circunstâncias anormais e imprevisíveis*, quando se modifiquem de modo significativo os condicionalismos da celebração do contrato, afectando a “base negocial” (artigo 332.º);

f) o *direito à protecção* por parte do contraente público, que está sujeito a esse *dever especial*, quando disponha de poderes de autoridade, contra a violação por terceiros de vinculações jurídico-administrativas que possam pôr em causa, não apenas a boa execução do contrato, como também a obtenção das receitas a que o privado tenha direito (artigo 291.º).

#### 5.4. Os momentos de *consenso* e as *garantias da igualdade contratual de raiz*

Esta dialéctica poder / garantia, típica das relações de direito público, desenvolve-se aqui, no entanto, no quadro de uma *relação contratual*, que, sendo caracterizada pela verificação de um acordo constitutivo, exige um consenso, salvaguardado pelo CCP em vários preceitos:

a) o respeito pelo *objecto* do contrato, como *limite absoluto*, que não pode ser alterado sequer pelo acordo das partes, menos ainda unilateralmente pelo contraente público (artigo 313.º, n.º 1);

b) a qualificação expressa das declarações do contraente público sobre *interpretação e validade* do contrato como meras “declarações negociais” (tal como as relativas à execução que não sejam qualificadas por lei como

actos administrativos), com a correspondente *exclusão* dos poderes de interpretação e invalidação unilateral de cláusulas contratuais por acto administrativo – declarações que, na falta de acordo, têm valor meramente opinativo e só produzem efeitos através de decisão judicial (em acção administrativa comum) ou arbitral (artigo 307.º, n.º 1);

Embora o exercício unilateral de alguns poderes, designadamente sancionatórios, possa pressupor uma determinada interpretação das cláusulas contratuais alegadamente violadas, deve prevenir-se o abuso de poder que isso pode proporcionar, quando o co-contratante privado invoque uma *discordância séria* da interpretação dada pelo contraente público.

c) o afastamento do poder de *execução forçada* (executoriedade) das obrigações decorrentes de “actos administrativos contratuais” (apesar de estes terem a força de título executivo), *salvo* em caso de *sequestro* e *resgate* de concessões e, em geral, de declarações de *resolução* do contrato, por qualquer dos três fundamentos admitidos (artigo 309.º);

d) a previsão de *acordos endocontratuais* entre as partes, na forma escrita, em substituição de actos administrativos ou de declarações negociais dos contraentes públicos, incluindo a modificação de cláusulas contratuais dentro dos limites legais (artigo 310.º).

### 5.5. As garantias do *equilíbrio contratual*

A harmonização dos interesses conflitantes das partes realiza-se, como também é próprio dos contratos, em termos que devem conduzir a uma *equação justa* entre as prestações, objectivo que se exprime em alguns aspectos do regime legal:

a) os princípios da *conexão material* e da *proporcionalidade* na *estipulação* contratual – o contraente público não pode assumir *direitos* ou *obrigações* manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material directa com o fim do contrato (artigo 281.º);

b) a repartição entre as partes da *responsabilidade pelos riscos* contratuais, designadamente *económicos*, embora com tendência para a transferência

do risco para os co-contratantes privados – sendo de considerar as regras financeiras segundo as quais os riscos devem ser atribuídos à parte que tenha maior capacidade para os controlar ou à que deles retire maior benefício (303.º, n.ºs 2 e 3).

## 6. Vicissitudes do contrato

### 6.1. Modificação objectiva do contrato

6.1.1. As cláusulas contratuais podem ser objecto de modificações formais, quanto ao *conteúdo* ou quanto ao *modo de execução* das prestações, modificações estas que podem resultar:

- a) de *acordo* escrito entre as partes (“acordo endocontratual”);
- b) de *decisão judicial ou arbitral*, na sequência de um processo, designadamente por iniciativa do co-contratante;
- c) de *acto administrativo* unilateral do contraente público, no uso do respectivo poder contratual, com fundamento em *razões de interesse público* (artigo 311.º).

6.1.2. A modificação do contrato, seja qual for o autor, está sujeita a *limites* (artigo 313.º).

Por um lado, há-de, como vimos, respeitar as *prestações principais* abrangidas pelo *objecto* do contrato (artigo 313.º, n.º 1, 1.ª parte) – este limite é *absoluto*, mas visa sobretudo proteger o co-contratante contra o poder de modificação unilateral do contraente público.

Por outro lado, não pode configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a *concorrência* relativamente à fase prévia da contratação – proibindo-se, por exemplo, a alteração dos atributos da proposta que tenham sido determinantes para a adjudicação, salvo se tal for imposto pelo decurso do tempo (imprevisão ou urgência) em contratos de execução duradoura (artigo 313.º, n.º 1, 2.ª parte e n.º 2). Este limite visa especialmente a protecção de eventuais operadores económicos que concorreram e foram preteridos (ou até de potenciais concorrentes, que também têm legitimidade para propor nos tribunais

administrativos acções sobre contratos), bem como dos interessados em novas adjudicações – mas não deixa de proteger também os interesses do Estado na obtenção da melhor proposta para o interesse público.

