

Suzana Tavares da Silva

# Um novo 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://livrariadaimprensa.com>

**CONCEPÇÃO GRÁFICA**

António Barros

**INFOGRAFIA**

Carlos Costa  
Imprensa da Universidade de Coimbra

**EXECUÇÃO GRÁFICA**

Sereer, soluções editoriais

**ISBN**

978-989-26-0048-2

**ISBN DIGITAL**

978-989-26-0208-0

**DOI**

<http://dx.doi.org/10.14195/978-989-26-0208-0>

**DEPÓSITO LEGAL**

310775/10

Suzana Tavares da Silva

# Um novo Direito Administrativo?

(Página deixada propositadamente em branco)

## SUMÁRIO

Introdução .....	9
Siglas e Abreviaturas.....	10

### Iª Parte

#### Origens do Novo Direito Administrativo (NDA)

##### § 1º *Factores externos*

I – Aberturas da estadualidade.....	11
1. Construção de um direito administrativo à margem dos Estados .....	19
<i>Case Studies:</i>	
a) O modelo de regulação da internet (“administração de interesses públicos sem Estado”).....	21
2. Emergência de um direito administrativo internacional à margem da recepção de regimes jurídicos internacionais .....	25
<i>Case Studies:</i>	
a) Afloramentos impressionantes da <i>global administrative law</i> aplicada por organismos internacionais.....	27
b) A caminho de uma <i>global administrative environmental law</i> (“a Convenção de Aarhus”).....	30
II – As cadeias de transmissão externa (os <i>cookies</i> do NDA) .....	35
1. A americanização do direito administrativo europeu (a influência das ciências económicas e sociais e a politização do jurídico).....	35
2. A europeização do direito administrativo nacional e a construção de um direito administrativo multi-nível e transnacional .....	37

##### § 2º *Factores internos: redução do âmbito do direito administrativo geral*

III – Autonomização de novos direitos administrativos especiais com institutos jurídicos específicos.....	39
1. Direito do ordenamento do território e do urbanismo .....	39

2. Direito administrativo do ambiente .....	42
3. Direito administrativo do risco .....	42
4. Direito administrativo da regulação.....	43
5. Direito administrativo privado ou das obrigações.....	44
6. Direito administrativo do <i>e-government</i> .....	45
IV – Empresarialização da Administração pública.....	46
V – Privatização da relação jurídica de emprego público.....	50
VI – Reconhecimento mútuo de poderes no âmbito da administração pública....	55
Súmula conclusiva da Parte I .....	58

## IIª Parte

### Manifestações do Novo Direito Administrativo (NDA)

#### § 1º *Corrosão interna do direito administrativo geral*

1. “Contaminação” dos institutos jurídicos tradicionais por via do direito europeu derivado: os <i>cookies</i> da <i>europaean law, common law e public law</i> .....	59
a) <i>Case studies</i> no domínio contratual.....	60
<i>Caso A</i> : implementação de políticas através de contrato.....	60
<i>Caso B</i> : o “cocktail normativo” CCP (as influências da <i>public law</i> , <i>common law</i> e da <i>europaean law</i> ) .....	62
<i>Caso C</i> : o contrato como instrumento de ligação Estado Sociedade a caminho da privatização de bens sociais.....	65
<i>Caso D</i> – a contratualização de incentivos .....	66
<i>Caso E</i> – contrato substitutivo de regulação administrativa.....	66
<i>Caso F</i> – contrato substitutivo da resolução jurisdicional de litígios.....	68
<i>Caso G</i> – contrato substitutivo de medidas sancionatórias.....	69
b) No domínio procedimental: procedimentos complexos e plataformas electrónicas.....	69
c) No domínio do controlo.....	71
<i>Caso A</i> – os regimes de auto-controlo: <i>controlling</i> e avaliação.....	71
<i>Caso B</i> – o controlo como processo de aprendizagem: monitorização, dever de avaliação e revisão .....	72
2. Flexibilização do regime jurídico do acto administrativo e modificação das suas funções tradicionais .....	72
a) Os falsos actos administrativos.....	73
<i>Caso A</i> – as licenças de emissão de GEE.....	73
<i>Caso B</i> – as licenças para o exercício de actividades económicas privadas substitutivas de actividade reguladora.....	77
<i>Caso C</i> – as autorizações para acesso a mercados especiais .....	77
<i>Caso D</i> – as “autorizações paternalistas”.....	78

b) Da função estabilizadora à função de interligação disciplinar .....	78
<i>Caso A</i> – entre o direito e a ciência – as licenças precarizadoras de direitos (autorizações para o uso de substâncias químicas).....	78
<i>Caso B</i> – entre o direito administrativo e o direito financeiro – as licenças para arrecadar financiamento (os leilões para atribuição de frequências BWA).....	78
<i>Caso C</i> – entre o direito administrativo e o direito internacional – o acto administrativo transnacional (a DIA transfronteiriça) .....	78
3. Proliferação de poderes reguladores independentes.....	79
4. Autonomização de novas formas de actuação administrativa .....	85
a) <i>O plano administrativo</i> .....	86
b) <i>As actuações informais</i> .....	89
c) <i>Actuações atípicas resultantes da recombinação de formas típicas (mix)</i> ....	90
5. A redução da discricionariedade administrativa face ao incremento das áreas de discricionariedade técnica .....	92
Leituras Estruturantes.....	95
Sugestões actuais de leitura sobre os temas tratados.....	97

(Página deixada propositadamente em branco)

## INTRODUÇÃO

A integração de Portugal na União Europeia, a par da participação em diversos movimentos que constituem o que os autores designam por “constelações jurídicas supranacionais”, tem contribuindo, de forma decisiva, para modificar os institutos tradicionais do direito público. Não se trata de um fenómeno de âmbito nacional. Bem pelo contrário, enfrentamos uma realidade comum aos outros ordenamentos jurídicos, sobretudo europeus, o que significa que a nossa pesquisa não pode deixar de atentar nos diversos contributos que a doutrina estrangeira vem avançando.

Das leituras mais recentes, parece-nos hoje correcto afirmar que depois do “vendaval” das propostas de aplicação das ciências sociais às normas jurídicas (Habermas, Luhmann) e da análise económica do direito chegou o tempo de os juristas “deitarem mãos à obra” e “começarem a arrumar a casa”, tentando recolocar o direito no centro da decisão, embora um direito que é, necessariamente diferente, por ter assimilado todos os contributos antes mencionados.

A nossa proposta, através deste roteiro epistemológico para a cadeira de direito administrativo do 2º ciclo de estudos em Direito, consiste, precisamente, na senda de trabalhos anteriores, e a partir do respectivo contributo, em organizar um conjunto de temas e *case studies* para testar e aplicar o direito administrativo geral no contexto da nova era.

**SIGLAS E ABREVIATURAS**

- AIA – Avaliação de Impacte Ambiental
- AP – Administração Pública
- CCP – Código dos Contratos Públicos
- CEDF – Carta Europeia dos Direitos Fundamentais
- CEE – Comunidade Económica Europeia
- CPA – Código do Procedimento Administrativo
- CPC – Código do Processo Civil
- CPP – Código Processo Penal
- CPTA – Código do Processo nos Tribunais Administrativos
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
- JOCE – Jornal Oficial da Comunidade Europeia
- NDA – Novo Direito Administrativo
- OE – Orçamento de Estado
- OIT – Organização Internacional do Trabalho
- OMC – Organização Mundial de Comércio
- ONU – Organização das Nações Unidas
- SEE – Sector Empresarial do Estado
- SEL – Sector Empresarial Local
- TC – Tribunal Constitucional
- TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
- TJCE – Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
- TUE – Tratado da União Europeia
- UE – União Europeia

I<sup>a</sup> PARTE  
ORIGENS DO NOVO DIREITO  
ADMINISTRATIVO (NDA)

*§1º - Factores externos*

I – ABERTURAS DA ESTADUALIDADE:

I.1. A crescente abertura da estadualidade, decorrente da integração do Estado em “constelações jurídicas pós-nacionais” e da sua colocação em rede com outros Estados, tem contribuído para modificar as características do direito administrativo geral, entendido segundo os cânones do método jurídico tradicional como um direito subordinado à lei, correspondendo esta à expressão legítima do poder democrático de acordo com as normas constitucionalmente estabelecidas, e pertencendo ao poder judicial verificar a legalidade (juridicidade) da actividade administrativa.

I.2. Na verdade, esta compreensão tradicional da actividade administrativa não é adequada aos novos problemas colocados pela gestão nacional de interesses públicos globais (ex. ambiente, energia, direitos humanos, investimento e gestão de capitais), que fazem com que uma decisão administrativa nacional tenha hoje relevo, *i. e.*, existência, conteúdo e eficácia, em diversas constelações jurídicas, convocando, assim, normas de diversos ordenamentos normativos, que colidem entre si, e entre os quais não existe (nem tem de existir) uma relação hierárquica ou sequer normas expressas de resolução de conflitos.

I.3. A originalidade desta nova realidade não radica, porém, na existência dos conflitos, pois a eles já se referia Santi Romano, mas sim no modo de resolução dos mesmos, que é diferente das teses defendidas por este autor, e justifica que as mesmas não ganhem novamente actualidade. De facto, a originalidade da nova era assenta em dois pólos: por um lado, na juridicização de quase todos os conflitos, reduzindo substancialmente o papel da diplomacia e acentuado o processo de “destinação do direito”, o qual passa a transcender o nível estadual; e, por outro, na modificação do conteúdo da função judicial, que deixa de se concentrar exclusivamente na aplicação do direito, para passar a assumir, também, uma tarefa criativa na “construção de «passerelles jurídicas» entre ordenamentos” (expressão de Cassese).

O novo direito administrativo identifica-se em grande medida com o “novo direito público”, fundado na construção judicial de novos princípios em matéria de fontes de direito, mas não se esgota naquele. Pelo contrário, ganhou autonomia e identifica-se hoje com um conjunto de modificações assinaláveis às formas de actividade administrativa tradicional das quais se exige hoje eficiência, reflexividade e sustentabilidade.

I.4. Na verdade, estas transformações sofridas pelos institutos jurídico-administrativos devem-se às modificações operadas no direito público, em consequência da perda do referente estadual/nacional como centro de produção normativa e ancoradouro central da vinculação a normas externas. Para tanto contribuíram:

a) o *princípio do primado do direito europeu*, nos termos do qual o direito europeu prevalece (efeito útil e directo) sobre as normas jurídicas nacionais sem pôr em crise a respectiva validade, pois a afirmação da supremacia do primeiro basta-se com a simples não aplicação do direito nacional e com a interpretação deste em conformidade com aquele (Cf. caso Simmenthal, TJCE P.106/77, de 09/03/78, in Colect. n.º 21, p. 243.);

b) o *princípio da primazia vs. princípio da supremacia*, que estabelece o eixo de articulação entre as relações do direito europeu e dos direitos constitucionais nacionais, segundo o qual a primazia do direito europeu é essencial à sua existência (a existência do direito europeu depende do reconhecimento do princípio do primado) e é limitada pelo princípio

da atribuição de competências (a UE só dispõe dos poderes que os Estados soberanos lhes atribuem, afastando-se uma compreensão dos seus poderes assente na teoria alemã da “autolimitação de poderes” em matéria de direitos fundamentais, segundo a qual a UE disporia de poderes gerais, resultando os poderes dos Estados de uma auto-limitação daqueles), o qual funciona como um limiar mínimo que divide a identidade dos Estados (os princípios constitucionais nacionais que divergem de Estado para Estado e que constituem as suas reservas de competências) do âmbito de eficácia do ordenamento supranacional europeu, não alterando a hierarquia nacional das fontes de direito, assente na *supremacia* do direito constitucional;

*Sobre as relações entre o direito europeu e os ordenamentos constitucionais nacionais V. Decisão do Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 12/10/1993; Ac. Tribunal Constitucional Espanhol 1/2004, de 13 de Dezembro de 2004; Ac. K 18/04 do Tribunal Constitucional Polaco, de 11 de Maio de 2005 e Ac. Tribunal Constitucional Italiano 454/2006*

c) o princípio da prevalência das “normas interpostas” sobre o direito ordinário nacional, que opera segundo um critério de “trazer para casa” as normas dos tratados internacionais e as normas produzidas pelas organizações internacionais de que o Estado faça parte, sempre que estas sejam válidas e vigentes no ordenamento jurídico português nos termos do art. 8º da C.R.P., obrigando os tribunais a um duplo controlo: em primeiro lugar, à verificação da compatibilidade entre estas normas e a Constituição (as mesmas só serão vinculativas no plano interno se não padecerem de qualquer inconstitucionalidade material), e, num segundo momento, à verificação da conformidade do direito ordinário com as referidas normas dos tratados internacionais, podendo esta conformidade vir a ser garantida através de uma interpretação da norma de direito interno conforme ao direito internacional, sem pôr em causa a respectiva validade. Na verdade, não podemos esquecer que a C.R.P., designadamente o art. 8º, ao contrário das restantes leis fundamentais dos países da UE, é omissa quanto às relações entre o direito internacional recebido na ordem interna e o direito ordinário interno, suscitando problemas práticos no que respeita à qualificação do vício quando

exista desconformidade deste com as normas do direito internacional. O princípio da interpretação da norma de direito interno conforme ao direito internacional tem já previsão expressa no art. 16º/2 da C.R.P. no que respeita à declaração universal dos direitos do homem (princípio da interpretação em conformidade com a declaração universal). Sublinhe-se, igualmente, a recente consagração na lei de alguns expedientes concretizadores deste princípio. Referimo-nos à nova aliena f) do art. 771º do CPC, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto, onde se prevê que a decisão transitada em julgado pode ser objecto de recurso extraordinário de revisão quando “seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado português” e à nova redacção dada ao art. 449º/1g) do CPP, pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, onde se passa a consagrar a possibilidade de revisão de uma sentença condenatória quando “uma sentença vinculativa do Estado português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça” (Rangel Mesquita/2009, pp. 74ss);

*Entre nós, a Lei n.º 85/89 (diploma aprovado como lei orgânica que introduziu alterações à Lei n.º 28/82, reguladora da organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional) veio consagrar, nos arts. 70º/1/i) e 71º/2, um processo de fiscalização concreta nos termos do qual o TC controla a aplicação judicial das convenções internacionais e assegura alguma uniformidade das decisões judiciais quanto a essa aplicação. Para além das inúmeras dúvidas que a doutrina aponta à regularidade como foi instituído entre nós este processo e ao alcance da sua operatividade prática – V. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 2003, pp. 1042ss. – a “proposta de uma interpretação em conformidade com o direito internacional” parece-nos a solução mais eficiente e adequada à nova dimensão que o direito internacional, sobretudo o direito das organizações internacionais vem adquirindo no nosso “ordenamento das fontes de direito”, permitindo assim superar os problemas típicos das questões jurídico-internacionais, reconduzindo a questão ao problema central das novas questões jurídico-constitucionais relacionadas com o sistema complexo das fontes de direito.*

d) o *princípio da cooperação judiciária* na construção da decisão para casos conexos com diversos ordenamentos supranacionais – nos casos que apresentam conexão com diversos ordenamentos supranacionais garantidos por entidades jurisdicionais é fundamental desenvolver mecanismos de cooperação judiciária (ex. reenvio) e princípios (ex. reconhecimento do tratamento equivalente, garantia do nível de protecção mais elevado), de modo a permitir que se vá gerando um “corpus” comum transversal aos diversos ordenamentos sectoriais supranacionais;

e) o *princípio da protecção equivalente* – quando uma entidade de uma determinada ordem jurídica reconhece a validade de um acto praticado por uma entidade de outro ordenamento jurídico, considerando que a protecção jurídica aí conferida é equivalente àquela que poderia ser alcançada no seu ordenamento jurídico;

f) o *princípio do reconhecimento da margem de livre apreciação* ou prevalência do critério da autoridade “vizinha” na aplicação dos direitos humanos, segundo o qual o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem apenas deve sancionar os Estados quando a medida adoptada consubstancie uma restrição imposta aos direitos previstos na Convenção que exceda o necessário para proteger outros bens ou direitos fundamentais expressamente previstos (teste da necessidade);

g) o *princípio da subsidiariedade da intervenção judicial* nos termos do qual um ordenamento jurídico só deve ser convocado quando o ordenamento jurídico mais próximo dos interesses a proteger não dispuser de meios adequados para o efeito;

h) o *princípio da divisão de competências* segundo o qual alguns ordenamentos jurídicos ganham prevalência sobre outros em razão da matéria, sendo especialmente ilustrativos da operatividade deste princípio os casos em que os Estados da UE, que se encontram obrigados perante um determinado tratado internacional, transferem para a União a competência para os representar externamente nos litígios relativos ao incumprimento

desses regimes jurídicos no que respeita a conflitos com países terceiros, e, simultaneamente, delegam na UE o poder de resolver os litígios que surjam nesse âmbito entre os próprios Estados-membros;

16

*Como ilustração deste princípio veja-se o caso MOX (Ac. TJCE, de 30/05/2006, Proc. C-459/03). A Irlanda transmitiu ao Reino Unido, em 15 de Junho de 2001, um pedido de constituição de um tribunal arbitral, em aplicação do artigo 32.º da Convenção para a Protecção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste, assinada em Paris em 22 de Setembro de 1992, sustentando que o Reino Unido não cumprira as obrigações previstas no artigo 9.º da referida convenção, ao recusar fornecer-lhe uma cópia completa do relatório PA. A referida Convenção foi aprovada em nome da Comunidade pela Decisão 98/249/CE do Conselho, de 7 de Outubro de 1997 (JO 1998, L 104, p. 1). O tribunal foi constituído, e em 25 de Outubro de 2001, a Irlanda notificou o Reino Unido de que, nos termos do artigo 287.º da convenção, instaurara um processo no tribunal arbitral previsto no anexo VII da convenção, tendo em vista a resolução do «diferendo relativo à fábrica MOX, às transferências internacionais de substâncias radioactivas e à protecção do meio marinho do Mar da Irlanda». O Reino Unido sustentou, com base no artigo 282.º da convenção, que alguns aspectos das acusações formuladas pela Irlanda eram da competência do direito comunitário, de forma que o Tribunal de Justiça tinha competência exclusiva para conhecer do mérito do litígio. Por despacho de 24 de Junho de 2003, notificado à Comissão no dia 27 seguinte, o tribunal arbitral decidiu suspender o processo até 1 de Dezembro de 2003 e solicitou que lhe fosse facultada informação mais ampla até essa data no que se refere às implicações do direito comunitário no conflito que lhe fora submetido. A Comissão, notificada do caso, considerou que a Irlanda ao desencadear o processo de resolução de conflitos previsto pela convenção para dirimir o conflito relativo à fábrica MOX que a opunha ao Reino Unido, não respeitara a competência exclusiva do Tribunal de Justiça no que se refere aos diferendos relativos à interpretação e à aplicação do direito comunitário, infringindo o artigo 292.º CE, tendo o TJCE dado razão à Comissão e condenado a Irlanda,*

*considerando que a obrigação de cooperação estreita no quadro de um acordo misto implicava, por parte da Irlanda, um dever de informação e de consulta prévias das instituições comunitárias competentes antes de desencadear um processo de resolução do diferendo relativo à fábrica MOX no quadro da convenção.*

i) O *princípio do controlo-limite do direito* constitucional, densificado nos princípios fundamentais vertidos nas Constituições dos Estados-membros, que funciona como um limite à primazia das normas supra-estaduais.

1.5. É este novo modo de produção, interpretação e aplicação do direito que está na base das interrupções do princípio da legalidade como base de sustentação das actuações administrativas, pondo em crise o método tradicional do direito administrativo.

De facto, fenómenos como a “escolha do direito” (*forum shopping*) ou o exercício de “poderes administrativos inatos” constituem actualmente realidades novas para as quais é necessário delinear soluções que garantam, pelo menos em termos de resultado final, a verificação das diversas dimensões que estiveram na origem do Estado de Direito. Trata-se, no fundo, de contrariar o *gap* institucional e o *deficit* democrático determinados pelo facto de a globalização económica não ter sido acompanhada (pelo menos a um ritmo próximo) de uma globalização político-democrática.

As referidas interrupções do princípio da legalidade tendem a fazer-se sentir com maior intensidade nos Estados onde o “poder governativo” (titulares do poder executivo) não dispõe de poder legislativo próprio, a não ser nos casos de urgência. Para estes sistemas, os novos “esquemas de governo sem lei ou à margem da lei” consubstanciam uma oportunidade única de fortalecimento do seu poder e da respectiva actividade. Já em Portugal, o fenómeno da deslegalização e as respectivas consequências, tendem a ser parcialmente neutralizados (referimo-nos ao plano interno) pelo facto de o Governo (titular do poder executivo), dispondo de poder legislativo próprio em matérias não reservadas ao Parlamento, optar, quase sempre, por utilizar (muitas vezes com claro abuso) a forma legislativa para implementar as políticas independentemente do nível (internacional,

européu, nacional) a que as mesmas são definidas. O “abuso” da forma legislativa é, porém, mais comum quando o Governo repousa sobre uma maioria parlamentar, mas tenderá a diminuir quando tal não aconteça, para assim elidir a “apreciação parlamentar dos decretos-lei”. Com efeito, nos Governos formados a partir de uma representação parlamentar sem maioria absoluta, o reforço da “autonomia” do poder governativo entre nós consegue-se, fundamentalmente, através da utilização de formas normativas atípicas constitucionalmente previstas, que permitam a implementação dos esquemas típicos do novo direito público.

