

COIMBRA
JURÍDICA

5ª EDIÇÃO

**LIÇÕES DE
DIREITO
ADMINISTRATIVO**

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE

IMPRESA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS

Como o nome indica, esta obra, intitulada “Lições de Direito Administrativo”, destina-se especificamente aos alunos da licenciatura em Direito e reúne os sumários, mais ou menos desenvolvidos, das prelecções feitas nas aulas teóricas das cadeiras de Direito Administrativo I e II na Faculdade de Direito de Coimbra. Depois de uma introdução ao direito administrativo e à Administração Pública, nas suas várias dimensões, nela se abordam, no conjunto das matérias que são objecto de estudo no primeiro semestre, os problemas da vinculação da Administração ao Direito, incluindo a dogmática das relações jurídicas administrativas, bem como os aspectos funcionais e estruturais da organização administrativa, em especial do sistema português. A matéria preleccionada no segundo semestre corresponde ao estudo do regime jurídico da actividade administrativa, designadamente das formas principais que assumem as actuações jurídico-públicas da Administração: o regulamento, o acto e o contrato administrativo.

COIMBRA
JURÍDICA

IMPRESA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS

© DEZEMBRO 2017. Imprensa da Universidade de Coimbra.

Autor: José Carlos Vieira de Andrade

Título: Lições de Direito Administrativo

Edição

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

Coordenação editorial

Maria João Padez de Castro

Design: Carlos Costa

Execução gráfica: www.artipol.net

ISBN: 978-989-26-1488-5

eISBN: 978-989-26-1489-2

DOI: <https://doi.org/10.14195/978-989-26-1489-2>

Depósito legal: 435935/17

José Carlos Vieira de Andrade

LIÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Imprensa da Universidade de Coimbra
Coimbra University Press

5ª EDIÇÃO

LIÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE

Sumário

PARTE I – INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO	9
Introdução	11
1. Administração Pública e Direito Administrativo	13
2. A evolução da Administração Pública e do Direito Administrativo	18
3. A função administrativa no contexto das funções estaduais	31
4. Sistemas de administração	40
CAPÍTULO I – A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO	47
I. A vinculação da Administração Pública ao direito público	49
II. As relações jurídicas administrativas	67
III. A Administração Pública e o direito privado	83
CAPÍTULO II – A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA	91
I. Elementos da organização administrativa	93
II. Tipos de Relações funcionais inter-orgânicas	97
III. Sistemas de organização administrativa	105
IV. O modelo constitucional da Administração Pública	109
V. A organização da Administração Pública portuguesa	115

PARTE II – AS FORMAS PRINCIPAIS DA ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA DE DIREITO

PÚBLICO: O REGULAMENTO, O ACTO E O CONTRATO ADMINISTRATIVO 131

Introdução 133

CAPÍTULO I - O REGULAMENTO ADMINISTRATIVO 141

1. Noção e fundamento 143

2. Tipos de regulamentos 144

3. As espécies de *regulamentos gerais externos* 146

4. O procedimento e a forma dos regulamentos 150

5. Princípios jurídicos relativos à actividade regulamentar externa 151

6. As relações entre regulamentos administrativos externos 153

7. A invalidade dos regulamentos 155

8. A jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria
de regulamentos administrativos 156

CAPÍTULO II – O ACTO ADMINISTRATIVO 159

1. O conceito de acto administrativo 161

2. Classificação dos actos administrativos e demais
actos jurídicos da Administração 175

3. O Procedimento administrativo 182

4. A eficácia do acto administrativo 193

5. A execução do acto administrativo 197

6. A função estabilizadora do acto e a força de «caso decidido»
ou «caso reolvido» 202

7. Estrutura e requisitos de validade do acto administrativo 206

8. A invalidade do acto administrativo 216

9. A declaração de nulidade e a anulação de a anulação administrativa
de actos administrativos pela Administração 228

10. As reclamações e recursos administrativas 242

CAPÍTULO III – O CONTRATO ADMINISTRATIVO 249

1. A admissibilidade da figura do contrato administrativo 251

2. Os conceitos legais de “contrato público” e de “contrato administrativo” ... 254

3. Os problemas da *formação* do contrato administrativo 259

4. Tipos de contratos administrativos 267

5. O regime substantivo da *execução* dos contratos administrativos 271

6. Vicissitudes do contrato 281

7. Extinção do contrato 285

8. A invalidade do contrato 290

I PARTE

INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO

INTRODUÇÃO

Bibliografia

- GERAL: ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, I, p. 1-44.
- Sobre a matéria do *ponto 1.2*: VIEIRA DE ANDRADE, *Interesse Público*, DJAP, vol. V, p. 275 e ss.
- Sobre a matéria do *ponto 2*: ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, § 2.º.
- Sobre a matéria do *ponto 3*: AFONSO QUEIRÓ, *A função administrativa*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XIV, p. 1 e ss; quanto à distinção entre as funções legislativa e administrativa, PEREIRA COUTINHO, *As duas subtrações*, RFDL, 2000, p. 99 e ss.
- Sobre a matéria do *ponto 4*: FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, 4.ª ed., 2015, p. 87-114; AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, I, 1976, pp. 129-158.

1. Administração Pública e Direito Administrativo

1.1. Noção de *administração* em geral

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

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

1.2. Características típicas da administração pública

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3. Administração pública em *sentido organizatório*

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

Pode conceber-se teoricamente a “Administração Pública” como uma *unidade* administrativa, tendo como “*órgão superior*” o Governo (nos termos do artigo 182.º da Constituição). Trata-se, no entanto, especialmente hoje, na sequência de fenómenos generalizados de *pluralização* e de *privatização*, de

uma *estrutura complexa*, composta por um grande número de entes públicos, que se agrupam, a diversos níveis, em sectores fundamentais – na realidade há diversas «Administrações públicas».

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

- a) Administrações *estaduais* (que visam a satisfação directa de interesses nacionais):
 - aa) Administração estadual *directa*, que corresponde à pessoa colectiva pública Estado (Estado-Administração), constituída pelos órgãos e serviços, *hierarquicamente* dependentes do Governo, organizados em Ministérios, sediados num centro (*central*) ou espalhados pelo território (*periférica*);
 - ab) Administrações estaduais *indirectas*, formadas por *institutos públicos*, pessoas colectivas públicas (distintas do Estado), que desempenham tarefas estaduais específicas (relativas a interesses nacionais) em nome próprio, sob a superintendência e tutela do Governo;
 - ac) *Autoridades reguladoras independentes*, que são entes da administração estadual indirecta com autonomia acrescida perante o Governo, encarregadas da supervisão e regulação da actividade económica dos sectores privado, público, cooperativo e social, designadamente prestadores de serviços de interesse geral (actividades financeiras, energia, telecomunicações, transportes, saúde);
 - ad) *Autoridades administrativas independentes*: autoridades ligadas ao Parlamento, com poderes predominantes de fiscalização da legalidade administrativa e de garantia dos direitos dos cidadãos (Provedor de Justiça, ERC, CNPD).
- b) Administrações *autónomas*, constituídas por entes de *base associativa*, que satisfazem, em primeira linha, *interesses próprios das comunidades respectivas*, através de órgãos eleitos, sob a fiscalização do Governo, que podem ser:
 - ba) *territoriais*: Regiões Autónomas e autarquias locais (municípios e freguesias);
 - bb) *corporativas* (designadamente, as «associações públicas», como as Ordens profissionais ou as Academias).

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

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

1.4. Administração pública em sentido *material - funcional*

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

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

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

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

1.5. Administração pública em sentido *jurídico-formal*

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

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

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

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

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

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

2. Evolução da Administração Pública e do Direito Administrativo

Como veremos, considerando o último milénio, a ideia de “administração pública”, tal como a entendemos, referida a interesses fundamentais de uma comunidade política, surge com o advento da modernidade e do Estado moderno, mas a construção de um “direito administrativo”, como disciplina própria da actividade administrativa, teve de esperar pela sujeição do Estado ao Direito, que começou por afirmar-se na época do constitucionalismo liberal como submissão da administração à lei.

Desde então, estas ideias têm evoluído continuamente, de forma que a doutrina identifica a instauração sucessiva, na 2.^a metade do século XX, de um paradigma de “Estado Social” e, na passagem para o nosso milénio, de um “Estado Garantidor”, em vista das alterações profundas verificadas, seja quanto às tarefas de interesse público postas a cargo da Administração, seja quanto aos quadros jurídicos que regulam a sua actividade.

2.1. A época medieval

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

- a) a *inorganicidade* – há uma espontaneidade social (segundo a “natureza das coisas”) e a ausência de uma comunidade política racionalmente organizada, no espaço e no tempo, inexistindo um conceito unitário sustentável de “povo”, de “nação” ou de “Estado”;
- b) a *pulverização* dos centros de poder social – verifica-se a fragmentação do poder por várias instâncias (Papa, Imperador, reis, grandes e pequenos senhores feudais, nobres ou eclesiásticos, ordens militares, ordens religiosas e mosteiros, bispados e clero secular, comunas ou concelhos, corporações de mesteres, confrarias, universidades, etc.), cada uma com autoridade e poderes próprios (poliarquia), em permanente conflito relacional, sem predomínios hierárquicos estáveis;
- c) a *personalização* das relações de autoridade – a sociedade “política” baseia-se em vínculos pessoais de vassalagem (pactos de fidelidade),

- de aliança (por via matrimonial) e de sujeição (servos da gleba), com prerrogativas e privilégios, liberdades, obrigações e servidões de cunho pessoal;
- d) a *patrimonialização* do poder – os domínios territoriais, as jurisdições e os próprios cargos de autoridade são concebidos como “propriedade” individual dos titulares (susceptíveis de transmissão);
- e) o *costume* é a principal fonte de direito comum, substancial e procedimental, associado a uma concepção cristã de *direito natural*, escasseando as leis.

2.1.2. Neste mosaico socio-político verifica-se a *inexistência de uma unidade ou comunidade* territorialmente delimitada que sirva de referência ao *interesse público* (primário) ou a interesses gerais, e a falta de um *aparelho organizado de poder* que tenha como tarefa própria a respectiva realização – não se pode falar de uma comunidade política, nem de uma “Administração pública”, havendo apenas administrações de grupos ou de domínios privados, incluindo a administração dos patrimónios, ainda que territorialmente vastos, dos reis, dos senhores e das instituições dominantes.

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

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

2.1.5. Deve ainda notar-se uma relativa dessincronia histórica nas *monarquias hispânicas*, designadamente na portuguesa, em comparação com

a Europa central: o isolamento geográfico e as necessidades permanentes da guerra da reconquista geram aqui um caso especial de *precocidade*, quer da primazia da *figura real* sobre os “estamentos” (clero, nobreza, povo – designadamente sobre os primeiros), quer da *territorialização* do poder (pela delimitação estável das fronteiras do reino).

2.2. A época moderna (sécs. XV-XVIII)

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

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

2.2.2. A construção do *Estado* moderno

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

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

- b) um processo de *territorialização* do poder: a definição de fronteiras geográficas como referência unitária do povo ou nação e limite do âmbito de jurisdição dos poderes de império dos governos;
- c) um processo de *institucionalização* do poder: a distinção entre a titularidade abstracta e o exercício concreto dos poderes de autoridade, a despersonalização das relações de dependência e a despatrimonialização dos cargos públicos;
- d) um processo de *autonomização* cultural de uma esfera própria do *político*, face à esfera económica e social e, embora apenas em termos relativos, face à esfera religiosa e à ética (Maquiavel) – a distinção categorial entre a esfera pública (“interesse público”, “bem comum”) e a esfera privada (“interesses privados”).

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

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

- a) A ideia de um *contrato social* de segurança (Hobbes) e a assunção pelo príncipe do *poder absoluto, nivelador do corpo social* (todos são súbditos) e *intervencionista*, sob uma *ética de serviço público*, dirigida ao desenvolvimento do Bem-estar e à projecção do *brilho* e da *grandeza* da *Nação* (entendida como uma comunidade homogénea), no concerto das “nações polidas” do mundo (Europa);
- b) O desenvolvimento exponencial da administração pública estadual: órgãos gerais, um corpo crescente e fortemente hierarquizado de funcionários profissionais e de entidades administrativas, e uma actividade administrativa muito intensa e variada, dirigida à satisfação de interesses *económicos* (agricultura, comércio interno e externo, indústria), *sociais (beneficência)*, científicos e *culturais* (universidades modernas e academias) e *artísticos*, qualificados como interesses nacionais, que impunham tarefas públicas – a *polícia* (de *polis* - cidade) vista como “civilização”, em que o “progresso civilizacional” era promovido directamente pela intervenção paternalista e universal do Estado;
- c) O despotismo iluminado e a concentração no príncipe (*esclarecido* pelas luzes da Razão, e *livre* pela sua posição soberana) de todos os poderes:

o de fazer leis, o de administrar e o de julgar, consubstanciando uma perfeita identificação institucional com a lógica de Estado (“*L’État c’est moi*” – Louis XIV);

- d) A inexistência de uma subordinação do príncipe e da sua Administração ao Direito (príncipe absoluto: *a legibus solutus*), porque era ele o autor das leis, em nome da Razão – construindo-se o expediente do «Fisco», como património privado do Estado, para compensar os sacrifícios impostos aos direitos adquiridos dos particulares (direitos privados reconhecidos), nos termos do célebre brocardo: “submete-te e apresenta a conta”.

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

As revoluções liberais europeias do século XIX, inspiradas pelas revoluções francesas e pela revolução americana dos fins do século anterior, encarnam a reacção contra o Estado-de-Polícia, em nome da *liberdade* — não apenas da liberdade *individual* (contra o arbítrio, a insegurança e a opressão das pessoas), mas também da liberdade *social* (contra o intervencionismo mercantilista do absolutismo na vida económica, que asfixiava a sociedade e o mercado) —, e em nome da *democracia* (“we, the people...”, o poder popular, representado e guiado pela burguesia contra a legitimidade monárquica).

O Estado constitucional (monarquia limitada ou república) funda-se na consagração, em documentos solenes supremos (Constituições), da divisão e repartição racional dos poderes públicos (apologia de um “governo limitado”, contra a concentração do poder, distinguindo, designadamente, o poder de fazer leis do poder de as executar e do de julgar), bem como das garantias dos direitos dos cidadãos (dos direitos fundamentais da época: “liberdade, segurança e propriedade”).

2.3.1. O modelo do «Estado de Direito liberal»

A ideia liberal de governo limitado conduziu naturalmente a uma repartição dos poderes públicos e a uma subordinação do poder administrativo

(executivo) à lei parlamentar, e, portanto, ao Direito, num específico modelo de Estado.

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

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

Formula-se o princípio da *subordinação da Administração à lei* (como concretização do «Estado de Direito», de inspiração alemã) e patrocina-se a formação de um *direito especial* (diferente do direito privado comum) a que está sujeita a Administração pública – o Direito Administrativo –, que, *por um lado*, pressupõe e assegura os poderes de supremacia das *autoridades administrativas* na sua esfera própria, agora reduzida à garantia da segurança e da ordem pública (competências policiais e fiscais, agressivas e potencialmente inimigas dos particulares), e, *por outro lado*, visa proteger os *cidadãos* (garantindo a liberdade, a segurança e a propriedade) contra a intromissão indevida ou o exercício abusivo do poder por essas autoridades.

2.3.2. As «marcas de nascença» do Direito Administrativo

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

- a) uma separação conceptual rigorosa entre o Estado e a Sociedade, por definição com lógicas, normas e interesses distintos;
- b) uma Administração de autoridade (segurança, polícia e finanças), fundamentalmente agressiva, com intervenção mínima possível

- (“laissez-faire”) nas relações económicas e na vida social (embora encarregada de algumas tarefas em matérias de obras e serviços de utilidade comum - estradas e caminhos de ferro -, de beneficência e de ensino, por exemplo);
- c) o preconceito e a «memória» da inimizade do poder executivo (que muitas vezes continuava nas mãos do monarca constitucional) para com os cidadãos;
 - d) a lei (parlamentar) como definição e garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos perante os actos da Administração pública, que tinham como protótipo, no sistema francês de administração executiva, o acto administrativo desfavorável (impositivo, proibitivo ou ablativo);
 - e) a soberania do Parlamento e a supremacia da lei parlamentar perante a Administração (pela consagração do princípio da legalidade) e perante o juiz (pela vinculação estrita à lei nos quadros metodológicos do positivismo jurídico).

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

O modelo do Estado liberal e abstencionista foi posto em causa pelas transformações operadas na vida económica e na sociedade – a *industrialização* e o progresso técnico desenraizaram os homens das suas terras e amontoaram-nos nas *idades* –, e soçobrou com a incapacidade do *mercado* para, só por si, resolver com justiça os problemas e satisfazer com eficácia as necessidades decorrentes das crises económicas e das guerras mundiais.

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

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

Produz-se uma interpenetração crescente e mútua do Estado e da Sociedade, seja através do *alargamento do público político* (sufrágio universal, partidos modernos, grupos de interesses), seja mediante a *intervenção estadual* na vida económica e social, com diferentes matizes – em conformidade com a

evolução para uma “Sociedade industrial” e, depois, para uma “Sociedade de serviços”, a que corresponderam, sucessivamente, as figuras doutrinárias do “Estado-industrial” e do “Estado Providência” (*welfare state*).

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

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

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

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

A supremacia parlamentar é afectada pela *multiplicação exponencial de normas jurídicas* (“motorização legislativa”), pela *assunção* pelo Executivo de *poderes normativos* (e até, entre nós, de uma competência legislativa normal),

bem como pelo surgimento do Poder Judicial como autor de um *controle autónomo* da juridicidade (não só da estrita legalidade) da actuação administrativa e (com excepção, hoje já relativa, da jacobina França) como fiscal comum da própria constitucionalidade das normas legislativas.