A dimensão de protecção da concorrência tem sido afirmada na jurisprudência comunitária, em associação com o objecto contratual – proibindo “alterações substanciais” ou “essenciais” do contrato – e não respeita especificamente à modificação unilateral, mas também, e talvez sobretudo, à modificação *por acordo* (v. Pedro Gonçalves, anotação ao Acórdão Presstext do TJCE, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, 2009).

Há ainda outro limite, estabelecido no artigo 313.º, n.º 3, relativamente aos contratos sobre o exercício de poderes públicos, em que se proíbe ou condiciona a modificação do contrato *por decisão judicial* (a solicitação do particular) quando isso ponha em causa a margem de livre decisão (discricionariedade de acção) ou os espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa (discricionariedade de avaliação /decisão).

6.1.3. Um dos fundamentos legalmente previstos para a alteração do contrato é constituído, como vimos, “por *razões de interesse público*, decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”, que justifica o uso, pelo contraente público, do seu *poder de modificação unilateral do contrato*, através da prática de um acto administrativo.

Este é um poder de conformação da relação contratual, que não deve confundir-se com o *factum principis (fait du prince)*, relativo ao poder do Estado (ou de outras entidades públicas) de causarem *indirectamente* mas *especificamente* a modificação das circunstâncias contratuais no exercício de poderes normativos gerais – em regra por *decisão de soberania político-legislativa* (por via geral e abstracta ou através de uma lei ou de uma medida política concreta), mas também em certos casos por via regulamentar. Este poder, que daria lugar normalmente a uma “indenização pelo sacrifício”, de natureza *extracontratual*, quando cause um *prejuízo especial e anormal* ao contraente privado, aparece, no entanto, *equiparado* pelo CCP a uma *alteração das circunstâncias imputável ao contraente público*, e, por essa via, tem efeitos semelhantes aos de uma modificação unilateral por razões de interesse

público [artigo 314.º, n.º 1, a)] – no entanto, como é evidente, tal só pode valer quando o contraente público seja o próprio Estado (ou uma entidade com poderes normativos gerais) e a indemnização não deverá ser idêntica.

O co-contratante privado, em caso de modificação unilateral *ou* de alteração de circunstâncias *imputável* ao exercício de poderes do contraente público, tem direito à *reposição do equilíbrio financeiro do contrato* (artigo 314.º, n.º 1), que será efectivada, na falta de estipulação contratual de outros efeitos, “através da *prorrogação do prazo* de execução das prestações ou da vigência do contrato, da *revisão dos preços* nele previstos (actualização), ou da *assunção*, por parte do contraente público, *do dever de prestar* à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato” (artigo 282.º, n.º 3).

O CCP, para superar o casuísmo jurisprudencial, pretende estabelecer regras mais densas sobre a reposição do equilíbrio financeiro – que há-de ser “única, completa e final para todo o período do contrato” – determinando, por exemplo, que, na falta de estipulação contratual, o seu valor corresponde ao necessário para repor exactamente a proporção financeira inicial do contrato, não podendo favorecer nenhuma das partes, e é calculado em função do valor das prestações a que as partes se obrigaram e dos efeitos resultantes do facto gerador do direito de reposição, não podendo cobrir eventuais perdas inerentes ao risco do próprio contrato (artigo 282.º, n.ºs 4, 5 e 6).

No caso de a alteração causar uma redução do contrato, a par da redução da contraprestação, haverá lugar a indemnização dos prejuízos causados ao co-contratante.

6.1.4. O contrato pode ser também modificado com outro fundamento: quando as *circunstâncias* em que as partes *fundaram* a decisão de contratar – a “base contratual” – tiverem sofrido uma *alteração anormal e imprevisível* [uma imprevisão “objectiva” e não uma “pressuposição” comum pelas partes no sentido *windscheidiano*].

Nessas hipóteses, admite-se a modificação – sempre por *decisão judicial ou arbitral*, a pedido do contraente público ou do co-contratante, conforme a parte lesada [dado que a modificação por decisão unilateral só é pos-

sível ou só é qualificada como acto administrativo quando o fundamento sejam razões de interesse público – cfr. os artigos 311.º, n.ºs 1 e 2, 302.º, c) e 307.º, n.º 2, b)] –, desde que a *exigência* das obrigações por si assumidas *afecte* gravemente os princípios da *boa fé* e *não* esteja coberta pelos *riscos próprios do contrato* [artigo 312.º, a)].

Nesse caso, a parte lesada tem direito à *modificação* do contrato *segundo juízos de equidade* ou então a uma *compensação financeira* (artigo 314.º, n.º 2).

Cfr. o artigo 437.º do Código Civil, embora aí se refira apenas uma alteração anormal das circunstâncias, sem referência expressa à respectiva imprevisibilidade.