## 1. CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL À MARGEM DOS ESTADOS

I.6. A integração do Estado em comunidades jurídicas supranacionais e a sua vinculação a instituições internacionais de cariz inter-governamental (ex. Organização Mundial de Comércio, FMI, Banco Mundial), instituídas com o propósito de combater e dar resposta a alguns desafios da pós-modernidade, seja em áreas como a protecção do ambiente, dos direitos humanos ou mesmo da regulação económica, permite que a esfera jurídica em que se move a Administração Pública deixe de se circunscrever à concretização das políticas nacionais e passe a coabitar com esferas sobrepostas de normatividade superestadual, disciplinadora das relações jurídicas no espaço nacional, criando um espaço administrativo multifacetado.

Neste espaço incluem-se não apenas as organizações internacionais criadas através de instrumentos típicos do direito internacional (ex. Organização Mundial de Saúde, o Conselho de Segurança da ONU) e o direito produzido por estas, mas também realidades novas, como é o caso dos:

- a) esquemas de reconhecimento mútuo inter-administrações (ex. Comité de supervisão bancária de Basileia, que assenta num esquema informal de rede);
- b) *esquemas de administração distribuída*, ou seja, entidades administrativas de âmbito nacional que servem e se orientam para o cumprimento de um interesse público global (ex. agência nacionais de regulação ambiental);
- c) *esquemas de administração híbrida privada-intergovernamental* (ex. o ICANN, que é um órgão encarregado de estabelecer regras no domínio da internet);
- d) *entidades privadas que exercem uma função de interesse público* (ex. *International Standardization Organization* – ISO).

I.7. A actividade desenvolvida por estas entidades conduziu à emergência de um *direito administrativo global*, radicado num processo evolutivo, que se faz sentir em diferentes direcções, pois não se trata apenas de reconhecer na circunscrição estadual a existência de ordenamentos jurídicos superestaduais e produção normativa de interesse público superestadual em áreas especializadas (Dulce Lopes, 2009), mas ainda de reconhecer a necessidade de *reformular* o direito administrativo interno por via da incorporação dos *standards* fixados a nível global (ex. *standards* ambientais fixados pelo Protocolo de Kyoto), os quais oscilam entre a vinculatividade típica das normas jurídicas e incompletude típica dos princípios.

Este é, de resto, o símbolo do *direito administrativo global*: a capacidade de influenciar/condicionar a actividade das Administrações Públicas Nacionais para além das vinculações típicas decorrentes da assinatura dos tratados internacionais, permitindo assim distingui-lo do *direito internacional administrativo*, e para além dos compromissos mútuos assentes em esquemas normativos em rede, que caracterizam o *direito administrativo transnacional* ou o *direito administrativo das inter-ligações*.

I.8. O *direito administrativo global* inscreve-se num esquema de “*governance without government*” (expressão de *Rosenau*) ou, se preferirmos, de “*cooperação sem soberania*” (fórmula de *Cassese*), segundo o qual as soluções para promover o interesse público são alcançadas a partir de esquemas de coordenação dos diversos interesses conflitantes, o que significa que este modelo acarreta consigo um novo tipo de estruturas normativas formadas a partir da interacção e complementação entre o Estado (tradicional titular deste poder) e a Sociedade (tradicional destinatária das normas).

Alguns autores tendem a incluir o direito administrativo global no contexto do direito administrativo das organizações internacionais, posição que não subscrevemos, na medida em que este direito assume verdadeira autonomia pelo facto de consubstanciar não apenas um ordenamento “de-sestadualizado”, mas também “sem organizações responsáveis pela gestão de interesses supranacionais”, assente numa confluência de interesses jurigénica, auto-sustentada e auto-controlada a partir de referentes produzidos segundo esquemas dialécticos, de que é ilustrativo o modelo de regulação da internet.

*Case Studies:*

*a) O modelo de regulação da internet (“administração de interesses públicos sem Estado”)*

21

I.9. A internet partiu de um projecto de engenharia para a gestão de sistemas de comunicação baseado no protocolo TCP/IP, que consistia em possibilitar a ligação entre quaisquer equipamentos, desde que todos eles respeitassem aquele protocolo. Assim, a expansão da rede resultou do simples facto (actos técnicos) de adicionar novos equipamentos, e de interconectar diferentes redes.

Todavia, a expansão da rede requereu algum esforço de coordenação e standardização, que foi assumido como uma tarefa do sector privado, ficando a cargo das seguintes instituições: 1) Internet Architecture Board (IAB) – grupo formado por técnicos reputados (escolhidos segundo regras próprias “best current practices”, numa média de 6 por ano, para mandatos bianuais), cuja função é supervisionar os protocolos e a arquitectura da rede; 2) Internet Engineering Task Force (IETF) – instituição dependente do IAB, formada por engenheiros (escolhidos segundo as “best current practices”) que trabalham sob os protocolos previamente definidos, podendo apenas propor modificações dos parâmetros técnicos; 3) World Wide Web Consortium (W3C) – consórcio internacional, instituído por Tim Berners-Lee, que desenvolve protocolos e orientações para a optimização da expansão da rede; 4) Internet Society (ISOC) – associação internacional sem fins lucrativos com sedes em Washington D.C. e em Geneva, fundada em 1992, para garantir a abertura da rede e a respectiva afectação ao bem-estar das populações.

I.10. Ao conjunto destas entidades cabe ainda acrescentar a Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), fundada em 1998, que é uma entidade privada, sem fins lucrativos, com sede nos Estados Unidos, a quem cabe a regulação da Internet. O ICANN encerra uma vertente técnica e uma vertente política. A primeira corresponde à actividade desenvolvida pelo conselho de administração (Board of Directors), órgão do qual fazem parte membros de todo o mundo (ele deve expressar uma

representação geográfica de todas as áreas do globo), escolhidos por nomeação das restantes entidades, com base em critérios de competência técnica, e que é responsável pela gestão do Domain Name Server (DNS) e pela atribuição das direcções IP, tornando-o, por essa razão, responsável por inúmeras decisões essenciais ao desenvolvimento das diversas actividades na sociedade. A independência dos membros do Board é garantida por um rigoroso elenco de incompatibilidades.

A actividade desenvolvida pelo ICANN subordina-se ao disposto no Memorandum of Understanding (1997) que aquela entidade firmou com o departamento de Comércio do Governos dos EUA, o que justifica que alguns autores afirmem que este exerce um “poder de supervisão” sobre o ICANN no que respeita ao cumprimento das exigências vertidas no mencionado documento: a) aumentar a concorrência da rede; b) garantir a estabilidade e a coordenação; c) incrementar a transparência.

Para além do Board, o ICANN é ainda composto pelo Governmental Advisory Committee (GAC), um órgão de carácter consultivo, composto por representantes dos Estados, o que lhe confere natureza política, e que visa, sobretudo, influenciar na gestão dos domínios nacionais. Os pareceres do GAC não têm natureza vinculante, mas são obrigatórios sempre que as decisões do ICANN se reportam a matérias disciplinadas em leis nacionais ou acordos internacionais ou quando são fundamentadas em aspectos de interesse público (art. XI dos Estatutos).

I.11. Trata-se, como a doutrina bem sublinha, de um modelo de governo de interesses das populações que não é mediado pelo Estado segundo objectivos políticos, mas sim por entidades privadas segundo critérios técnicos, e cuja forma de decisão não reside em discussões de âmbito presencial, mas sim em técnicas de formação de decisão *bottom up*, simples, informais e à distancia, sendo, por essa razão, apontado como um embrião do direito administrativo global.

I.12. A actividade desenvolvida pelo ICANN subordina-se aos princípios gerais de direito administrativo, que encontram consagração expressa nos respectivos estatutos, como é o caso do princípio da transparência

e do princípio da publicidade. Já o controlo é garantido por formas de *accountability* (verificação da actuação da entidade em conformidade com o disposto nos estatutos) ancoradas nas modalidades de *decisions review* – 1) *reconsideration* em que as decisões regressam ao *Board* para reavaliação a pedido dos interessados; 2) *independent review* a cargo de uma terceira entidade – e na *periodic review* da estrutura e funcionamento da entidade.

Estes mecanismos de controlo são ainda complementados com a figura do *mediator*, para resolução de conflitos que surjam no interior do *Board* ou quando se verifique uma violação da confiança (*fairness*), e do *Ombudsman*, a quem cabe a resolução de litígios decorrentes de queixas fundadas em injustiças cometidas pelo ICANN segundo um método de *neutral dispute resolution*.

I.13. Apesar de adoptar a estrutura e exercer as funções de um organismo global que administra interesses públicos e, nessa medida, se encontra subordinado a regime típico do direito administrativo – embora não subordinado à lei, mas sim a uma auto-vinculação de base estatutária –, a verdade é que o ICANN não é uma entidade desterritorializada, pois o facto de a sua sede se encontrar radicada na Califórnia, justifica que o mesmo se encontre sujeito à jurisdição norte-americana e, por via contratual, também sujeito à influência do governo dos EUA, factores que, em certa medida, prejudicam o carácter global que se pretende imprimir àquela entidade. Assim se compreende que a ONU tenha já constituído um grupo de trabalho para tentar alterar este estado de coisas.

### *Caso Wikileaks*

*Em 2006 foi criada a secção «wikileaks» na Wikipedia cujo objectivo era propalar os feitos negativos dos Governos de todo o mundo através da publicação de documentos e informações secretas. As informações e os documentos eram publicados no sítio pelo whistle blowers, entidade que os recebia e colocava na rede sob anonimato, através de técnicas sofisticadas de criptografia e de ocultação do IP de proveniência, gerando*

*um limbo legal no ciberespaço. O sítio servia-se de Internet service providers sediados na Suécia e na Bélgica, onde as organizações gozavam de regimes jurídicos mais protectores. Aí foram divulgados documentos como “o manual de formação dos guardas prisionais de Guantánamo” ou “custos que o governo inglês suportou para salvar o banco Northern Rock”. Em 2007, a situação agravou-se com a divulgação de documentos secretos que punham em causa a segurança de alguns Estados, o que justificou que o Tribunal Federal de São Francisco tenha censurado este sítio e que alguns Estados, com destaque para a China, a Turquia e alguns países árabes, tenham bloqueado o acesso ao sítio.*

Sabino Cassese, *I Tribunali di Babele...*, pp. 24-26.

## 2. EMERGÊNCIA DE UM *DIREITO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL* À MARGEM DA RECEPÇÃO DE REGIMES JURÍDICOS INTERNACIONAIS

I.14. Neste novo quadro complexo, o direito administrativo internacional aparece renovado, deixando de se circunscrever às normas materialmente administrativas contempladas em instrumentos de direito internacional, para passar a designar três realidades distintas: 1) o direito administrativo aplicado pelas organizações internacionais – identificado com a produção “extra-estadual” de normas de direito administrativo em domínios sectoriais, tendentes a facilitar a harmonização normativa global como instrumento de estímulo ao desenvolvimento económico sustentável; 2) o direito administrativo internacional conformador das normas administrativas nacionais – atinente à produção de normas administrativas internacionais que se infiltram nos ordenamentos jurídicos internos; 3) o direito das colisões normativas de direito público ou direito da cooperação inter-administrativa – respeitante à resolução de conflitos normativos no âmbito da cooperação vertical e horizontal entre Administrações Públicas dos diferentes Estados e entre estas e as entidades administrativas supra-nacionais.

I.15. O direito administrativo aplicado pelas organizações internacionais radica na formação de regimes jurídico-administrativos de base sectorial, que contemplam normas imediatamente operativas nos sistemas jurídicos nacionais, dotadas de uma densidade tal que permitem fundar direitos subjectivos oponíveis aos próprios Estados. Em alguns casos, estes regimes jurídico-administrativos internacionais são “guardados” por entidades jurisdicionais próprias, de âmbito

internacional, que emitem decisões vinculativas para os Estados, o que constitui, igualmente, uma novidade do “novo direito administrativo”.

26

I.16. Na verdade, como a doutrina bem sublinha, é difícil recortar um direito constitucional supranacional, mas o mesmo não acontece com o direito administrativo, pois nestes ordenamentos internacionais sectoriais formam-se decisões que se subordinam às regras e princípios típicos do direito administrativo nacional: transparência, participação, contraditório, obrigação de fundamentação expressa, justiciabilidade dos direitos e interesses, controlo por incumprimento.

O que difere entre estas decisões e aquelas que se formam no âmbito dos ordenamentos administrativos nacionais é a fundamentação, que não radica na lei enquanto expressão da vontade popular, mas sim em esquemas de vinculação assentes na adesão voluntária e/ou no mútuo reconhecimento das partes, o que suscita outro problema: podem as entidades administrativas dos Estados vincular-se a decisões proferidas por entidades supranacionais sem mediação do legislador ou dos órgãos políticos?

I.17. Do ponto de vista organizatório, concluímos que o direito administrativo aplicado pelas organizações internacionais assenta numa estrutura organizatória complexa, que tanto comporta entidades de âmbito internacional dotadas de órgãos próprios (ex. OMC, OIT), executivos e/ou jurisdicionais (ex. *Dispute Settlement Body* da OMC), como esquemas procedimentais e processuais (ex. *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures e Agreement on Government Procurement* – OMC), fundados em princípios gerais concretizadores do Estado de Direito, que vinculam os “Estados aderentes”, limitando a sua margem de livre decisão.

I.18. A construção de uma ordem económica global (sem fronteiras), que é um interesse comum a todos os Estados, impulsionou um fenómeno novo – a necessidade de subordinar as decisões da *domestic administrative regulation* aos princípios gerais de direito global (à *global administrative law*), como forma de garantir a protecção da confiança – e soluções jurídicas novas – revelação de novos princípios gerais de direito administrativo

e a subordinação dos actos do poder público ao controlo jurisdicional de entidades supranacionais.

Com efeito, são as decisões judiciais fundadas na *domestic administrative regulation* ou, mais concretamente, o crescente impacto extraterritorial daquelas decisões, que justifica actualmente o crescente interesse pelo desenvolvimento de uma *global administrative law*, assente, sobretudo, em princípios jurídicos. Os princípios jurídicos representam, neste contexto, o compromisso possível entre a necessidade de *enforcement* das soluções de *soft law*, que foram inicialmente desenhadas, e as dificuldades que o desenvolvimento de uma *global administrative law* pressupõe. Neste esquema conciliador, cabe aos organismos internacionais, aos quais os Estados se vinculam, através dos respectivos organismos jurisdicionais, ir aplicando, sectorialmente, princípios jurídicos que funcionam, igualmente, como elementos de harmonização dos regimes administrativos nacionais, permitindo alcançar o nível adequado de confiança dos agentes económicos no contexto da globalização.

#### *Case Studies:*

##### *a) Afloramentos impressionantes da global administrative law aplicada por organismos internacionais*

##### *Caso A – Itália vs. empresa Monsanto (EUA, Argentina e Canadá) - princípio da congruência entre a instrução e a decisão*

*A Itália publicou, em 4 de Agosto de 2000, o Decreto de suspensão da “comercialização e uso” dos seguintes produtos do milho: Bt-11, MON810, MON809 y T25. Os produtos em causa constituem Organismos Geneticamente Modificados (OGM), cujo regime jurídico de comercialização se inscreve no âmbito do Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, aprovado pela OMC (ou WOT), nos termos do qual os Estados podem adoptar medidas (legais ou administrativas) que limitem a liberdade económica dos agentes (podem limitar o comércio internacional) com fundamento na protecção do ambiente ou da saúde.*

*A adoção de medidas restritivas da liberdade do comércio internacional deve fundamentar-se em critérios científicos de avaliação do risco (based on a risk assessment), subordinando-se a um apertado regime de controlo procedimental e processual. Com efeito, o Decreto italiano fundamentava-se num parecer emitido por um organismo técnico (Istituto Superiore di Sanità) daquele país, no qual não se concluía existir uma “rational relationship” entre as medidas previstas pelo Governo italiano e o “risk assessment” para o ambiente ou a saúde humana no consumo dos produtos.*

*Assim, o juiz administrativo italiano anulou o decreto com fundamento em “procedimento instrutório deficiente”, pondo em evidência a importância da “recolha” de razões técnicas adequadas nas decisões baseadas em juízos de discricionariedade técnica. Já a entidade jurisdicional da OMC adoptou uma decisão de conteúdo idêntico, também fundamentada no princípio da congruência entre a instrução e a decisão, recordando que a avaliação dos OGM’s pelas Administrações dos diferentes países deve hoje tomar em consideração, na densificação da avaliação do risco, as conclusões alcançadas nos estudos promovidos pelas entidades internacionais como a Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO).*

Stefano Battini, «Le due anime del diritto amministrativo globale», *Il diritto amministrativo oltre i confini...*, pp. 5-7.

Cf. WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R, de 29/09/2006, pp. 33-38.

### ***Caso B – México vs. empresa Tecmed (Espanha) - princípio do justo procedimento***

*A Administração Pública Mexicana decidiu não renovar a autorização para gerir uma central de tratamento de resíduos à empresa espanhola Tecmed, a qual havia sido concedida ao abrigo do Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, celebrado entre a Espanha e o México, em 1996: um Bilateral Investment Agreement (BIT).*

*Este acordo contemplava duas cláusulas em matéria de domestic administrative regulation: uma referente aos poderes de expropriação do “Estado hospedeiro”, segundo a qual não apenas as “expropriações*

*directas”, mas também as medidas administrativas com efeito equivalente (expropriações indirectas), teriam de fundamentar-se num fim de utilidade pública e respeitar o princípio da legalidade, assistindo ao destinatário da medida o direito a uma indemnização justa; e outra que impunha ao Estado a obrigação de garantir aos investidores estrangeiros que as decisões fundadas nos poderes de regulação e administração beneficiariam de um tratamento “fair and equitable”.*

*A Tecmed apresentou um pedido de arbitragem ao secretariado do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) invocando a violação destas cláusulas. O tribunal arbitral considerou que a decisão de não renovar a autorização consubstanciava uma expropriação indirecta, porquanto não bastava ao Estado mexicano invocar a violação de regras ambientais pela Tecmed (infracção que, alias, havia sido já sancionada com multa pelas entidades competentes) para justificar a não renovação da autorização, e ainda, que havia violação do princípio do direito a um procedimento justo (due process), uma vez que a empresa não fora ouvida (inexistência de “fair hearing”) antes da tomada de decisão.*

Stefano Battini, «Le due anime del diritto amministrativo globale», *Il diritto amministrativo oltre i confini...*, pp. 7-10.

*Cf. Decisão Completa*

### ***Caso C – Canadá vs. Deloitte & Touche - princípio da imparcialidade***

*Os procedimentos consagrados nos diversos ordenamentos jurídicos em matéria de adjudicação de contratos públicos subordinam-se, hoje, a exigentes regras supranacionais e internacionais, entre as quais se incluem os arts. 1001ss do capítulo 10º do North American Free Trade Agreement (NAFTA) e as normas do Agreement on Government Procurement (GPA) da OMC.*

*A Deloitte apresentou uma proposta a um concurso público aberto pelo Department of Public Works and Government Services canadiano, para adjudicação de serviços de auditoria, tendo sido notificada da decisão de adjudicação a outra empresa com fundamento na atribuição de 0 pontos na rubrica relativa à afectação de recursos humanos, pelo facto*

*de a proposta prever a contratação de pessoas por períodos inferiores a 15 dias. A verdade é que só depois da publicação do aviso do concurso (tender documentation) é que a Administração canadiana elaborou a grelha de avaliação das propostas, onde fixou aquela pontuação para o mencionado critério.*

*A Deloitte apresentou uma acção no Canadian International Trade Tribunal, pedindo uma indemnização por “perda de chance”, alegando que se tivesse tido conhecimento antecipado daquela grelha de avaliação poderia ter adaptado a sua proposta, mas que desta forma foi prejudicada pela introdução de um novo critério de avaliação que não estava implícito na proposta de aquisição de serviços (Request for Proposal – RFP), nem era dedutível a partir da mesma, violando assim as regras internacionais sobre contratação pública (art. 1013 NAFTA e art. XII GPA).*

*O Canadian International Trade Tribunal condenou a Administração ao pagamento da referida indemnização, fundamentando a sua decisão na violação do princípio da imparcialidade por não ter respeitado a prévia divulgação dos critérios norteadores da formação da decisão administrativa no concurso.*

Stefano Battini, «Le due anime del diritto amministrativo globale», *Il diritto amministrativo oltre i confini...*, pp. 10-12.