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

2.4.2. As transformações do Direito Administrativo clássico operadas pela socialização

O Direito Administrativo sofre, assim, grandes transformações.

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

Depois, tem uma *nova razão de ser*: visa agora o *equilíbrio* entre a prossecução necessária dos interesses da comunidade (autoridade, discricionariedade, eficiência) e a protecção dos direitos e interesses legítimos dos particulares (participação, transparência, garantias individuais).

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

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

Mais recentemente, desde a última década do século XX, acentuam-se na generalidade dos países desenvolvidos as características de uma nova

realidade social, que têm sido caracterizadas pelas ciências sociais como uma “Sociedade de *informação* e de *comunicação*”, mediatizada e universalizada (telecomunicações, internet), uma “Sociedade do *conhecimento*”, fundada num acelerado progresso científico e tecnológico (física quântica, biotecnologia), uma “Sociedade de *risco*”, subjugada estruturalmente pela incerteza socialmente criada (também pelo próprio conhecimento).

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

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

Vejamos alguns traços dessa transformação.

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

A administração estadual actua em parte como “administração indirecta” da União Europeia ou compartilha competências com os órgãos europeus em “co-administração” (exercício em comum da função executiva), num *sistema de administração em rede*.

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

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

Neste quadro salientam-se os “serviços de interesse económico geral” (SIEG - *public utilities*), serviços de natureza económica, prestados pelas grandes indústrias de rede, como os transportes, a energia (gás e electricidade), os serviços postais e as telecomunicações, aos quais o Estado impõe obrigações de serviço público, por força de um critério de interesse geral, e relativamente aos quais exerce, tal como já acontecia em sectores privados mais sensíveis, como o sector financeiro (bolsa, banca e seguros), *poderes de regulação* (normativos, executivos e de controlo), em grande medida desempenhados por autoridades administrativas, dotadas de competências técnicas especializadas e com um grau acrescido de autonomia ou mesmo independência relativamente ao Governo (“autoridades reguladoras independentes”).

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

apenas à observância estrita da *legalidade*, mas ao cumprimento de *estratégias de resultado*.

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

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

2.4.4. As tendências estruturais de transformação

A “ciência” do direito administrativo acompanha estas transformações e, para além de se abrir ao direito constitucional, ao direito europeu e ao direito internacional, interage intensamente com a sociologia (“sociedade de risco”), com a ciência política (“governança”) e sobretudo com a economia (“eficiência”).

Fala-se, por isso, hoje, a par do direito administrativo clássico, de um “*novo direito administrativo*” (*NDA*), que surge nas áreas da administração económica e social (por alguma doutrina é aceite apenas nessas áreas de

privatização e regulação), e se tem auto-caracterizado segundo as seguintes linhas de força:

- a) *privatização* (material, formal, instrumental e funcional) de sectores significativos da actividade administrativa, e o conseqüente (e disseminado) *uso misto do direito público e do direito privado*;
- b) *europização e internacionalização* do direito administrativo, seja pela *imposição normativa e reguladora* (substancial e procedimental) do direito transnacional, prevaçente em áreas cada vez mais vastas, amplificada e efectivada pelo activismo judicial dos tribunais europeus (TJUE, TEDH), seja pelo desenvolvimento da *organização administrativa europeia*, seja ainda pela *eficácia transnacional de decisões* administrativas, num contexto internacional de progressiva *globalização* do direito administrativo, especialmente notória ao nível organizativo, procedimental e processual;
- c) *economicização* do direito administrativo, através da aplicação dos *princípios da eficiência e da sustentabilidade*, que, designadamente a partir de uma análise económica do direito, propõem uma nova organização e gestão administrativa (*New Public Management*), caracterizada por novos métodos de interpretação e de avaliação das normas jurídicas, orientados para os *resultados* (optimização dos efeitos desejados e evitação dos efeitos indesejados);
- d) *cooperação coordenada* (local, regional, nacional e europeia) baseada numa *conectividade multi-nível* das actuações das diversas entidades administrativas, horizontal (em rede) ou vertical (em degraus);
- e) *desmaterialização* ou *digitalização* dos procedimentos, da informação e da comunicação, nas relações com os particulares e no relacionamento interadministrativo, incluindo as administrações europeias e internacionais (*electronic government*);
- f) *deslegalização e rarefacção jurídica* dos padrões normativos substanciais da actividade administrativa, num quadro de *policentralidade* normativa (“interconstitucionalidade” e “internormatividade”) e de *centrifugação* organizativa e social, que visa a definição de políticas públicas nacionais e a co-implementação ou execução de políticas europeias, designadamente no campo económico e social, associada a ideias de bom governo ou de “governança” (*New Public Government, Governance*).

Interessa-nos particularmente salientar esta última tendência, na medida em que os padrões normativos substantivos que vinculam a Administração passam a ser, em grande medida, a par das disposições decisórias das leis,

planos e programas finais, parâmetros, directrizes, linhas de orientação, regras científicas e técnicas, *standards*, indicadores de qualidade, que surgem agrupados em catálogos ou *guias de boas práticas*, muitas vezes definidos por comités de peritos, por agências especializadas ou mediante acordos mais ou menos informais com os interessados e as instâncias sociais – ainda que sejam formalmente assumidos em resoluções político-estratégicas do Governo (entre nós, mediante Resoluções do Conselho de Ministros, mas também através de decretos-leis, que acolhem essas normações de tipo finalístico).

É dizer que – substituindo em diversas situações o padrão clássico da actividade administrativa como mera execução da lei, fiscalizada juridicamente pelos tribunais – estamos perante uma *debilitação substancial da imperatividade dos preceitos legais*, que se manifesta, sobretudo nas áreas de especialização administrativa, num conjunto normativo caracterizado pela abertura (polissemia, ambiguidade, porosidade ou mesmo vaguidão), bem como pela flexibilidade, adaptabilidade, co-operatividade ou implementabilidade dos conteúdos normativos, que reconhecem ou concedem à Administração novas dimensões de “discricionariedade”, “estratégica” e “técnica”, que incorporam conhecimentos altamente especializados e ponderam interesses diversos e complexos, e são, por isso, geradoras de novos problemas e de dificuldades acrescidas em sede de controlo judicial.

3. A função administrativa no contexto das funções estaduais

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

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

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

3.1.1. A autonomização de uma função política começou por fazer-se a partir da tradicional “função executiva”.

Segundo a formulação doutrinal mais reconhecida – reiteradamente adoptada, entre nós, pelo Tribunal Constitucional –, a função política engloba, em geral, “todos os *actos concretos* dos órgãos constitucionais, cuja *competência* e cujos *limites* estejam definidos na Constituição” (A. Queiró), e não em leis ordinárias.

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

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

Para indiciar as diferenças entre a função administrativa e a política, pode verificar-se o teor dos artigos 197.º e 199.º da CRP, que enumeram, respectivamente, as competências políticas e administrativas do Governo (a par das competências legislativas, no artigo 198.º).

Exemplos tradicionais de actos da função política são os “actos auxiliares de direito constitucional”, no quadro das relações entre órgãos constitucionais (promulgação de diplomas, referenda ministerial dos actos do PR, marcação de eleições legislativas, nomeação e demissão do Governo, dissolução da Assembleia da República, etc.), actos diplomáticos no contexto das relações

externas, actos de defesa nacional, actos de segurança do Estado, actos de clemência (indulto e comutação de penas), todos eles praticados por órgãos de soberania – mas aí se podem incluir também certos actos dos órgãos de governo das Regiões Autónomas, ao abrigo da competência *política* regional, em aplicação directa da Constituição ou dos respectivos Estatutos Regionais.

A distinção encontra-se tradicionalmente no carácter *primário* da actividade «política», que se desenvolve em *aplicação directa* da Constituição (onde está fixada a *competência*, bem como os respectivos *limites*), sem interposição da lei ordinária (a não ser, quando muito, para mera ordenação do *procedimento*) e tendo em vista a realização directa *de interesses fundamentais da comunidade política*.

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

Esta actividade política concreta não é meramente executiva – a liberdade de conformação governamental não se confunde, por isso, com a discricionariedade administrativa –, mas também não é tipicamente legislativa, seja porque se traduz em medidas concretas, seja porque não é inteiramente inovadora.

Esta dimensão da função política aparece designada como *função governativa* (“indirizzo político”), mas, como entre nós se manifesta frequentemente sob a forma de decreto-lei, podemos falar de uma *actividade político-legislativa* de governo.

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

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

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

Além disso, a distinção era recortada e denotada por considerações de *substância* (as leis consubstanciavam as normas *jurídicas*, relativas aos cidadãos), de *competência* (cada um dos poderes teria a sua reserva: um, a de fazer leis, o outro, a de executar leis) e de *hierarquia* funcional (primado das decisões tomadas ao nível legal sobre as decisões tomadas ao nível administrativo).

As dificuldades actuais de distinção resultam de diversos factores de perturbação, entre os quais se destaca sobretudo a circunstância peculiar de o Governo, além de exercer as funções política e administrativa, constituir, na nossa ordem jurídico-constitucional, um órgão com competências legislativas normais (artigo 198.º da CRP).

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

- i) o sujeito não distingue sempre, pois que o Executivo também exerce a função legislativa (decretos-leis), com respeito pela reserva parlamentar;
- ii) o carácter geral e abstracto não é decisivo: o Parlamento e o Governo aprovam leis individuais e leis-medida com carácter concreto;
- iii) a hierarquia normativa não é inequívoca: também existem leis de valor reforçado relativamente a outras leis ou diplomas de carácter e de nível legislativo;
- iv) a substância legislativa, isto é, as matérias que são objecto de lei alteram-se e ampliam-se, visando assegurar a realização eficiente dos interesses públicos e não apenas a definição e protecção da esfera jurídica dos cidadãos;
- v) o âmbito material não serve para distinguir as funções em ambos os sentidos: não existindo uma reserva de regulamento administrativo, admite-se, entre nós, que a lei regule em termos gerais e abstractos a totalidade dos aspectos, mesmo de aspectos de pormenor, do regime de qualquer matéria, que adquirem assim qualidade legislativa – *todos os preceitos gerais e abstractos regulados sob forma de lei são considerados*

materialmente legislativos, ainda que o respectivo conteúdo pudesse ter sido disciplinado por via regulamentar administrativa.

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

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

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

Torna-se, por isso, necessário complementar esse critério por ideias de *primariedade* da função legislativa, designadamente a *essencialidade do conteúdo* (cabe à lei determinar as soluções fundamentais nas matérias mais relevantes) e a *novidade* (cabe à lei estabelecer as bases gerais dos regimes jurídicos, não anteriormente regulados).

Estas ideias de essencialidade e novidade são indispensáveis: seja para diferenciar o que é *lei* em sentido material e não pode ser matéria de *regulamento*; seja para identificar as *leis-medida* (medidas concretas de nível legislativo, que contêm implicitamente o critério de decisão, pertencendo à função legislativa), distinguindo-as de *actos administrativos sob forma legislativa* (actos individuais e concretos de aplicação de leis anteriores, embora contidos em diplomas legais, que pertencem à função administrativa).

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

De início, na época liberal, ou se defendia a *impossibilidade* de distinção material entre duas funções de execução da lei (na esteira de Kelsen), remetendo exclusivamente para factores de diferenciação *orgânico-formal* (informalidade administrativa *versus* formalismo judicial; hierarquia *versus* independência; activismo *versus* inoficiosidade), ou então invocavam-se

factores de diferenciação baseados numa *diversidade radical* na relação da função com a lei (lei-limite para a Administração *versus* lei-fim para o juiz; lei-meio *versus* lei-fim), a somar às diferenças na caracterização da actividade (prosecução de interesses administrativa *versus* independência judicial; volição *versus* cognição).

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

A distinção substancial entre as funções há-de resultar de um conjunto de factores, mas a prática tem demonstrado que ela se consegue de forma mais eficaz pela via da definição da função *jurisdicional*.

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

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

Na definição desta fronteira entre a administração e a jurisdição há, no entanto, a considerar o “caso difícil” da aplicação das *sanções administrativas*, designadamente das coimas aplicadas em procedimentos de contra-ordenação, que são decididas, em primeira instância, por órgãos administrativos, mas que são objecto de “revisão” em segunda instância pelos tribunais comuns – e agora também de outras situações de exercício de poderes para-jurisditionais no âmbito da regulação pública de actividades privadas, em que as autoridades reguladoras aplicam sanções pecuniárias compulsórias e dirimem litígios entre particulares, com possibilidade de impugnação judicial. Deve entender-se que ainda se trata do exercício da função administrativa, em razão da finalidade, mas sujeita a reexame judicial (controlo total), em razão do tipo de decisão.

3.4. Caracterização da função administrativa

Na sequência das reflexões anteriores, podemos agora tentar a caracterização substancial da função administrativa, que, em grande medida se consegue pelo confronto com as outras funções públicas.

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

Neste pressuposto, pode dizer-se que a *função administrativa* abrange a *actividade pública* (de conteúdo abstracto ou concreto), desenvolvida, em regra, pelo Governo e pelos órgãos dos entes públicos administrativos, *subordinada* à lei, que, não se destinando a título principal à resolução de «questões de direito», se caracteriza por uma *«intenção tecnológico-social»* (procura estratégica dos “efeitos”, da “finalidade”, do “útil” – Castanheira Neves), visando a *criação de condições concretas de realização do Ideal de Segurança, Justiça e Bem-estar* (“promoção do desenvolvimento económico-social e satisfação das necessidades colectivas” – artigo 199.º, g) da CRP), em termos *pré-definidos* (pelo menos quanto aos fins específicos e às competências) por órgãos com competência política e legislativa.

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

A distinção entre as funções estaduais não tem um alcance meramente teórico, nem visa apenas a arrumação e explicação pedagógica de diferenças lógicas na actividade estadual – tem consequências dogmático-práticas relevantes.

3.5.1. A diferenciação funcional no âmbito das relações entre a administração e a política

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

Note-se, porém, que estas decisões podem constituir regulamentos administrativos de direito da União Europeia, em aplicação de leis (“Regulamentos” europeus), que definem políticas europeias - v., por exemplo, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 86/2007, de 3 de Julho, que aprova o QREN (Quadro de Referência Estratégico Nacional), visando executar a *política europeia* de coesão económica, social e territorial.

V. os Acórdãos do STA de 25/11/2010 (P. 762/10) e de 09/12/2010 (P. 855/10), este com um voto de vencido, que qualificam como actos políticos as decisões relativas às transferências de verbas para as autarquias contidas em normas do orçamento ou de execução orçamental.

3.5.2. A diferenciação funcional no âmbito das relações entre legislação e a administração

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

- i) seja para a *proibição da intervenção regulamentar administrativa em matéria legislativa* - os casos das posturas municipais que regulam primariamente matéria de direitos, liberdades e garantias (caso da regulamentação da afixação de publicidade e propaganda, ou da liberdade de circulação das pessoas) ou que criam tributos unilaterais (impostos, mascarados de “taxas”);
- ii) seja para a *proibição da intervenção do Parlamento no exercício concreto da função administrativa*, sobretudo quando o Governo é minoritário – uma fronteira que confirma o carácter abstracto típico da legislação e o carácter concreto típico da administração, que pode configurar-se, em princípio, como uma “reserva da decisão no caso concreto” (v. Acórdão do TC n.º 1/97 – criação de vagas adicionais no ensino superior público; Acórdão do TC n.º 24/98, incluindo os votos de vencido - caso da alteração de um contrato de concessão de auto-estrada).

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

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

3.5.3. A diferenciação funcional no âmbito das relações entre a administração e a jurisdição

Neste plano, a distinção representa:

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

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

- b) Uma orientação constitucional de limitação e de auto-contenção (*self restraint*) do juiz perante o perigo de invasão da esfera de avaliação e de decisão própria da administração – seja nas sentenças de anulação de decisões administrativas, seja nas de condenação da Administração à prática de actos, à adopção ou proibição de comportamentos ou à realização de prestações (remissão para os problemas da intensidade da fiscalização judicial do exercício de poderes discricionários por órgãos administrativos).

4. Sistemas de administração

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

De algum modo, esta diferença de paradigma no âmbito do direito público corresponde, embora não perfeitamente, à distinção que no direito privado se estabelece entre as famílias jurídicas dos países de “civil law” e de “common law”.

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

Este sistema, também conhecido como «sistema administrativo» ou «sistema de acto administrativo», caracterizou-se, no seu estado puro, por:

- a) um aparelho administrativo *centralizado* e fortemente *hierarquizado*: uma administração estadual, configurada no *Estado-Administração* como *pessoa colectiva*;
- b) um *direito substantivo especial* (“droit administratif”), que reconhece à Administração poderes de *autoridade* (competência para a prática de actos jurídicos unilaterais imperativos) relativamente aos particulares (“autotutela declarativa”);
- c) um «*privilégio de execução*» administrativa para obrigar os particulares a cumprirem (coactivamente, se for caso disso) os deveres estabelecidos unilateralmente pela Administração, sem necessidade de recorrer aos tribunais (“autotutela executiva”);
- d) a subordinação da actuação administrativa a um conjunto significativo de regras legais prévias de *direito substantivo* (“normas-condição”), que regulam as decisões administrativas, e a um *controlo aposteriorístico* do respectivo cumprimento;
- e) uma *autonomia face aos tribunais comuns*, por força do princípio da separação dos poderes, sujeita a um (*auto*)*controlo* ou, quando muito, a uma *jurisdição especial* com *poderes limitados* de fiscalização (em regra, só de fiscalização da legalidade e conseqüente anulação de actos ilegais);
- f) a *irresponsabilidade* dos funcionários (e dos titulares de órgãos) pelos actos ilícitos praticados *no exercício de funções* (ou sujeição da responsabilização a autorização superior: «garantia administrativa»), quer houvesse, ou não, responsabilidade do Estado (os funcionários respondiam individualmente por ilícitos praticados fora do exercício das funções).