Só não será assim, como acabamos de ver, se essa alteração for *imputável* a decisão do contraente público fora dos poderes de conformação contratual, que afecte especificamente a situação contratual do co-contratante, caso em que é *equiparada* à modificação contratual por interesse público e dá lugar à reposição do equilíbrio financeiro [artigo 314.º, n.º 1, a)].

6.2. *Cessão da posição contratual e subcontratação – admissibilidade e limites.*

6.3. *A responsabilidade contratual, a adaptação à prática do “project finance” e os direitos de “step in” e “step out” das entidades financiadoras.*

6.4. *O incumprimento: limites à iniciativa do co-contratante e resolução sancionatória.*

## 7. Extinção do contrato

### 7.1. Causas de extinção

São causas de extinção do contrato (artigo 330.º):

a) o cumprimento (incluindo o decurso do prazo) ou a impossibilidade definitiva do cumprimento e demais causas extintivas gerais reconhecidas no direito civil;

b) a revogação por acordo;

c) a resolução promovida por uma das partes (nos termos que veremos a seguir);

d) outras vicissitudes reconhecidas por via de decisão judicial, arbitral ou administrativa (por exemplo, caducidade de contratos que incidam sobre o exercício de poderes públicos, caducidade de contratos determinada por acto legislativo).

## 7.2. A resolução do contrato, em especial

As regras de resolução do contrato são diferentes, conforme a parte em causa.

7.2.1. A resolução por iniciativa do contraente público é configurada como *acto administrativo*, dotado de força *executiva* e (excepcionalmente) também *executória*, é dizer, como o exercício de um poder do contraente público de máxima autoridade, em qualquer das três situações em que pode ter lugar:

a) resolução por imperativo de interesse público (incluindo o “resgate” de concessões), que assenta naturalmente num fundamento de invocação exclusiva pelo contraente público (artigo 334.º);

b) resolução sancionatória (rescisão), num conjunto expressamente enumerado de situações de incumprimento ou de violação grave das obrigações assumidas pelo co-contratante, para além das que estejam especificamente previstas no contrato (artigo 333.º);

c) resolução por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, que pode ter causas objectivas ou ser imputável ao contraente público, no exercício de poderes extracontratuais (artigo 335.º).

7.2.2. A resolução *por iniciativa do particular co-contratante* está sujeita a condições especiais, normalmente mais gravosas, quer no caso de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, quer no caso de resolução por incumprimento ou por uso ilícito de poderes por parte do contraente público.

Por exemplo, a resolução por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias só é admitida desde que esta não implique grave prejuízo para a realização do interesse público contratual, ou, independentemente disso, se a manutenção do contrato puser manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do co-contratante ou se revele excessivamente onerosa, ponderados os interesses públicos e privados em presença.

Além disso, em qualquer caso, a resolução pelo co-contratante só opera *por via judicial ou arbitral*, salvo no caso de incumprimento significativo

e persistente de obrigações pecuniárias pelo contraente público, em que basta a declaração negocial respectiva, dirigida a este último (artigo 332.º).

230

7.3. Ao poder do contraente público de *resolução unilateral por imperativo de interesse público* corresponde o consequente e simétrico dever de *indenização integral* do co-contratante (334.º, n.º 2), seja pelo interesse negocial *negativo* (que tende a colocar o lesado na situação em que se encontraria se não tivesse celebrado o negócio ou se não tivesse iniciado as negociações com vista à respectiva conclusão – *danos emergentes*), seja pelo interesse negocial *positivo* (destinada a repor o particular na situação em que estaria se o contrato fosse *pontualmente* cumprido – *lucros cessantes*, embora com dedução do benefício da antecipação dos ganhos previstos).

Em caso de resolução *sancionatória*, promovida por qualquer das partes, por *incumprimento* da contraparte, a parte lesada tem ainda direito a indenização, “nos termos gerais” da responsabilidade contratual – indenização por mora, cumprimento defeituoso ou incumprimento definitivo (artigo 333.º, n.º 2) –; no caso do contraente público, a lei refere especialmente os (eventuais) prejuízos decorrentes da adopção de novo procedimento de formação do contrato (um aspecto menor), mas nada refere sobre o âmbito indemnizatório, subsistindo a questão de saber se esta abrange apenas o “dano da confiança” (interesse negativo), tal como sustenta a maioria da doutrina civilística e a jurisprudência dominante, ou se pode abranger também o interesse positivo, como defende uma parte da doutrina.

Quando a resolução do contrato decorra da *alteração anormal ou imprevisível das circunstâncias*, como a exigência do cumprimento das obrigações assumidas pela parte lesada que afectaria gravemente os princípios da boa fé e não está coberta pelos riscos próprios do contrato, *não haverá lugar a indenização* de qualquer das partes.

No entanto, quando a alteração de circunstâncias for imputável ao contraente público, no exercício de poderes extra-contratuais (*factum principis*), haveria lugar a indenização integral, nos termos estabelecidos para a resolução por motivo de interesse público (artigo 335.º, n.º 2) – parece, no entanto, que esta solução não faz sentido senão para aqueles casos em



que o contraente público seja o Estado (ou integre a Administração estadual) e a alteração seja produzida por lei-medida, directamente imputável ao Governo e com uma ligação estreita com o contrato (nas restantes situações, designadamente quando o contraente público seja autónomo, ou a alteração resulte indirectamente de lei geral, haverá lugar a indemnização pelo sacrifício a cargo do Estado, que implica uma compensação de prejuízos e não uma reparação integral de danos).