*Cf. decisão completa*

***b) A caminho de uma global administrative environmental law (“a Convenção de Aarhus”)?***

I.19. A Convenção de Aarhus sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente, celebrada na Dinamarca, em 1998, constitui um marco importante na definição (e no modo de definição) de um novo *status procedimental e processual* activo dos cidadãos, que caminha para uma *global administrative law* em matéria ambiental.

A Convenção assenta em três pilares: 1) o acesso à informação; 2) a participação do público no processo de tomada de decisões; 3) acesso à justiça

em matéria de ambiente. Estes direitos são garantidos sem discriminações em razão da cidadania, da nacionalidade ou do domicílio.

I.20. A UE assinou esta convenção conjuntamente com os Estados-membros, o que impõe a distinção entre três planos ou dimensões no que respeita à respectiva execução: 1) aplicação pelos Estados-membros através da aprovação de normas internas; 2) aplicação pelos Estados-membros de forma harmonizada, em consequência da transposição das directrizes europeias em matéria de informações sobre o ambiente (Directiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2003), em matéria de participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente (Directiva 2003/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003) e em matéria de acesso à justiça ambiental; 3) aplicação da convenção directamente pelas instituições comunitárias (Regulamento (CE) n.º 1367/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Setembro).

I.21. No plano nacional, são de referir os seguintes instrumentos legislativos contempladores de soluções normativas que, a seu modo, dão cumprimento aos desígnios da Convenção de Aarhus: 1) Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, em matéria de participação procedimental e acção popular; 2) art. 9º/2 do CPTA (alargamento da legitimidade processual activa para a defesa de interesses difusos); 3) Lei n.º 19/2006, de 12 de Junho sobre o acesso à informação ambiental; 5) Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto, Regime Jurídico do Controlo Integrado de Poluição (licença ambiental); 6) Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio (na redacção dada pelo Decreto-lei n.º 197/2005, de 8 de Novembro), regime da AIA; 7) Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de Junho, sobre avaliação ambiental estratégica.

Estas normas, que hoje constituem direito administrativo interno positivo, são provenientes da assimilação do conteúdo da Convenção e da transposição do direito europeu derivado (Directivas Europeias), suscitando-nos algumas dúvidas pertinentes, que a jurisprudência se encarregará, certamente, de ir elucidando, a partir da aplicação dos princípios que regem a criação do direito em rede. Vejamos alguns exemplos:

1) A Convenção de Aarhus, no seu art. 2º/2, e a Directiva 2003/4/CE, do Parlamento e do Conselho, de 28 de Janeiro, também no art. 2º/2, normas que estão na origem do art. 3º/a) da Lei n.º 19/2006 (acesso à informação ambiental), adoptam um “conceito funcional” de «autoridade pública», que parece não ser inteiramente assimilado pela norma do direito nacional. Com efeito, segundo o conceito de «autoridade pública» adoptado por aqueles instrumentos normativos supranacionais, “qualquer pessoa singular ou colectiva que exerça funções administrativas públicas nos termos da legislação nacional” é obrigada a divulgar ao requerente informação ambiental que esteja na sua posse, sem que o requerente tenha que justificar o seu interesse, o que significa que um privado investido no exercício de poderes públicos (Beleihe) fica subordinado àquela obrigação (FISCHER-LESCANO/2008, pp. 376). Todavia, da conjugação dos arts. 3º e 6º da Lei n.º 19/2006 parece resultar que o âmbito de aplicação da mencionada obrigação é mais restrito, porquanto a mencionada obrigação impende apenas sobre as pessoas singulares que pertençam à administração indirecta (estadual, regional ou local). Ora, independentemente de analisarmos as diversas teorias sobre a inclusão ou não dos privados que exercem funções administrativas na organização administrativa, a verdade é que verificamos uma discrepância em termos de categorias dogmáticas, pois a Directiva (na senda da Convenção) adopta um conceito funcional de autoridade pública, ao passo que o legislador nacional opta por um conceito ainda organizatório. Assim, a pergunta que devemos formular é a seguinte: pode o juiz na aplicação do art. 3º da Lei n.º 19/2006 adoptar uma interpretação em conformidade com o direito europeu e o direito internacional, admitindo um conceito funcional de «autoridade pública», independentemente do sentido organizatório? Em caso afirmativo, não estaremos perante a infiltração da *global administrative law* no ordenamento jurídico nacional?

2) No que respeita aos direitos de participação procedimental, a Convenção prevê a participação do público nas decisões referentes a actividades específicas, em planos, programas e acções em matéria de ambiente e durante a preparação de regulamentos de execução e/ou de instrumentos normativos juridicamente vinculativos directamente aplicáveis (arts. 6º, 7º e 8º), direitos que conhecem consagração legal expressa no art. 15º do Decreto-lei

n.º 172/2008 e no art. 14º do Decreto-lei n.º 69/2000, embora sem satisfazer integralmente o conteúdo previsto na convenção. Se atentarmos no carácter “revolucionário” que a doutrina assinala aos direitos de participação procedimental consagrados na Convenção de Aarhus, destacando o seu efeito transformador sobre o próprio direito europeu ambiental, percebemos, facilmente, que este “espírito renovador” não é inteiramente transponível para as normas de direito interno antes assinaladas, que acabam por ser “geridas” pelas entidades administrativas nacionais como meras formalidades procedimentais burocráticas. Pergunta-se: que “gestão” tem sido feita pelas entidades nacionais dos procedimentos de licenciamento de infra-estruturas ambientalmente sensíveis como os cabos de alta tensão ou as antenas de telemóveis? Têm os tribunais aplicado estas normas com o sentido que lhe é conferido pela Convenção ou até pelas Directivas europeias?

3) Uma última nota sobre a legitimidade em que se fundamentam os direitos de participação procedimental e processual para salientar que não só (desde há mais de uma década) se reconhece entre nós a legitimidade alargada para defesa do bem jurídico ambiente no âmbito das acções de defesa da legalidade, como ainda, desde 2002, com a introdução do art. 9º/2 do CPTA, parece haver-se consagrado igualmente a tutela de direitos procuratórios ambientais. No fundo, o legislador nacional abriu a via processual e procedimental a todos os cidadãos para a protecção de um bem jurídico, fundamentando essa solução não apenas no valor do bem, mas também no papel activo do requerente como auxiliar das entidades públicas na protecção dos direitos de terceiros ou de “direitos trans-subjectivos”, como é típico da formatação processual das acções populares num sistema de direitos procuratórios. Assim, à luz do CPTA, é hoje possível, no âmbito da acção popular, não só impugnar actos que violem normas ou princípios de protecção do ambiente, mas também solicitar ao tribunal a condenação da administração na adopção de comportamentos amigos do ambiente ou no restabelecimento do direito ao ambiente de terceiros.

I.22. No respeitante ao plano europeu, cabe salientar a legitimidade procedimental conferida às ONG's que cumpram os requisitos fixados no art. 11º do Regulamento (CE) N.º 1367/2006 para requerem o “reexame interno

de actos administrativos” emitidos por instituições ou órgãos comunitários ao abrigo de legislação ambiental ou para darem início àquele procedimento em caso de alegada omissão administrativa.

O pedido de “reexame interno” consubstancia uma espécie de impugnação administrativa necessária, prévia ao recurso para o Tribunal de Justiça (Cf. art. 12º do Regulamento), dirigida contra quaisquer medidas de carácter individual, tomadas por uma instituição ou órgão comunitário, ao abrigo de legislação ambiental, e com efeitos externos juridicamente vinculativos (conceito de acto administrativo segundo o art. 2º/1g) do Regulamento), ou perante a falta de aprovação, por uma instituição ou órgão comunitário, de um acto administrativo (conceito de omissão administrativa segundo o art. 2º/1g) do Regulamento).

## II – AS CADEIAS DE TRANSMISSÃO EXTERNA (OS *COOKIES* DO NDA)

II.1. Para além da globalização e da internacionalização do plano em que hoje se exerce e controla o poder administrativo, é também possível encontrar, no âmbito nacional, manifestações destes fenómenos que têm contribuído para modificar a “feição tradicional” deste ramo do direito público “a partir de dentro” em decorrência da assimilação das modificações externas (*cookies*).

### *1. A americanização do direito administrativo europeu (a influência das ciências económicas e sociais e a politização do jurídico);*

II.2. Em primeiro lugar, destacamos a influência que os sistemas administrativos anglo-saxónicos passaram a exercer sobre os sistemas administrativos continentais no contexto do Estado Garantidor ou Estado pós-Social, imprimindo um carácter funcional às normas jurídico-administrativas, as quais passaram também a ter de se “fundamentar” em critérios de eficiência.

II.3. O sistema administrativo dos países anglo-saxónicos apenas se “aproxima” das preocupações dos sistemas administrativos europeus continentais com a criação das *agencies*. No período que antecedeu este fenómeno, o direito público (*public law*) resultava de um processo negocial entre os grupos de interesse (*lobbies*) representados nos órgãos de governo, o qual obedecia apenas a esquemas procedimentais (*administrative law*) assentes em princípios de justiça formal, garantidores da igualdade de armas. Esta era, no entender daquele modelo, a melhor forma de garantir a liberdade necessária ao desenvolvimento

económico dos países, cabendo aos tribunais repor a justiça nos casos concretos sempre que se provasse a violação de direitos ou princípios fundamentais.

Em paralelo, e como forma de responder à excessiva politização das estruturas administrativas, começaram a ser instituídas agências, sobretudo em áreas mais estruturantes da economia, menos aptas às constantes flutuações da negociação política. Estas agências – Quasi-Non-Governmental Public Organisations (QUANGOS) – constituíam entidades administrativas independentes das estruturas governativas, e pautavam a sua actuação por critérios alegadamente técnicos. Todavia, a nomeação dos seus membros pelo Parlamento e o reconhecimento de poderes quase-legislativos e quase-judiciais a estas entidades, motivou que alguns autores as considerassem um “braço executivo parlamentar”, perturbador do equilíbrio dos poderes típico daqueles sistemas de Governo.

É, porém, na década de oitenta que se opera a grande transformação nos sistemas administrativos do Reino Unido, impondo-se uma reestruturação dos departamentos governamentais segundo os princípios do *New Public Management*: profissionalização da gestão no sector público, instituição de *standards* de desempenho, controlo de produtividade, desmantelamento de grandes estruturas burocráticas, aumento da competitividade no sector público, maior controlo do uso dos recursos públicos. Assim, foi pedido a cada departamento que considerasse cinco possibilidades: abolição, privatização, *contracting-out*, criação de uma agência, preservação do *status quo*.

Esta reestruturação do sistema administrativo trouxe novos desafios para a *public law*, relacionados com a *accountability*, estruturas reguladoras, instituição de esquemas de *judicial review* das decisões e a criação de normas procedimentais e processuais para cada entidade.

II.4. Todos estes elementos, originários de sistemas jurídicos muito diferentes dos ordenamentos jurídico-administrativos nacionais de matriz continental, acabariam por ser transportados para estes últimos, em grande medida, por causa dos movimentos de racionalização das estruturas burocráticas dos Estados impostos pela UE, conhecidos genericamente como políticas de “emagrecimento do Estado”, estudadas de modo aprofundado pela doutrina alemã.

II.5. Assim, os sistemas administrativos de modelo continental, inspirados nos estudos de Otto Mayer em matéria de redução e controlo da discricio-

riedade das decisões administrativas no quadro normativo do Estado de Direito e nas propostas de optimização de modelos organizatórios burocráticos de Max Weber, foram colonizados por novos conceitos operatórios: direcção (*Steuerung*), *governance*, regulação, eficiência, programação, etc.

A Administração Pública deixa de ser o aparelho burocrático que concretiza o interesse público previamente definido pelo legislador e passa a conformar-se como uma entidade programada (absorve os *inputs* dos programas políticos fixados pelos Governos e pelo legislador) para concretizar políticas, segundos esquemas de composição de interesses na Sociedade (cooperação, *governance* de interesses, negociação), dentro dos limites impostos pelos princípios materiais de justiça (entre os quais se inclui a eficiência e a sustentabilidade) e pelos princípios e regras legais de um procedimento justo (ex. transparência, igualdade de oportunidades), sendo a sua performance controlada em diversas fases de modo a garantir o alcance dos resultados (*accountability*, monitorização, responsividade), independentemente, claro está, da garantia de protecção jurídica efectiva dos direitos e interesses legítimos dos lesados pela sua actuação.

## 2. A europeização do direito administrativo nacional e a construção de um direito administrativo multi-nível

II.6. A influência do direito europeu sobre os ordenamentos jurídico-administrativos nacionais, designada genericamente como europeização, traduz-se na transformação “forçada” de algumas características deste ramo do direito, que constituíam a sua “imagem de marca” (a sua “especialidade”) no recorte sistemático nacional dos ramos de direito: instituição de regras jurídicas comuns para os sujeitos privados e as entidades públicas (ex. em matéria contratual e em matéria de direito comercial); atenuação da diferença entre direitos subjectivos e interesses legítimos (ex. o aprofundamento da cidadania activa – *status procuratoris* – determinando que em matéria ambiental e financeira, cada vez mais de reconheçam novos direitos procedimentais e processuais aos cidadãos para defesa de bens e valores jurídicos da comunidade, configurados como verdadeiros direitos

subjectivos); redução da discricionariedade administrativa (ex. os desenvolvimentos técnico-científicos e a internacionalização do I&D especializado originam uma redução do peso das entidades públicas na escolha do bem comum e a necessidade da respectiva conformação com os estudos publicados pelas entidades internacionais às quais a UE se vincula em nome dos Estados-membros).

II.7. A europeização assenta em duas correntes ou movimentos complementares, resultantes do “diálogo” entre as AP’s e os ordenamentos administrativos nacionais: 1) um movimento de integração na construção da AP europeia e no ordenamento jurídico europeu; 2) um movimento de complementação e inter-relação na aproximação e complementação/compatibilização entre ordenamentos jurídicos das AP’s nacionais.

A construção da AP europeia assenta em princípios e regras diferentes dos tradicionais. Ao contrário das AP’s nacionais, a AP europeia não constrói a legitimidade sobre o princípio da legalidade e da juridicidade, mas antes sobre os princípios da participação, cooperação leal, transparência, eficácia, etc. Ora, este novo modo de produção do direito administrativo inspira também modificações nos ordenamentos jurídicos nacionais, que assimilam algumas dimensões desta nova forma de legitimidade, sobretudo quando actuam como administração regional europeia, subordinando-se às regras de um *direito multi-nível*.

II.8. Por último, os efeitos extra-territoriais dos actos das entidades jurídico-administrativas dos diferentes Estados têm contribuído para que estes busquem formas de cooperação na “gestão” dos efeitos destas decisões transnacionais. Nesta busca os Estados acabam, muitas vezes, por se afastar até dos parâmetros constitucionais, o que significa que enfrentam ainda um esforço acrescido de construção das soluções sobre novas bases de legitimação democrática. Trata-se de um movimento que põe em evidência uma das principais angústias da soberania estadual: ou ela se refunda numa soberania europeia (constituição europeia) reforçando-se como elemento de sustentação dos esquemas públicos de suporte normativo da Sociedade, mas perdendo a luta no plano da exclusividade nacional, ou se enfraquece em face do desenvolvimento de esquemas normativos extra-estaduais típicos de um *direito em rede*.

*§2º - Factores internos: redução do âmbito  
de aplicação do direito administrativo geral*

Para além dos fenómenos que, a nível externo, foram transformando as características típicas do direito administrativo geral, podemos assinalar, também, um conjunto de fenómenos que *inside the system* contribuíram de forma decisiva para as transformações operadas neste ramo do direito e para a génese do fenómeno NDA.

**III – AUTONOMIZAÇÃO DE NOVOS DIREITOS ADMINISTRATIVOS  
ESPECIAIS COM INSTITUTOS JURÍDICOS ESPECÍFICOS**

III.1. Cabe assinalar, em primeiro lugar, um crescente desenvolvimento de direitos administrativos especiais dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais, que deram origem a institutos jurídicos novos, obrigando a contínuos reajustes na dogmática jurídico-administrativa tradicional. Vejamos alguns exemplos mais destacados.

**1. Direito do ordenamento do território e do urbanismo**

III.2. A primeira referência é para o direito do ordenamento do território, que trouxe consigo um novo conceito de plano administrativo. O plano administrativo inseria-se no âmbito dos instrumentos tradicionais da actividade

de planificação e de intervenção do Estado na economia, embora fosse difícil proceder a um recorte dogmático rigoroso deste instituto. Com o advento do Estado Social, e conseqüente aumento de tarefas a cargo da Administração, a actividade de planificação (conceito muitas vezes utilizado como sinónimo de plano pela doutrina alemã) passou a ser um elemento estruturante, e o plano assumiu-se como instrumento de carácter programático, ao qual não se passou a reconhecer autonomia como categoria dogmática entre as formas de actuação administrativa. Todavia, a elevação do ordenamento do território a bem jurídico-constitucional (art. 65º/4 CRP) e a tarefa fundamental do Estado (art. 9º/e) CRP), exigiu que a planificação urbanística, inicialmente também ancorada em meros instrumentos de programação do uso dos solos, se transformasse num conjunto articulado de instrumentos jurídicos de carácter vinculativo, capazes de garantir a realização em concreto daquele bem jurídico<sup>1</sup>. Assim, apesar das divergências doutrinárias que no início se sentiram quanto à qualificação jurídica dos planos urbanísticos, e pese embora as dificuldades que ainda subjazem no que respeita à recondução a uma categoria jurídica unitária de instrumentos tão diferentes como o Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território e um plano de urbanização, a doutrina e a jurisprudência defendem hoje a sua qualificação como instrumentos especiais de matriz normativa, aproximando-os, em cada medida, da “gramática” dos regulamentos administrativos, embora tenda, no fim para os conceber como indivíduos jurídicos autónomos.

III.3. Também o direito do urbanismo trouxe alterações à dogmática administrativa, desenvolvendo um novo valor jurídico para os actos interlocutórios do procedimento administrativo. Com efeito, as limitações ao aproveitamento dos solos impostas pelos planos urbanísticos acarretam

---

1 Cf. Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e do Urbanismo (Lei n.º 48/98, de 11/08, actualizada pela Lei n.º 54/2007, de 31/08) e o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão territorial (Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, actualizado pelo Decreto-Lei n.º 310/2003, de 10 de Dezembro e pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro).

especiais cautelas em matéria de protecção da confiança e, sobretudo, quando a actuação das entidades públicas no caso concreto possa consubstanciar uma restrição ao conteúdo do direito de propriedade privada. Assim, a necessidade de garantir, por um lado, que a actualização dos planos urbanísticos não é bloqueada por um conjunto infundável de direitos adquiridos dos particulares, e, por outro, que os actos autorizativos de aproveitamento dos terrenos emanados da Administração constituem verdadeiras pronúncias administrativas aptas a consolidar direitos, obrigou a uma adaptação dos princípios e regras do procedimento administrativo, maxime a uma nova compreensão do valor das decisões interlocutórias, que atende, também, à morosidade típica destes procedimentos.

Assim, o requerente de uma licença urbanística sabe que à medida que vão sendo produzidas certas decisões no procedimento – ex. aprovação do projecto de arquitectura – o seu direito ao aproveitamento do solo vai sendo progressivamente adquirido, uma vez que essas pronúncias, ainda que não possam produzir efeito externo (não põe em causa o princípio da impugnação unitária), nem sequer sejam ainda aptas para dar satisfação à pretensão que o requerente apresentou, consolidam, todavia, uma pronúncia que a Administração não pode revogar com fundamento em modificações do plano, ocorridas posteriormente (Cf. Ac. do STA de 12/03/2008, no Proc. n.º 0620/07). Nestes casos, sempre que o Estado pretenda fazer prevalecer o conteúdo do plano novo sobre a decisão administrativa anterior deverá indemnizar o titular do direito.

Outro dos desvios ao direito administrativo geral proveniente do direito do urbanismo reside no valor positivo do silêncio como regra. Assim, ao contrário do que acontece no direito administrativo geral, a falta de decisão administrativa dentro do prazo origina um deferimento tácito da pretensão, ao invés, como é regra no procedimento administrativo geral, de um indeferimento tácito. O valor positivo do silêncio vale não apenas para a decisão final, mas também para os inúmeros pareceres que são pedidos no âmbito da instrução destes procedimentos, e que, se não forem emitidos dentro do prazo fixado na lei, se presumem de conteúdo favorável.

## 2. Direito administrativo do ambiente

42

III.4. O direito do ambiente, não obstante o seu carácter transversal ao ordenamento jurídico, que impede que o mesmo possa ser reconduzido a um ramo especial do direito administrativo, integra um conjunto de normas que constituem uma expressão típica da função administrativa.

Referimo-nos, desde logo, ao procedimento de avaliação de impacte ambiental<sup>2</sup>, o qual constitui um subprocedimento enxertado em procedimentos gerais de licenciamento, que não culmina com um acto administrativo típico, mas sim com uma decisão administrativa atípica (parecer conforme favorável): a declaração de impacte ambiental.