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

Em contraposição ao sistema anterior, caracteriza-se por:

- a) uma organização administrativa fortemente *descentralizada* (inexistência da figura do Estado-pessoa colectiva; municipalização das atribuições e competências);
- b) subordinação da Administração ao *direito comum* (“common law”), em parte escrito (“statutes”, “bills”), em parte estabelecido por precedentes judiciais;
- c) a *via judicial* («due process of law») nas relações entre a Administração e os particulares *em ambos os sentidos* – os tribunais (“courts”) podem, a pedido dos particulares, dirigir injunções e condenar a Administração a praticar ou abster-se de praticar actos, a adoptar ou abster-se de comportamentos; esta tem, em regra, de recorrer aos tribunais para executar coactivamente os seus actos;
- d) compensação da *ausência de um direito substantivo* especial (de uma regulação legal prévia vinculativa da actividade administrativa) pela *importância das normas de procedimento* e pela intervenção judicial mais intensa, em regra, através de reexame das decisões administrativas;
- e) existência de um **único tipo de tribunais** (com jurisdição plena também em face da Administração);
- f) a *responsabilidade pessoal* dos titulares de cargos públicos por actos ilícitos praticados no exercício das suas funções, como se fosse um particular.

4.3. A actual aproximação dos sistemas

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

4.3.1. No sistema inglês, para além das excepções tradicionais à aplicação do *common law* (em matéria de impostos, em casos de perigo público, alguns privilégios antigos da Coroa), verifica-se hoje:

- a) o desenvolvimento exponencial das atribuições da Administração central (ministérios), especialmente nos domínios económico e social;
- b) o crescimento do direito *substantivo* legislado (*statutes*);
- c) a extensão dos poderes administrativos de autoridade a novas áreas de actuação administrativa;
- d) o aparecimento de novas entidades administrativas, reguladas por um direito especial, diferente do direito comum;
- e) um controlo da actividade administrativa (“judicial review”) por uma organização de entidades administrativas independentes, com funções contenciosas («administrative tribunals»), desenvolvida a partir de 2007 (instituição do *First Tier Tribunal* e do *Upper Tribunal*), com recurso para os tribunais comuns (*High Court – Administrative Court*).

São várias as causas justificativas desta evolução: as necessidades de autoridade e de eficácia administrativa sentidas durante a Segunda Grande Guerra, as ideias socializantes que marcaram a Europa, a partir dos anos 20, e, sobretudo, mais recentemente, a influência directa do direito administrativo europeu, em função da adesão à União Europeia (num quadro de transformação mais vasto, com o reconhecimento da supremacia da Convenção Europeia dos Direitos Humanos através do *Human Rights Act*, de 1998, controlado por um novo tribunal supremo (*Supreme Court*).

4.3.2. Por sua vez, nos países euro-continentais, houve também alterações significativas, no quadro do desenvolvimento dos fenómenos de participação democrática e da afirmação dos direitos fundamentais dos cidadãos perante os poderes públicos:

- a) uma forte descentralização administrativa, com o desenvolvimento das administrações autónomas, territoriais e institucionais;
- b) o incremento da regulação de procedimentos administrativos abertos e participados e a relevância jurídica do direito das formas;
- c) o desenvolvimento de fenómenos de paridade na relação entre a Administração Pública e os particulares, como a concertação, a utilização do direito privado e a privatização funcional;
- d) a intensificação do controlo judicial dos espaços discricionários concedidos por lei à Administração, segundo padrões principiológicos de juridicidade;
- e) o alargamento dos poderes de decisão dos juízes face à Administração, incluindo agora, para além dos poderes de anulação, os poderes de

intimação, de condenação, de inibição e até, excepcionalmente, de substituição.

4.4. O actual sistema de administração executiva

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

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

- a) que toda a actividade administrativa é heterónoma, necessitando de uma base de direito substantivo que a permita e a legitime – mesmo que seja favorável aos destinatários, mesmo que seja de “alta administração” (incluindo os “regulamentos independentes”) e mesmo que provenha de órgãos “independentes” (quase-judiciais ou reguladores);
- b) que à Administração é atribuído o poder de praticar, com base e nos termos da lei substantiva, actos administrativos de autoridade, determinando *unilateralmente* a produção de efeitos jurídicos em situações individuais e concretas, que conformam a esfera jurídica dos particulares, designadamente no âmbito das “funções nucleares do Estado”;
- c) que a Administração mantém, nessas condições de sujeição à lei e ao Direito, uma zona de poderes próprios de valoração e de decisão (discricionariedade), sujeitos a um controlo judicial limitado (de legalidade e de juridicidade) e não a um reexame (de mérito) pelo juiz;
- d) que, em vista da realização do interesse público, as decisões administrativas, além de *obrigatórias*, constituem *títulos executivos* (se carecerem de execução), e que a Administração pode gozar, ainda que só excepcionalmente, em situações de urgência e nos casos legalmente previstos, de um poder autónomo de *execução coerciva* dos seus actos, sem necessidade de recorrer aos tribunais;

- e) que, salvo em hipóteses especiais, passado o prazo de impugnação, o acto administrativo se torna estável, mesmo que seja ilegal (se não se tratar de uma ilegalidade especialmente grave, que gere a nulidade), ganhando força de “*caso decidido*”;
- f) que a Administração tem poderes de *auto-controlo*, que lhe permitem, sem recorrer à via judicial, declarar a nulidade e anular, com efeitos retroactivos, os seus actos unilaterais inválidos, sejam actos concretos ou regulamentos (embora não possa declarar a nulidade ou anular os contratos administrativos).

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

CAPÍTULO I

A ADMINISTRAÇÃO E O DIREITO

Bibliografia em geral:

- ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, I, p. 50-74;
- Sobre a matéria do ponto I/1.: ROGÉRIO SOARES, *Princípio da legalidade e Administração constitutiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LVII (1981), p. 169 e ss;
- Sobre a matéria do ponto I/2.: FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II vol., 2001, Capítulo I;
- Sobre a matéria do ponto II: SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, nota 99 (p. 388/390);
- PAULO OTERO, “Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública”, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, 2001, p. 31 e ss.

Bibliografia facultativa:

- MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, “Discricionaridade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção?” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 10, p. 26 e ss;
- PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, 2005, p. 932 e ss.

I. A vinculação da Administração ao direito público

O Direito Administrativo estabelece as *condições de legitimidade* da actividade desenvolvida no desempenho da função administrativa, designadamente da prática de *actos imperativos formais*, adoptados no exercício de prerrogativas de poder público e em vista à produção de efeitos jurídicos externos (regulamentos, actos e contratos administrativos).

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

1.1. A vinculação jurídica da Administração no século XIX

No período liberal, a administração estava limitada pelo *princípio da legalidade administrativa*, entendido nos seguintes termos, formulados a seguir sinteticamente como subprincípios:

- a) o princípio do *primado da lei* (em sentido negativo), segundo o qual toda a actividade administrativa tinha de respeitar estritamente as determinações legais, sob pena de invalidade (primazia hierárquica da lei);
- b) o princípio da *reserva de lei* — uma tripla reserva: *orgânico-formal* (só o Parlamento podia fazer “leis”), *funcional* (a emissão de leis correspondia a uma função específica, a função legislativa) e *material* (as leis identificavam-se com as normas *jurídicas*, que eram *exclusivamente* as normas *relativas à esfera da liberdade e da propriedade dos cidadãos*) – da qual resulta o monopólio parlamentar de emissão de “normas *jurídicas*” e uma correspondente *zona de administração estritamente*

- vinculada* à lei (investigação criminal, restrições à liberdade, liquidação e cobrança de impostos, expropriações);
- c) o princípio da *discricionariedade livre* (reserva de Administração), não estando esta subordinada a normas jurídicas, nem na organização, nem na actividade desenvolvida, normativa ou concreta, *fora da zona reservada à lei*, isto é, fora das matérias que tocassem a esfera jurídica dos cidadãos (dos cidadãos enquanto tais, já que as “relações especiais de poder” não eram consideradas jurídicas) – reconhecendo-se, porém, uma “cláusula geral de polícia”, que conferia à Administração poderes implícitos (de direito natural) para a “defesa do interesse social” e a “manutenção da ordem pública”;
- d) o princípio da *presunção da legalidade* da actuação administrativa e os princípios da “*autotutela declarativa*” (imperatividade unilateral) e da “*autotutela executiva*” (executoriedade, quando fosse necessário o uso de meios coercivos) dos actos administrativos de autoridade, como privilégios de autoridade da Administração sobre os privados;
- e) o princípio do *controlo jurisdicional limitado* (se existente) – o controlo da validade dos actos administrativos estava a cargo de órgãos superiores da Administração ou de órgãos administrativos independentes, e, quando a justiça administrativa operava ou passou a operar através de tribunais, estes dispunham, em regra, apenas de poderes cassatórios (poderes de anulação de actos administrativos, mas *não* de condenação na prática ou na abstenção de actos ou comportamentos).

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

As mudanças operadas na segunda metade do século XX, já antes referidas — alteração do sentido e do conceito material de lei; alargamento do domínio juridicamente relevante; desenvolvimento exponencial das esferas de actuação administrativa — têm como consequência a *ampliação* e a *diversificação* das relações entre a Administração e o Direito, gerando um novo paradigma.

Em paralelo com as características evidenciadas para o princípio liberal da legalidade, podemos salientar, quanto à subordinação da Administração ao *princípio da juridicidade (lei e Direito)*, vários subprincípios:

- a) o princípio do *primado da lei* em sentido negativo: mantém-se a primazia normativa das normas legislativas sobre todas as decisões da administração (embora se possa admitir, a título excepcional, a desaplicação pelos órgãos superiores da Administração de leis manifestamente inconstitucionais);
- b) o princípio da *precedência* da lei (ou do primado da lei em sentido positivo), nos termos do qual a lei (agora igual a *acto legislativo*, incluindo o decreto-lei e também as normas da União Europeia com valor legislativo) se torna o *pressuposto* e o *fundamento* de toda a actividade administrativa, seja no domínio da administração de autoridade (agora alargado aos actos autorizativos e às “relações especiais de poder”), seja quanto à administração social ou de prestações, determinando, no *mínimo*, os interesses públicos específicos (o *fim*, manifestado na hipótese legal através da definição dos pressupostos específicos das decisões administrativas) e os órgãos encarregados (a *competência*) da prática de actos administrativos — princípio que, com a tripla função de instrumento de orientação política, de garantia da racionalidade e de tutela de direitos dos particulares (incluindo a autorização para a actuação administrativa de autoridade), configura uma *reserva de função legislativa*;
- c) o princípio da *determinidade de conteúdo*, como manifestação específica da *reserva de Parlamento*: nas matérias de reserva legislativa parlamentar ou “domínio legislativo por natureza” — onde, além dos direitos fundamentais dos cidadãos, se englobam as decisões sobre as matérias consideradas fundamentais para a vida em sociedade, segundo um “princípio de essencialidade” —, exige-se uma *densidade legal acrescida* e, portanto, uma *vinculação mais intensa* (substancial, formal e procedimental) da actividade administrativa (regulamentar ou concreta) à lei, excluindo, em princípio, a concessão de poderes discricionários;
- d) o princípio da *discricionariedade condicionada*, segundo o qual a existência de *poderes discricionários* depende de concessão legislativa e o seu exercício, tal como toda a actividade da Administração, está subordinado ao Direito — seja aos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias, com os quais tem de se conformar, seja a princípios jurídicos fundamentais (igualdade, imparcialidade, proporcionalidade, justiça, boa fé, racionalidade), que regulam o modo da sua actuação;
- e) o princípio da *imperatividade atenuada* — não há presunção de legalidade da actividade administrativa (há, pelo contrário, um dever da

Administração de fundamentação das suas decisões, designadamente das desfavoráveis para os destinatários) e, embora se preserve a autoridade (“autotutela declarativa”) e, de algum modo, a estabilidade (“caso decidido”) dos actos administrativos, limita-se a executoriedade (“autotutela executiva”) dos actos de autoridade aos casos previstos na lei e às situações de urgência;

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

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

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

- a) da relevância primacial das normas constitucionais, das normas internacionais e das normas de direito europeu directamente aplicáveis, que são hierarquicamente superiores ou têm preferência aplicativa sobre os actos legislativos nacionais e os conformam ou substituem na vinculação da Administração;
- b) da importância acrescida e decisiva dos *princípios jurídicos* como padrões jurídicos autónomos, na aplicação (interpretação, concretização, adaptação, correcção e controlo da legitimidade) das disposições normativas (incluindo as legislativas), utilizados para resolução ponderada dos “casos difíceis”, designadamente pelo poder judicial;
- c) da proliferação, sobretudo em áreas económicas e sociais, de *directivas* político-estratégicas de conteúdo aberto – ainda que sob forma legal (de decreto-lei) e regulamentar (resoluções do Conselho de Ministros) – e de *standards* científicos e técnicos, por vezes de origem privada, europeia e internacional, que, a vários títulos e em diversos níveis, adquirem força vinculativa e regulam a actividade administrativa – ou seja, de normas que constituem *programas finais* (e não condicionais), com prejuízo para a intensidade da vinculação administrativa;

- d) do desenvolvimento, nas áreas económicas de interesse geral, da *regulamentação independente* por parte das “autoridades reguladoras”, nacionais, europeias e internacionais, com escassa sujeição à legalidade material interna;
- e) da tendência, em diversas áreas, para a redução das formas e procedimentos de controlo administrativo prévio das actividades privadas (“licenciamento zero”) e também uma desvalorização de preceitos substanciais de menor relevo, em homenagem a uma eficiência de resultados na realização do interesse público – embora a par da (e em contraposição à) consagração de direitos à informação, à audiência prévia, à participação procedimental e à fundamentação das decisões (na formulação europeia, de um “direito a uma boa administração”);
- f) da difusão, nos procedimentos administrativos, de *actuações informais*, com relevo jurídico atenuado.

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

São exemplos destes princípios substantivos fundamentais (aos quais se somam diversos princípios jurídicos instrumentais, funcionais e procedimentais), os seguintes princípios, quase todos consagrados na Constituição (artigo 266.º, n.ºs 1 e 2) e na lei (artigos 3.º e ss do CPA):

- a) Princípio da *prossecação do interesse público no respeito dos direitos dos cidadãos* (princípio-quadro);
- b) Princípio da *imparcialidade*, nas suas vertentes *subjectiva* ou formal (imparcialidade do agente decisor) e *objectiva* ou material (imparcialidade da decisão, por consideração de todas as circunstâncias e interesses relevantes);
- c) Princípio da *igualdade*, nas suas diversas dimensões: *não discriminação e proibição do arbítrio*, incluindo o tratamento igual (*equal treatment*) e o tratamento como igual (*treatment as an equal*);
- d) Princípio da *proporcionalidade*, na tripla dimensão de *adequação, necessidade e equilíbrio* (proporcionalidade, em sentido estrito),

- designadamente nas actuações que impliquem *restrições* ou *compressões* de posições jurídicas subjectivas e na aplicação de *sanções*;
- e) Princípio da *razoabilidade*, como critério de ponderação (balanceamento) de valores, direitos e interesses conflitantes (*reasonableness*);
 - f) Princípio da *boa-fé*, incluindo a proibição do abuso de direito;
 - g) Princípios da *segurança jurídica* e, do lado dos particulares, da *protecção da confiança legítima*;
 - h) Princípio da *justiça* – embora este princípio seja pouco operacional, por ter uma formulação vaga e potencialmente muito abrangente;
 - i) Princípios da *racionalidade* e da *veracidade* como imperativos não escritos de toda a actuação administrativa;
 - j) Princípio da *boa administração*, a Administração Pública deve pautar-se por critérios de *eficiência*, de *economicidade* e de *celeridade* (na sequência da consagração, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, do direito à boa administração).
 - k) Princípio do *estado de necessidade administrativo* – um “*contra-princípio*”, que fundamenta a dispensa da aplicação das disposições legais, sobretudo formais, em situações de excepção.

2. A discricionariedade administrativa

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

No entanto, a realidade é hoje mais complexa, mesmo no estrito plano da legalidade, na medida em que a discricionariedade não é livre e se exerce sempre para alcançar o fim legalmente estabelecido – nesse sentido se pode dizer que o exercício de poderes discricionários é vinculado, pelo menos, à finalidade legal. Por sua vez, como a definição abstracta dos pressupostos legais se faz muitas vezes através de conceitos imprecisos, o agente administrativo acaba por colaborar na concretização do fim legal nas circunstâncias

dos casos concretos – de tal modo que se pode dizer igualmente que a vinculação legal comporta momentos discricionários.

Por outro lado, em virtude do princípio da precedência da lei, não haverá dúvida de que a discricionariedade não designa uma liberdade administrativa: é um espaço decisório que resulta de concessão normativa (em regra, legislativa), nos termos do *princípio da competência*, que rege a actuação pública (“aquilo que não for permitido, é proibido”), não se podendo confundir com a autonomia privada, fundada no princípio da *liberdade*, que rege a actuação dos particulares (“aquilo que não é proibido, é permitido”). A vontade administrativa é objectiva e funcional, porque visa necessariamente a realização do interesse público previamente estabelecido pela lei.