## 8. A invalidade do contrato

### 8.1. Tipos de invalidades

8.1.1. A distinção doutrinal e legal entre invalidades *derivadas* (“consequentes de actos procedimentais inválidos”) e invalidades *próprias* do contrato (umas *exclusivas*, outras *comuns* à adjudicação).

8.1.2. As diferenças tendenciais, do ponto de vista da validade, entre o contrato com objecto passível de acto administrativo (“contracto-acto”), o contrato com objecto passível de contrato de direito privado (“contrato-negócio”) e o “contrato-misto” – em função da respectiva aproximação às normas específicas da validade dos actos administrativos ou da validade dos negócios de direito privado.

### 8.2. As invalidades derivadas

#### 8.2.1. As decisões e os documentos pré-contratuais relevantes

São várias as *decisões pré-contratuais* susceptíveis de influenciarem a validade do contrato: a decisão de contratar; a escolha de procedimento; a exclusão ou admissão de concorrentes ou de propostas; a classificação das propostas; e, principalmente, a *adjudicação* (acto administrativo principal, que, uma vez proferido, pode consumir os vícios dos actos procedimentais que não tenham autonomia externa).

De entre os vícios pré-contratuais potencialmente invalidantes do contrato podem referir-se: a escolha errada do procedimento, a admissão indevida

de concorrentes, a violação dos princípios da comparabilidade ou da estabilidade das propostas ou do princípio da imparcialidade, a adjudicação a proposta com preço anormalmente baixo, entre vários outros.

Os vícios também podem ocorrer no conteúdo dos *documentos concursais*: no anúncio, no programa de concurso ou no caderno de encargos – designadamente cláusulas contrárias à lei (por exemplo, alusão proibida a marcas de produtos, admissão ilegal de propostas variantes, dispensa do cumprimento de obrigações legais imperativas em matéria de segurança, prazo de concessão superior ao legalmente permitido), mas também cláusulas indefinidas ou com contradições insanáveis e cláusulas contrárias a valores constitucionais (discriminações ilegítimas de pessoas).

#### 8.2.2. O regime comum do CCP

É a seguinte a solução proposta no artigo 283.º para o regime comum das “invalidades consequentes” de actos procedimentais inválidos:

a) a *declaração judicial de nulidade* de actos procedimentais pelo *tribunal administrativo* competente implica automaticamente a *nulidade* do contrato – não basta para o efeito a declaração administrativa de nulidade e é sempre necessária uma sentença declarativa da nulidade do acto pré-contratual (a referência às situações em que “ainda puder ser” judicialmente *declarada* a nulidade visa apenas alertar para que essa declaração judicial nem sempre é possível a todo o tempo – lembre-se, designadamente, que, relativamente aos “contratos comunitários”, a nulidade dos actos pré-contratuais está sujeita a impugnação urgente no prazo de um mês, nos termos do artigo 101.º do CPTA);

b) a *anulação* (administrativa ou judicial) do acto procedimental implica a *anulabilidade* do contrato, salvo se o acto procedimental for *renovado* validamente (sem os vícios que fundaram a anulação);

c) a *anulabilidade* do acto procedimental implica a *anulabilidade* do contrato, salvo se o acto procedimental se *consolidar* (pelo decurso do prazo de impugnação) ou for *convalidado*;

d) a *anulação* ou a *anulabilidade* do acto procedimental poderão *não se projectar sobre a validade do contrato*, havendo lugar ao *aproveitamento* do contrato por decisão judicial ou arbitral:

– quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença e a gravidade do vício, a anulação do contrato se revele desproporcionada ou contrária à boa fé, ou ainda

– quando se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma modificação subjectiva do contrato celebrado (isto é, que não seria outro o co-contratante privado) ou uma alteração do seu conteúdo essencial.

8.2.3. O regime especial de invalidade derivada de procedimentos pré-contratuais relativos a “contratos comunitários”

O Estado português está obrigado à transposição da última Directiva-Recursos (Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007), nos termos da qual há-de estabelecer um regime especial de invalidade derivada para os contratos sujeitos ao direito europeu (empreitada, concessão de obra pública, aquisição de bens móveis e aquisição de serviços).

O regime aplica-se apenas a determinadas invalidades contratuais: às decorrentes da adjudicação de contratos *sem publicação prévia de um anúncio* de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia* (fora dos casos admitidos), bem como da celebração do contrato antes de decorrido o prazo de suspensão de 10 dias em caso de impugnação (administrativa ou judicial) da adjudicação.