Por outro lado, o reconhecimento do bem jurídico-constitucional ambiente, e de direitos subjectivos com radical ambiental, obrigaram a modificações quer no conceito de acto administrativo, passando a reconhecer-se ao acto autorizativo do exercício de certas actividades consideradas perigosas, para além do conteúdo típico da função autorizativa, também uma função de protecção de terceiros (vizinhos) e do ambiente em geral (actos com efeitos múltiplos), quer no conceito de procedimento administrativo, que se tornou mais complexo de modo a poder adequar-se à relação jurídica poligonal (Cf. Ac. do STA de 30/03/2004, no Proc. n.º 1806/02).

## 3. Direito administrativo do risco

III.5. Associado aos desenvolvimentos técnicos e científicos surge a necessidade de uma resposta estadual útil aos riscos decorrentes dessas actividades (princípio da prevenção) e, mais do que isso, a instituição de mecanismos que acautelem bens jurídicos essenciais perante as incertezas que aqueles desenvolvimentos suscitam (princípio da precaução). É neste contexto, como resposta aos desafios da Sociedade de risco (Beck), que o Estado promove a adopção

---

<sup>2</sup> Cf. Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, alterado pelos Decreto-Lei n.º 74/2001, de 26 de Fevereiro, Decreto-Lei n.º 69/2003, de 10 de Abril, Lei n.º 12/2004, de 30 de Março, e pelo Decreto-Lei n.º 197/2005, de 8 de Novembro.

de um conjunto de normas jurídicas tendentes a minorar os efeitos perigosos daquelas actividades, sobretudo para o ambiente e para a saúde humana.

Este direito administrativo do risco funda-se essencialmente na flexibilização do regime jurídico dos actos administrativos, procurando evitar a consolidação de direitos que conduzam a situações concretas nas quais o respectivo titular pode exercer uma actividade que entretanto se vem a saber, através de estudos científicos mais recentes, ser nociva para o ambiente ou para a saúde pública. Assim, em áreas como a comercialização de medicamentos, utilização de pesticidas, instalação e manipulação de produtos perigosos ou mesmo a produção de produtos alimentares, torna-se necessário “precarizar” os efeitos dos autos autorizativos das respectivas actividades, permitindo à Administração intervir directamente sobre estas matérias sem que essa actuação possa ser reconduzida a uma “expropriação de direitos” ou sacrifício de direitos para sermos mais rigorosos geradora de um dever de indemnizar. Trata-se, como bem se compreende, de uma matéria especialmente sensível, na qual as intervenções administrativas devem sempre surgir como o resultado óptimo da ponderação dos vários bens e direitos em conflito, como é o caso das liberdades de exercício de actividades económicas e a protecção do ambiente e da saúde humana, perante um quadro de incerteza científica que não pode, muitas vezes, deixar de resultar numa discricionariedade administrativa cada vez menos discricionária e cada vez mais técnica.

#### 4. Direito administrativo da regulação

III.6. Também a privatização funcional e material de tarefas administrativas originou o aparecimento de novas formas de intervenção do Estado na economia, as quais procuram garantir a efectiva prestação universal dos serviços essenciais no quadro da privatização. Com efeito, com a transmissão dos tradicionais serviços públicos para a Sociedade, hoje serviços económicos essenciais por força da designação europeia, que assim deixaram de ser prestados por empresas públicas ou outros organismos integrados na organização administrativa, o Estado sentiu a necessidade de continuar

a intervir nestas áreas e noutras que também são estruturais ao desenvolvimento económico, embora de um modo diverso. É assim que surge o direito administrativo da regulação, trazendo consigo mais um conjunto de novos institutos jurídicos (contratos de regulação, tarifas reguladas, actividade de supervisão, direito de acesso a infra-estruturas essenciais) e de novas entidades administrativas (autoridades reguladoras), bem como novas transformações ao direito administrativo geral (ex. partilha de benefícios como nova característica do regime jurídico dos contratos públicos de parcerias público-privadas, domínio público infra-estrutural que não se compadece com o regime jurídico clássico da dominialidade).

## 5. Direito administrativo privado ou das obrigações

III.7. Igualmente como exemplo emblemático das transformações operadas no universo do direito administrativo conta-se o conjunto de normas administrativas relativas à atribuição de prestações sociais e subvenções públicas, que constituem o universo normativo designado pela doutrina como direito administrativo das obrigações. Referimo-nos a realidades muito diferentes, onde se incluem prestações de natureza jurídica diversa, embora o legislador nacional tenha adoptado um conceito restrito de subvenções públicas.

Assim, as prestações típicas do direito da segurança social, resultantes da assunção pelo Estado desta tarefa e da sua unificação sob o universo público, todas as normas que respeitam à atribuição de subsídios no âmbito do direito europeu, tendo em vista a concretização das políticas de coesão territorial no âmbito da UE, e as garantias pessoais do Estado, embora se reconduzam ao universo do direito administrativo privado ou das obrigações, não se incluem no âmbito do regime jurídico-legal das subvenções públicas (art. 1º do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto). Segundo a lei, considera-se apenas subvenção pública toda e qualquer vantagem financeira atribuída, directa ou indirectamente, por acto administrativo ou por contrato, a partir de verbas do OE, qualquer que seja a designação ou modalidade adoptada, incluindo-se neste conceito, desde logo, as indemnizações compensatórias, ou seja, os pagamentos efectuados a entidades públicas e privadas que se

destinam a compensar custos de exploração resultantes de prestação de serviços de interesse geral.

O denominador comum neste universo de prestações tão variado é precisamente o carácter obrigacional da prestação estadual, o qual, não neutralizando o carácter administrativo da decisão de outorga do benefícios, confere-lhe um conteúdo diferente, que impede, por exemplo, que o acto pelo qual a mesma é concedida possa ser qualificado como um acto constitutivo de direitos para efeitos de regime de revogação, pois caso o beneficiário não cumpra as obrigações que emergem da atribuição do subsídio, a Administração pode, também por decisão administrativa, exigir a respectiva devolução.

## 6. Direito administrativo do *e-government*

III.8. As novas tecnologias de informação e comunicação têm também sido aproveitadas pela AP no âmbito do respectivo funcionamento, sendo responsáveis por um conjunto de medidas e procedimentos designados, em termos genéricos, *e-Government*.

A utilização destes meios tem servido não apenas para tornar os serviços mais transparentes (divulgação de informações por meios interactivos, constituição de bancos de dados), eficientes e racionalizar os respectivos custos, mas também para permitir que através da comunicação com o mundo externo a Administração, e o procedimento administrativo, aspirem hoje a “voos mais altos” no contexto da legitimação das decisões segundo esquemas concorrentes com a legitimação nos moldes tradicionais do princípio democrático. Na verdade, uma parte destes meios comunicacionais electrónicos contribui para a implementação de formas de controlo difuso da actividade administrativa (*accountability*) ou para a melhoria dos serviços através da participação dos interessados (ex, videoconferências para as reuniões de pais nas escolas, propostas no âmbito do Simplex), esperando que, a breve trecho, possam também contribuir para o aprofundamento da simplificação e da celeridade dos procedimentos (através da sua desmaterialização, como hoje é já regra no domínio da contratação pública) através da criação de uma “janela única” (*one-stop-government*), e até para uma deslocalização

dos serviços (*back offices*) no plano territorial, fomentando a coesão e o desenvolvimento territorial mais harmonioso.

Existem porém muitos problemas associados a este fenómeno, não só no contexto da segurança (assinaturas electrónicas), protecção e armazenagem de dados, ou mesmo optimização dos meios técnicos (ex. capacidade suficiente dos sistemas para absorver conexões em simultâneo), mas também no que respeita à harmonização dos aspectos técnicos com a arrumação jurídico-dogmática destas operações e dos respectivos resultados. Referimo-nos, desde logo, à identificação e reconhecimento de efeitos do acto administrativo informático e aos problemas especiais que o mesmo suscita no ordenamento jurídico nacional enquanto verdadeira decisão administrativa, os quais se agravam quando o acto decisório informático é também executado pela via informática, como é actualmente regra no direito fiscal, após a adopção do sistema de penhoras electrónicas.

III.9. Muitas normas dos regimes jurídicos destes direitos administrativos especiais, como acontece com o direito administrativo do ambiente e com o direito administrativo do risco, correspondem à transposição de normas de direito europeu ou mesmo à assimilação de normas de organizações internacionais, o que significa que as modificações *inside the system* são hoje indissociáveis das pressões externas decorrentes da localização da Administração em rede. O processo de transformação é simultâneo, quer na faceta externa, na qual os tribunais são o principal motor, quer na faceta interna, onde o legislador quer ser ainda o principal agente da transformação, mas onde a Administração começa a ganhar asas para voar autonomamente.

#### IV – Empresarialização da Administração Pública

IV.1. Uma das dimensões caracterizadoras do direito administrativo é a nota orgânica, ou seja, o facto de a função administrativa corresponder, tradicionalmente, à actividade desenvolvida por um conjunto de entidades públicas, constituídas por diferentes órgãos, que davam corpo à Administração em sentido organizatório. A forma de funcionamento deste “corpus administrativo” e a sua

optimização constituam matérias do foro da ciência da administração, que se regia por regras bem distintas das que governavam as organizações privadas.

IV.2. Nas décadas de 80 e 90, contudo, iniciou-se na Grã-Bretanha, Canadá e EUA, uma profunda reforma da estrutura administrativa, relacionada não apenas com os aspectos orgânicos, mas também funcionais, que haveria de ficar conhecida em todos os países pela já referida expressão anglo-saxónica *New Public Management*. Esta reforma, que procurava acomodar o universo da AP aos novos contributos do princípio da eficiência, caracterizou-se por diversas linhas de orientação, sendo uma delas precisamente a de reservar para a Administração as funções do núcleo típico da actividade estadual, privatizando aquelas que tinham carácter económico.

IV.3. A privatização tornou-se um conceito polissémico, albergando diferentes realidades, que vão desde a simples privatização formal ou organizatória (quando as actividades continuam na esfera da AP, apenas passando a ser desenvolvidas por entidades com forma empresarial que operam segundo as regras do direito privado, permanecendo o respectivo capital integralmente público), passando por esquemas de privatização funcional (que assentam quer nas tradicionais concessões de tarefas administrativas a entidades privadas, quer no fenómeno mais recente de atribuições de poderes públicos a entidades privadas), e culminando com a privatização material propriamente dita, quando as actividades são efectivamente remetidas para o direito privado ou, como achamos preferível, para a Sociedade.

A privatização formal, conjugada, como veremos, com a privatização funcional, dá origem a um conjunto de problemas jurídicos novos, que o legislador terá de resolver. Referimo-nos à emergência de um Sector Público Empresarial, cujo regime jurídico se não confunde com aquele que regulava as empresas públicas localizadas na Administração indirecta do Estado.

IV.4. Com efeito, uma parte significativa dos tradicionais serviços públicos, prestados por empresas públicas ou outros organismos da administração indirecta do Estado, transferem-se para estas empresas em forma privadas, cujo accionista único ou maioritário é, inicialmente, o Estado. O objectivo da

“fuga para o direito privado” consiste, num primeiro momento, em dotar estas entidades de meios flexíveis de actuação, colocando-as fora dos apertados regimes normativos aplicáveis à organização administrativa. Mais tarde, os desenvolvimentos jurídicos neste sector hão-de ser sobretudo oriundos de decisões públicas que tanto incluem medidas de reprivatização (alienação da maioria do capital social a privados) como meras decisões de “respiração do capital das sociedades” (operações que se limitam a permitir a entrada de capitais privados, mantendo-se o Estado como accionista maioritário — Otero, 2003).

De fora deixamos os casos em que o Estado apesar de privatizar a maioria do capital reserva para si importantes poderes no que respeita à governação das empresas – o caso das *golden shares* –, originando litígios no âmbito do direito europeu, os quais revestem uma feição mista político-administrativa (Cf., por último, Ac. TJCE, de 26 de Setembro de 2006, Proc. C-282/04 e 283/04, caso Comissão/Países Baixos).

IV.5. O que aqui importa destacar é sobretudo os traços característicos do direito do sector empresarial do Estado – hoje regulado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto – segundo o qual, fazem parte daquele universo as empresas públicas, aí definidas como “as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstância: a) detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização; bem como as entidades públicas empresariais”, e as empresas participadas, que são “as organizações empresariais que tenham uma participação permanente do Estado ou de quaisquer outras entidades públicas estaduais, de carácter administrativo ou empresarial, por forma directa ou indirecta, desde que o conjunto das participações públicas não origine uma situação característica de uma empresa pública”.

As entidades que integram o SEE visam a satisfação das necessidades da colectividade e devem pautar-se por critérios de qualidade e eficiência, contribuindo para o equilíbrio financeiro do sector público. As empresas

públicas regem-se pelo direito privado, excepto quanto aos aspectos expressamente previstos no regime do SEE (ex. controlo financeiro a cargo do Tribunal de Contas e da Inspeção-Geral de Finanças), ao passo que as empresas participadas estão integralmente subordinadas ao regime jurídico comercial, laboral e fiscal aplicável às restantes empresas privadas.

IV.6. O reconhecimento de um SEE, conceito que não se identifica com o de Administração em forma privada, justifica a instituição de um regime jurídico especial para as sociedades que o integram (direito administrativo das sociedades integradas no SEE), bem como de regimes especiais que disciplinam as relações entre o Estado e estas empresas, de modo a evitar violações ao direito da concorrência, quer no que respeita às relações contratuais no contexto das relações jurídicas *in-house*, quer no que respeita às relações financeiras, auxílios de Estado e ajudas proibidas. Em todos estes aspectos encontramos questões novas, muitas delas de imbricação de regimes jurídicos públicos e privados que estão na origem de novos ajustes no direito administrativo geral.

IV.7. Devemos destacar ainda o reconhecimento de um subsector empresarial local, hoje disciplinado pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, no qual se incluem as empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas. Regem-se pelo direito privado em tudo o que não estiver expressamente previsto no respectivo regime jurídico, conforme se infere da remissão para o regime do SEE (art. 6º). No âmbito do SEL, a participação de capital privado nas empresas pressupõe que a escolha do parceiro privado se faça segundo os princípios gerais da contratação pública (art. 12º) ou nos termos gerais em que são constituídas as parcerias público-privadas, se for esse o caso aplicável (art. 13º). Neste âmbito, a riqueza dogmática das questões não resulta tanto de esquemas de imbricação público-privado, mas antes de problemas que afectam o âmago do direito administrativo, pois são sobretudo problemas no âmbito das relações inter-administrativas que se exteriorizam com o surgimento de novos sujeitos.

IV.8. Por último, cabe sublinhar o contínuo funcional que se estabelece entre o SEE e o Estado no que respeita a algumas matérias, designadamente

em sede de responsabilidade civil perante terceiros. Este nexo funcional, que é particularmente visível nas sociedades de capitais exclusivamente públicos e, por identidade de razão, nas entidades do SEL, justifica-se pelas mesmas razões que legitimam, no âmbito do direito das sociedades, o instituto jurídico da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades, permitindo aos terceiros, em certos casos, demandar directamente os sócios. Referimo-nos ao fenómeno que a doutrina designa como levantamento do véu, o qual, na sua essência, radica em fundamentos éticos.

IV.9. Este contínuo funcional entre Estado e entidades do sector empresarial não é porém suficiente para que, em regra, se possa neutralizar a profunda revolução que o reconhecimento deste conceito ocasionou no universo do direito administrativo. A localização destas entidades (ainda públicas) no universo do direito privado, tem, como “reverso”, a entrada no universo do direito administrativo daquelas entidades privadas que se equiparam, em termos funcionais, a estas empresas, o que leva alguns autores a considerar que o mais correcto é integrar todas estas entidades na “nova organização administrativa”, adoptando como elemento denominador o exercício de funções administrativas.

## V – Privatização da relação jurídica de emprego público

V.1. Outra das grandes transformações operadas no universo do direito administrativo tradicional diz respeito ao estatuto e regime jurídico dos trabalhadores que exercem funções públicas. A entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, originou que a maioria dos trabalhadores da Administração pública “migrasse” do tradicional regime jurídico da função pública (e alguns do contrato individual de trabalho<sup>3</sup>) para o contrato

---

3 Referimo-nos àqueles que estavam sujeitos ao Código do Trabalho nos termos do art. 6º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, como era o caso de alguns trabalhadores dos institutos públicos admitidos após a entrada em vigor da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro (art. 36º).

de trabalho em funções públicas, uma das novas modalidades da relação jurídica de emprego público.

V.2. As diferenças são muito substanciais, sobretudo para os “novos trabalhadores”. A relação jurídica de emprego na administração pública pressupunha um processo de recrutamento e selecção de pessoal para os quadros da Administração Pública assente num concurso, externo ou interno, conforme fosse aberto a todos os indivíduos ou reservado a funcionários ou agentes (Cf. Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho), e constituía-se por nomeação (caso em que o trabalhador adquiria a qualidade de funcionário) ou contrato de pessoal (que podia ter a modalidade de contrato administrativo de provimento – dando acesso à categoria de agente administrativo – e contrato de trabalho a termo certo – Cf. Decreto-Lei n.º 427/89, de 12 de Julho<sup>4</sup>).

A dinâmica da mencionada relação jurídica de emprego público assentava depois num regime de carreiras e categorias, composto por diferentes escalões, aos quais se faziam corresponder diferentes índices salariais, reconhecendo-se aos funcionários o direito a progredir nas respectivas carreiras, verticalmente, através de concursos internos para as categorias superiores e, horizontalmente, através de uma progressão temporal nos escalões de cada categoria, conseguindo, por esta via, aumentar o respectivo índice salarial (Cf. Decreto-Lei n.º 404/98, de 18 de Dezembro).

O estatuto remuneratório dos funcionários públicos baseava-se numa estrutura indiciária, segundo a qual o aumento salarial dependia do regime de progressão através da mudança de escalão, apenas dependente da permanência num determinado escalão por um período de tempo pré-determinado, e do regime de promoção à categoria superior dentro da mesma carreira, segundo processo concursal (Cf. Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro<sup>5</sup>). O regime de férias faltas e licenças, regulado pelo Decreto-lei n.º 100/99, de 31 de Março<sup>6</sup>, tinha como particularidade especial relativamente ao regime

---

4 Alterado pelos Decretos-Lei n.º 407/91, de 17 de Outubro, n.º 175/95, de 21 de Julho, n.º 102/96, de 31 de Julho e n.º 218/98, de 17 de Julho.

5 Este diploma foi alterado pelos Decretos-lei n.º 393/90, de 11 de Dezembro, n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro e n.º 70º-B/2000, de 5 de Maio.

6 Este diploma foi alterado pela Lei n.º 117/99, de 11 de Agosto e pelos Decretos-Lei n.º 503/99,

geral das leis do trabalho a consagração de um conjunto de licenças, i.e., casos em que o funcionário podia ser autorizado a ausentar-se do serviço por longos períodos de tempo, deixando de auferir remuneração.

Por último, o estatuto disciplinar dos funcionários e agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, previa as infracções disciplinares, o procedimento relativo ao apuramento da sua verificação ou não, e o regime de penas aplicáveis, entre as quais ganhavam especial relevância as de aposentação compulsiva e demissão, por conduzirem à extinção da relação jurídica de emprego público.

V.3. O novo regime de vinculações, carreiras e remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, aprovado pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, prevê duas modalidades para a constituição desta relação jurídica: a nomeação, que agora fica reservada aos trabalhadores das Forças Armadas integrados em quadros permanentes, aos que exercem a representação externa do Estado, actividades de informação e segurança, investigação criminal, segurança pública em meio livre e em meio institucional e inspecção; o contrato de trabalho em funções públicas, que passa a abranger a maior parte dos recursos humanos da administração pública; e a comissão de serviço, no caso, por exemplo, do pessoal dirigente (Cf. Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, com as modificações inseridas pela Lei n.º 51/2005, de 30 de Agosto). Os órgãos e serviços da Administração podem ainda celebrar contratos de prestação de serviços, nas modalidades de tarefa e de avença, nos termos em que a lei o permite (cf. art. 35º da Lei n.º 12-A/2008).

Neste novo regime existem apenas três carreiras (técnico superior, assistente técnico e assistente operacional), que podem contemplar uma ou mais categorias, às quais se atribui um conteúdo e um grau de complexidade funcional, prevendo-se para cada categoria um número pré-determinado de posições remuneratórias. A alteração do posicionamento remuneratório dos trabalhadores, para além dos condicionalismos financeiros a ficar submetido, faz-se com base na avaliação do desempenho dos trabalhadores, a qual é apurada em função

das regras do sistema integrado de gestão e avaliação do desempenho na Administração Pública (cf. arts. 45º a 48º da Lei n.º 12-A/2008, Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro e Portaria n.º 1633/2007, de 31 de Dezembro).

O Regime do contrato de trabalho em funções públicas, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, consagra actualmente o conjunto de normas que disciplinam a relação laboral entre os trabalhadores da AP e esta, nele estando previstas e reguladas matérias como os termos em que se faz a prestação do trabalho, a remuneração, ou mesmo as vicissitudes contratuais, onde se incluem normas sobre o regime de licenças, hoje bem menos permissivas que no anterior regime.