2.1. Os problemas da discricionariedade

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

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

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

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

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

2.2. O problema do âmbito ou extensão da discricionaridade

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

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

Num plano substancial (não meramente nominalista), a questão refere-se à existência, ou não, nessas situações, de espaços de valoração e decisão próprios da função administrativa, que o juiz não possa controlar integralmente – e a resposta positiva implica um *conceito amplo de discricionaridade*, que não se limite aos casos em que as leis confirmam directamente à Administração um “espaço de decisão”, mas abranja ainda os casos em que a Administração dispunha de um “espaço de avaliação” ou de uma “prerrogativa de avaliação”, que o juiz não possa reexaminar (mas apenas fiscalizar) em sede de controlo judicial.

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

Actualmente, avultam as posições moderadas.

Por um lado, as *teorias da discricionariedade* admitem a existência de alguns “conceitos normativos indeterminados” susceptíveis de controlo intrínseco (reexame) pelo juiz.

Por outro lado, as *teorias do controlo total*, além de reconhecerem conceitos concessores de discricionariedade na *estatuição* da norma, aceitam, relativamente a casos contados de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados formulados na *hipótese legal* (*Tatbestand*), a existência de uma “margem de livre apreciação” administrativa (embora diferente da discricionariedade) que o juiz deve respeitar — foi isso que sustentaram na doutrina alemã, com diversas formulações: a “teoria da defensabilidade” (Ule), a “teoria dos factores” (Kellner) e, sobretudo, a “teoria da folga ou margem de apreciação” (Bachof).

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

- a) quer, de um lado, dos conceitos *classificatórios*, que são conceitos “determinados” (determináveis) por remissão para juízos de *experiência comum* (“urgência imperiosa”) ou de uso de certo tempo e lugar, para valores ou institutos *jurídicos* (“propriedade”, “família”), para conceitos de *ciências exactas* ou em relação aos quais se verifique um *consenso científico* (“substância tóxica”) — porque aí a indeterminação normativa não existe ou então resolve-se por via interpretativa (hermenêutica), sendo possível e legítimo um controlo total pelo juiz;
- b) quer, do lado contrário, dos conceitos *subjectivos* (“abastecimento adequado dos mercados”, “ordem pública”, “conveniência de serviço”, “circunstâncias excepcionais e urgentes de interesse público”), que, pela sua extrema abertura ou vastidão, em regra associada a faculdades de acção concedidas pelo legislador, devem presumir-se como “delegações no poder administrativo” — porque aí não há uma mera indeterminação conceitual e deve reconhecer-se uma prerrogativa de avaliação ou um espaço de concretização próprio da Administração, que o juiz não pode reexaminar.

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

- a) utilização pela lei de conceitos indeterminados de *valor* no âmbito de *juízos* sobre *disposições* ou *aptidões pessoais* (“juristas de reconhecimento mérito”) ou de *avaliações técnicas especializadas* (“filme de qualidade”; “terreno com aptidão agrícola”; “adequada integração no respeito pela volumetria e morfologia existentes na zona”; “estética das povoações”), incluindo a generalidade dos “exames” e provas académicas, bem como a avaliação de propostas ou de pessoas em concursos;
- b) decisões que implicam juízos com elementos determinantes de *prognose* (“justo receio de ser perseguido”; “perigo para o trânsito”; “necessidades do mercado”; “ameaça de ruína”);
- c) decisões estratégicas ou técnicas que obriguem a *ponderação de interesses complexos* (v.g., decisão sobre a construção ou a localização de um aterro sanitário, de uma co-incineradora, de uma ponte ou de um aeroporto; decisões da autoridade reguladora das telecomunicações sobre litígios relativos à interligação de operadores; autorização pelo INAC de exploração de direitos de tráfego aéreo limitados);
- d) decisões com *consequências políticas* (v.g., a autorização para a realização de uma oferta pública de aquisição de acções de um banco em fase de reprivatização; a recusa ou concessão de um visto para a entrada no país de uma personalidade de relevo internacional);
- e) decisões estruturais de *carácter organizativo*, no âmbito de relações administrativas especiais, designadamente as relativas a serviços de contacto directo com os cidadãos utentes (criação ou extinção de unidades orgânicas, abertura ou encerramento de serviços ao público, como esquadras de polícia, escolas, centros de saúde ou unidades hospitalares).

Na discussão doutrinal, têm sido utilizados, em favor de um *espaço de escolha* administrativa, *rectius*, de uma *avaliação e controlo atenuados* por parte do juiz, os seguintes argumentos ou tópicos: a orientação *finalística* ou *aberta* dos preceitos legais (“programas finais” em vez de “programas condicionais”); a *responsabilidade* administrativa pelas opções; a capacidade *técnica* de avaliação; a *irrepetibilidade* das decisões; a *legitimidade democrática* (pela eleição), *procedimental* (pelo procedimento participado), *técnica* (competência especializada) ou *social* (representatividade de interesses sociais organizados) dos titulares do órgão decidente.

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

2.2.3. A posição da doutrina e jurisprudência em Portugal

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

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

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

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

Depois, torna-se claro que a discricionariedade não é uma escolha livre do Direito, entre uma série de soluções, todas elas “igualmente legítimas”;

implica, sim, a *procura* da *melhor* solução para a satisfação, no caso concreto, dos interesses públicos legalmente definidos (estabelecidos), numa escolha que há-de ser orientada por princípios jurídicos.

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

2.2.4. Posição adoptada

É neste quadro que podemos formular sinteticamente a nossa posição.

À partida, propõe-se um conceito *amplo* de discricionariedade como *espaço de avaliação e decisão próprio, da responsabilidade (autoria) da Administração, decorrente de uma indeterminação legal (conceitual ou estrutural) e sujeito a um controlo atenuado (fiscalização) pelo juiz*, englobando: a) as faculdades (directas) de acção, em regra indicadas pelo elemento deontico permissivo (“pode”); b) os espaços de apreciação na aplicação de conceitos imprecisos de tipo; c) as prerrogativas administrativas de avaliação (por vezes designadas, de forma hoje inconveniente, como “justiça administrativa”) – situações que a lei processual designa agora genericamente como dimensões decisórias que impliquem a “*formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa*” (artigos 71.º, n.º 2 e 95.º, n.º 5 do CPTA).

Entre nós, na esteira W. Schmidt, Sérvulo Correia continua a sustentar, por razões de “consistência metodológica” e de “rigor dogmático” (CJA, n.º 70, 2008, p. 49 e ss), a distinção categorial entre a “margem de livre apreciação” (de pressupostos legais expressos em conceitos jurídicos indeterminados) e a discricionariedade, na medida em que aquela não implica uma ponderação de interesses, estando sujeita apenas a um imperativo de *adequação* e não às outras vertentes do princípio da proporcionalidade (necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Parece-nos, no entanto, pelo contrário, que há lugar, sempre que possível, ao controlo judicial do resultado e, por isso, do equilíbrio da solução adoptada.

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

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

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

Por fim, conclui-se que, nas áreas vinculadas, em que não haja concessão legal de poderes discricionários, os órgãos administrativos podem e devem concretizar a lei, colmatar as eventuais lacunas, resolver as dúvidas de aplicação ou adequar as normas às circunstâncias dos casos concretos – “*authority-made law*” –, estando essa actuação administrativa sujeita a um *reexame* ou *controlo total* por parte do juiz.

2.3. A natureza do poder discricionário

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

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

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

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

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

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

2.4. A metodologia do controlo judicial das decisões discricionárias

Os tribunais administrativos, em cumprimento do princípio da separação e interdependência dos poderes, “julgam do cumprimento pela Administração das *normas e princípios jurídicos* que a vinculam e *não* da *conveniência ou oportunidade* da sua actuação” – um preceito fundamental que sempre formou o nosso sistema administrativo e que hoje está plasmado no artigo 3.º, n.º 1 do CPTA.

Resulta daqui que o exercício de poderes discricionários concedidos por lei à Administração é susceptível de *fiscalização*, mas, ao contrário dos momentos vinculados, *não pode ser objecto de reexame* pelo juiz, que tem de respeitar o espaço de valoração próprio da Administração, isto é, o “mérito” das decisões, que são da sua autoria e responsabilidade.

Assim, além do *desvio de poder* (utilização da competência para fim diverso do fim legal, que era antes considerado o único fundamento para o controlo judicial do exercício de poderes discricionários), do *erro de facto* (erro relativo às circunstâncias relevantes para a decisão) e da *falta de fundamentação* (na medida em que a ausência de *motivação* não permita averiguar da juridicidade da decisão), consideram-se hoje também judicialmente controláveis, a partir da fundamentação obrigatoriamente apresentada pelo órgão decisor: a) o *erro manifesto de apreciação* – que quer dizer erro de avaliação claro e seguro (“clear error”), que não deixe quaisquer dúvidas ao juiz, ainda que após prova ou investigação, e não apenas o erro evidente, imediato, essencial ou “palmar”, designadamente na aplicação de conceitos imprecisos (que corresponde, bem vistas as coisas, à ofensa ao princípio da racionalidade); b) em geral, a compatibilidade da “vontade” ou do “juízo” decisórios com os *direitos liberdades e garantias* dos cidadãos e os *princípios jurídicos fundamentais* que regem a actividade administrativa (igualdade, imparcialidade, proporcionalidade, boa-fé, segurança jurídica).

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

Em caso de impugnação de actos administrativos que envolvam “valorações próprias do exercício da função administrativa”, o juiz não reexamina a decisão em si, como se fosse um segundo decisor (autor), faz, como vimos, testes de juridicidade, para, no uso dos seus poderes de fiscalização, verificar se houve erros relevantes, incumprimento ou desrespeito de direitos ou de princípios jurídicos fundamentais – actualmente, os poderes de fiscalização judicial incluem o *conhecimento oficioso* de quaisquer vícios de juridicidade dos actos impugnados.

Por outro lado, designadamente quando esteja em causa uma omissão, o juiz pode *condenar* a Administração na prática de actos administrativos, bem como na adopção ou abstenção de comportamentos ou na realização de prestações, mas só na medida em que tal resulte imperativamente de uma *imposição legal ou de um princípio jurídico* nas circunstâncias específicas da situação concreta – a vinculação jurídica pode resultar da “*redução da*

discricionaridade a zero”, quando, apesar de haver à partida (“prima facie”) um espaço de valoração e decisão próprio da Administração, a apreciação das circunstâncias do caso concreto permita identificar, sem margem para dúvidas, uma única solução como juridicamente possível ou legítima.

2.5. As formas tradicionais e as novas feições da *discricionaridade substantiva*

A discricionaridade, em sentido amplo, pode incluir todos os espaços de escolha conferidos por lei aos órgãos administrativos, mas, *em sentido estrito*, a discricionaridade se refere às *escolhas substantivas*, que respeitam ao *conteúdo* das decisões ou nele se projectam – sendo certo que existem também espaços de escolha que têm como objecto a *organização* dos sujeitos administrativos, bem como o *procedimento* e a *forma* da sua actuação.

Acresce que a discricionaridade foi construída no contexto da teoria do acto administrativo, isto é, em relação às *decisões individuais e concretas* de aplicação de normas legais – por isso se entendia (e em certa medida ainda se pode entender) que a auto-regulamentação prévia de decisões que a lei deixava à discricionariedade da Administração implicaria, em regra, o vício de “não uso do poder discricionário”, com base no qual se podia (pode) determinar a anulação do acto, por invalidade.

A tendência actual vai no sentido de uma concepção unitária de discricionaridade, como designação *inclusiva* de todos os espaços de decisão administrativa, mas isso *só pode aceitar-se* se simultaneamente forem tomadas em consideração as feições especiais que assume a discricionaridade substantiva, as quais implicam diversas adaptações teóricas e ajustes dogmáticos da figura tradicional, por vezes significativos:

- a) a “discricionaridade” regulamentar – relativa aos espaços de concretização, complementação, adaptação e implementação de leis específicas ou de conjuntos normativos, de forma geral e abstracta (incluindo as “autonomias normativas” das administrações autónomas e a “autonomia estatutária” de outras instituições);
- b) a discricionaridade de *planeamento* – em que existe uma maior liberdade conformadora da Administração, perante *normas-fim*, que

- estabelecem orientações paramétricas destinadas a uma planificação criadora de segundo grau (e não as tradicionais *normas-condição*, em que os pressupostos são definidos na hipótese legal, ainda que através de conceitos indeterminados);
- c) a *simplificação tipificadora*, designadamente na administração fiscal – por exemplo, a admissibilidade da concretização administrativa dos conceitos legais indeterminados para quantificação da matéria colectável através de “tipos médios”;
 - d) a discricionariedade *configuradora* ou *reguladora*, típica da *regulação* pública económica de sectores privados de interesse geral (em regra, em mercado de concorrência limitada) por autoridades (semi) independentes, dotadas de capacidade técnica especializada;
 - e) a *discricionariedade implementadora* no contexto da execução de programas ou directivas político-estratégicas de governo – as especificidades das decisões derivadas de recomendações de organizações transnacionais, ou negociadas, no âmbito da realização de políticas públicas, sem uma estrita vinculação legislativa de conteúdo (lei serve sobretudo como limite e como orientação), muitas vezes com participação procedimental e compromisso negocial dos representantes dos interesses sociais ou locais envolvidos, em termos que limitam as possibilidades de fiscalização substancial pelos tribunais.

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

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

Em primeiro lugar, das garantias *políticas* — fiscalização pelo Provedor de Justiça, oficiosamente ou a pedido dos interessados, controlo parlamentar da actividade do Governo e da Administração, controlos prévios e fiscalizadores por organismos internacionais e ainda pelo espaço público (organizações sociais e cívicas e meios de comunicação social).

Em segundo lugar, das garantias *administrativas* — instituição de procedimentos de participação, concertação e diálogo com os interessados e respectivas organizações, bem como, de algum modo, a cooperação inter-orgânica e a descentralização de atribuições e competências.

Em terceiro lugar, e fundamentalmente, das garantias *jurídicas* — a aplicabilidade directa dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias (substanciais e procedimentais); a manutenção do princípio da determinidade, associado à reserva de lei, em matérias essenciais; o desenvolvimento do direito organizatório e procedimental (“direito a uma boa administração”, através do direito à fundamentação e dos direitos de informação, de participação e de audiência prévia); a auto-vinculação regulamentar externa e interna; a intensificação do controlo judicial pelos tribunais administrativos (incluindo, como vimos, um controlo mais apurado dos vícios da discricionariedade baseado na obrigatoriedade de motivação dos actos administrativos), bem como, pelo menos indirectamente, da fiscalização financeira do Tribunal de Contas.

II. As relações jurídicas administrativas

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

1. As relações jurídicas de direito administrativo

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

As relações jurídicas de direito administrativo são relações jurídicas *de direito público* – seguindo um critério *estatutário*, que combina a qualidade pública dos sujeitos, a natureza pública dos fins e a especificidade pública (prerrogativas de autoridade) dos meios utilizados –, isto é, aquelas em que *um dos sujeitos*, pelo menos, seja uma *entidade pública* ou uma entidade particular no exercício de um *poder público* ou de um *dever público*, conferido ou imposto com vista à realização de um *interesse público* legalmente definido.

São diversos os tipos de relações jurídicas administrativas (no sentido de relações jurídicas de direito administrativo), que podem ser objecto de várias classificações doutrinárias.

As relações jurídicas que ligavam os particulares à Administração – ainda que por vezes fossem utilizadas para a exposição científica ou o ensino da matéria – não tinham uma especial importância, nem requeriam um relevo autónomo na configuração jurídico-dogmática da actividade administrativa, por duas ordens de razões.

Por um lado, tais relações eram entendidas como relações *assimétricas*, em que aos deveres da Administração (posição passiva), decorrentes de uma norma de direito objectivo, correspondia eventualmente, do lado activo, um interesse, mas não um «direito» ou uma «pretensão» substantiva do particular – tal como o contra-pólo dos deveres do particular não era um direito da Administração, mas um poder administrativo.

Por outro lado, as relações jurídicas administrativas constituíam relações *simples* ou *bipolares*, em que havia apenas dois sujeitos ou dois pólos de interesse (um activo, outro passivo) – em princípio a Administração, de um lado, e um determinado particular, do outro lado.

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

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

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

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

Na realidade, é cada vez mais frequente a existência, não só de relações administrativas *dissimétricas*, pelo recurso ao contrato ou a outras formas de acordo entre a Administração e os particulares, como de relações *poligonais*, em que muitas vezes os particulares, e também as entidades administrativas,

aparecem com posições conflituantes entre si, interessados em actuações diferentes (ou até contrárias) da Administração.

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

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

A partir daí, construiu-se um novo paradigma de *relação jurídica administrativa multilateral, poligonal ou multipolar*, na sequência e perante as insuficiências do conceito de acto administrativo “com duplo efeito” ou “com eficácia em relação a terceiros” – não bastava encarar a dupla relação dos destinatários e dos terceiros com a Administração, na medida em que a *relação dos particulares entre si* também releva no plano administrativo, ainda que com intensidades diversas, podendo até ser objecto de acções administrativas autónomas perante os tribunais, como a lei processual expressamente reconhece (artigo 37.º, n.º 3, do CPTA).

A concepção de relação poligonal ou multilateral começa por ser reconhecida no plano da *tutela judicial* dos direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros, conexos com a relação procedimental principal, implicando a tutela de *interesses de facto diferenciados*, de interesses *comunitários* e de interesses *difusos*, no âmbito da *acção popular* – a lei determina um alargamento da legitimidade dos interessados (basta um interesse de facto relevante para permitir a impugnação de actos ilegais), estendido ainda às situações em que

estejam em causa bens e valores da comunidade (como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do domínio público - artigo 9.º, n.º 2, do CPTA).