As especialidades, em relação ao regime geral de anulabilidade previsto no artigo 283.º, acabam por ser apenas as seguintes:

a) o aproveitamento do contrato por decisão judicial ou arbitral não pode basear-se no *interesse económico directamente relacionado com o contrato* (designadamente, atraso na execução, abertura de novo procedimento, mudança de co-contratante, obrigações legais resultantes da anulação);

b) o aproveitamento implica a *redução* do contrato ou então a aplicação ao contraente público de uma *sanção pecuniária* de montante razoável e proporcionado, em função da gravidade da violação (há, porém, o problema de determinação do destino desse montante, quando o contraente público seja o Estado).

Deveria utilizar-se a transposição para consagrar, quanto às invalidades derivadas aí abrangidas, o aproveitamento do contrato em caso de *interesse público imperioso na respectiva manutenção*, designadamente em caso de vícios formais ou de procedimento, sem prejuízo de eventual indemnização dos interessados e outras consequências da ilegalidade.

Deveria ainda utilizar-se a oportunidade concedida pela Directiva ao direito interno para, nos casos em que não haja lugar a aproveitamento, em vez de dispor a anulação retroactiva de todas as obrigações contratuais, limitar os efeitos da anulação às obrigações que ainda devessem ser cumpridas, embora com a aplicação de outras sanções.

8.2.4. Apreciação da solução legal: a caminho de uma dogmática contratual sensata

8.2.4.1. A solução proposta visa corrigir as graves deficiências do anterior regime do CPA e constitui um progresso notável nesse sentido, designadamente na medida em que aceita a ideia fundamental da *autonomia do contrato*, enquanto acordo de vontades, em face do procedimento de *adjudicação* (o contrato não é um acto consequente da adjudicação, muito menos um acto de execução desta) e, desse modo, toma em consideração:

a) a “prejudicialidade” dos actos procedimentais inválidos, isto é, a sua susceptibilidade de influenciar irreversivelmente a configuração do contrato em aspectos nucleares, prejudicialidade que não é, por isso, automática, só se manifestando quando afecte a *identidade do co-contratante privado* ou o *conteúdo essencial* do contrato (só então sendo “causa adequada” de anulabilidade contratual);

b) a “relevância substancial” da preclusão temporal (consolidação pelo decurso do prazo de impugnação), da renovação (prática de acto com igual conteúdo, sem o vício anterior) e da convalidação (prática de acto de segundo grau que elimine o vício do acto primitivo) dos actos procedimentais;

c) a “relevância substancial” de princípios jurídicos fundamentais como os da proporcionalidade, da boa fé e da protecção da confiança, com a ponderação de interesses e a avaliação da gravidade dos vícios, evitando formalismos injustificados e automatismos cegos, que não servem o interesse

público e muitas vezes geram consequências nefastas ou absurdas e podem até premiar intenções más ou desqualificadas.

O novo regime *processual* previsto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) permite uma tutela mais adequada dos *direitos* de todos os interessados, bem como da *estabilidade* dos contratos:

a) prevê-se, embora só relativamente aos quatro contratos protegidos pelo direito europeu – empreitada, concessão de obras públicas, prestação (aquisição) de serviços e fornecimento (aquisição) de bens móveis –, uma acção *urgente* para impugnação de actos pré-contratuais (especialmente da adjudicação), a intentar no prazo de um mês, que, no entanto, dificilmente resolve, por si, o problema antes da celebração tempestiva do contrato, dado que a sua proposição não tem efeito suspensivo.

Espera-se a instituição (em 2010), para os referidos contratos, em transposição da última Directiva-Recursos (Directiva 2007/66/CE), quer do *efeito suspensivo automático* do (curto) prazo para impugnação judicial quando se utilizem meios de impugnação administrativa, quer da *proibição de execução da decisão de adjudicação* (contra prestação de garantia) até à decisão judicial de 1.<sup>a</sup> instância de providências cautelares de suspensão da eficácia, sem prejuízo de o juiz poder determinar antecipadamente, a pedido da entidade adjudicante, a execução da decisão de adjudicação (e, por isso, a celebração do contrato);

b) vale ainda, relativamente aos restantes contratos administrativos, uma tutela cautelar (quaisquer providências adequadas, incluindo a suspensão do procedimento de formação, para evitar a celebração do contrato, que não têm sido, mas deviam poder ser, objecto de *decretamento provisório urgente*), permitindo-se até, em certas condições, a “convolação” do processo cautelar em processo principal para decisão final imediata de mérito;

c) admite-se a cumulação, inicial ou superveniente, do pedido de anulação do acto pré-contratual com o pedido de anulação do contrato, se este já tiver sido ou for entretanto celebrado;

d) alarga-se a legitimidade para proposição de acções sobre a validade e a execução de contratos a terceiros interessados, incluindo ex-concorrentes.

Desta forma, parecem assegurados o princípio da *efectividade* e o princípio da *equivalência* (este até superprotegido), que definem o *standard* de garantia do cumprimento do direito comunitário a que o Estado português está obrigado.