Uma nota sobre o regime comum de mobilidade entre serviços dos funcionários e agentes da Administração visando o seu aproveitamento racional, aprovado pela Lei n.º 53/2006, de 7 de Dezembro<sup>7</sup>, hoje parcialmente revogada<sup>8</sup>, para sublinhar que nele se consagra um regime de mobilidade especial (composto por três fases: transição, requalificação e a compensação) para o qual são reconduzidos os funcionários, agentes ou trabalhadores com contrato individual de trabalho<sup>9</sup> dos serviços que sejam objecto de extinção, fusão e reestruturação ou racionalização de efectivos, ficando a aguardar colocação noutra organização ou entidade pública, podendo alguns deles optar pela aposentação<sup>10</sup>, ou pela desvinculação voluntária da Administração Pública.

Por último, cabe destacar ainda a provação do novo Estatuto disciplinar dos trabalhadores que exercem funções públicas pela Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro.

---

7 Com redacção actualizada pela Lei n.º 11/2008, de 20 de Fevereiro

8 O regime da mobilidade geral, actualmente contemplado nos arts. 58º a 65º da Lei n.º 12-A/2008 (em vigor desde Janeiro de 2009, ex vi art. 32º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro), apenas admite as figuras da *cedência de interesse público e da mobilidade interna* (que se subdivide na mobilidade na categoria e na mobilidade intercarreira), reduzindo, assim, os casos de modificação da relação jurídica de emprego público por esta via.

9 Cf. art. 3º da Lei n.º 11/2008, de 20 de Fevereiro.

10 Existe hoje um diploma que estabelece mecanismos de convergência do regime de protecção social da função pública com o regime geral da segurança social no que respeita às condições de aposentação e cálculo das pensões – Cf. Lei n.º 60/2005, de 29 de Dezembro, com a redacção actualizada pela Lei n.º 11/2008, de 20 de Fevereiro.

V.4. A modificação do regime jurídico da relação jurídica de emprego público, que transita de uma concepção de relação jurídica disciplinada por lei, constituída por um acto administrativo determinava a aquisição de um status pelo funcionário, ao qual era conferida uma missão de serviço público, transforma-se agora, por força da aplicação dos novos princípios da racionalidade e da eficiência, numa relação jurídica laboral típica, assente num contrato administrativo especial, subjacente ao qual existe um instrumento de controlo da performance do trabalhador e do serviço em que o mesmo se integra.

Como a doutrina bem salienta, estas alterações resultam da aplicação à relação jurídica de emprego público dos contributos da teoria económica das organizações (correntes que estão na origem do *new public management*), que há muito vêm defendendo a aproximação da regulação do trabalho no sector público e no sector privado, política que tem sido fomentada, sobretudo, pela OCDE através da publicação de estudos onde se defende a criação de melhor imagem para o emprego público, criação de esquemas de avaliação e monitorização de resultados, introdução de competitividade neste mercado de trabalho, substituição da remuneração salarial por esquemas de incentivos, etc.. Enfim, um conjunto de elementos típicos dos modelos anglo-saxónicos, de onde todo este movimento de reforma é originário (Veja-se, a título de exemplo, KIRSI ÄIJÄLÄ, Public sector – an employer of choice?, OCDE).

Estas transformações aplicadas aos sistemas continentais não são, porém, isentas de críticas, e alguns autores apontam as principais fragilidades destas novas concepções, que deveriam merecer melhor atenção por parte dos Governos, e, principalmente, uma rigorosa avaliação dos resultados práticos da sua aplicação. Um dos exemplos negativos reside no desvirtuamento que se tem verificado, em vários países, ao nível da aplicação do princípio da contratação descentrada controlada. Pretendia-se com este princípio que os serviços negociassem com os trabalhadores, individualmente, os principais aspectos dos respectivos contratos de trabalho, de forma a garantir a melhor solução para todos (entre nós são actualmente admitidas duas modalidades de formação do contrato, a negociação e os contratos de adesão). Todavia, o que resulta da prática, são, por um lado, situações em que se opta

por uma mistura entre a negociação e a prévia regulamentação de certos aspectos do contrato de trabalho, procurando garantir igualdade entre os trabalhadores, embora essa regulamentação no fim se revele prejudicial ao próprio trabalhador, pois o conteúdo que é deixado livre para a negociação não tem interesse; e, por outro, casos em que a negociação descentralizada deixa fora de controlo o resultado final. Com efeito, a passagem de um sistema de disciplina legal do conteúdo da relação laboral para um sistema de contratação negociada não pode fazer-se sem um regime de transição suficientemente garantístico que permita aos trabalhadores adaptarem-se ao novo sistema e organizarem a respectiva contratação colectiva (cf. art. 346º do RCTFP), para que o regime da negociação possa finalmente produzir os seus benefícios.

O que importa sublinhar aqui é a enorme transformação que está em curso num sector clássico do direito administrativo especial (direito da função pública), cujo objectivo imediato é racionalizar os recursos humanos da AP e reduzir os custos que pesam no Orçamento de Estado, mas que a médio prazo constituirá mais um duro golpe no edifício do direito administrativo geral.

## VI – Reconhecimento mútuo de poderes no âmbito da administração judiciária

VI.1. A instituição de entidades supra-estaduais de âmbito judiciário contribui para enfraquecer o papel dos Governos e dos Parlamentos na “arena global”. Isto significa que devemos olhar com particular atenção para alguns instrumentos supranacionais típicos do poder judiciário, e apurar a sua natureza jurídica, para tentar compreender, caso a caso, se os mesmos ao contribuírem para a cooperação judiciária internacional, não constituem, simultaneamente, meios de enfraquecimento dos poderes executivos nacionais.

VI.2. Referimo-nos, em primeiro lugar, ao mandado de captura europeu previsto na Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002 e adoptado pelo Estado português através da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto. O mandado de detenção europeu é uma decisão judiciária emitida por um Estado membro com vista à detenção e entrega por outro

Estado membro de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade. Trata-se de um instituto que visa substituir o regime da extradição, impondo a cada autoridade judiciária nacional (autoridade judiciária de execução) o reconhecimento, *ipso facto*, e mediante controlos mínimos, do pedido de entrega de uma pessoa apresentado por uma autoridade judiciária de outro Estado-Membro (autoridade judiciária de emissão). Assim se compreende que a adesão de Portugal ao regime do mandado de detenção europeu tenha exigido a prévia revisão do art. 33º da C.R.P. (Revisão Constitucional de 2001) através, designadamente, do aditamento do n.º 5 àquele artigo, passando a prever-se que “o disposto nos números anteriores [regras em matéria de expulsão, extradição e direito de asilo] não prejudica a aplicação das normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no âmbito da União Europeia”.

No que respeita ao termo de execução do mandado de detenção europeu, é importante fazer referência às regras de transmissão, que, segundo os arts. 4º e 5º da Lei n.º 65/2003, consistem na transmissão directamente à autoridade judiciária de execução (quando se souber onde se encontra a pessoa) ou na introdução da indicação da pessoa procurada no Sistema de Informação de Schengen (SIS) com todas indicações exigidas na lei, quando não for possível recorrer ao sistema de telecomunicações de segurança da rede judiciária europeia, a autoridade judiciária pode recorrer aos serviços da INTERPOL.

O que é importante sublinhar, do ponto de vista do direito administrativo, é o facto de no art. 4º/5 da Lei n.º 65/2003, se estipular que as autoridades de polícia criminal que verifiquem a existência de uma indicação efectuada através da introdução da indicação da pessoa procurada no Sistema de Informação de Schengen (SIS) com todas indicações exigidas para o mandado de detenção europeu procederem à detenção da pessoa procurada sem necessitar de quaisquer outros requisitos, designadamente, de uma ordem emitida pelas entidades nacionais. É este sistema de execução em nome de uma “ordem” emitida por uma entidade judiciária de outro Estado-membro que importa sublinhar como mais um exemplo de diluição dos princípios clássicos que informam o direito administrativo geral, ainda

que neste caso se trate de um direito especial por se integrar no contexto do regime de investigação criminal, o qual, no nosso sistema, está confiado a uma entidade *sui generis*, como é a magistratura do Ministério Público.

VI.3. O Conselho Europeu pretendeu a partir do mandado de detenção europeu transformar o princípio de reconhecimento mútuo na „pedra angular“ do espaço judiciário europeu.

Por essa razão, não nos surpreende a recente publicação do regime jurídico de emissão e execução de decisões de aplicação de sanções pecuniárias, também baseado no princípio do reconhecimento mútuo, que transpõe para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/214/JAI, do Conselho de 24 de Fevereiro. Neste caso, a aproximação ao direito administrativo é mais visível, porquanto o regime diz respeito a sanções pecuniárias aplicadas no âmbito de infracções penais (multas) ou de outro tipo de infracções, como é o caso das contra-ordenações, desde que os factos a que se refere a infracção também sejam punidos na lei portuguesa, independentemente da sua qualificação (art. 3º/1 e 2). Neste caso a transmissão das comunicações é efectuada directamente entre as autoridades do Estado de emissão e do Estado de execução, sendo competente para a emissão, por parte das autoridade portuguesas, o tribunal que aplicou a decisão ou, quando a mesma tenha sido tomada por uma autoridade administrativa, o tribunal competente para a execução (cf. arts. 4º e 8º), o que suscita algumas dúvidas entre nós, uma vez que, segundo o disposto no art. 148º/2 do CPPT, são executados no processo de execução fiscal, promovido pela administração fiscal, as coimas e outras sanções pecuniárias fixadas em decisões, sentenças ou acórdãos relativos a contra-ordenações tributárias, salvo quando aplicadas pelos tribunais comuns.

VI.4. Os exemplos dos institutos de cooperação judiciária antes enunciados revelam que a colaboração entre autoridades dos Estados-membros, fundada no princípio do mútuo reconhecimento, é já uma realidade nestes domínios, facto que facilitará a compreensão da respectiva transmissão para o âmbito do direito administrativo, no contexto das formas de cooperação inter-administrações dos Estados-membros.

Na verdade, podemos ver nestes exemplos, cujo impulso inicial se fica a dever ao combate ao terrorismo, o embrião do que iremos estudar sob a designação do direito administrativo das interconexões.

### Súmula conclusiva da Parte I

Todos os exemplos anteriores visam revelar que no plano externo e no plano interno muita coisa tem mudado no que respeita aos pressupostos tradicionais do direito administrativo geral e da respectiva ciência jurídica, cabendo-nos agora, nos desenvolvimentos que se seguem, mostrar, no terreno concreto, em que é essas mudanças se traduzem. O objectivo da nossa investigação torna-se agora mais nítido: se, como bem sublinha Cassese, aos juízes está reservado um papel de destaque na construção do direito global, pois são eles que dispõe dos meios e do poder para construir as *passereles jurídicas* entre os múltiplos ordenamentos jurídicos da rede à medida que decidem os casos concretos, a nossa questão é óbvia, porquê só os juízes quando não são apenas eles que aplicam direito? Sendo a Administração Pública uma entidade que aplica direito, é nosso objectivo testar a resistência do princípio da legalidade à construção destas *passereles jurídicas* no contexto do direito administrativo.

Com efeito, é importante saber em que medida os arts. 8º e 112º/8 da C.R.P. constituem um obstáculo ao construção daquelas *passereles* pela Administração, resistindo aos novos princípios das fontes de direito, e em que medida o Governo (cabeça de comando deste corpo), que tradicionalmente se tem refugiado na formalização das políticas em instrumentos legislativos, irá resistir à tentação de começar a utilizar os novos instrumentos jurídicos para escapar ao controlo parlamentar. É este, em nosso entender, o sentido e o conteúdo útil de um direito administrativo global.

II<sup>a</sup> PARTE  
MANIFESTAÇÕES DO NOVO DIREITO  
ADMINISTRATIVO (NDA)

§ 1º Corrosão interna do direito administrativo geral:

Identificados os principais elementos responsáveis pelas transformações operadas no direito administrativo geral, é tempo agora de começarmos a assinalar as especificidades dessas mudanças que consubstanciam o fenómeno que designamos como novo direito administrativo. Trata-se, fundamentalmente, de assinalar não apenas as novidades em termos de institutos jurídicos novos, mas sobretudo de pôr em evidência modificações nos regimes jurídicos dos institutos tradicionais, de modo a que estes possam continuar a dar uma resposta útil aos desafios colocados pela “nova localização” dos problemas do direito público.

*1. “Contaminação” dos institutos jurídicos tradicionais por via do direito europeu derivado: os cookies da european law, common law e public law;*

1. Começamos por elencar alguns exemplos – enumeração que não pretende ser exaustiva, mas sim representativa – de transformações operadas em institutos jurídicos tradicionais por decorrência directa da transposição de normas de direito europeu (*european law*) e/ou assimilação de institutos jurídicos típicos da *common law* e da *public law*.

a) Case studies no domínio contratual;

60

*Case A – implementação de políticas através de contrato (o contrato substitutivo da lei e do regulamento)*

1.1. O primeiro ponto a destacar em matéria contratual é a importância fundamental que o contrato hoje assume no contexto das fontes de direito por decorrência directa do disposto nos *arts. 249º e 238º do TCE*. Com efeito, segundo o art. 238º do TCE, uma cláusula compromissória constante de um contrato de direito público ou de direito privado pode constituir o “parâmetro legal” de decisão dos litígios emergentes da respectiva aplicação, desde que: 1) o contrato tenha sido celebrado pela Comunidade ou por sua conta; e 2) que a cláusula compromissória parâmetro seja eficaz (SCHWARZE/2009, pp. 1840ss).

Trata-se sobretudo de formas de implementação de políticas por via contratual, muito difundidas nos domínios da investigação, por permitirem um controlo mais rigoroso dos resultados na afectação de recursos financeiros.

*Caso GEF/Comissão – Proc. T 29/02*

*A Global Electronic Finance Management (GEF) SA, com sede em Bruxelas (Bélgica), celebrou com a Comunidade Europeia (representada pela Comissão), em 21 de Agosto de 1997, um contrato intitulado «Esprit Network of Excellence Working Group – 26069 – Financial Issues Working Group Support (FIWG)», integrado no quadro da Decisão 94/802/CE do Conselho, de 23 de Novembro de 1994, que adoptou um programa específico de investigação, de desenvolvimento tecnológico e demonstração, no domínio das tecnologias da informação. No anexo III da Decisão 94/802 dispõe-se que o programa será executado por meio de acções indirectas, através das quais a Comunidade contribui financeiramente para actividades de investigação e desenvolvimento tecnológico (IDT), incluindo as acções de demonstração, realizadas por terceiros ou por institutos do Centro Comum de Investigação (CCI) associados a terceiros. Assim, as propostas de*

*actividade de IDT seleccionadas (caso da GEF) seriam objecto de contratos entre a Comunidade e os participantes na actividade em causa, nos quais se especificariam, nomeadamente, as disposições de controlo administrativo, financeiro e técnico relativas à acção.*

*Nestes contratos, por força do disposto no artigo 6.º da Decisão 94/763, especificam-se as disposições de controlo administrativo, financeiro e técnico relativas aos projectos, o que significa que a apreciação das questões controvertidas se faz segundo as mencionadas regras. Por essa razão, apesar de a GEF ter alegado em tribunal a violação dos princípios da boa fé, protecção da confiança e da boa administração, invocando para o efeito o artigo 1134.º, terceiro parágrafo, do código civil belga, o tribunal decidiu o litígio aplicando exclusivamente as cláusulas do contrato.*

*Sublinhe-se que em decisão mais recente (Caso Trends Proc. T-449/04), o Tribunal reafirmou a força da **lex contractus** nestes casos, deixando claro que esta prevalece, inequivocamente, sobre as normas dos ordenamentos jurídicos conexos “Selon la jurisprudence, les litiges nés lors de l’exécution d’un contrat doivent être tranchés principalement sur la base des clauses contractuelles, les parties demeurant tenues de remplir leurs obligations contractuelles quelle que soit la nature du contrat en cause (voir, en ce sens, arrêts du Tribunal du 16 mai 2001, Toditec/Commission, T68/99, Rec. p. II1443, point 77, et du 15 mars 2005, GEF/Commission, T29/02, Rec. p. II835, point 108) (...) Il en résulte, d’une part, que la qualification d’un contrat n’a pas d’incidence sur la solution d’un litige contractuel dès lors que les clauses contractuelles fixent les règles relatives aux questions litigieuses. Il n’y a donc pas lieu, à ce stade, de déterminer la nature des contrats litigieux. D’autre part, l’interprétation d’un contrat au regard du droit qui lui est applicable ou du droit communautaire ne se justifie qu’en cas de doute sur le contenu de ce contrat. Or, ces doutes ne peuvent apparaître que lors de l’analyse au fond des conditions qu’il pose. En l’espèce, c’est donc en appréciant le bien-fondé de la demande de la Commission que le Tribunal déterminera si et, le cas échéant, dans quelle mesure, il est nécessaire de se référer à certaines dispositions du droit grec, du droit espagnol ou du droit communautaire afin d’apprécier la portée des obligations stipulées par les contrats litigieux»*

No domínio nacional torna-se hoje comum o desenvolvimento de esquemas contratuais no domínio da implementação de políticas públicas, sobretudo num contexto de contratos com função complementar/substitutiva de normas regulamentares, mas não de normas legais. Referimo-nos aos contratos para revisão de planos de urbanização ou de planos de pormenor no direito do urbanismo (cf. art. 6.ºA do RJIGT, aditado pelo Decreto-lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro) e aos contratos de gestão para exercício activo de acções de conservação da natureza (Cf. art. 35º do Decreto-lei n.º 142/2008, de 24 de Julho), em cujo universo se incluem as mais recentes parcerias para a implementação do plano de acção para a Conservação do Lince-ibérico (*Lynx pardinus*) em Portugal (Cf. Despacho 12697/2008, de 6 de Maio de 2008).

*Case B – o “cocktail normativo” CCP (as influências da public law, common law e da european law)*

1.2. Em segundo lugar destacamos o Código dos Contratos Públicos (CCP), que é um “cocktail normativo”, resultante da intenção do legislador transpor para a ordem jurídica nacional as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (contratação pública), alguns princípios e regras típicas da *public law* e da *administrative law* (*e-procurement*) e os novos esquemas contratuais de financiamento característicos da *common law* (*private finance initiative – PFI*). O CCP introduziu entre nós uma nova concepção do contrato administrativo, clarificando, no elenco de normas que disciplinam o respectivo regime substantivo, o facto de este constituir um instrumento privilegiado no âmbito da implementação da nova relação de cooperação entre Estado e Sociedade na promoção de actividades de interesse público e nos domínios privatizados. Vejamos as notas daquele diploma que mais realçam estas novas perspectivas:

a) de acordo com o CCP, o que actualmente “administrativiza” uma relação jurídico-contratual é o facto de uma das partes pretender, através da mesma, prosseguir uma função administrativa – assim se compreende que “independentemente da sua natureza pública ou privada”, qualquer entidade que celebre um contrato “no exercício de funções materialmente

administrativas” (art. 3º/2 CCP), ficando o mesmo, pela natureza das prestações, submetido a regime substantivo de direito público (art. 1º/6a) do CCP), seja hoje um contraente público, cujo contrato se submete às regras dos contratos administrativos. A justificação para o “alargamento” do âmbito de aplicação do regime substantivo do contrato administrativo advém do direito europeu: necessidade de protecção de terceiros e de defesa do interesse público nos domínios de co-habitação Estado Sociedade, mas infiltrou-se no direito administrativo nacional, e é hoje um instrumento comum em áreas não europeizadas como o urbanismo, servindo sobretudo de instrumento ao “Estado incentivador”<sup>11</sup>.

b) no CCP, o contrato é também um instrumento de colaboração entre Estado e privados para a prossecução do interesse público, o que significa que com a sua utilização se procura captar o interesse e a dinâmica privada para a prossecução de tarefas públicas, mas tendo o cuidado de evitar que os co-contratantes se transformem em *free riders* dos contribuintes, e apesar de não se consagrar uma cláusula geral de *step in* das entidades públicas para recuperar “lucros excessivos” como acontece no modelo britânico encontramos alguns afloramentos desta regra:

- o art. 281º do CCP funciona, portanto, como uma cláusula objectiva de salvaguarda da efectiva utilização racional e eficiente do contrato na prossecução do interesse público ao dispor expressamente que “o contraente público não pode assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados”, permitindo-nos concluir que a verificar-se uma “desproporção manifesta” o juiz poderá reduzir ou a anular o contrato, sem que o co-contratante possa reivindicar qualquer compensação (princípio da efectividade da adequação ao interesse público), uma vez que ele não adquire qualquer direito ou expectativa legítima à percepção dos ganhos ou benefícios que se revelem manifestamente excessivos (princípio da protecção da confiança legítima);

---

11 Cf. O regime jurídico do contrato de exploração de plataformas logísticas, aprovado pelo art. 18º do Decreto-Lei n.º 152/2008, de 5 de Agosto e o contrato de reabilitação urbana, aprovado pelo art. 43º do Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de Outubro.