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

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

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

2. Posições jurídicas administrativas dos particulares perante a Administração

2.1. Posições jurídicas subjectivas *de vantagem* (ou favoráveis)

São as posições jurídicas dos particulares às quais correspondem obrigações, deveres e sujeições da Administração e/ou limitações (negativas) ou condicionamentos (positivos) da actividade administrativa.

2.1.1. O conceito de “direitos e interesses legalmente protegidos”

Tradicionalmente, distinguia-se entre “direitos subjectivos” (direitos plenos) e “interesses legítimos” – entendendo-se que, em regra, o particular

dispunha apenas de interesses legítimos em face da Administração, designadamente quando e na medida em que esta gozasse de algum espaço de discricionariedade.

Excurso

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

Um primeiro critério, concebido por Guicciardi, baseia-se na natureza da norma. Parte-se do pressuposto de que as normas estão divididas em duas categorias: a) *normas de relação*, que, através de um juízo de relação entre interesses diversos dos sujeitos jurídicos, traçam uma linha de demarcação nítida entre a esfera jurídica da Administração Pública e a esfera jurídica dos privados – haverá violação de um direito subjectivo se a Administração ultrapassar essa linha de demarcação e invadir a esfera jurídica de um particular; b) *normas de acção*, que pelo contrário, regulam o exercício de um poder da Administração, atribuído previamente por normas de relação – há violação de um interesse legítimo se a Administração violar este tipo de normas.

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

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

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

- a) As posições jurídicas substantivas implicam sempre uma *intenção normativa de protecção efectiva* de um *bem jurídico próprio* de determinado particular, seja *em primeira linha* (estamos, então, perante *direitos*

subjectivos), seja em segunda linha, em complemento de um interesse público primacial (é o caso dos *interesses legalmente protegidos*).

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

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

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

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

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

A distinção interessa para efeitos *contenciosos*, designadamente para a propositura de acções de condenação da Administração (só têm legitimidade os titulares de direitos e interesses legalmente protegidos, para defesa dessas suas posições jurídicas), bem como para efeitos *procedimentais*, por exemplo, para determinar a existência de um direito à participação ou à ponderação dos seus interesses no procedimento, e para efeitos *substantivos*, como a obrigatoriedade de fundamentação (vale para actos lesivos de direitos e interesses legalmente protegidos) ou os poderes de revogação ou de anulação administrativa de actos administrativos (que são limitados quanto a actos constitutivos de posições jurídicas subjectivas).

2.1.2. A variedade e a continuidade das posições jurídicas substantivas

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

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

- a) Em primeiro lugar, os *direitos transitivos* ou de *natureza obrigacional* (posições jurídicas *pretensivas*), a que corresponde, do lado da Administração, uma obrigação – que, hoje, não são espécies raras, como eram na época liberal, sobretudo no contexto de uma administração *concertada*, que utiliza o contrato como forma típica de actuação, e de uma administração *social*, que é em grande medida uma «administração de prestações».

Pense-se, por exemplo, para além dos direitos tradicionalmente reconhecidos e semelhantes – como o direito à passagem de diploma ou de alvará de actividade licenciada, o direito à greve, o direito ao

vencimento e outros direitos dos funcionários –, nos direitos dos *co-contratantes privados* em contratos administrativos e, em especial, nos *direitos sociais*, como os direitos às prestações de segurança social e de saúde ou aos subsídios para o exercício de certas actividades de interesse social ou cultural, mas também nos direitos a prestações decorrentes do dever estadual de protecção efectiva dos *direitos, liberdades e garantias* dos particulares (direito à protecção policial).

- b) Em segundo lugar, os *direitos intransitivos* ou *absolutos* (posições jurídicas *defensivas* ou *opositivas*) — a que correspondem, do lado da Administração Pública, deveres gerais de *abstenção* e de *respeito*: desde logo, as *liberdades e determinados direitos fundamentais* dos cidadãos (direitos pessoais e direitos políticos, como as liberdades de reunião e de manifestação, o direito de associação, direito de propriedade, o direito de voto), relativamente aos quais a Constituição impõe sobretudo o acatamento público, que ganham relevância ao nível administrativo através da concepção das normas constitucionais que os consagram como *direito imediatamente aplicável*; depois, também os *direitos públicos reais*, como, por exemplo, os direitos de uso normal do domínio público estabelecidos por lei.
- c) Por fim, os *direitos potestativos* — que são poderes (unilaterais) de provocar inelutavelmente a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, aos quais corresponde uma *sujeição* do lado passivo, como, por exemplo, o direito de voto (em certa dimensão), o direito de aceitar ou de renunciar a mandato público, o direito do particular de rescisão de contrato administrativo (apenas no caso de incumprimento de prestações pecuniárias pelo contraente público), o direito a renunciar à qualidade de membro de uma organização pública, bem como os direitos instrumentais (direitos-garantia) de iniciativa de procedimento ou de acção administrativa (respectivamente, junto do órgão ou do tribunal competente).

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

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

É o que acontece, desde logo, com os *direitos condicionados em sentido estrito*, que são atribuídos por lei, regulamento ou acto administrativo, mas na dependência do cumprimento de *requisitos substanciais*, cujos podem caducar ou ser extintos caso não se verifiquem ou não se mantenham tais requisitos.

Mas também com os *direitos de eficácia condicionada* – designadamente, os direitos *atribuídos por actos administrativos*, mas sujeitos a uma *condição suspensiva* (*pendente conditione*) ou a uma actuação procedimental *integrativa da eficácia* (aprovação, visto), actos que só produzem os seus efeitos principais se vier a verificar-se a condição ou a prática do acto integrativo (mas que, no entanto, têm ou podem ter efeitos *ex tunc*, retrotraídos à data da perfeição do acto).

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

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

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

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

2.1.2.3. Por último, há a considerar a evolução das circunstâncias relevantes para delimitação da fronteira entre *interesse legítimo*, por um lado, e *interesse simples*, por outro, que tem favorecido a *ampliação* do conjunto das posições jurídicas substantivas, alargando ou intensificando os espaços de protecção legal e, nessa medida, constituindo novos *interesses legalmente protegidos*:

- a) Desde logo, verifica-se a juridificação do poder discricionário, designadamente o dever da Administração de actuar em conformidade com princípios jurídicos fundamentais, como os da imparcialidade, da igualdade, da justiça, da proporcionalidade, da racionalidade, da boa-fé e da protecção da confiança legítima, que é vista como um “*direito*” dos particulares ao exercício correcto do poder discricionário – teve como consequência o alargamento do *domínio de protecção jurídica* das normas reguladoras da actividade administrativa, transformando interesses, antes considerados meras expectativas ou interesses de facto, em “interesses legalmente (isto é, juridicamente) protegidos” dos particulares, designadamente dos que são destinatários directos das decisões administrativas;
- b) Depois, há que atentar no conjunto de interesses que se tornam relevantes no quadro das relações jurídicas poligonais ou multilaterais já referidas – os particulares que não são destinatários directos dos actos podem ter um interesse cumprimento, por parte da Administração, das próprias normas legais que indirectamente protegem os seus interesses (para além da consideração desses interesses no quadro da aplicação dos

- princípios jurídicos que regem a sua actuação) – quer esses interesses sejam convergentes (co-interessados) ou divergentes (contra-interessados) relativamente aos interesses dos destinatários dos actos.
- c) Há também a considerar o relevo, reconhecido para diversos efeitos pela lei substantiva, de *interesses semi-diferenciados*, como, por exemplo, os «interesses colectivos» — enquanto interesses de associações na defesa de interesses gerais dos associados —, e os «interesses locais gerais» — enquanto interesses da generalidade dos residentes numa determinada circunscrição, relativamente aos bens do domínio público (cf. CPA, artigos 53.º, n.º 1, *in fine* e n.º 2, alínea b), e 160.º);
- d) Além disso, reconhece-se, a nível constitucional e legal, a relevância jurídica substantiva de «interesses difusos» (Constituição, artigos 60.º, 66.º e 78.º; CPA, artigos 53.º, n.º 2 e 160.º) – devendo distinguir-se os *interesses difusos* propriamente ditos, que são *indivisíveis*, dos *direitos individuais homogêneos*, que são *divisíveis* – embora aqueles muitas vezes acabem por relevar apenas como direitos procedimentais ou procuratórios (de informação, de participação ou de proposição de acção judicial);
- e) Por fim, admite-se a relevância jurídica, ainda que limitada, de “interesses de baixa normatividade” (*soft law*), decorrentes de certas formas de regulação administrativa (directivas, *standards*, recomendações, avisos, etc.) em função do princípio da protecção da confiança legítima; bem como de *expectativas jurídicas e interesses de facto* que sejam afectados de forma *especial e anormal* pela actividade administrativa, que podem dar lugar a uma “indenização pelo sacrifício”.

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

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

- a) as *sujeições* ou «estados de sujeição» constituem posições jurídicas passivas dos particulares, que surgem nas relações jurídicas administrativas em correspondência com *direitos potestativos* da Administração (por exemplo, em casos de reserva de modo, ou de determinados poderes

contratuais), mas que são sobretudo características enquanto posições correspectivas de *poderes jurídico-públicos gerais ou especiais*, como, por exemplo, o poder de expropriar, o poder policial, o poder tributário, o poder regulamentar ou o poder de direcção sobre funcionários e trabalhadores, utentes ou membros de organizações públicas.

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. Os estados («status») ou situações jurídicas estatutárias

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

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

regalias antigas, salvo as que constituam direitos subjectivos *individualmente* adquiridos.

2.4. Capacidade jurídica, faculdades e expectativas

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

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

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

- b) *faculdades jurídicas*: representam os vários modos possíveis de manifestação ou de actuação de um direito subjectivo (ou de uma posição jurídica subjectiva), que constituem o respectivo conteúdo, podendo assumir qualidades distintas (liberdades, pretensões, poderes, imunidades) – correspondem muitas vezes a «segmentos ideais» das normas jurídicas que os prevêm (v. as diversas faculdades que integram o direito de propriedade, ou a liberdade de associação, por exemplo).
- c) *expectativas jurídicas*: em sentido estrito, verificam-se nas situações concretas em que alguém espera que se completem os elementos susceptíveis de dar origem a um direito subjectivo seu, um direito «*in fieri*» (em formação) — o exemplo clássico é o da expectativa da promoção, quando o funcionário já possua alguns dos requisitos legais necessários.

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

Não constituem, em si, posições jurídicas subjectivas actuais, embora possam ter relevo jurídico como «interesses simples» diferenciados; não devem confundir-se, designadamente, com as posições jurídicas dos particulares que, no contexto de procedimentos complexos faseados, foram objecto de *decisões parcelares* ou *parciais* favoráveis, pois que essas devem ser consideradas hoje como verdadeiros direitos ou interesses legalmente protegidos.

3. As posições jurídicas substantivas da Administração

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

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

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

Tratar-se-á, na maior parte dos casos, de direitos e de deveres *obrigacionais* ou transitivos (resultantes do exercício de poderes administrativos ou de cláusulas contratuais), mas podem ser igualmente direitos *absolutos* (por exemplo, direitos reais sobre o domínio público ou direitos de exclusivo de certas actividades) e *deveres gerais* de abstenção (em face das liberdades

individuais), ou então direitos *potestativos* e *sujeições* (designadamente no domínio dos contratos administrativos de subordinação).

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

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

III. A Administração Pública e o direito privado

1. A capacidade civil dos entes públicos

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

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

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

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

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

2. Dimensões actuais da privatização administrativa

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

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

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

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

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

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

Quando se privatiza a *organização*, é a própria *forma* do ente administrativo que muda, havendo lugar à criação de *peçoas colectivas privadas* “de mão pública” ou “*entidades administrativas privadas*” (em regra, SA, sociedades anónimas de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos), que, em casos excepcionais, até dispõem de normais e vastos poderes públicos (é o caso da EP - Estradas de Portugal, quanto ao licenciamento dos postos de combustíveis, e, sobretudo, das administrações portuárias, relativamente à gestão do domínio público portuário).

Quando se privatiza apenas a *gestão*, estamos perante uma mutação *instrumental*, especialmente visível na *empresarialização* das *peçoas colectivas*

públicas – é o caso das entidades públicas empresariais (por exemplo, os hospitais-empresa ou a CP).

2.1.3. Por fim, saliente-se um terceiro fenómeno, o da *privatização funcional*, que se refere à *responsabilidade pelo exercício* da actividade, incluindo o *exercício privado de funções públicas* – as tarefas continuam a ser substancialmente *públicas*, mas a sua execução é objecto de *concessão* ou *delegação* em *entidades privadas* (sob orientação ou fiscalização pública).

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

Numa perspectiva *organizativa*, cruzada com esta, a doutrina distingue, no conjunto dos casos de *privatização funcional*, entre “privatização orgânica *formal*” (quando o ente privado que vai desempenhar a tarefa pública é uma criatura administrativa – “entidade administrativa privada”) e “privatização orgânica *material*” (quando a tarefa pública é desempenhada por verdadeiros privados – “entidade privada colaboradora”).

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

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

- i) as actuações da *Administração- ou Estado-cliente* – os negócios auxiliares ou instrumentais de arrendamento ou de compra;
- ii) as actuações da *Administração- ou Estado-proprietário* – a administração dos bens *privados* que integram o património das entidades públicas;
- iii) as actuações da *Administração- ou Estado-empresário* ou da *Administração- ou Estado-accionista* – o exercício, através da *criação de sociedades* ou,

- actualmente, sobretudo, através da *participação em sociedades*, de actividades económicas, comerciais, industriais ou de serviços, em concorrência, no âmbito do designado “sector empresarial do Estado (Região ou Município)”;
- iv) as actuações da *Administração- ou Estado-parceiro* – através da celebração de *contratos de direito privado* para apoiar ou colaborar na realização de actividades económicas privadas de interesse social;
- v) a utilização, em geral, da capacidade de direito privado para a satisfação *directa* de necessidades públicas (*gestão privada ou empresarial*), correspondendo ao exercício de *tarefas* (mesmo não económicas) que integram a *função administrativa*.

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

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

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

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

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

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

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

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

- i) o *princípio da decisão administrativa prévia* – vale, na sua dimensão actual, a teoria dos “dois degraus” ou das “duas fases”, em que, primeiro, se decide, num plano jurídico-público, se utiliza o direito privado (o *se*), e, só depois, num plano jurídico-privado, se definem os termos da actuação (o *como*);
- ii) os *limites especiais* à liberdade negocial, quer *procedimentais* (necessidade de mecanismos concursais para escolha do co-contratante privado), quer *substanciais* (respeito pelos direitos fundamentais, pelos princípios gerais da actividade administrativa - prossecução do interesse público, boa fé, imparcialidade, igualdade e proporcionalidade – v. artigo 2.º, n.º 3 do CPA).

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

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

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

Essa transferência opera-se, designadamente, para a realização de tarefas públicas “concorrentes” com actividades privadas (em que o ente público actua a par dos privados, como nas áreas dos transportes, obras, gestão de espaços abertos ao público), bem como em tarefas “de garantia pública obrigatória” (em que o Estado garante a prestação do serviço e predomina sobre os “parceiros” privados, como acontece na educação, saúde e segurança social) – mas pode estender-se, ainda que excepcionalmente, a tarefas “exclusivas” do Estado, se a delegação se fizer em favor de entidades administrativas privadas.

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO II

A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Bibliografia:

- FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, 4.^a ed., 2016, pp. 613 e ss; 838-871; 873-894; 895-906;
- ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 237-263.

Bibliografia facultativa:

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

- BAPTISTA MACHADO, *Participação e Descentralização. Democratização e Neutralização na Constituição de 76*, 1982;
- VITAL MOREIRA, *Administrações Autónomas e Associações Públicas*, 1997, p. 94-170;
- PAULO OTERO, “Institutos Públicos”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*;
- PEDRO GONÇALVES, *Regime jurídico da actividade empresarial local*, 2012;
- VITAL MOREIRA /FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades reguladoras independentes*, 2003;
- ANDRÉ FOLQUE, *A tutela administrativa nas relações entre o Estado e os municípios*;
- J. LUCAS CARDOSO, *As Autoridades administrativas independentes e a Constituição*, 2002.

Legislação básica:

Lei n.º 4/2004, de 15 de Janeiro, alterada pela *Lei n.º 105/2007*, de 3 de Abril (estabelece os princípios a que deve obedecer a organização da *administração directa* do Estado); *Lei n.º 3/2004*, de 15 de Janeiro, várias vezes alterada, republicada pelo Decreto-lei n.º 5/2012, de 17 de Janeiro (aprova a lei-quadro dos *institutos públicos*); *DL n.º 133/2013*, de 03 de Outubro (que estabelece o regime do *sector empresarial do Estado*); *Lei n.º 75/2013*, de 18 de Setembro (estatuto das *autarquias locais*); *Lei n.º 50/2012*, de 31 de Agosto (regime jurídico do *sector empresarial local*); *Lei n.º 6/2008*, de 13 de Fevereiro (*associações públicas profissionais*); *Lei n.º 24/2012*, alterada e republicada em anexo à *Lei n.º 150/2015*, de 10 de Setembro (*Lei-Quadro das Fundações*); *Lei n.º 67/2013*, de 28 de Agosto (*Lei-Quadro das Entidades Reguladoras*).