8.2.4.2. Apesar disso, a solução do CCP suscita ainda algumas críticas:

a) A declaração de nulidade do acto pré-contratual não deveria acarretar automaticamente a nulidade do contrato: a comunicação da nulidade do acto ao contrato só deveria ter lugar relativamente aos vícios de conteúdo que fossem *comuns* ao acto e ao contrato (situações que, em rigor, não consubstanciam “invalidades derivadas”, mas “invalidades comuns”, que também são próprias do contrato, ainda que não exclusivas dele) – note-se que a lei geral já permite a irrelevância do vício causador de nulidade, quando a destruição dos efeitos de facto produzidos, associada ao decurso do tempo, se revele contrária aos princípios da proporcionalidade ou da boa fé (artigo 134.º, n.º 3 do CPA), além de que, quando se trate de nulidade consequente, impõe que sejam acautelados os interesses legítimos dos contra-interessados (artigo 133.º, n.º 2, i) do CPA);

b) Nos outros casos, a nulidade exclusiva do acto pré-contratual, sobretudo se fosse decorrente de vício formal ou de procedimento, deveria ter o mesmo regime da anulação, originando, em regra, a *anulabilidade* do contrato, com as ressalvas estabelecidas no n.º 4 do artigo 283.º – solução que permitiria conciliar a defesa eficaz dos direitos de terceiros interessados, que podem impugnar o contrato no prazo de seis meses do conhecimento do vício, com a protecção da estabilidade dos contratos celebrados, cuja manutenção pode ser de imperioso interesse público ou justa da perspectiva da confiança do co-contratante privado digna de protecção jurídica:

[Pense-se, por exemplo, numa deliberação de contratar cujo único vício seja a carência absoluta de forma legal, ou numa adjudicação feita por um órgão colegial que não tinha momentaneamente *quorum*, embora a solução fosse consensual entre os membros.]

c) Entre as situações de “aproveitamento” do contrato (em que a *anulação* ou *anulabilidade* do acto pré-contratual não se projecta sobre a respectiva validade) deveria contar-se também, na lógica da relação jurídica administrativa e na linha do estabelecido no direito europeu, a existência de um *interesse público imperioso na manutenção do contrato*, designadamente em caso de vícios formais ou de procedimento, sem prejuízo de eventual indemnização dos interessados e outras consequências da ilegalidade.

### 8.3. As invalidades próprias do contrato

8.3.1. As invalidades contratuais referem-se ao incumprimento dos requisitos de legitimidade jurídica relativos aos momentos estruturais do contrato (sujeitos, objecto e conteúdo, fim, procedimento e forma), devendo proceder-se à localização dos eventuais vícios, para avaliar das respectivas consequências, que podem implicar a invalidade *total* ou apenas *parcial* do contrato (ao contrário da invalidade derivada, que é sempre total).

8.3.2. Embora a lei não faça esta distinção, há invalidades que são *exclusivas* do contrato e invalidades que são *comuns* à adjudicação anterior.

As invalidades *comuns* à adjudicação anterior resultam, designadamente, de vícios substanciais que já se verificavam na decisão adjudicatória ou nos documentos contratuais, mas que *se repetem* no clausulado do contrato (por exemplo, prazo ilegal da concessão, cláusula discriminatória) – ao contrário das invalidades derivadas, operam ainda que o acto de adjudicação se tenha entretanto consolidado, designadamente, pelo decurso do respectivo prazo de impugnação.

As invalidades *exclusivas* incluem, além de eventuais vícios ocorridos ou decorrentes do procedimento pós-adjudicação (por exemplo, na negociação e aprovação da minuta), os demais vícios estruturais específicos do contrato, destacando-se, entre os vícios de conteúdo, a ilegalidade originária de cláusulas contratuais e a contraditoriedade entre as cláusulas contratuais e as normas imperativas constantes dos documentos do concurso (sobretudo, o caderno de encargos, quando não admita variantes).

8.3.3 O CCP começa por determinar o âmbito de aplicação dos *tipos de invalidade*, definindo, no artigo 284.º, as hipóteses em que há lugar à nulidade ou à anulabilidade, conforme os vícios próprios dos contratos.

Estabelece, como regra, a *anulabilidade* dos contratos “celebrados com ofensa de princípios ou normas injuntivas” (artigo 284.º, n.º 1) – afastando-se do regime de invalidade do direito civil, em que a regra é, nessas situações, a nulidade (v. o artigo 294.º do Código Civil).

E essa adesão ao “modelo administrativista” confirma-se na medida em que determina a *nulidade* dos contratos (quaisquer uns, mesmo os contratos com objecto passível de contrato de direito privado) quando o vício implique, por determinação legal (nos termos do artigo 133.º do CPA) ou por princípio geral de direito administrativo, a nulidade de um acto administrativo em situação análoga (artigo 284.º, n.º 2) – assim, o contrato será nulo, por exemplo, quando falte algum dos elementos essenciais, em caso de carência absoluta de forma legal, de impossibilidade de objecto ou de violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais.