- o art. 341º constitui igualmente uma norma neutralizadora de potenciais iniquidades geradas pelas relações de cooperação entre o público e o privado na prossecução do interesse público, pois impõe, no âmbito dos contratos de parcerias público privadas, que os ganhos imprevisíveis obtidos pelo co-contratante, que não possam ser imputados a méritos seus (gestão eficiente e oportunidades por si criadas), sejam partilhados equitativamente com o contraente público.

c) no que respeita aos (sub)procedimentos da contratação pública, é possível encontrar muitas proximidades entre as regras que constam dos artigos do CCP e os artigos do Cap. X do North American Free Trade Agreement (NAFTA) em matéria de *Government procurement*. É o caso do art. 30º do CCP, que admite a escolha do procedimento de diálogo concorrencial quando o contrato a celebrar, qualquer que seja o seu objecto, se revele particularmente complexo, impossibilitando a adopção do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação, e que apresenta várias semelhanças com o art. 1014/2 do NAFTA, onde se admite o processo de negociação como instrumento prévio, destinado a identificar os pontos fortes e fracos das propostas apresentadas.

d) o contrato é também um instrumento de actuação “dentro da administração”, o que justifica a consagração de regras especiais em matéria de contratação *in-house* (cf. art. 5º/2 do CCP), embora a delimitação do universo *in-house* no CCP seja uma matéria controversa, não coincidindo com a “doutrina consolidada do TJCE no acórdão Teckal (Cf. Proc. C-107/98)” como bem se percebe pela leitura do Ac. 151/09 do Tribunal de Contas.

e) sublinhamos, também, a incorporação nas normas do CCP de regras que visam dotar o ordenamento jurídico nacional das ferramentas necessárias à implementação de contratos típicos da *Private Finance Initiative* de que são exemplo: 1) o art. 322º, que prevê a possibilidade de consagração de cláusulas contratuais de direitos de *step in e step out* para as entidades financiadoras de contratos administrativos; 2) os arts. 431ºss que prevêem a possibilidade de os contraentes públicos recorrerem a contratos de locação

financeira, uma das modalidades de *asset financing* mais difundidas na área dos transportes pelas vantagens que acarreta para o locatário (diluição dos custos do bem pelo respectivo período de vida, acesso a outras vias de financiamento, eliminação dos riscos associados à propriedade do bem, que vão desde a respectiva destruição até ao risco de obsolescência); 3) o art. 442º respeitante ao acompanhamento do fabrico, que é um instrumento útil no contexto dos contratos de aquisição de bens em regime de *project finance*, em que o contraente público pretende efectuar o pagamento dos bens apenas a partir do momento em que estes estão disponíveis, mas pretende comprometer o fornecedor, desde o início, à respectiva fabricação segundo determinadas regras.

f) no regime jurídico do contrato administrativo previsto no CCP avultam agora normas que visam acautelar os interesses dos terceiros, impondo transparência às relações contratuais e garantindo o princípio da concorrência, de modo a acautelar a efectividade do alargamento da legitimidade nos pedidos de anulação e execução de contratos no âmbito da acção administrativa comum (Cf. art. 290º/2, 313º/1, 315º, 317º do CCP).

g) por último, devemos ainda sublinhar a integração no regime jurídico do contrato administrativo das obrigações de serviços de serviço público (art. 453º CCP), que trazem, também, para dentro do regime jurídico daquele instituto os direitos dos terceiros em nome de quem estes contratos são celebrados, permitindo, igualmente, justificar o alargamento da legitimidade processual à acção popular.

### *Case C – o contrato como instrumento de ligação Estado Sociedade a caminho da privatização dos bens sociais*

1.3. Em terceiro lugar, o contrato passa a constituir um instrumento de ligação do Estado à Sociedade na partilha de responsabilidades em áreas sociais, optando o Estado por integrar os privados nas “redes de prestação de serviços”. É o que acontece com os contratos de associação entre o Estado

e os estabelecimentos de ensino particular em áreas carenciadas de escolas públicas (Cf. art. 14º do Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro).

#### *Case D – a contratualização de incentivos*

1.4. Os contratos são também uma importante fonte de direito das obrigações, no amplo domínio das *subvenções*, onde podemos encontrar algumas questões controversas que tiveram dificuldade em acomodar-se ao quadro do ordenamento jurídico tradicional. Veja-se o caso das ajudas públicas aos sectores agrícolas e das pescas sobre as quais os tribunais nacionais se pronunciaram no sentido de as qualificar como “despesas de capital” e não de “gestão corrente” em termos orçamentais, para justificar a aplicação do prazo de prescrição de 20 anos (Cf. Ac. STA no Proc. 599/08, de 17/12/2008). A jurisprudência teve também oportunidade para se pronunciar no sentido de que, independentemente do fundamento, são administrativos os contratos ao abrigo dos quais as ajudas são concedidas (Cf. Ac STA de 21/10/2009, no Proc. N.º 0462/09, a contratualização encontra-se hoje legalmente prevista para as indemnizações compensatórias no art. 5º do Decreto-lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto), e que o processo de execução fiscal é adequado para exigir a devolução das subvenções ilegitimamente atribuídas (Cf. Ac. STA no Proc. 650/09, de 23/09/2009). Já o TJCE teve ainda oportunidade de salientar que na restituição das contribuições ilegitimamente recebidas, os Estados-membros podem ponderar o *princípio da protecção da confiança legítima* como fundamento para limitar os efeitos da restituição, desde que o beneficiário esteja de boa fé, mas essa ponderação há-de ser efectuada conjuntamente com a protecção da confiança de que a Comunidade igualmente goza no direito à referida restituição (Cf. caso Huber Proc. C-336/00).

#### *Case E – o contrato substitutivo da regulação administrativa*

1.5. Os contratos servem também para prosseguir uma importante finalidade de regulação no contexto do direito administrativo económico.

Referimo-nos aos *regulatory contracts* ou *regulation by contract*, as duas expressões utilizadas para designar o fenómeno de substituição da utilização de institutos típicos da regulação (ex. fixação de tarifas ou tecto tarifários, definição de obrigações de acesso de terceiros a infra-estruturas essenciais) por celebração de contratos que cumprem essa função. Trata-se de uma técnica difundida nos sectores económicos assentes em infra-estruturas de rede (ex. sector eléctrico e o do abastecimento de água às populações) e que ganha cada vez mais adeptos. Referimo-nos, sobretudo, à aplicação no domínio da regulação – controlo público de domínio económicos privatizados essenciais à sociedade – das teorias relacionadas com a *análise económica do direito*, *maxime* da *análise económica dos contratos de longa duração*, nos quais a incerteza tem um peso muito grande. Assim, o *agency game* pode trazer maiores benefícios em termos de eficiência relativamente à regulação pública a cargo de entidades independentes. O objectivo fundamental reside na redução dos custos de transacção.

*No agency game encontramos um investidor (principal) que coloca à disposição da contraparte (agent) um fundo, estabelecendo-se entre os dois uma relação fiduciária que há-de ser regulada pela lei, a qual pode ser mais ou menos permissiva. Assim, em esquemas onde a lei é muito permissiva (poucas cláusulas contratuais gerais) e não exista intervenção administrativa directa sobre a relação contratual (ausência de regulação), é a teoria do jogo que dita o sucesso ou insucesso desta alternativa regulatória.*

*Na relação entre o principal e o agent é fundamental que através do contrato se alcance uma solução que premeie a cooperação face à apropriação, traduzida no seguinte resultado:*

		N-1	N	N+1	N+2	N+3
Estratégia do agente	Apropriação	---	1	0	0	1
	Cooperação	---	0,5	0,5	0,5	0,5

*Cooter e alii, Il mercato delle regole I, pp. 169.*

*Todavia, existem algumas objecções às “virtudes” desta alternativa regulatória, sendo a principal delas a dificuldade em identificar correctamente o principal e o agent nos contratos que pressupõe a produção de infra-estruturas essenciais, pois se num depósito bancário é fácil perceber que o principal*

é o depositante e que num contrato de franchising é o franchisee, num contrato de fornecimento de energia eléctrica ou de água à população essa identificação é mais difícil, uma vez que a empresa fornecedora funciona simultaneamente como principal (ao colocar ao serviço da população a sua actividade) e como agent (ao ficar, por força do contrato, investida no poder de explorar um recurso essencial, que muitas vezes se identifica com um património pré-existente – a rede) e o mesmo acontece com o Estado que é principal (ao dotar a empresa fornecedora do poder e dos bens para fornecer um serviço essencial) e agent (ao dispor de poder legislativo para “governar” o ambiente em que se desenvolve o contrato e do qual teria de abdicar para evitar que o equilíbrio da cooperação acordada fosse aniquilado). É difícil aplicar, neste contexto, a lógica pura do modelo de *governance by contract*, o que nos leva a defender que a regulação de cooperação ou *smart regulation* deve ser desenvolvida por mecanismos diferentes do contrato.

#### *Case F – o contrato substitutivo da resolução jurisdicional de litígios*

1.6. Hoje, por influência da *public law* e da *europaean law*, os contratos podem também ser utilizados como *instrumento de resolução de litígios: os contratos de mediação ambiental*. A mediação é o método mais popular de entre os meios alternativos de resolução de litígios na área administrativo-ambiental, assente num conceito de *justiça responsiva*, que se deve sobretudo à influência que a *Agência Europeia do Ambiente* recebe das suas homologas internacionais e depois espraia pelas Agências dos Estados-membros e à utilização recorrente deste método pelo direito internacional do ambiente (ex. art. 38º da Convenção Conjunta sobre a Segurança da Gestão do Combustível Usado e a Segurança da Gestão dos Resíduos Radioactivos, adoptada pela Conferência Geral da Agência Internacional de Energia Atómica, aprovada pelo Decreto n.º 12/2009, de 21 de Abril).

Ainda no contexto dos contratos como instrumentos de resolução de litígios, veja-se entre nós o regime jurídico da *mediação* no contexto da actividade desenvolvida pelo *Centro de Arbitragem Administrativa* segundo o qual o acordo da mediação, depois de ratificado pelo juiz árbitro, reveste

o valor de decisão arbitral (Cf. Art. 5º do Regulamento de Arbitragem e Portaria n.º 1120/2009, de 30 de Setembro).

*Case G – o contrato substitutivo de medidas sancionatórias*

1.7. Por último, a *European law* trouxe também para o ordenamento jurídico nacional os *contratos substitutivos de medidas sancionatórias*, de que são exemplo claro os *contratos de adaptação ambiental* (ex. art. 78º do Decreto-Lei n.º 236/98, de 1 de Agosto), pelos quais é concedido um prazo às empresas aderentes para que estas se adaptem às novas regras em matéria de controlo de poluição. Trata-se da fixação contratual de um regime transitório durante o qual as empresas podem incorrer em ilícito ambiental (emissões poluentes) sem serem sancionadas, desde que cumpram o programa acordado com o Estado para reduzir gradualmente as emissões.

*b) No domínio procedimental;*

1.8. A infiltração no direito administrativo nacional dos princípios materializadores do *Estado Ambiental* (princípio da prevenção e princípio da precaução) tornou ainda mais complexos os *procedimentos de licenciamento de actividades económicas*. Com efeito, são hoje impostos aos promotores destes projectos vários controlos prévios – *avaliação ambiental estratégica* (Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de Junho), *avaliação de impacte ambiental* (Decreto-lei 69/2000, de 3 de Maio, na redacção final republicada pelo Decreto-Lei n.º 197/2005, de 8 de Novembro), *licença ambiental* (Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto), *licença de emissão* (Decreto-lei n.º 233/2004, de 14 de Dezembro, na redacção final republicada pelo Decreto-Lei n.º 154/2009, de 6 de Julho) – para aferir da conformidade ambiental dos mesmos, tornando difícil, até para o legislador, articular os diversos procedimentos. Veja-se:

1) o disposto no art. 12º/3 do Decreto-Lei n.º 173/2008, no qual se esclarece que estando uma instalação legalmente sujeita, conjuntamente, a AIA e a licença ambiental, o pedido da segunda apenas deve ser entregue após

a emissão da DIA favorável ou condicionalmente favorável, embora os procedimentos possam decorrer em simultâneo, desde que a AIA se reporte a um projecto de execução ou se encontre já na fase de RECAPE (art. 28º do Decreto-lei 69/2000), devendo neste caso a consulta pública ser realizada em conjunto (art. 14º/8 do Decreto-Lei n.º 173/2008), embora a decisão não seja conjunta (art. 16º/4 do Decreto-Lei n.º 173/2008);

2) o disposto nos arts. 24º, 25º e 26º do Decreto-Lei n.º 173/2008, que tentam estabelecer regras de articulação entre a emissão da licença ambiental no âmbito da aplicação do regime jurídico da prevenção e controlo integrado da poluição com as normas relativas à gestão de resíduos, aos títulos de emissão de gases com efeito de estufa, e aos títulos de utilização de recursos hídricos;

3) o art. 13º do Decreto-Lei n.º 232/2007, onde se prevê que os projectos sujeitos a avaliação de impacte ambiental nos termos do regime jurídico da AIA, enquadrados de forma detalhada em plano ou programa subordinado a avaliação ambiental estratégica, devam, sempre que possível, ser objecto de avaliação em conjunto (AIA e AAE em conjunto), o que permitirá não só transferir documentos entre os procedimentos (ex. utilizar o relatório ambiental da AAE para a delimitação do EIA), como ainda entrecruzar fundamentos para as decisões (na fundamentação da AIA pode remeter-se para o conteúdo e conclusões da licença ambiental).

2.8. Os contributos do *e-government* são também visíveis na “construção” dos novos procedimentos administrativos em todas as fases:

1) na divulgação de elementos e informações (ex. art. 133º/2 do CCP, que impõe a divulgação das peças do concurso na *plataforma electrónica* utilizada pela entidade adjudicante);

2) na consulta pública (ex. art. 7º do Decreto-Lei n.º 232/2007, prevê não só a publicação dos elementos relevantes para a consulta através de meios electrónicos, mas também a divulgação, através dos mesmos, dos resultados do controlo, permitindo aos interessados acompanhar os resultados da avaliação ambiental estratégica);

3) em todo o procedimento (ex. o exercício da actividade de micro-produção de energia eléctrica requer um registo prévio no sistema de

registo de microprodutores que é realizado através do sítio criado para o efeito na página da Direcção-Geral da Energia e Geologia – art. 13º do Decreto-Lei n.º 363/2007, de 2 de Novembro);

4) e até na apresentação de reclamações e queixas (ex. reclamações *on-line* dos serviços de saúde – art. 1º do Decreto-lei n.º 156/2005, de 15 de Setembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 371/2007, de 6 de Novembro).

c) No domínio do controlo;

1.9. A *europaean law* e a *public law* são ainda responsáveis pela actual disseminação nos regimes jurídico-legais de novos instrumentos de controlo da actividade administrativa. Destacamos alguns exemplos:

#### *Caso A – as formas de auto-controlo*

*Controlling* – trata-se de mobilizar vários instrumentos transversais de controlo, ou seja, formas de aferir se os objectivos estratégicos traçados pelas medidas estão ou não a ser cumpridos, o que permite distinguir entre o *controlo estratégico* (ex. controlo da Inspeção-Geral de Finanças previsto no Decreto-Lei n.º 79/2007, de 29 de Março) e o *controlo operativo* (ex. avaliação técnica do art. 14º do Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto).

*Avaliação* – técnica de controlo de resultados sobretudo utilizada para aferir dos parâmetros de qualidade dos serviços públicos (ex. Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior instituída pelo Decreto-Lei n.º 369/2007, de 5 de Novembro) ou dos planos e programas (ex. controlo que as entidades criadoras dos planos fazem dos efeitos significativos no ambiente decorrentes da respectiva aplicação e execução, a fim de identificar atempadamente e corrigir os efeitos negativos imprevistos – art. 11º do Decreto-Lei n.º 232/2007);

*Caso B – o controlo como processo de aprendizagem:*

72

**Monitorização** – processo periódico de acompanhamento dos resultados da execução de um projecto (ex. art. 29º do Decreto-Lei n.º 197/2005 e art. 22º do Decreto-Lei n.º 233/2004) geralmente custeado pelo promotor e realizado por ele segundo métodos previamente definidos ou por entidades acreditadas;

**dever de avaliação** – a entidade pública é responsável pela verificação dos resultados do controlo apresentados pelos privados, utilizando para o efeito (ex. auditorias promovidas pela autoridade de AIA, art. 30º do Decreto-Lei n.º 197/2005 e verificações promovidas pela APA no âmbito do controlo de emissões, art. 23º do Decreto-Lei n.º 233/2004);

**Revisão** – mecanismo típico dos planos e das normas que implementam novas políticas (ex. o plano nacional de atribuição de licenças de emissão é revisto cada 5 anos, art. 13º do Decreto-Lei n.º 233/2004)

A combinação destes instrumentos de controlo, que teve como fonte de inspiração o direito administrativo europeu do ambiente e do risco, é hoje também utilizada pelo legislador em domínios clássicos como a justiça (Cf. art. 20º do Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho, que aprovou o regime processual civil experimental).

**2. Flexibilização do regime jurídico do acto administrativo e modificação das suas funções tradicionais**

2. Do art. 120º do CPA retiramos um conceito de *acto administrativo* que podemos caracterizar, de forma abreviada, pela presença das seguintes características: 1) *acto de direito público* (excluindo as decisões administrativas fundadas no direito privado – ex. denúncia de um contrato de arrendamento urbano), 2) *jurídico* (por contraponto às simples operações materiais),

3) de *autoridade* (excluindo, portanto, as declarações negociais), 4) *concreto* (por contraposição às normas) e, em princípio, 5) *externo* (considerando-se que as declarações produzidas dentro dos serviços apenas se devem reconduzir ao conceito de acto administrativo quando disserem respeito a relações jurídicas fundamentais).

#### a) Os falsos actos administrativos

2.1. Todavia, o NDA mostra que o conjunto de casos reconduzíveis a *falsos actos administrativos* ou *actos administrativos fictícios* tem vindo a aumentar. Vejamos alguns exemplos ilustrativos:

2.1.1. *No domínio do direito administrativo da regulação* encontramos hoje várias *licenças* que na verdade não podem ser reconduzidas ao conceito material de acto administrativo acima enunciado:

#### *Case studie:*

*Caso A - as licenças de emissão de gases com efeito de estufa* (art. 16º do Decreto-lei n.º 233/2004) não podem ser reconduzidas a verdadeiros actos autorizativos, na medida em que as licenças (“títulos de emissão de GEE”) depois de serem atribuídos a uma empresa passam a incorporar o respectivo património (podem ser transaccionados no mercado), desvinculando-se completamente da sua origem administrativa. Na verdade, o título de emissão constitui um verdadeiro direito de propriedade, pois tem valor económico dependente do mercado, é transmissível e pode ser destruído pelo respectivo titular (art. 17º/5 do Decreto-Lei n.º 233/2004). Depois de emitida a licença, e atribuído o título anual, os poderes da entidade administrativa sobre a mesma extinguem-se, passando qualquer ablação durante esse período a constituir uma expropriação de direitos, excepto, claro está, a possibilidade de a Administração decidir reduzir o volume de emissões para o período seguinte no contexto da execução da política ambiental,

situação que se reconduz ao mero exercício dos poderes administrativos, e que, por ser tomada nos períodos legalmente estabelecidos, já não pode ser interpretada como um acto ablativo, devendo antes qualificar-se como uma medida administrativa típica do direito da regulação.