I. Elementos da organização administrativa

1. A estrutura orgânica da Administração Pública

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

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

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

2. Aspectos estruturais

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

2.1. Pessoas colectivas públicas

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

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

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

2.2. Órgãos administrativos, titulares e agentes

A organização interna das pessoas colectivas administrativas constrói-se, do ponto de vista jurídico, a partir de algumas noções básicas:

- a) *órgão*: figura organizativa, dotada de poderes consultivos, decisórios ou de fiscalização, capaz de preparar, manifestar ou controlar as manifestações de vontade - isto é, os *actos* jurídicos - imputáveis ao ente público;
- b) *investidura*: acto de transformação institucional de um indivíduo ou indivíduos em titulares do órgão ou em agentes da pessoa colectiva;
- c) *titular* ou *membro*: qualidade que exprime a ligação de um indivíduo, singularmente ou em colégio, a um órgão;

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

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

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

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

3. Aspectos funcionais

Em correspondência com respectiva estrutura organizatória, há a considerar as dimensões funcionais segundo as quais se concebe a actividade administrativa desenvolvida pelos órgãos das pessoas colectivas públicas.

3.1. Em primeiro lugar, o conceito de *atribuições*, enquanto «conjunto de interesses públicos (finalidades) postos por lei a cargo de uma determinada pessoa colectiva pública» – com excepção do caso *especial* da pessoa colectiva

Estado-Administração, cujas atribuições, pela sua complexidade, são referidas aos Ministérios.

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

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

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

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

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

Na realidade, muitas vezes o órgão dispõe de competência – que é atribuída em abstracto pela lei –, mas não está em condições de a exercer em concreto, como acontece, por exemplo: a) nas situações em que para a prática de um acto o órgão necessita da autorização de outro órgão (“autorização constitutiva de legitimação”); b) quando não se verificarem condições legais temporais (se já passou o prazo para a anulação administrativa de um acto); c) quando falte a investidura do titular do órgão ou este esteja impedido de intervir no procedimento (por força do princípio da imparcialidade subjectiva); d) quando falte o *quorum* de reunião nos órgãos colegiais. Em todas estas situações, falta ao órgão a *legitimação* para o exercício da competência que a lei lhe atribuiu.

II. Tipos de relações funcionais inter-orgânicas

1. Tipos gerais

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

1.1. A *hierarquia* intra-administrativa

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

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

- a) o poder de *direcção*, isto é, de dar ordens e instruções concretas, sejam comandos ou proibições – que constitui o poder *característico*, porque *só existe e existe sempre* na relação hierárquica;
- b) poderes *típicos*, como o poder de *anulação* de actos do subalterno, oficiosamente ou em decisão de recurso, e, em geral, o poder de *supervisão*, incluindo o poder de suspensão, modificação e revogação de actos, poderes que podem variar em função dos termos da repartição legal de competências (cf. artigos 142.º, n.º 1, 166.º e 174.º, n.º 1, do CPA);
- c) poderes instrumentais comuns, como os poderes de *inspecção e disciplinar* (que também existem na hierarquia dos serviços).

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

1.2.1. A *superintendência* («tutela» de orientação)

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

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

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

1.2.2. A *tutela*

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

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

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

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

Os outros poderes sobre o órgão tutelado – tutela *normativa* (poder regulamentar), *integrativa* (poderes de aprovação ou autorização), *correctiva* (poderes de revogação ou anulação), *sancionatória* (poder de aplicação de sanções), *substitutiva* (poder de substituição, em caso de omissão) ou *impugnatória* (poder de impugnação judicial) – só existem quando e na medida em que sejam expressamente (*especial* ou *excepcionalmente*) previstos na lei (cf. artigos 142.º, n.º 3, e 177.º, n.ºs 1 e 2, do CPA), sendo mais comuns nas relações com as administrações indirectas, que podem incluir mesmo uma *tutela de mérito* (admitindo-se então o controlo da oportunidade e conveniência das actuações dos órgãos tutelados).

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

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

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

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

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

- i) as autoridades administrativas *independentes*, em sentido estrito, bem como, em certos aspectos, as autoridades reguladoras (“semi-independentes”);
- ii) os *júris* de provas e de concursos (*órgãos temporários*).
- b) No âmbito de uma mesma pessoa colectiva há *órgãos* permanentes que se relacionam entre si com *independência mútua*:
 - i) *dentro de uma pessoa colectiva desconcentrada horizontalmente* – por exemplo, no município, nas relações entre o presidente da câmara, a câmara municipal e a assembleia municipal;
 - ii) *dentro de uma pessoa colectiva desconcentrada verticalmente* – por exemplo, numa universidade, os *órgãos* de gestão das faculdades, entre si ou perante o Reitor;
 - iii) *no interior de um órgão complexo* – nas situações de pluralismo orgânico-funcional (ministros, entre si ou com o Primeiro Ministro, no contexto do órgão Governo) ou de coadjuvação (secretários de Estado relativamente aos ministros).

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

2. Tipos especiais

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

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

A delegação é um acto administrativo, pelo qual um órgão administrativo, especificamente autorizado pela lei, permite que a sua competência para a prática de actos jurídicos seja exercida por outro órgão, da mesma (delegação de competências) ou de outra pessoa colectiva (delegação de atribuições).

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

Sendo a fixação da competência dos órgãos matéria da reserva legislativa, a lei tem de prever expressamente os poderes delegáveis e os órgãos em que podem ser delegados, bem como a possibilidade de subdelegação – embora o CPA preveja habilitações genéricas quanto a actos de administração ordinária (nos imediatos inferiores, adjuntos ou “substitutos” ou no presidente de órgão colegial - artigo 35.º), e leis especiais estabeleçam “delegações tácitas”, sem prejuízo do poder de revogação do delegante, de outras competências dos órgãos colegiais no respectivo presidente (por exemplo, da câmara municipal no presidente da câmara) ou de competências dos ministros nos respectivos secretários de Estado. Esse princípio da indisponibilidade da competência também explicará que o órgão delegante deva especificar os poderes que são delegados e que a delegação caduque com a mudança dos titulares dos órgãos delegante ou delegado (sem prejuízo da suplência ou “substituição”).

A partir do regime jurídico, estabelecido no artigo 39.º do CPA, designadamente quanto aos requisitos legais da delegação e aos poderes do delegante – poder de determinar e de extinguir livremente a delegação, poder de

avocação de decisões concretas na matéria delegada (sem extinção da delegação), poder de emitir directivas para orientação do exercício da competência pelo delegado (não de ordens concretas), poder de anulação, modificação e revogação dos actos praticados pelo delegado ao abrigo da delegação –, conclui-se que delegação *não é uma autorização constitutiva de legitimação* (como sustentam alguns autores), porque o delegado não tem competência própria concedida pela lei (dependendo a delegação inteiramente da vontade do titular do órgão delegante), *nem é uma concessão translativa* (como em França), porque o delegante não transfere a sua competência, mantendo os seus poderes de decisão – tendo, sim, a natureza jurídica de uma *concessão constitutiva*, na medida em que o acto do delegante qualifica o delegado para o *exercício, em nome próprio, de uma competência alheia*, transferindo para este o encargo do respectivo exercício.

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

São diversas as situações em que isso é admitido – incluindo os casos em que o órgão competente não cumpre os seus deveres de agir e é substituído por outro órgão, normalmente superior ou superintendente – mas o CPA, embora utilize o termo substituição, refere-se, afinal, às situações específicas de *suplência*, em caso de ausência, falta ou impedimento do titular do órgão, que, quanto a órgãos singulares, ainda poderia ser vista como substituição (artigo 41.º), mas tem um significado diferente dentro do órgão colegial (artigo 15.º).

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

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

Estas formas de colaboração inter-orgânica são hoje especialmente relevantes, quer no plano nacional, quer sobretudo no plano *transnacional* e *transfronteiriço*, estando nestes casos reguladas por normas europeias ou internacionais em vários sectores de actividade e aos mais diversos níveis.

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

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

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

III. Sistemas de organização administrativa

1. Concentração e descentração de poderes administrativos

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

Vamos referir-nos fundamentalmente aos fenómenos de desconcentração e descentralização, porque, como se sabe, face à realidade centralizada da administração pública portuguesa, segundo o modelo francês, as tendências actuais, desde a Constituição de 1976, ainda apontam predominantemente para uma perspectiva descentradora.

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

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

No entanto, os fenómenos e os respectivos fundamentos cruzam-se, seja porque a *desconcentração* dos poderes do Estado, designadamente a territorial, também é relevante para a autonomia das comunidades locais, por as aproximar dos centros de decisão, seja porque os instrumentos jurídicos da *descentralização* são utilizados para conseguir objectivos de eficiência organizativa.

2. Desconcentração

A *desconcentração* verifica-se tipicamente quando, no âmbito de actuação de uma determinada pessoa colectiva pública, a lei atribui competências *exclusivas* ou *próprias* a órgãos subalternos (em regra, sujeitos a hierarquia) – *desconcentração vertical*.

A desconcentração pode ser *funcional* (se as competências atribuídas são únicas) ou *territorial* (se as mesmas competências são distribuídas por vários órgãos subalternos, segundo áreas geográficas). Em rigor, para haver desconcentração, não basta que a lei permita o exercício de competências em conjunto com o superior hierárquico, nem que autorize este a delegar os seus poderes.

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

3. Descentralização

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

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

4. Desconcentração personalizada

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

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

A doutrina nacional, que começou por denominar este fenómeno de “devolução de poderes”, formulação pouco feliz e nada sugestiva, qualifica-o depois como “descentralização técnica” ou “descentralização de serviços” – mas parece que a designação mais adequada será a de *desconcentração personalizada*, tendo em conta que se aproxima mais de arranjos organizativos motivados por razões de eficiência (não é isso que se passa, no entanto, com alguns “institutos públicos” especiais, como as universidades, em que há uma verdadeira dimensão de autonomia comunitária, que as torna uma realidade híbrida).

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

IV. O modelo constitucional de organização da Administração Pública Portuguesa

1. Os dados constitucionais

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

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

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

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

Mais concretamente, determina-se, nos termos do artigo 267.º da Constituição, que a Administração Pública deve ser estruturada *de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva* (n.º 1), devendo a lei, para esse efeito, estabelecer *adequadas formas de descentralização e*

desconcentração administrativa, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes (n.º 2).

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

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

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

2. O modelo de descentralização máxima

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

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

Esta construção merece-nos algumas críticas. Em primeiro lugar, corresponde a uma interpretação demasiado literal do preceito da Constituição: é certo que este refere o princípio descentralizador como regra e os valores da eficácia e da unidade de acção como limites (*sem prejuízo de ...*), mas isso

resulta apenas de uma orientação política absolutamente compreensível em face do carácter extremamente centralizador do sistema então vigente, não sendo legítimo inferir daí uma imposição absoluta de máxima descentralização. Em segundo lugar, essa interpretação, em rigor, tornaria irreversíveis todas as opções concretas descentralizadoras, proibindo ao legislador ordinário a sua revisão, mesmo que se revelassem menos eficientes.

3. O modelo de equilíbrio eficiente

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

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

Deste modelo constitucional decorreria o seguinte:

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

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

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

Para além da supremacia governamental, a unidade de acção justifica a centralização e a hierarquia nas zonas em que sejam indispensáveis e na

medida em que se mostrem adequadas (por exemplo, nas tradicionais administrações militar, policial e fiscal).

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

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

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

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

4. Os sectores da organização administrativa

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

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

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

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

A garantia de existência aplica-se especificamente às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira (artigo 6.º, n.º 2), mas não quanto às “regiões administrativas”, que dependem de “criação legal”, em abstracto (artigo 255.º) e, para a sua instituição em concreto, de referendo nacional e regional (artigo 256.º) – até hoje não foram ainda criadas regiões administrativas, tendo havido um referendo nacional desfavorável em 1998.

Por outro lado, a garantia da existência das autarquias locais não proíbe uma reestruturação organizativa de territorial por lei parlamentar, que pode criar (por separação), modificar (por fusão) ou extinguir (por integração) municípios e freguesias, por razões de eficiência e de sustentabilidade – embora, num contexto de descentralização, as populações envolvidas devam ter um papel determinante no respectivo procedimento.

Recentemente, a Lei n.º 11-A/2013, de 28 de Janeiro, procedeu a uma reorganização das freguesias.

Depois, no que toca à administração autónoma corporativa, a Constituição, desde 1997, para além de prever a existência de *associações públicas* (artigo 267.º, n.º 1,) determina que só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas (princípio da especificidade das atribuições), não podem exercer funções sindicais e têm organização interna democrática (artigo 267., n.º 4).

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

4.3. A Constituição permite hoje expressamente a constituição, mas só *por via da lei*, de “entidades administrativas independentes” (artigo 267.º,

n.º 3), figura que visa sobretudo dar cobertura à administração reguladora independente, mas que deve entender-se como excepcional ou limitada – por essa via, não pode o Governo subtrair-se às suas obrigações ou ser privado dos seus poderes, nem pode haver uma alteração do equilíbrio constitucional dos poderes.

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

V. A organização da Administração Pública Portuguesa

1. A Administração Estadual Directa

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

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

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

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

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

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

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

Note-se que se refere aqui a Administração Pública Estadual em sentido estrito, não se considerando outras administrações estaduais, que não estão dependentes do Governo: a Assembleia da República (que, enquanto entidade administrativa, constitui uma pessoa colectiva pública), a Presidência da República, as Administrações da Justiça (Tribunais, Ministério Público e respectivos Conselhos Superiores).

2. As Administrações Estaduais Indirectas

2.1. Administrações indirectas públicas

Este sector é formado pelos *institutos públicos*, por *fundos públicos* e pelas *entidades públicas empresariais*

- a) Os institutos públicos são pessoas colectivas públicas, de substrato institucional, criadas pelo Governo, para assegurar um conjunto específico de funções administrativas estaduais, que não revistam carácter empresarial.

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

- i) “*serviços personalizados*” – correspondem a departamentos administrativos específicos (ministeriais) que são autonomizados e aos quais se atribui personalidade jurídica, como, por exemplo: IGESPAR - Instituto de Gestão do Património Arquitectónico e Arqueológico; IVV - Instituto do Vinho e da Vinha; ISS - Instituto da Segurança Social; ACSS - Administração Central do Sistema de Saúde; Instituto dos Registos e do Notariado; ICNB – Instituto de

Conservação da Natureza e da Biodiversidade; IFADAP (agricultura e pescas); INFARMED (medicamentos); Turismo de Portugal; Instituto de Reinserção Social; Administrações das Regiões Hidrográficas; ESPAP – Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I. P.; INA – Instituto Nacional de Administração; AMA - Agência de Modernização Administrativa; etc..

- ii) “*estabelecimentos públicos*” – são instituições de carácter cultural ou de carácter social que prestam serviços, em regra, abertos ao público – Universidades e Institutos Politécnicos públicos, Centros de Investigação Científica, alguns Hospitais públicos (quando não estejam sujeitos a uma organização empresarial);
- iii) “*fundações públicas de direito público*” – pessoas colectivas públicas de substrato patrimonial: Fundação para a Ciência e Tecnologia, Fundação CEFA (formação autárquica), Fundos públicos.

Os Institutos públicos (I.P.) são actualmente objecto de *regulação-quadro* pela Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro (várias vezes alterada e republicada pelo Decreto-lei n.º 5/2012, de 17 de Janeiro), embora alguns estejam sujeitos a regimes específicos, nos termos do artigo 48.º da Lei, como as Universidades e Institutos politécnicos, as instituições *públicas* de solidariedade social e os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde.

Pode acontecer que Institutos Públicos sejam equiparados por lei, para certos efeitos, a entidades públicas empresariais – v. por exemplo, a ESPAP – Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I. P, que resultou da fusão de três entidades, duas delas EPEs, operada pelo Decreto-Lei n.º 117-A/2012, de 17 de Junho.

As fundações públicas de direito público são actualmente reguladas pela Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, alterada pela Lei n.º 150/2015, de 10 de Setembro (Lei-Quadro das Fundações).

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

Exemplos: na área dos *transportes* [CP, API, NAV, Metropolitano de Lisboa], na área da *gestão de recursos públicos* [SPMS (Serviços Partilhados do Ministério da Saúde), Agência para o Investimento e Comércio Externo, Parque Escolar], na área *cultural* [Teatro Nacional D. Maria II, Teatro Nacional de S. João, OPART (Organismo de Produção Artística – CNB e TNSC)] e na área da *saúde* [alguns Hospitais (Curry Cabral, Amadora-Sintra, etc.), Centros Hospitalares (Centro Hospitalar de São João, Centro Hospitalar de Coimbra, etc.) e Unidades Locais de Saúde (Alto Minho, Baixo Alentejo, Guarda)].

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

2.2. Administrações indirectas privadas

2.2.1. Há desde logo a considerar a generalidade das *empresas públicas*, que são *sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicas*, instituídas para finalidades públicas sob a forma de *sociedades comerciais*, como, entre muitas, a PARPÚBLICA (que gere as participações accionistas do Estado), a IP - INFRAESTRUTURAS DE PORTUGAL, SA (que gere as infraestruturas de transportes rodoviários e ferroviários), o SIEV- Sistema de Identificação Electrónica de Veículos, SA, etc.. Estas empresas podem ser titulares de poderes públicos de autoridade, normais e significativos, como é o caso das várias *Administrações Portuárias* e da Infraestruturas de Portugal - IP, SA (v. o artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 91/2015, de 29 de Maio, que criou esta empresa) – as quais, por isso, em rigor, deveriam ter o estatuto de EPEs ou IPs).