Pelo contrário, a aplicação do Código Civil (CC) à falta e vícios da vontade, referida no n.º 3 do artigo 284.º, parece implicar, embora a lei não o diga expressamente, a relevância, com as devidas adaptações, das disposições respectivas (artigos 240.º e ss) *para efeitos de determinação do tipo de invalidade* – daí resultarão, então, conforme os vícios, situações de *nulidade* (negócios simulados ou celebrados sob coacção física) ou de *anulabilidade* (nas hipóteses de erro, de dolo e demais casos aí previstos).

Gera-se a dúvida sobre a consequência da celebração do contrato sob *coacção moral*, que, nos termos do artigo 133.º, n.º 2, e) do CPA, parece produzir a *nulidade* do contrato e, nos termos do artigo 256.º do Código Civil, implica a *anulabilidade* do negócio – parece-nos, porém, que, embora a remissão do n.º 2 se inscreva na *orientação geral* para a “administratividade” do modelo, deve prevalecer a *remissão específica* do n.º 3 do artigo 284.º, que de outro modo não faria sentido neste preceito, devendo então constar do artigo 285.º [de resto, a coacção moral também não deveria, quanto a nós, ser considerada um vício suficientemente grave para gerar a nulidade do acto administrativo.]

8.3.4. O CCP estabelece depois, no artigo 285.º, o *regime de invalidade* aplicável aos contratos, distinguindo entre os contratos sobre o *exercício*



*de poderes públicos*, designadamente os que têm objecto passível de acto administrativo, e os *restantes contratos*.

Aos primeiros (embora porventura apenas quanto aos contratos substitutivos, que impliquem o exercício do poder público), aplica-se “o regime de invalidade previsto para o acto com o mesmo objecto e idêntica regulamentação da situação concreta” (artigo 285.º, n.º 1), salvo no que respeita à susceptibilidade de redução e conversão, que opera nos termos do Código Civil (artigos 292.º e 293.º do CC), sendo admissível mesmo em caso de nulidade (285.º, n.º 3 do CCP), ao contrário do que sucede quanto aos actos administrativos (artigo 137.º, n.º 1, do CPA).

Aos restantes, aplica-se o regime de invalidade consagrado na lei civil, designadamente nos artigos 285.º e ss do Código Civil (artigo 285.º, n.º 2 do CCP).

No entanto, certo é que, tendo em consideração a diferença estatutária entre os contraentes públicos e os co-contratantes privados, *todos os contratos administrativos*, e não apenas os que tenham um objecto misto, têm, afinal, de respeitar, em princípio, quer os requisitos do direito civil, quer os requisitos de direito público em matéria de validade contratual:

a) embora o artigo 284.º, n.º 3 do CCP se refira apenas à aplicabilidade do Código Civil relativamente à falta e vícios da vontade (simulação, erro, dolo, coacção, incapacidade acidental), o direito civil há-de valer igualmente no que respeita à capacidade dos co-contratantes privados e, eventualmente, com as devidas adaptações, a aspectos substanciais do objecto e conteúdo (por exemplo, proibição de cláusulas abusivas nos contratos de adesão) – mesmo nos contratos que envolvam o exercício de poderes administrativos;

b) como resulta do artigo 284.º, n.º 2, as disposições de direito público em matéria de invalidades (as regras do CPA e os princípios gerais de direito administrativo) – relativamente aos vícios de sujeito (incluindo a falta de autorização tutelar ou de legitimação), de objecto, de fim, de forma e de conteúdo (que não constituam meras irregularidades) – hão-de aplicar-se, designadamente *no que respeita ao contraente público*, mesmo nos contratos que não envolvam o exercício de poderes públicos.

8.3.5. Em crítica à solução legal, parece que não se teve na devida conta a *diferença estatutária* entre os contraentes públicos e os co-contratantes privados, que implica diferenças de regime jurídico, designadamente quanto

aos vícios da vontade; tal como não se conferiu abertura para uma *aplicação diferenciada* das regras próprias do direito civil e do direito administrativo, devidamente adaptadas, nos contratos que não incidem sobre o exercício dos poderes públicos, consoante a predominância, respectivamente, dos elementos (paritários) de negócio ou dos elementos (de autoridade) de acto administrativo.

8.3.6. Lembre-se, por fim, que, a Administração não dispõe de poderes de autoridade em matéria de validade do contrato, sendo as decisões de invalidação da competência exclusiva dos tribunais, quer quanto à anulação, quer quanto à declaração de nulidade.

Ora, desde 2004, nos termos da lei processual administrativa, o pedido de *anulação*, total ou parcial, do contrato administrativo tem de ser deduzido *no prazo de seis meses* a contar da data da celebração do contrato (ou da cessação do vício, nos casos de vícios da vontade) ou do seu conhecimento (artigo 41.º, n.º 2, do CPTA).

Este prazo vale seguramente quando seja aplicável o regime de invalidade do CPA (por remissão do artigo 136.º, n.º 2 deste diploma, substitui o prazo de impugnação do acto anulável, que é de 3 meses – artigo 58.º, n.º 2, b) do CPTA), mas discute-se se vale também quando seja aplicável o regime de invalidade do Código Civil (isto é, se substitui o prazo de arguição de anulabilidade nos contratos privados, que é um ano – artigo 287.º, n.º 1 do CC –, tendo em conta a remissão do artigo 285.º, n.º 2, do CCP para o regime do direito civil).