*Enquadramento normativo das licenças de emissão de GEE*

*O regime jurídico de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa encontra-se actualmente previsto e regulado entre nós pelo Decreto-Lei n.º 233/2004, de 14 de Dezembro (com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 243-A/2004, de 31 de Dezembro, n.º 230/2005, de 29 de Dezembro, n.º 72/2006, de 24 de Março e n.º 154/2009, de 6 de Julho), diploma que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 2003/87/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro, e a Directiva 2004/101/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Outubro (Directiva Linking), que alterou a primeira, tendo em vista articular o regime de comércio europeu de licenças de emissão (CELE) de gases com efeito de estufa (GEE) na UE com o Protocolo de Quioto.*

*O regime europeu foi instituído em 2005 e constitui a pedra angular da política europeia na contribuição para redução de CO<sub>2</sub>, integrada na estratégia de luta contra as alterações climáticas. Por força do Protocolo de Quioto, a UE obrigou-se a reduzir as suas emissões de CO<sub>2</sub> em 8% face ao ano base de 1990, tendo firmado com os Estados-membros um acordo de partilha de responsabilidades, nos termos do qual o Estado português se comprometeu a reduzir as suas emissões em 27% no período 2008-2012. O mecanismo implementado é simples e aplica-se, numa primeira fase, apenas às empresas consideradas mais poluentes (responsáveis pela emissão de mais de metade do CO<sub>2</sub> produzido) como as indústrias energéticas, de produção e transformação de metais ferrosos, mineral e de papel (Cf. anexo I, do Decreto-Lei n.º 233/2004). Cada Estado-membro elabora um Plano Nacional de Atribuição de Licenças de Emissão (PNALE) – em Portugal, o PNALE I foi aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 53/2005, de 3 de Março, e actualmente vigora o PNALE II, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 1/2008, de 4 de Janeiro, que*

*se reporta ao período 2008-2012 – que deve ser aprovado pelo Conselho de Ministros, através de Resolução e após apreciação pela Comissão Europeia (participação na decisão). Desde Janeiro de 2005, que os operadores das instalações poluentes passaram a ter de possuir um título de emissão de GEE, emitido pela Agência Portuguesa do Ambiente, salvo aqueles que beneficiaram da exclusão temporária do regime nos termos do art. 12º do Decreto-Lei n.º 233/2004. Como se trata de um regime a implementar gradualmente, admite-se a atribuição gratuita de uma parte das licenças de emissão, parte que para o período de 2008-2012 corresponde a 90% das licenças de emissão, sendo o respectivo método de atribuição fixado no PNALE (o PNALE II adoptou o método de atribuição com base histórica, ou seja, tomando em consideração as emissões no período 2000-2004). A atribuição das licenças de emissão para o período 2008-2012 encontra-se estabelecida no Despacho Conjunto dos Ministros do Ambiente e da Economia n.º 2836/2008, de 5 de Fevereiro de 2008.*

*Assim, os operadores das actividades referidas no anexo I do Decreto-Lei n.º 233/2004, devem solicitar à entidade coordenadora do licenciamento industrial o correspondente pedido de título de emissão de GEE (Cf. Portaria n.º 698/2008, de 29 de Julho), a qual remete o pedido à APA, entidade competente para a decisão do pedido após parecer da entidade coordenadora do licenciamento. O título pode abranger uma ou mais instalações do operador e só é emitido se o requerente fizer prova da sua capacidade de monitorização das emissões.*

*Durante o período de vigência do PNALE, o operador deve devolver, anualmente, à APA as licenças de emissão correspondentes ao total das emissões da instalação durante o ano civil anterior – esta devolução tem por base o relatório das emissões da instalação apresentado pelo operador e verificado por verificadores independentes (Cf. Portaria n.º 74/2006, de 18 de Janeiro), que inserem os dados no Registo Português de Licenças de Emissão, para efeitos de controlo das entidades europeias, nos termos do Regulamento (CE) n.º 2216/2004, de 21 de Dezembro – as quais são anuladas por aquela entidade. Caso o operador não devolva até 30 de Abril de cada ano civil licenças de emissão suficientes para cobrir as suas emissões no ano anterior, fica sujeito ao pagamento de €100 por cada*

*tonelada de emissões excedentárias, podendo a infracção, caso não seja compensada, ser punida com a pena de suspensão da concessão das licenças e o montante em dívida executado segundo as regras da execução fiscal. Caso as emissões que a instalação venha a produzir sejam superiores ao montante atribuído anualmente pela APA (licenças de emissão), devem os operadores adquirir títulos de emissão no mercado de emissões para suprir as suas necessidades, incrementando, por esta via, um dos três mecanismos flexíveis previstos no Protocolo de Quioto: comércio de emissões, implementação conjunta (IC) e o mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL). Para além da aquisição de licenças emitidas por outro Estado-membro da UE ou por um país terceiro, os operadores podem também utilizar RCE (Redução Certificada de Emissões) – unidades emitidas nos termos do art. 12º do Protocolo de Quioto relativas aos mecanismos de desenvolvimento limpo (ex. implementação de projectos de energias renováveis em países emergentes) – ou URE (Unidade de Redução de Emissões) – unidades emitidas nos termos do art. 6º do Protocolo de Quioto relativas aos mecanismos de implementação conjunta (ex. aquisição de certificados emitidos para projectos que são ambientalmente pró-activos como as florestas que funcionam como “sorvedouros de carbono”) emitidas ou adquiridas através dos mecanismos de comércio.*

*Para auxiliar ao cumprimento das metas previstas no PNALE, uma vez que o mercado do carbono ainda não se encontra suficientemente desenvolvido e os outros mecanismos flexíveis de Quioto são complexos, o Estado Português criou, através do Decreto-Lei n.º 71/2006, de 24 de Março, o Fundo Português de Carbono, que é um património autónomo sem personalidade jurídica, constituído com uma dotação inicial do Orçamento de Estado, gerido, na vertente técnica, pelo comité executivo da CAC, e, na vertente financeira, pela Direcção-Geral do Tesouro. O Fundo prossegue, designadamente, as seguintes linhas de acção: obtenção de créditos de emissão de GEE através de investimento directo em mecanismos de flexibilidade; obtenção de créditos de emissão de GEE, a preços competitivos, através do investimento em fundos geridos por terceiros ou outros instrumentos do mercado de carbono; apoio a projectos, em Portugal, que conduzam a uma redução de emissões.*

*Caso B* – as licenças para o exercício de actividades económicas privadas também não são verdadeiros actos administrativos, pois a sua função não é apenas (nem fundamentalmente) atestar da aptidão do requerente para o exercício da actividade, mas sim regular o acesso à actividade económica em função de objectivos da política sectorial. É o acontece com as licenças para a produção de energia eléctrica, que apesar de se destinarem “apenas” a permitir o acesso a uma actividade que foi liberalizada (Cf. art. 15º do Decreto-lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro), a entidade responsável pela sua emissão decide com base em critérios como “o contributo do pedido para a concretização dos objectivos de natureza ambiental” (Cf. art. 6º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto). A relevância da autonomização desta categoria de licenças-reguladoras prende-se com a necessidade de reconhecer um conteúdo discricionário à licença que se reconduz à implementação de uma política, consubstanciando, nessa medida, um limite funcional ao controlo judicial.

*Caso C* – as autorizações para acesso a “mercados especiais”, típicas do novo regime de cooperação na implementação de políticas, como é o caso das autorizações concedidas pela APA às entidades gestoras das plataformas de negociação de resíduos para que estas possam aceder ao “mercado” (Cf. art. 13º do Decreto-Lei n.º 210/2009, de 3 de Setembro), as quais dependem da “adequação do modelo proposto para o cumprimento dos objectivos estabelecidos nos planos de gestão de resíduos”. Trata-se, de um *call for proposals* à Sociedade para auxiliar ao cumprimento dos objectivos da política de resíduos, designadamente da valorização, pois o “mercado organizado de resíduos” funciona sobre as plataformas electrónicas de negociação, exploradas pelas entidades gestoras, a quem cabe fazer a ponte entre a produção de resíduos e as empresas interessadas na respectiva valorização, com o objectivo último de diminuir a procura de matérias-primas e promover simbioses industriais. Neste caso, o controlo administrativo prévio não se destina em primeira linha a controlar a aptidão para o exercício de uma actividade económica livre, mas antes a incentivar o exercício de uma actividade económica “inventada” pela Administração como instrumento de promoção e implementação de uma política, como bem se percebe pelos mecanismos de incentivo financeiro e

administrativo à adesão ao mercado (às plataformas de negociação), facilitando o angariamento de clientes pelas entidades gestoras.

*Caso D* – no domínio do acesso a actividades tidas como socialmente censuráveis encontramos actos (“autorizações paternalistas”) que visam apenas controlar e impor medidas repressivas a certos comportamentos (ex. concessões de jogo), os quais começam a perder legitimidade face à facilidade com que esses comportamentos se podem desenvolver no contexto globalizado (ex. difusão de jogos de azar *on-line*), o que justifica a proposta da sua progressiva substituição por esquemas compensatórios.

#### *b) Da função estabilizadora à função de interligação interdisciplinar*

*2.2. O NDA revela, também, que o acto administrativo cumpre hoje uma importante função de interligação entre o direito administrativo e outros domínios:*

*Caso A* - entre o direito administrativo e a ciência, o que implicou uma assimilação do princípio da precaução e a necessidade de flexibilizar a função estabilizadora do acto autorizativo, podendo determinar a aplicação de um regime próximo da modificação unilateral do contrato por razões de interesse público (teoria da imprevisão), ou simplesmente a precarização da decisão, como acontece hoje com as autorizações relativas ao uso de substancias químicas (art. 61º do Regulamento n.º 1907/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006 - Regulamento REACH).

*Caso B* - entre o direito administrativo e o direito financeiro, o que significa que algumas licenças constituem hoje meios adicionais de financiamento público instituído a propósito de uma pretensa regulação/moderação do uso de bens naturais ex. leilões para atribuição do direitos de utilização de frequências para Broadband Wireless Access.

*Caso C* - entre o direito administrativo e as relações internacionais como acontece com o acto administrativo transnacional, os procedimentos admi-

nistrativos prevêem hoje a participação e inclusão na ponderação final do contributo dado pelo “Estado vizinho”, não sendo necessário recorrer aos instrumentos tradicionais de direito internacional para agilizar projectos ou medidas que produzam efeitos extra-territoriais. Aliás, como teremos oportunidade de ver desenvolvidamente noutra sede, o acto administrativo transnacional é um instrumento fundamental para a construção do *direito administrativo europeu transnacional* e do *direito administrativo global*.

Veja-se o caso da avaliação de impacte ambiental de projectos com impactes nos outros Estados-membros, em que a autoridade de AIA envia, através dos serviços competentes do MNE, às autoridades do Estado potencialmente afectado, a informação com a descrição do projectos, os impactes transfronteiriços previstos e a natureza da decisão a ser tomada, podendo esse Estado afectado declarar, no prazo de 15 dias que deseja participar no procedimento, sendo-lhe então remetidos todos os elementos do processo, e depois tomados e consideração na decisão todos os contributos dados pelo Estado-membro participante, ao qual é comunicada a decisão final. Sublinhe-se que a decisão é expressa, pois neste procedimento fica excepcionado o deferimento tácito (Cf. arts. 32º a 35º e 19º/7 do Decreto-Lei n.º 69/2000, na sua redacção actualizada).

Mais impressionantes ainda dos efeitos transnacionais são os problemas gerados, pelos actos administrativos transnacionais em sentido restrito, de que é exemplo a homologação CE de veículos de duas e três rodas (Cf. Decreto-Lei n.º 30/2002, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 335/2007).

### 3. Proliferação de poderes reguladores independentes

3. Uma das principais transformações ocorrida no âmbito da organização administrativa dos sistemas continentais advém da criação de entidades administrativas independentes. Trata-se de uma “importação” do modelo das *agencies* norte-americanas, embora seja importante sublinhar que existem diferenças muito assinaláveis quer no que respeita à “adaptação continental” deste tipo de entidades, quer no que respeita à sua própria configuração enquanto elementos da organização administrativa norte-americana.

As *agencies* do direito americano não se configuram necessariamente como “entidades administrativas independentes”, pelo contrário, a sua nota caracterizadora assenta na conformação como entidade governamental investida nos poderes necessários para a implementação de um determinado regime normativo, o que significa que muitas *agencies* estão integradas na estrutura organizativa do Governo, gozando apenas de um regime de autonomia que lhes confere flexibilidade de actuação, fundamental para a implementação eficaz de uma política – são organismos governamentais dedicados a matérias específicas. A característica da independência é apenas reservada a algumas agências, que surgem naquele ordenamento jurídico como poderes autónomos, apenas subordinados a um controlo de legalidade.

Ora, é fundamental não esquecer que o movimento da agenciação nos sistemas de tipo continental tem diferentes origens e motivações: 1) resulta de uma orientação “des-ministerializadora” (passagem de atribuições de serviços antes inseridos na Administração Central para entidades independentes) no âmbito dos sectores que passaram do Estado para o mercado (ex. ERSE e a ANACOM), embora se verifiquem na prática áreas de duplicação de poderes que teimam em não desaparecer; 2) outras da necessidade de dar resposta aos desenvolvimentos do mercado (ex. Autoridade da Concorrência e a CMVM), sendo as que mais se aproximam do modelo americano e as que maiores problemas suscitam quanto à articulação dos respectivos poderes que com a organização estadual clássica, quer com a “nova organização administrativa”; 3) outras ainda são pura criação europeia, respondendo a exigências europeias directas no que respeita à implementação do novo direito administrativo transnacional (ex. APA); 4) outras ainda têm um perfil clássico e um “caminho feito” no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias (ex. CNPD), mas nem por isso escapam ao turbilhão de problemas que hoje se apontam à inclusão destas entidades no seio do “sistema”.

3.1. Neste conjunto heterogéneo, encontramos diferentes tipos de entidades: 1) algumas com poderes quase-judiciais, por estarem investidas em poderes de resolução de conflitos, ou mesmo assumindo uma função quase-judicial, pois a essência da sua actividade é ponderar conflitos de bens e direitos na formulação de uma decisão (é o caso típico da autoridade da concorrência); 2)

outras mais próximas de uma função reguladora quase-legislativa, assentando o essencial da sua actividade na criação de normas (regulação) não só técnicas, mas também de “governo” de sectores económicos (ex. regulamentos da ERSE), a que aliam uma importante componente de controlo e vigilância; 3) outras ainda que auxiliam na implementação de novas formas de actuação típicas da função administrativa no contexto da Administração em rede ou transnacional (ex. APA), desempenhando aí funções tipicamente administrativas de natureza consultiva, regulamentar e executiva. Em bom rigor, não é possível fazer uma compartimentação na classificação destas entidades, pois elas acabam, em regra, por convocar mais do que uma das dimensões antes mencionadas.

3.2. Um dos problemas clássicos abordados no estudo destas entidades prende-se com os mecanismos de promover a respectiva *accountability*. A questão é simples: sendo estas entidades independentes, a quem prestam contas? Sem nos atermos nos argumentos esgrimidos pelas várias teorias que têm estudado o fundamento da sua legitimidade (administração separada, entidades de defesa de liberdades fundamentais, desenvolvimento de uma função de neutralidade, administração europeia), porque entre nós esta questão resulta numa “falsa questão” a partir da revisão constitucional de 1997, que inscreveu no texto da lei fundamental o princípio da livre criação legislativa de entidades administrativas, dando assim guarida aos actos legislativos instituidores destas entidades que não encontrem outra norma fundamental habilitadora, importa apenas saber perante quem respondem.

Assim, tomando como exemplo a Autoridade da Concorrência, verificamos, nos respectivos estatutos, que esta entidade, sem prejuízo da sua independência, 1) está sujeita ao poder de tutela do Ministro da Economia, a quem compete aprovar o plano de actividades e orçamento, bem como o relatório de actividades e contas, a aquisição e alienação de bens imóveis e outras actos de incidência financeira e orçamental e a um controlo residual de mérito, uma vez que o membro do Governo responsável pela área da economia pode, em sede de recurso extraordinário (um tipo de recurso hierárquico impróprio) autorizar uma operação de concentração que tenha sido proibida pela autoridade da concorrência, desde que o mesmo considere que os benefícios dela resultantes para a economia nacional superam

as desvantagens que daí advêm para a concorrência, embora fiquem muitas dúvidas hoje, quanto ao alcance prático deste preceito, no contexto da europeização do direito da concorrência, como bem se percebe da análise da jurisprudência do TJCE (ex. sentença EDP); 2) que a mesma assume uma “responsabilidade pública” perante o Parlamento, ao elaborar um relatório anual sobre a sua actividade no âmbito da defesa e promoção da concorrência, do qual não resulta, porém, nenhum mecanismo de controlo efectivo para além da respectiva publicação; 3) sujeita-se ao controlo da legalidade financeira do Tribunal de Contas; 4) que as respectivas decisões são objecto de controlo judicial pelo Tribunal de Comércio de Lisboa.

Se fizermos exercício idêntico para a CNPD percebemos que se trata de uma entidade dotada de maior autonomia, que funciona “junto” do Parlamento, todavia, a sua independência não neutraliza o controlo financeiro a cargo do Tribunal de Contas, nem o recurso das respectivas decisões para os tribunais administrativos (hoje para os TCA’s).

Para além do controlo da legalidade financeira e do controlo judicial das respectivas decisões, a que nos iremos referir em seguida, cumpre ainda salientar que estas entidades ficam também subordinadas, nos termos das respectivas leis orgânicas, a um controlo assente na legitimação procedimental, entendida hoje como uma manifestação da democracia procedimental. O mesmo é dizer que a formação das respectivas decisões assenta num procedimento participativo, que aqui se apresenta como expressão positivada do direito ao justo procedimento, o qual, no contexto da actividade reguladora, se traduz numa consagração legislativa da opção pelo regime de *smart regulation* em detrimento da tradicional “heteroregulação pública da auto-regulação privada”.

3.3. No que respeita ao controlo judicial das decisões proferidas (de carácter individual e concreto) pelas autoridades reguladoras independentes (*reviewability*) é também importante sublinhar alguns pontos essenciais.

3.3.1. Em primeiro lugar, é importante perceber que, em alguns casos, estamos a “meio caminho” entre um processo de apreciação em primeiro grau e um processo de recurso, consoante se “aceite” ou não o carácter quase-judicial da actividade desenvolvida pela entidade administrativa independente. Assim, por exemplo, no caso do recurso das decisões pro-

feridas pela Autoridade da Concorrência, na medida em que as mesmas materialmente consubstanciam uma decisão de um litígio entre o titular da liberdade de exercício de uma actividade económica e um bem jurídico (a concorrência), sempre se poderia e deveria atentar no carácter quase-judicial da decisão para se decidir se daí resulta ou não algum limite funcional para o tribunal. Desde logo, para se apurar se ao Tribunal de Comércio compete realizar nova ponderação ou apreciar as eventuais invalidades da decisão da Autoridade da Concorrência.

3.3.2. Em segundo lugar, cabe ainda sublinhar o carácter técnico das decisões adoptadas pelas autoridades reguladoras, tendo em vista apurar o tipo de discricionariedade que estará em causa na respectiva actuação e o tipo de controlo que sobre elas é possível realizar. É a este propósito que muito se tem discutido na doutrina italiana sobre a discricionariedade técnica no contexto da actividade administrativa reguladora, levando alguns autores a defender um “*modelo de controlo judicial soft*” e outros a plena judicialização do controlo através da ampliação da assessoria técnica dos juízes.

3.3.3. O problema do âmbito e intensidade do controlo das decisões adoptadas pelas autoridades administrativas de regulação não é exclusivo dos sistemas continentais, tendo sido também amplamente discutido no modelo americano, onde a questão da discricionariedade como limite funcional aparece, claro está, sob uma formulação diferente. A *judicial review* das decisões proferidas pelas *agencies* era defendida pela jurisprudência sob o fundamento da necessidade de submeter a um *strict judicial scrutiny* os direitos fundamentais vulnerados pela *administrative arbitrariness*. O caso *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council* constitui uma decisão-marco sobre esta problemática. Estava em causa a interpretação da norma sobre poluição do ar, que autorizava emissões poluentes a partir de “fontes estáveis”. No processo, a agência ambiental defendia que “fontes poluentes” era um conceito complexo, englobador de diversas unidades de produção de fumo, e os demandantes exigiam que o conceito fosse interpretado e aplicado individualmente a cada unidade de emissão. Na apreciação do litígio, o *Supreme Court* estabeleceu a seguinte doutrina, que entretanto

se consolidou: 1) se o Congresso tratar directamente a questão, prevalece a interpretação que o mesmo venha a fixar e, caso a *agencie* aplique uma interpretação diferente da norma, deve a respectiva decisão ser anulada; 2) se o Congresso não se pronunciar directamente sobre a questão ou se remeter essa tarefa para a *agencie*, deve questionar-se se a interpretação que a mesma venha a fixar pode ser considerada “permissível”, i. e., “suficientemente racional e razoável para excluir uma situação de controlo judicial”, caso em que deve prevalecer. Em suma, reconhece-se um controlo judicial de mérito apenas subsidiário.

3.3.4. Esta ideia do *controlo de mérito subsidiário* é a que melhor se ajusta ao nosso modelo, pois tendo uma boa parte destas entidades reguladoras sido criada também com o fundamento expresso na complexidade do sector e na falta de aptidão do modelo de justiça tradicional para dar resposta aos problemas (descrédito na independência do regulador estadual e falta de capacidade do juiz para proferir decisões justas em matérias tão especializadas), não se justificaria a plena juridicização do controlo das decisões administrativas adoptadas por estas entidades, recorrendo ao apetrechamento das assessorias judiciais. Quanto a este ponto, a alternativa reside apenas no desenvolvimento de meios alternativos não judiciais que complementem o controlo dentro da actividade desenvolvida pelas autoridades e não num “retrocesso” a favor da plena jurisdição (ex. deve o juiz anular uma decisão de recusa de uma operação de concentração com fundamento em que o mercado relevante é diferente daquele que foi identificado pela Autoridade da Concorrência?).

3.3.5. A última nota a este propósito serve apenas para dar notícia do regresso ao controlo judicial das decisões, quer no modelo americano, onde têm vindo a ser introduzidas restrições à jurisprudência Chevron, quer nos modelos continentais, onde o “mau exemplo” do TJCE encoraja os tribunais nacionais a reclamarem para si um controlo mais “denso” dos actos administrativos de regulação.