O sector empresarial do Estado (que inclui, além das empresas públicas, as empresas participadas) é regulado pelo Decreto-lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro (alterado pelo Decreto-lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto) – que determina a aplicação do *regime de direito privado, com derrogações* – v. também o Decreto-lei n.º 71/2007, de 27 de Março (alterado pelo Decreto-lei n.º 8/2012 de 18 de Janeiro), que estabelece o estatuto do gestor público, sujeitando aos princípios de direito administrativo “o exercício de poderes próprios do exercício de funções administrativas” - artigo 9.º.

2.2.2. Há ainda a considerar as *fundações públicas com regime de direito privado*, que são objecto de *criação estadual*, como, por exemplo, as Fundações

universitárias, nos termos do RJIES (U. Porto, U. Aveiro, ISCTE, Universidade Nova de Lisboa) – no entanto, o Estado e as demais pessoas coletivas públicas estão *impedidos de criar ou participar em novas fundações públicas de direito privado* (artigo 57.º da Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, alterada pela Lei n.º 150/2015, de 10 de Setembro).

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

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

2.3. Administração indirecta independente – autoridades de supervisão e regulação da economia

A Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, aprovou a Lei-Quadro das autoridades de supervisão e regulação da economia. Na definição legal, são “entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público, cooperativo e social”.

Apesar da especificidade e variabilidade – em grande medida decorrente da sua importação dos sistemas anglo-saxónicos –, as autoridades administrativas *reguladoras* devem, quanto a nós, incluir-se ainda neste sector da administração estadual indirecta, na medida em que são entidades formal e materialmente *administrativas*, desempenham *tarefas estaduais específicas* e, embora não estejam sujeitas a superintendência e tutela no exercício das suas funções regulatórias, estão “adstritas” a ministérios, sujeitas a “tutela” inspectiva, administrativa e financeira (artigo 5.º, n.º 3 e 45.º da Lei-Quadro), e sofrem de alguma *influência* do Governo, que nomeia os titulares dos respectivos órgãos de direcção.

Caracterizam-se por serem especialmente apetrechadas em termos de *informação* e de *capacidade técnica*, e por exercerem as suas atribuições segundo padrões de *imparcialidade*, *neutralidade* e *eficiência técnica*, gozando de *autonomia decisória acrescida* perante o Governo (cujos poderes de tutela são limitados e estranhos aos conteúdos regulatórios) – são entidades híbridas,

no mínimo, semi-independentes (“*quangos*”), embora a lei as designe por *entidades administrativas independentes*.

A Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, aprovou a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aplicável à generalidade destas entidades, embora excluindo o Banco de Portugal (que goza de regime especial, estando integrado no Sistema Europeu de Bancos Centrais num contexto de federalização regulatória europeia).

Para além de uma autoridade *reguladora geral* da concorrência económica (AdC - Autoridade da Concorrência), há autoridades de supervisão e regulação que operam, enquanto *agências sectoriais*, nos vários sectores de actividade económica e financeira, incluindo os abertos à iniciativa privada, mas que, por serem de interesse geral, estão sujeitos a regulação administrativa, mais ou menos intensa: destacam-se as autoridades reguladoras do *sector financeiro* (CMVM – mercado de valores mobiliários; ASF - Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões – seguros, e o Conselho Nacional de Supervisores - CNSF), as reguladoras de SIEG - *Serviços de Interesse Económico Geral* (ERSE - energia eléctrica e gás; ANACOM – comunicações), mas também no domínio da *economia social* (ERS - prestação de cuidados de saúde).

A lei, seguindo parte da doutrina, tende a identificar estas autoridades reguladoras com as “entidades administrativas independentes” a que se refere expressamente o artigo 267.º, n.º 3, da Constituição.

A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras reconhece também como entidades reguladoras a Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT) e a Autoridade Nacional da Aviação Civil (ANAC), na área dos transportes, e a ERSAR, na área dos serviços de águas e resíduos.

Embora não reconhecidos como entidades reguladoras, há alguns *institutos públicos com funções reguladoras*, que integram a administração indirecta do Estado, atrás referida: INTF, I.P. - transporte ferroviário; InIR, I.P. - infra-estruturas rodoviárias; IMOPPI, I.P. – mercados de obras públicas e particulares e do imobiliário.

Aliás, também as Direcções Gerais podem exercer funções reguladoras – v., por exemplo, a Direcção Geral da Agricultura e Desenvolvimento Rural, que é a Autoridade Nacional do Regadio (Portaria n.º 136/2015, de 19 de Maio).

As Entidades administrativas reguladoras da economia obedecem hoje, como se disse, a uma Lei-Quadro, mas têm regimes individualizados, estabelecidos nas leis ou decretos-leis da respectiva criação, que, para além da definição das respectivas atribuições e poderes, asseguram a especificidade institucional e o grau adequado de autonomia decisória.

A especificidade da organização das administrações reguladoras atinge em certos casos alguma complexidade – v., por exemplo, que funcionam, respectivamente junto do Banco de Portugal e da CMV, o FGD - Fundo de Garantia de Depósitos, o FGCAM - Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo, e o SII – Sistema de Indemnização aos Investidores, que são pessoas colectivas públicas de tipo fundacional.

Recentemente, a Lei n.º 77/2013 criou a Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares de Justiça - CAAJ (com funções fiscalizadoras e sancionadoras da actividade de administradores judiciais e agentes de execução), qualificada como “entidade administrativa independente”, mas cujos membros são nomeados pelo Conselho de Ministros.

3. Autoridades administrativas *independentes*

Em sentido *estricto*, são as autoridades associadas ao Parlamento, que designa os respectivos titulares, com poderes predominantes de *fiscalização da legalidade* administrativa e de *garantia dos direitos* dos cidadãos, como o Provedor de Justiça (embora este órgão tenha outras dimensões públicas, de carácter político), a Comissão Nacional de Eleições, a Comissão Nacional de Protecção de Dados, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, a Entidade Reguladora da Comunicação Social, a Comissão para a Fiscalização do Segredo de Estado, a Comissão de Fiscalização dos Serviços de Informações, bem como outros, com funções essencialmente consultivas, como a Comissão Nacional de Objecção de Consciência, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.

O Conselho das Finanças Públicas é uma entidade administrativa independente que tem personalidade jurídica e exerce funções de auditoria financeira (Lei n.º 54/2011, de 19 de Outubro).

4. As Administrações Autónomas

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

4.1. *Administrações autónomas territoriais*

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

As *autarquias locais* têm um estatuto comum uniforme, definido por lei parlamentar – Lei das Autarquias Locais - *LAL* - Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, nos termos da Constituição.

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

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

- I) administração autárquica *directa*, formada pelos órgãos municipais e pelos serviços dependentes da câmara municipal, entre os quais se contam os *serviços municipalizados*, com organização empresarial.
- II) administração autárquica *indirecta*, que pode ser formada por entes públicos ou por entes privados:

Por um lado, as autarquias territoriais podem criar entes *indirectos* institucionais:

- a) *empresas públicas locais* – o sector empresarial local, bem como as relações (estatutárias, contratuais e societárias) entre as empresas e os municípios (ou as associações de municípios e áreas metropolitanas) são regulados pela Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, que exclui do respectivo objecto as tarefas que correspondam, quer a actividades de natureza exclusivamente administrativa, quer a um intuito exclusivamente mercantil.

As “empresas locais”, que incluem as empresas com participação dominante do município (ou associações de municípios e áreas metropolitanas), são *peças colectivas de direito privado*.

- b) *fundações públicas municipais* – são pessoas colectivas de *direito público*, de criação exclusivamente pública, reguladas pela Lei-Quadro das Fundações (artigos 48.º e ss da Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho).
- c) “*fundações públicas de direito privado*” – enquanto subsistirem, dada a *proibição* da sua constituição futura (artigo 57.º da Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho).

Por outro lado, a lei admite ainda a *participação* dos municípios em *cooperativas, associações e fundações de direito privado*, desde que estas prossigam fins de reconhecido interesse público local e se contenham dentro das atribuições do município (artigos 57.º e ss da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto).

4.2. *Administrações autónomas corporativas*

4.2.1. Há a considerar três tipos de organismos administrativos:

- a) *associações públicas* – designadamente as *profissionais* (Ordens e Câmaras), mas também as *económicas* (Casa do Douro até 2014, associações de beneficiários e regantes) e *culturais* (Academias).

Para além do disposto na Constituição (artigo 267.º/4), consta agora da Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro, o regime das *associações públicas profissionais*, com natureza pública e regime híbrido.

Artigo 4.º

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

2 – Em tudo o que não estiver regulado nesta lei e na respectiva lei de criação, bem como nos seus estatutos, são subsidiariamente aplicáveis às associações públicas profissionais:

- a) no que respeita às suas atribuições e ao exercício dos *poderes públicos* que lhes sejam conferidos, o Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações, e os princípios gerais de direito administrativo;
- b) no que respeita à sua *organização interna*, as normas e os princípios que regem as *associações de direito privado*.

Nos termos do artigo 45.º, n.º 2, “as associações públicas profissionais estão sujeitas a tutela de legalidade idêntica à exercida pelo Governo sobre a administração autónoma territorial”.

- b) *corporações territoriais* (de base legal ou de base associativa):
 - i) *entidades intermunicipais* – que abrangem áreas metropolitanas (Lisboa e Porto); comunidades intermunicipais (associações de municípios de fins múltiplos) – 21 em 2015; associações de freguesias e de municípios para fins específicos, constituídas por contrato – cuja previsão legal e regime são actualmente definidos pela Lei n.º 75/2013;
 - ii) *entidades regionais de turismo*.
- c) *consórcios públicos* – entidades públicas, com ou sem personalidade jurídica, constituídas por diversos entes públicos, para determinadas finalidades públicas comuns, como, por exemplo, os centros tecnológicos ou os centros médicos universitários.

Admite-se ainda uma *administração intermunicipal privada*, em que se integram as *associações de municípios para fins específicos*, bem como *empresas intermunicipais*.

4.2.2. As *administrações autónomas* estão sujeitas a tutela do Governo (ou, quanto às autarquias locais das ilhas, dos governos regionais), que, e, em geral, tende a ser apenas uma mera *fiscalização da legalidade* – que, no caso das autarquias locais, é a *regra*, sem prejuízo de haver algumas “áreas de condomínio” relativas a interesses simultaneamente nacionais e locais (por exemplo, nas áreas do urbanismo, ordenamento do território e ambiente), em que a lei confere ao Governo poderes que, embora pareçam corresponder a

uma tutela normativa, integrativa ou correctiva, devem ser entendidos como *poderes governamentais próprios*, a exercer num contexto e numa perspectiva marcada pelos princípios da *cooperação* (coordenação de interesses) e de *subsidiariedade* (preferência da entidade local).

No caso das associações públicas profissionais, a lei permite, excepcionalmente, que o Ministro da tutela possa, por si (a par do Ministério Público e do Provedor de Justiça), impugnar judicialmente os actos e regulamentos dos respectivos órgãos (artigo 46.º, n.º 2/c) da Lei n.º 2/2013). E o TC considerou que a atribuição por lei de poderes de nomeação ao Governo no âmbito das administrações autónomas corporativas não é inconstitucional, se não houver poderes de controlo (Acórdão n.º 25/2012). A Lei n.º 2/2013, embora equipare em geral a tutela de legalidade das associações à exercida sobre as autarquias locais, admite a existência de tutela de mérito em casos especialmente previstos na lei (artigo 45.º, n.º 1, *in fine*).

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

5.1. As periferias administrativas

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

- i) as pessoas colectivas privadas de criação estadual, que visem de forma imediata *exclusivamente fins privados e não disponham de poderes de autoridade*, como as *fundações de direito privado e utilidade pública* (Fundação Museu do Douro, Fundação Martins Sarmiento, Casa da Música, Fundação Centro Cultural de Belém, Fundação Mata do Buçaco, Fundação Paula Rego) – que, no entanto, a lei (Lei n.º 1/2012, de 3 de Janeiro) inclui nas “fundações públicas de direito privado”, juntamente com fundações de criação mista com privados, mas em que as pessoas colectivas públicas tenham influência dominante;

- ii) as pessoas colectivas mistas, criadas por pessoas colectivas públicas em colaboração com privados, mas em que aquelas não tenham influência dominante, designadamente as “fundações público-privadas” (Lei n.º 1/2012);
- iii) as pessoas colectivas privadas de criação privada e de (mera) *utilidade pública*, incluindo a generalidade das “instituições privadas de solidariedade social” (IPSS) e outras associações e fundações sem fins lucrativos;
- iiii) pessoas colectivas privadas com funções de *autoregulação privada* (organismos interprofissionais na agricultura, federações desportivas).

Obviamente, já estão fora do perímetro da Administração Pública as empresas privadas em cujo capital participem minoritariamente entidades públicas.

5.2. Os regimes especiais de direito público

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

- i) *entidades administrativas privadas*, de *criação pública* ou *mista*, designadamente as já referidas sociedades de capitais públicos e as fundações privadas administrativas, bem como as cooperativas de interesse público, quando (na medida em que) realizam *finalidades públicas* e, sobretudo, quando dispõem de *poderes públicos*;
- ii) entidades *privadas* de *criação privada*, que desenvolvem actividades de interesse público, mediante a utilização de poderes públicos de autoridade – sociedades *concessionárias* (designadamente de serviços públicos), «pessoas colectivas de *utilidade pública administrativa*» (Santa Casa da Misericórdia de Lisboa) e outras *múltiplas entidades* dotadas de poderes públicos específicos, *delegados* pela Administração (ou *reconhecidos*, como a Fundação para a Computação Científica Nacional, à qual, sendo uma pessoa colectiva privada de utilidade pública, cabe, por exemplo, a gestão do domínio *pt.*).

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

Assim, num contexto geral de *subordinação ao direito administrativo* (substancial e processual) da *gestão privada de interesses públicos*, estão subordinadas aos princípios fundamentais da actividade administrativa e aos direitos, liberdades e garantias, bem como a regras administrativas, designadamente no procedimento de celebração de contratos públicos.

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

6. Algumas tendências actuais

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

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

A concentração nessas autoridades de poderes normativos, executivos e judiciais suscita problemas de distorção da separação de poderes a todos esses níveis (reservas do Parlamento, do Governo e do juiz), tendo em conta o défice democrático (decorrente da diminuição da legalidade material e do enfraquecimento da tutela governamental) e jurídico (pela debilidade do controlo judicial de decisões técnico-estratégicas) – e torna-se mais complexo com a articulação cooperativa com outras autoridades reguladoras, designadamente no contexto europeu [Além do Banco de Portugal, integrado na estrutura europeia de bancos centrais, v., por exemplo, a Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia, instituída pelo Regulamento (CE) n.º 713/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009].

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

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

6.4. Expande-se a *auto-regulação privada de interesses públicos* na esfera económica (ex.: bolsas de valores; inter-profissionalismo vitivinícola, agro-alimentar e agro-florestal) e na esfera social (federações desportivas, embora também exerçam poderes públicos) – imposta, incentivada ou induzida pelo Estado, mas sempre *regulada e fiscalizada* pela Administração.

6.5. Embora no contexto da reforma administrativa geral (PRACE), se tenham estabelecido regimes gerais para os institutos públicos e para as associações públicas, a *diversidade* das figuras administrativas impõe-se, quer no reconhecimento de regimes especiais para vários institutos públicos (uns *quase serviços dependentes*, outros *quase entes autónomos*; uns claramente institucionais, outros com elementos corporativos ou empresariais), quer no facto de o regime legal geral das associações públicas aprovado em 2008 reger apenas para o futuro, não se aplicando às associações já constituídas.

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

São possíveis *consórcios externos*, sem personalidade jurídica – vocacionados para a prossecação de objectivos comuns dos seus membros,

não se estabelecendo qualquer limitação à identidade e à autonomia de cada um deles – como, por exemplo, criados por portaria, o Centro Académico de Medicina de Lisboa (CAML), constituído pelo Centro Hospitalar de Lisboa Norte, E. P. E., pela Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa e pelo Instituto de Medicina Molecular, e o Centro Médico Universitário de Lisboa constituído pelo Centro Hospitalar de Lisboa Central, E. P. E. e a Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Nova de Lisboa.

6.6. Há ainda a considerar o impacte organizativo da europeização da actividade administrativa, que leva a uma *administração europeia indirecta*, em que as Autoridades Nacionais funcionam como órgãos da União Europeia, para concretização ou execução das disposições do direito europeu a nível *nacional* (“plural executive”), por vezes com eficácia *transnacional* (por exemplo, a “licença comunitária multilateral” para o exercício da actividade de transportador rodoviário, emitida entre nós pelo IMT e válida em todo o espaço da União Europeia), bem como a formas de *co-administração* ou *gestão partilhada* (que vão além da mera *cooperação*), para assegurar a administração integrada de regimes jurídicos europeus e nacionais (por exemplo, na gestão dos fundos estruturais).

II PARTE

AS FORMAS PRINCIPAIS DA ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA DE DIREITO PÚBLICO:

O REGULAMENTO, O ACTO E O CONTRATO ADMINISTRATIVO

Bibliografia Básica:

- ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo II* (U. Coimbra), 1978
- *CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO* - 2015
- *CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS* - 2008

Bibliografia Geral de Leitura Recomendada:

- FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 3.^a ed., 2016.
- MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2007;
- — *Contratos Públicos*, 2008.
- MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 4.^a ed., 2017.

INTRODUÇÃO

- ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 3-51.
- Sobre as sanções, v. MARCELO PRATES, *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*, 2005.

1. Os factos jurídicos no Direito Administrativo

São factos jurídicos, em sentido amplo, “todos os factos de cuja ocorrência o Direito faz depender a produção de efeitos”.