Já a arguição da nulidade do contrato administrativo, tal como acontece com o acto, não está sujeita a prazo, podendo, em princípio, ser feita a todo o tempo, pelo menos enquanto o contrato não se tiver extinguido.

#### 8.4. ANEXO

A Directiva 2007/66/CE refere a figura da “privação de efeitos” ou ineficácia, em termos a concretizar pelos Estados membros.

Vejamos o que dispõe a directiva comunitária:

241

##### «Artigo 2.º-D

##### **Privação de efeitos**

1. Os Estados-Membros devem assegurar que o *contrato* seja considerado *desprovido de efeitos* por uma instância de recurso independente da entidade adjudicante ou que a não produção de efeitos do contrato resulte de uma decisão dessa instância de recurso em qualquer dos seguintes casos:

a) Se a entidade adjudicante tiver adjudicado um contrato *sem publicação prévia de um anúncio* de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia* sem que tal seja permitido nos termos da Directiva 2004/18/CE;

b) Em caso de violação do n.º 5 do artigo 1.º [*suspensão do procedimento em caso de impugnação administrativa necessária*], do n.º 3 do artigo 2.º [*suspensão do procedimento em caso de impugnação da adjudicação*] ou do n.º 2 do artigo 2.º – A [*prazo suspensivo mínimo de 10 dias para celebração do contrato após a adjudicação*] da presente directiva, se essa violação tiver privado o proponente que interpôs recurso da possibilidade de prosseguir as vias de impugnação pré-contratuais, caso tal violação, conjugada com uma violação da Directiva 2004/18/CE, tiver afectado as hipóteses do proponente que interpôs recurso de obter o contrato;

c) Nos casos a que se refere o segundo parágrafo da alínea c) do artigo 2.º – B da presente directiva, se os Estados-Membros tiverem invocado a excepção à aplicação do prazo suspensivo para os contratos baseados num acordo-quadro e num sistema de aquisição dinâmico.

2. As *consequências* decorrentes do facto de um contrato ser considerado *desprovido de efeitos* são estabelecidas pelo direito interno.

*O direito interno pode dispor a anulação retroactiva de todas as obrigações contratuais ou limitar a anulação às obrigações que ainda devam ser cumpridas.* Neste último caso, os Estados-Membros devem prever a aplicação de *outras sanções* na aceção do n.º 2 do artigo 2.º-E.

3. Os Estados-Membros podem estabelecer que a instância de recurso independente da entidade adjudicante *não* possa considerar um contrato *desprovido de efeitos*, ainda

que este tenha sido adjudicado ilegalmente pelos motivos mencionados no n.º 1, se a instância de recurso constatar, depois de analisados todos os aspectos relevantes, a existência de *razões imperiosas de interesse geral que exijam a manutenção dos efeitos do contrato*. Neste caso, os Estados-Membros devem, em vez disso, prever a aplicação de *sanções alternativas*, na acepção do n.º 2 do artigo 2.º – E.

O *interesse económico* na manutenção dos efeitos do contrato só pode ser considerado razão imperiosa se, em circunstâncias excepcionais, a privação de efeitos acarretar *consequências desproporcionadas*.

No entanto, *não* deve constituir razão imperiosa de interesse geral o interesse económico *directamente relacionado com o contrato em causa* – são interesses económicos directamente relacionados com o contrato, designadamente, “os custos resultantes de atraso na execução do contrato, os custos resultantes da abertura de um novo procedimento de adjudicação, os custos resultantes da mudança do operador económico que executa o contrato e os custos das obrigações legais resultantes da privação de efeitos”.

#### «Artigo 2.º-E

##### Violação da presente directiva e sanções alternativas

1. (...)

2. As sanções alternativas devem ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas. As sanções alternativas são as seguintes:

- a aplicação de sanções pecuniárias à entidade adjudicante, ou
- a redução da duração do contrato.

Os Estados-Membros podem conferir à instância de recurso amplos poderes discionários para lhe permitir ter em conta todos os factores relevantes, designadamente a gravidade da violação, o comportamento da entidade adjudicante e, nos casos a que se refere o n.º 2 do artigo 2.º – D, a parte do contrato que continua a produzir efeitos.

A concessão de indemnizações não constitui uma sanção adequada para fins do presente número”.

[V. a lei alemã: *Verg-ModG*, de 24/04/2009, que alterou a Lei da Defesa da Concorrência – *GWB (4. Teil)*, optando pela privação de efeitos “*ex tunc*”, sujeita a declaração judicial e pressupondo a impugnação do contrato no prazo de 30 dias, contados do conhecimento pelo interessado e até seis meses da celebração (ou até 30 dias da publicação do contrato no J.O.C.E.).]

(Página deixada propositadamente em branco)

Série

Ensino

•

Imprensa da Universidade de Coimbra

Coimbra University Press

2010