3.4. Por último, os regulamentos das entidades administrativas independentes, sobretudo os regulamentos das entidades reguladoras suscitam

sérias dúvidas no que respeita à sua localização no contexto das fontes de direito, bem como na sua articulação com as regras e princípios constitucionais.

Os regulamentos das entidades administrativas reguladoras são regulamentos externos, em boa medida com conteúdo inovador relativamente à lei e por isso verdadeiros regulamentos independentes que cumprem uma função administrativa reguladora (de criar regras), instituindo limites à liberdade dos privados. Trata-se da transposição para o nosso país de um modelo americano (*rulemaking* das agências reguladoras), cuja instituição se encontra legitimada constitucionalmente (art. 267º/3 da C.R.P.), mas essa legitimação não elimina totalmente alguns problemas, designadamente, a relação destes regulamentos com a lei nos termos do art. 112º/5 da C.R.P. Em certa medida, estes regulamentos parecem aproximar-se dos “regulamentos delegados” a que aquele artigo constitucional quis pôr fim. Verifica-se, nestes regulamentos uma deslegalização de matérias, um abaixamento do grau formal das matérias, como se percebe se compararmos o regime jurídico por eles instituído com experiências comparadas, onde uma parte das regras está consagrada em lei. Por outro lado, o art. 112º/8 da C.R.P. também não nos permite reconduzi-los à categoria de regulamentos executivos de norma legal de nível europeu (a Constituição veda a admissibilidade de regulamentos executivos de normas europeias contidas em Directivas), mas então não seria melhor introduzir uma referência expressa na C.R.P. à sua especificidade? Será suficiente o art. 267º/3 da C.R.P.? Será suficiente dizer que eles podem ser impugnados judicialmente quando violarem normas ou princípios constitucionais, normas europeias e normas legais?

#### 4. Autonomização de novas formas de actuação administrativa

4. O NDA caracteriza-se, também, por recuperar alguns instrumentos administrativos que entretanto haviam perdido actualidade, como acontece com o plano administrativo, por incrementar novos instrumentos, como as actuações informais, e por “miscelanizar” os instrumentos tradicionais, criando novos tipos.

#### a) O plano administrativo

86

4.1. O plano administrativo emerge neste contexto como um instrumento adequado à actividade desenvolvida pelo “Estado incentivador e garantidor”, pois não só fornece a possibilidade de traçar um “quadro de implementação estratégica de medidas”, como ainda cria condições para o alicerçamento de expectativas fundadas por parte dos destinatários das medidas que ajudam no controlo da respectiva execução. O plano renasce, nesta perspectiva, como um instrumento conglomerador dos interesses convergentes e divergentes, contrapondo-se à perspectiva tradicional de exteriorização de orientações públicas pré-definidas.

Um dos motores da “reabilitação do plano” foi o desenvolvimento do direito europeu e a importância que as instituições europeias reconheceram ao plano no contexto do desenvolvimento e implementação das políticas preconizadas no Tratado (ex. Agenda territorial da UE, programas de redes transeuropeias). Entre as características positivas do plano ganharam destaque: o seu carácter flexível e a sua maior plasticidade face aos instrumentos legislativos, a forma sustentada e participada em que repousa a sua elaboração (instrumento privilegiado para articular interesses), a sua maior aptidão para orientar comportamentos de forma mais efectiva, sobretudo influenciando terceiros, e a maior facilidade no controlo de resultados.

O plano apresenta-se, contudo, como um instrumento heterogéneo, que assume diferentes modalidades, para além dos *planos urbanísticos* – hoje ainda associados a um modelo de desenvolvimento do ordenamento urbano *up to bottom*, o qual se espera que venha igualmente a evoluir para um sistema de programação, numa aproximação a um modelo pós-vinculístico do ordenamento do território – ganham relevância os *planos programáticos* – que são instrumentos de natureza política, em regra compostos por duas dimensões, uma parte indicativa onde se traça a estratégia (ex. Estratégia Nacional para a Energia) e uma parte operativa, onde são desenvolvidas diversas linhas de acção destinadas à concretização do plano, que se integram já num momento de implementação das políticas, podendo assumir

diversas formas, desde programas concretos (ex. Programa Nacional de Barragens com Elevado Potencial Hidroelétrico), aprovação de regimes jurídicos (ex. Decreto-Lei n.º 182/2008, de 4 de Setembro, diploma legal que veio, após a aprovação do PNBEPH, estabelecer algumas orientações sobre a sua implementação e o procedimento de selecção das entidades privadas que quisessem colaborar nessa implementação) ou mesmo celebração de contratos (ex. adjudicação de capacidade eólica) – e os *planos sectoriais* – que constituem uma categoria que alia uma componente territorial a uma componente estratégico-programática (exemplo deste tipo de planos são os planos de instituições de saúde na Alemanha, que aliam a componente pública de escolha da localização das unidades de saúde e a componente financeira, que permite às empresas seguradoras e outras unidade de financiamento e de participação activa no sistema de saúde, assim como aos utentes, calcular com maior rigor os custos e tomar opções de investimento quer em propostas de seguros, quer na construção de unidades hospitalares privadas, de forma a permitir alcançar soluções mais eficientes), entre nós, este tipo de planos começa a desenvolver-se em sectores económicos privatizados onde o Estado pretende apenas reservar para si uma função incentivadora e o papel de garante do sector económico (ex. plano rodoviário nacional, o papel do Estado através da empresa Estradas de Portugal, S.A. e no novo modelo de financiamento do sector).

Ainda no que respeita aos planos é importante sublinhar um dos pontos mais controvertidos do respectivo regime jurídico: a discricionariedade e os limites à fixação do conteúdo dos planos. A *discricionariedade no planeamento* não pode ser entendida em termos tão amplos como a liberdade de conformação do legislador, na medida em que não podemos fazer repercutir aqui, com a mesma intensidade, a legitimidade democrática em que se funda o legislador, nem pode ser tão restrita como a discricionariedade administrativa da Administração regulamentadora, porque num plano não se trata de dar execução a um regime legislativo previamente estabelecido, mas sim de instituir *ex novo* uma estratégia, definindo medidas que põem em causa direitos e interesses legítimos.

Assim, a discricionariedade do planeamento (incluindo também a urbanística) reconduz-se a um tipo de actuação administrativa finalística ou de resultados, o que demonstra, desde logo, a especial apetência do plano como instrumento do direito de implementação de políticas no contexto do enfraquecimento do princípio da legalidade. Por essa razão, o plano, enquanto instrumento dotado de suficiente densidade para estabelecer linhas de acção, *i. e.*, servir de base à aplicação de medidas concretas, encerra em si um juízo de ponderação, cujo controlo se não reconduz a um exercício de subsunção a um instrumento legislativo prévio (que na maior parte dos casos nem sequer existe), nem pode, também, ser deixado a um espaço de livre conformação planificadora da Administração (uma reserva de administração). Na verdade, a compreensão do âmbito da discricionariedade de planeamento surge hoje intimamente associada à “*governamentalização*” *do vértice da Administração*, decorrente dos fenómenos da colocação da Administração em rede com as instâncias europeias e internacionais, no desenvolvimento em conjunto de várias políticas (ex. ambiente, energia) que não passam pela mediação legislativa parlamentar, como acontece com as políticas definidas em regulamentos europeus, ou que radicam em norma aberta. Neste enquadramento, a discricionariedade de planeamento é controlada pelo *princípio da ponderação* sob duas perspectivas complementares: a *ponderação procedimental*, o controlo do plano assenta, em primeiro lugar, na verificação do estrito cumprimento do esquema metódico da ponderação, que consiste na identificação dos interesses em presença, seguido da atribuição a cada um de um valor relativo e, por último, da fundamentação dos critérios adoptados para fazer prevalecer uns interesses sobre outros; a *ponderação dos resultados* que apenas pode incidir sobre aspectos do conteúdo que ponham em crise direitos ou princípios fundamentais, constituindo a restante parte um limite funcional ao controlo.

Já o controlo do conteúdo do plano da parte discricionária deve fazer-se segundo os novos instrumentos de controlo de resultados, sobretudo a monitorização das medidas de implementação e a revisão periódica. Trata-se de uma via alternativa de garantir a *accountability* das medidas adoptadas pelas entidades públicas cujo poder não advém de uma legitimidade democrática directa.

## *b) As actuações informais*

4.2. As actuações informais constituem outro domínio da actividade administrativa que goza de franca expansão no âmbito do NDA. Assim, apesar de na sua origem as actuações administrativas informais terem sido definidas como uma alternativa de facto às actuações formais e, nessa medida, reconduzidas a um conjunto de compromissos não vinculativos (Bohne), acabaram por adquirir um reconhecimento generalizado de juridicidade, mesmo na ausência de acolhimento pelo princípio da legalidade, afirmando a respectiva subordinação ao quadro jurídico formado pelos princípios jurídicos, *maxime*, pelos princípios materiais reguladores das relações jurídico-administrativas.

As actuações informais, apesar de constituírem uma categoria heterogénea, podem reconduzir-se a dois grandes grupos: as actuações informais unilaterais e os acordos informais. Dentro do primeiro grupo, incluem-se, desde logo, as advertências e os avisos das entidades públicas (ex. informação da CCDR do Algarve que adverte os banhistas do perigo de derrocada de uma arriba ou a recomendação do ministério da saúde para que as empresas encerrem os serviços caso se registre um surto de gripe), cujo recorte jurídico-dogmático não é fácil, mas que, em nosso entender, até pela reiteração prática, exigem hoje um apertado controlo judicial quando ponham em causa direitos ou interesses legítimos e não apenas direitos fundamentais.

Assim, apesar de as actuações administrativas informais não serem vinculativas, podemos afirmar que a sua juridicidade é suficiente para gerar o dever de reparar eventuais prejuízos resultantes de um investimento de confiança do destinatário, que pode, legitimamente, demandar a Administração. Uma actuação informal unilateral é desde logo suficiente para conferir legitimidade ao requerente de uma acção de simples apreciação (ex. a divulgação de uma informação num site de uma entidade pública é suficiente para que o titular de um direito ou interesse legalmente protegido, afectado por aquela informação, possa exigir judicialmente à Administração a clarificação de uma situação).

Já os acordos informais, que não podem ser tipificados, pois, como o próprio nome indica, englobam um universo vasto de possibilidades que não

é susceptível de categorização, podem ser caracterizados como contactos, mais ou menos velados, tendentes a encontrar e estabelecer compromissos ou, pelo menos, bases de concertação para a implementação de novos projectos ou reformas. Inscrevem-se no contexto de entendimentos consensuais entre a Administração e os cidadãos, preparatórios ou até substitutivos de actos administrativos, contratos administrativos ou mesmo de normas regulamentares, onde a característica fundamental é a falta de vinculatividade. Expressam-se sob a forma oral ou por uma troca de cartas, ou ainda por actos notórios, assumindo, essencialmente, um carácter confidencial, de forma a não colocar em risco a sua principal utilidade – ultrapassar, na prática, a resistência às decisões. Estes contactos prévios, apesar de não vinculativos, são potencialmente geradores de vínculos efectivos entre as partes, o que significa que podem alicerçar legítimas expectativas patrimonialmente relevantes.

Alguns autores propõem o enquadramento da mediação no contexto das actuações informais. A mediação constituiu, nesta acepção, um instrumento informal procedimental ou pré-procedimental para resolução de conflitos. Todavia, atendendo ao facto de uma parte dos procedimentos administrativos que envolvem ou prevêm o uso de mediadores terem hoje tendência para se ancorar em regras formais, parece-nos mais ajustado integrar a mediação como fase facultativa do procedimento (à semelhança aliás do que acontece com os agentes facilitadores nos procedimentos complexos) e enfatizar o respectivo resultado como via para a contratualização no contexto da resolução de litígios.

### *c) Actuações atípicas resultantes da recombinação de formas típicas (mix)*

Para além da revelação de novas formas de actuação administrativa ou da reabilitação e reformulação das formas tradicionais, outra das marcas características do NDA é a recombinação das formas típicas (*mix*).

Para alguns autores, a utilização de instrumentos administrativos com finalidades financeiras (ex. autorizações de emissão de GEE) constituem exemplos de *mix*, numa posição que não é isenta de críticas. Pela nossa

parte, entendemos que têm razão neste caso os autores que, na senda da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, propõe o reconhecimento de um princípio da subsidiariedade dos instrumentos financeiros face aos administrativos em matéria de combate a actuações ambientalmente censuráveis.

Embora uma parte significativa dos casos que a doutrina reconduz a forma de mix consubstanciem afinal realidades que antes tratámos como exemplos das novas aplicações dadas às formas tradicionais da actividade administrativa, parece-nos importante destacar duas figuras que, a nosso ver, constituem, pela singularidade do respectivo regime jurídico, formas recombinadas às quais se deve reconhecer verdadeira autonomia: os actos de certificação.

Os actos de certificação constituem uma categoria que interliga características típicas do acto administrativo e do direito administrativo sancionatório no contexto do reconhecimento de poderes públicos a entidades privadas. A certificação teve a sua origem em sistemas voluntários, que visavam incutir nos privados uma cultura de qualidade (ex. rotulagem ecológica da UE), considerando a doutrina, por essa razão, que estávamos perante formas de auto-regulação privada, nas quais, apesar de actuarem entidade oficialmente habilitadas no exercício de actividades (privadas) de interesse público, não se podia reconhecer a existência de exercício de poderes ou funções públicas.

Todavia, o enquadramento actual de uma parte da actividade de certificação já não se compagina, em nosso entender, com aquele enquadramento. Tomemos como exemplo a certificação energética dos edifícios, que é obrigatória, está sujeita a supervisão pública e se destina a dar cumprimentos a uma das linhas de implementação da política energética nacional (estratégia para a energia). Neste caso, não estamos ainda perante uma auto-regulação privada, mas sim perante o exercício privado de uma função administrativa materializada numa actividade (certificação) de exercício privado, mas de natureza pública, que constitui, pelo modo de operar, uma via intermédia entre o acto administrativo autorizativo e a actividade administrativa fiscalizadora e sancionatória, garantido, simultaneamente, a privatização de uma parte dos custos desta actividade.

## 5. A redução da discricionariedade administrativa face ao incremento das áreas de discricionariedade técnica

92

5. A última nota em matéria de transformações operadas pelo NDA reporta-se à redução do âmbito da discricionariedade administrativa. Com efeito, ao permitir-se ao juiz, neste novo contexto, um acesso generalizado, através das *passerelles jurídicas*, a outros ordenamentos, amplia-se o seu poder de controlo e reduz-se o espaço de livre decisão da Administração.

A Administração surge hoje como uma entidade manietada *pela rede*, apesar da aparente liberdade que o enfraquecimento do princípio da legalidade lhe confere. É por esta razão que não somos sensíveis às críticas mais acesas que se fazem ao NDA, acusando-o de abrir a “caixa de Pandora” e deixar à solta, sem forma de controlo, um poder público poderoso, fortalecido por ter assimilado uma parte da função política, auto-sustentado, que se arreiga em novas formas de legitimação à margem dos parlamentos, e auto-referenciado. Nada mais errado.

Esta “Administração dirigente”, que perturba o jogo do equilíbrio de poderes no plano interno, é uma Administração pluri-vinculada, pluri-responsável e altamente controlada. Nunca, como hoje, a Administração foi obrigada a divulgar informação (princípio da transparência) antes, durante e após a respectiva decisão, a revelar a todos os que com ela se relacionam cada passo e cada critério que adopta, o que nos permite concluir que um poder que trabalha num “edifício transparente” é um poder que se legitima, mas não se fortalece. Nunca, como hoje, a Administração foi obrigada a dialogar com todos os interessados (cujo leque se vai também alargando) e a sentar-se com eles à mesa das negociações (princípio da participação e da colaboração) que antecedem a decisão, o que diminui o risco de surpresa face a decisões lesivas, e aumenta a capacidade de adaptação do interesse público ao interesse geral. Para além disso, a Administração foi obrigada a apetrechar-se de vários instrumentos para se aproximar dos cidadãos (princípio da informatização), agilizando procedimentos e diminuído a distância, o que também nos permite concluir que uma Administração próxima e acessível conhece melhor os administrados.

Para além disso, a definição do interesse público é hoje inflamada de critérios técnicos, ditados por entidades internacionais, especializadas e multi-participadas, o que, em boa medida, neutraliza o tradicional risco de ilegitimidade associado à normação técnica.

Por último, a Administração do NDA responde perante os tribunais nacionais e internacionais, perante as entidades políticas supranacionais, perante os organismos internacionais e, até, com o emergir dos esquemas de democracia participativa, perante os administrados. Não existe, pois, o risco de que esta Administração e o NDA constituam um domínio do arbítrio. Há apenas que informar os restantes operadores jurídicos da mudança, para que, em tempo oportuno, todos se apetrechem para ela.

(Página deixada propositadamente em branco)

**LEITURAS ESTRUTURANTES:**

CASSESE, Sabino, *I Tribunale di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli Editore, Roma, 2009

— Il diritto globale. *Giustizia e democrazia oltre lo stato*, Einaudi, Torino, 2009

HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHL, *Grundlagen des Verwaltungsrechts I / II / III*, Beck, München, 2008/2009

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, Berlin, 2006

SOARES, Rogério, *Direito público e sociedade técnica* (rep.), Tenacitas, Coimbra, 2008

VIEIRA DE ANDRADE, Interesse Público, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. V, pp. 275 e ss.

(Página deixada propositadamente em branco)

SUGESTÕES ACTUAIS DE LEITURA  
SOBRE OS TEMAS TRATADOS:

- AA VV, *Estudos de Contratação Pública I*, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- ALLEGRETTI, Umberto, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano, 2009
- ALVES CORREIA, Fernando, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 2001
- AMADO GOMES, Carla, *Risco e Modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra 2007
- BATTINI et alii, *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, Milano, 2009.
- BERMEJO VERA, José, *Derecho Administrativo (parte especial)*, 7ª Ed., Thomson, Civitas, Madrid, 2009
- BORDOGNA, Lorenzo, «Un modelo único per pubblico e privato? Retorica, realtà e necessarie cautele», *Spazio e ruolo delle autonomie della riforma della contrattazione pubblica*, il Mulino, Bologna, 2009
- CANANEA, Giacinto della, *Ai di là dei confini statuali*, il Mulino, Bologna, 2009
- CARRIERI /NASTASI, *Spazio e ruolo delle autonomie nella riforma della contrattazione pubblica*, il Mulino, Bologna, 2009
- COLAÇO ANTUNES, *O direito administrativo sem Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- CRAIG, Paul, «The Administrative System and Administrative Law Principle in the UK», in Trute/Gross/Röhl/Möllers, *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 699-734.
- DAVIES, *The public law of government contracts*, Oxford, 2009.
- DIAS GARCÍA, Maria da Glória, *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, Coimbra, 2009
- DUARTE, Maria Luísa, *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- FIORENTINO et alii, *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Giuffrè, Milano, 2008
- FISCHER-LESCANO, «Transnationales Verwaltungsrecht», *Juristische Zeitung*, 8/2008, pp. 376ss
- GOLDBERG, «The enforcement of contracts and private ordering», *Handbook of New Institutional Economics*, Springer, München, pp. 491-511.

- GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- GONÇALVES, Pedro, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007
- *Entidades Privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra, 2006
- «Contratação pública electrónica», *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 211-227.
- «O acto administrativo informático», *Scientia iuridica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 43-95
- «Advertências da Administração Pública», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 723-796
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, «The potential impact of social sciences on administrative law», in Ruffert, *The transformation of administrative law in Europe*, European Law Publishers, München, 2007, pp. 203-242.
- JUAN LOZANO / RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Insituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006
- LOPES, Dulce, «Direito administrativo das organizações internacionais», *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 99ss.
- NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2009
- ORTEGA / SIERRA (Coord.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009
- ORTIZ VAAMONDE, Santiago, *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2004
- OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2003
- PEREIRA DA SILVA, Vas, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 2003.
- PERNAS GARCÍA, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008
- RANGEL DE MESQUITA, MARIA JOSÉ *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009
- REBELO DE SOUSA / A. SALGADO MATOS, *Contratos públicos (DAG III)*, Dom Quixote, Lisboa, 2008
- SANZ RUBIALES (Dir.), *El mercado de derechos a contaminar*, Lex Nova, Madrid, 2007
- SCHWARZE, Jürgen, *EU-Kommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2009
- STOBER, Rolf, *Direito Administrativo Económico Geral. Fundamentos e princípios de direito constitucional económico*, (Tradução de António Francisco de Sousa), Universidade Lusíada, Lisboa, 2008
- TONCI BAKOVIC, BERNARD TENENBAUM AND FIONA WOOLF, *Regulation by contract: a new way to privatize electricity distribution?* (on-line)
- TORCHIA, Luísa, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna, 2009
- *Introduzione al provvedimento amministrativo transnazionale nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2009.
- ZWETKOFF, *Mediation in Environmental conflicts: the Belgian methodology* (on-line)

(Página deixada propositadamente em branco)

Série

Ensino

•

Imprensa da Universidade de Coimbra

Coimbra University Press

2010