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

Os *factos jurídicos* podem ser factos *naturais* – situações (duradouras: edifício em ruínas) ou acontecimentos (instantâneos ou limitados no tempo: incêndios, inundações, terremotos) –, mas também factos *humanos involuntários*

(nascimento, maioridade, morte, despiste de veículo) e até factos *humanos voluntários*, designadamente “acções materiais” (construção, aula, vacinação) e “comportamentos” (compra de casa, declaração de rendimentos, transgressões), que, apesar de serem naturalisticamente actos de vontade, valem juridicamente como meros factos, porque os respectivos efeitos jurídicos se produzem por determinação normativa, independentemente da existência da vontade do agente, que, mesmo existindo, não releva para essa produção.

Neste contexto, merece uma referência especial o *tempo*, cujo decurso é factor ou catalisador de efeitos jurídicos administrativos:

- a) seja de carácter *produtivo*: a *usucapião* (de bens do domínio privado) e o *uso imemorial* (relativo a bens do domínio público), que permitem a aquisição ou a titulação de direitos patrimoniais sobre coisas; a possibilidade de aquisição do direito ao lugar (pelo “funcionário putativo”, nomeado por acto nulo) e, em geral, o reconhecimento jurídico de situações de facto duradouras decorrentes de actos ineficazes;
- b) seja de carácter *extintivo*: a *caducidade* (termo natural da eficácia de uma posição jurídica ou de um poder, que deva ser exercido dentro de um certo prazo) e a *prescrição* (extinção de um direito ou de um poder pelo não uso, por presunção legal de renúncia ao respectivo exercício).

Os *actos jurídicos*, pelo contrário, pressupõem que haja um papel relevante da vontade do agente (intenção) para que se verifique a produção dos efeitos jurídicos.

Há, no entanto, a salientar a diferença entre os “*meros actos jurídicos*”, em que a vontade apenas *origina* a produção de efeitos jurídicos, sem os moldar (aceitação de um acto, pedido de naturalização, parecer não vinculante, notificação), e as “*decisões*” (incluindo os “negócios jurídicos”), em que a vontade tem um papel mais importante, assumindo, definindo ou estipulando os próprios efeitos jurídicos produzidos (determinando o conteúdo do acto).

Por outro lado, deve ter-se em conta que os actos jurídicos praticados pela Administração, sobretudo os actos administrativos em sentido estrito (que são, como veremos, decisões), visam sempre a realização de um fim legal (de um interesse público) que lhes é indicado normativamente, e operam através de uma racionalidade jurídica.

Assim, a vontade administrativa, sujeita aos princípios da prossecução do interesse público e da juridicidade, é uma vontade *funcional e objectiva*, e pode traduzir-se até em *manifestações de ciência* (por exemplo, nas declarações

e nas avaliações). A vontade administrativa não se confunde, pois, com as manifestações da “liberdade” e da «autonomia da vontade» (expressão de uma vontade psicológica), que são características dos negócios jurídicos celebrados pelos privados.

2. A actividade dos particulares no Direito Administrativo

2.1. A actividade dos particulares nas relações jurídicas administrativas intensifica-se e torna-se cada vez mais relevante, manifestando-se hoje, em geral, através de vários fenómenos:

- a) *colaboração directa* - além dos trabalhadores em funções públicas, os “concessionários” (em sentido amplíssimo, incluindo entidades “delegadas” e “acreditadas”), as “parcerias públicas-privadas institucionais”, as associações entre entidades públicas e privadas, as entidades privadas de interesse público;
- b) *concertação* - contratos administrativos, planos concertados, acordos, pactos, convenções;
- c) *iniciativa* (petições, comunicações prévias e requerimentos de actos favoráveis) e *participação procedimental* (inquéritos públicos, colaboração instrutória, audiência prévia);
- d) *iniciativa do controlo* - em especial, as impugnações administrativas (reclamações e recursos) e as acções judiciais (acções particulares e acções populares).

2.2. No contexto da privatização funcional, avulta a prática de actos privados que são *equiparados a decisões administrativas* de autoridade, por constituírem o exercício de poderes públicos (artigo 4.º, n.º 1, alínea d) do ETAF, artigo 51.º, n.º 1, *in fine*, do CPTA, e, quanto aos procedimentos pré-contratuais de direito público, o artigo 100.º, n.º 2, do CPTA).

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

2.3. Factos ilícitos dos particulares

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

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

Estas medidas desfavoráveis podem ser:

- a) medidas *preventivas* – sejam de *controlo prévio* (recusa de entrada no território nacional), *persuasivas* (avisos formais, suspensão de autorização até prestação de informações), *prudenciais* (proibição aos bancos de distribuição de dividendos, obrigação de constituição de reservas, ordem de vacinação);
- b) medidas *extintivas*, onde se incluem a *invalidação* (com fundamento em ilegalidade), *declaração de caducidade* ou *revogação* de *actos favoráveis* (retirada de subsídio ou de bolsa por perda de requisitos, cassação de licença de porte de arma por embriaguez frequente), bem como as *medidas de controlo permanente* (medidas de polícia, apreensão de carta de condução por cegueira superveniente, retirada de paralelismo pedagógico de escola privada por perda de requisitos);
- c) medidas *repressivas* (suspensão de actividade, apreensão de bens, encerramento provisório de estabelecimento, imposição de quarentena ou internamento de pessoa com doença contagiosa);
- d) medidas *reparatórias* (abate de animais doentes, demolição ou reconstrução obrigatória de prédios em ruína).

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

2.3.4. São várias as espécies de sanções administrativas:

a) Sanções administrativas *gerais*

A partir de 1982, generalizou-se o *ilícito de mera ordenação social* – infracções de leis ou disposições normativas gerais de carácter não criminal (sem a correspondente dimensão axiológica), que são qualificadas expressamente como “contra-ordenações” e punidas com “coimas” (sanções pecuniárias), eventualmente acompanhadas de “sanções acessórias”, aplicadas pelos órgãos administrativos competentes, mas com recurso para os tribunais judiciais.

Deve considerar-se ainda a possibilidade de existência de *outras sanções administrativas gerais*, legalmente instituídas, embora haja quem entenda que elas não seriam admissíveis, face a uma alegada tipicidade sancionatória decorrente do artigo 165.º/1d da Constituição.

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

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

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

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

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

b) Sanções administrativas *especiais*

Para além das sanções aplicáveis à generalidade das pessoas, há sanções especiais, que podem ser *sectoriais* (aplicáveis no âmbito de sectores privados sujeitos a regulação especial, nos domínios económico, social e cultural, como a banca, seguros, telecomunicações, saúde, segurança social, ensino), *disciplinares* (violação de deveres no âmbito das «relações especiais de direito administrativo») e *contratuais* (no âmbito de relações contratuais administrativas).

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

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

São problemas específicos neste domínio, por exemplo, o do alcance do princípio da tolerância administrativa e o da admissibilidade do não exercício ou da renúncia pela Administração ao poder de punir.

3. A actividade administrativa de direito público

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

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

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

- a) *actos jurídicos instrumentais*, que podem ser *preparatórios* (abertura de concurso, pareceres, relatórios de exames ou vistorias), *executivos* (alvarás, aprovação de actas, ordens de execução) e *comunicativos* (notificações, publicações) de decisões administrativas;
- b) *acções ou operações materiais*, que podem ser de *exercício* (prestação de serviços aos utentes, vistorias, exames, obras, campanhas de esclarecimento, vigilância e coacção directa policial) e de *execução* (demolições, pagamentos, ocupação de terrenos);
- c) *declarações negociais* (por exemplo, sobre a validade e a interpretação de cláusulas no âmbito da execução de contratos administrativos).

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

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

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

Mas, outras vezes, adquirem relevo próprio e justificam uma consideração *autónoma* por parte da doutrina administrativa, como actuações que geram expectativas dignas de protecção jurídica ou como comportamentos ilícitos geradores de responsabilidade civil – medidas provisórias que atinjam direitos dos particulares, acções materiais de exercício ilegais ou incorrectas, coacção directa em situações

de urgência (selagem de instalações, proibição de circulação), informações erradas, advertências prejudiciais, acordos geradores de confiança legítima.

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

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

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

São de referir ainda, no âmbito da actividade das *autoridades reguladoras*, um conjunto diversificado de “decisões regulatórias”, que embora assumam a forma das categorias tradicionais – regulamentos, actos e contratos –, não se enquadram perfeitamente no respectivo regime. Destacam-se, entre elas, as *regulamentações técnicas independentes* (que, tendo carácter regulamentar, podem pôr em causa a reserva normativa da função legislativa), as *decisões administrativas arbitrais e de resolução de litígios entre privados* (que se aproximam de decisões judiciais e podem comprimir a reserva do juiz), bem como os *contratos regulatórios* (alguns dos quais são “quase-internos”, por serem celebrados entre entidades administrativas sem verdadeira autonomia entre si).

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

CAPÍTULO I

O REGULAMENTO ADMINISTRATIVO

Bibliografia:

AFONSO QUEIRÓ, “Teoria dos Regulamentos”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, XXVII (1ª série), p 1 e ss, e ano 1.º (2ª série), p. 5 e ss;

VIEIRA DE ANDRADE, *O ordenamento jurídico administrativo português*, in *Contencioso Administrativo*, Braga, p. 58-68;

ANA RAQUEL MONIZ, *A titularidade do poder regulamentar no direito administrativo português*, in *BFDUC*, 80 (2004), p. 483-562; *Estudos sobre regulamentos administrativos*, 2.ª ed., 2016.

Bibliografia facultativa:

FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, p. 145 e ss; Acórdão do

Tribunal Constitucional n.º 1/92, in *Diário da República*, I Série-A, de 20-02-92;

GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., 2003, p.

833-846;

GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*,

3.ª ed., 1993, anotações XVIII a XXIX ao (então) artigo 115.º.

1. Noção e fundamento

1.1. Para efeitos do disposto no CPA, consideram-se regulamentos administrativos “as normas jurídicas gerais e abstractas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos”.

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

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

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

1.2. A importância da actividade regulamentar manifesta-se, quer na organização dos serviços administrativos (regulamentos *orgânicos* ou *organizativos*) e na disciplina do funcionamento da administração (regulamentos *funcionais* ou *operacionais*), quer na regulação das relações jurídicas entre entes públicos e particulares, entre entes públicos e entre particulares (regulamentos *relacionais*).

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

Em Portugal, não existindo uma reserva constitucional de regulamento e dispondo o Governo de poderes legislativos normais sobre quaisquer matérias

que não sejam reservadas pela Constituição ao Parlamento, o espaço regulamentar estadual é frequentemente ocupado por decretos-leis, seja porque estes disciplinam aspectos secundários ou pormenorizados dos regimes jurídicos, seja porque as leis, ao disciplinarem as bases gerais dos regimes, determinam que a respectiva regulamentação se faça sob a forma de decreto-lei (“decretos-leis regulamentares”).

1.3. O regulamento caracteriza-se como norma *geral* (com destinatários indeterminados) e *abstracta* (aplicável a situações da vida indeterminadas), de *execução permanente* (“vigência sucessiva”) e distingue-se do acto administrativo em sentido estrito (com destinatários individualizados e relativo a uma situação concreta) – embora haja problemas de fronteira, especialmente quanto à qualificação e ao regime das decisões gerais concretas e das disposições individuais abstractas, que abordaremos a propósito da teoria do acto administrativo.

2. Tipos de regulamentos

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

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

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

Assim, são *externos* os regulamentos aplicáveis a quaisquer relações intersubjectivas (também às relações inter-administrativas).

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

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

Algo de semelhante acontece com os regimentos de órgãos colegiais, que, sendo em princípio internos, contêm muitas vezes normas que respeitam a direitos dos membros (sendo, nessa medida externos).

As diferenças entre regulamentos externos e internos revelam-se, desde logo, quanto ao seu fundamento: a competência regulamentar externa funda-se em previsão legal expressa; a competência regulamentar interna funda-se num poder implícito de auto-organização administrativa (que, por isso, não necessita de previsão expressa da lei).

Há também diferenças de regime: ao contrário do que acontece com os regulamentos externos, cujo regime está estabelecido no CPA, os regulamentos internos *não são judicialmente impugnáveis* (não podem ser objecto de acção judicial, nem relevam como padrões jurídicos autónomos de controlo pelo juiz), nem vale para eles o princípio da *inderrogabilidade singular* (admitem-se decisões concretas divergentes da regulação interna anterior, devidamente justificadas).

Apesar disso, os regulamentos internos têm relevância *jurídica*, designadamente os regulamentos operacionais, que estabelecem directrizes auto-vinculativas para o exercício do poder discricionário: por um lado, são impugnáveis no âmbito da Administração (designadamente, em recursos hierárquicos ou tutelares); por outro lado, o seu incumprimento, embora não origine por si a invalidade da decisão divergente, pode ser sintoma ou indício de arbitrariedade, de violação do princípio da igualdade ou de mau uso dos poderes discricionários, susceptíveis de invocação perante o tribunal em quaisquer acções (designadamente, na impugnação de actos, e nas acções de responsabilidade civil administrativa).

2.2. Os regulamentos são, em regra, *mediatamente* ou *indirectamente operativos* – na medida em que regulam em abstracto as actuações

administrativas, os seus efeitos só se produzem na esfera jurídica dos destinatários através de actos concretos de aplicação, administrativos ou judiciais.

Existem, porém, regulamentos *directamente* ou *imediatamente operativos*, que produzem os seus efeitos directamente na esfera jurídica dos destinatários, sem necessidade de um acto específico de aplicação, bastando que a pessoa preencha em concreto os requisitos fixados abstractamente na norma – é isso que acontece, por exemplo, com os regulamentos que *proíbem* (obrigação incondicional de abstenção ou de renúncia a comportamento) ou *impõem* (obrigação de comportamento activo vinculado) *condutas específicas a pessoas determinadas ou determináveis*, bem como os que determinam ou modificam um determinado *estatuto* (de pessoas ou coisas) ou os que fixam o *custo* de um bem ou serviço (tarifas, taxas, propinas). Também são, assim, regulamentos imediatamente operativos os planos urbanísticos com “eficácia plurisubjectiva” (planos municipais e planos especiais de ordenamento do território), na medida em que, além das entidades públicas, vinculam directa e imediatamente os particulares.

Esta distinção é relevante para vários efeitos, designadamente no que toca à impugnação dos regulamentos, como veremos adiante.

3. As espécies de regulamentos gerais externos

3.1. Classificação dos regulamentos gerais externos

De um ponto de vista dogmático-prático, a distinção principal entre os regulamentos gerais externos é aquela que se refere à sua *relação com a lei*:

- a) regulamentos *executivos* ou de execução de lei, que são necessários à execução ou, pelo menos, à boa execução das leis: organizam procedimentos, pormenorizam, interpretam, ou integram lacunas (por analogia, no quadro da lei respectiva) de leis específicas;
- b) regulamentos *complementares*, que visam completar um determinado regime legal, seja desenvolvendo-o, quando a lei se limite a estabelecer

as respectivas bases gerais (*regulamentos de desenvolvimento*), seja utilizando o quadro legal para regular situações especiais não previstas (*regulamentos de integração*, também ditos “de utilização de lei” ou “integrativos”);

- c) regulamentos *independentes*, que, embora não dispensem uma norma legal que fixe a respectiva competência (norma habilitante), não visam executar, complementar ou aplicar uma *lei específica* (não têm como objecto uma determinada lei), mas, sim, dinamizar a *ordem jurídica em geral* (em regra, um conjunto de leis), disciplinando «inicialmente» certas relações sociais, seja no exercício de poderes próprios de produção normativa primária pelas comunidades auto-administradas (regulamentos *autónomos*), seja no exercício de competência universal do Governo em matéria administrativa (regulamentos *independentes governamentais*), seja no exercício de poderes normativos genéricos concedidos por lei a autoridades reguladoras (*regulação independente*);
- d) regulamentos *autorizados*, pelos quais a Administração, com base em habilitação legal expressa, regula matéria que, em princípio, sobretudo pelo seu carácter inovatório, caberia à lei;
- e) regulamentos *de substituição* (ou delegados), em que a Administração é admitida a actuar em vez do legislador, modificando, suspendendo ou revogando normas contidas em diplomas legais.

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

Estabelecidas as categorias regulamentares, põe-se o problema de saber em que medida elas são admitidas no nosso ordenamento jurídico. A resposta normativa a esse problema é dada actualmente pela Constituição no artigo 112.º, n.ºs 5 a 7.

a) Regulamentos de execução

Integram a categoria dos regulamentos comuns ou típicos e não são seguramente abrangidos e afastados pelo n.º 5 do artigo 112.º, apesar de a formulação do preceito constitucional não ser inequívoca nas referências que faz

à proibição de “interpretar” e “integrar” – no que respeita aos regulamentos do Governo há uma previsão expressa no artigo 199.º, alínea c).

b) Regulamentos complementares

Os regulamentos complementares de *desenvolvimento*, embora não sejam proibidos directamente pelo n.º 5 do artigo 112.º, não têm entre nós razão de ser, em face da competência legislativa alargada de que goza o Governo e, especificamente, da figura dos decretos-leis de desenvolvimento (artigo 198.º/1/c, também da Constituição). Por sua vez, os regulamentos de *integração*, apesar de aparentemente proibidos pelo n.º 5 do artigo 112.º, devem considerar-se admissíveis, desde que expressamente autorizados por lei, quando se limitem a adaptar o quadro legal a situações especiais (obviamente, fora da zona de reserva de lei formal), bem como quando se trate de regulamentos produzidos no quadro de uma autonomia normativa legalmente reconhecida (por exemplo, a autonomia regulamentar das administrações autónomas ou a autonomia estatutária das universidades) – a integração tem de fazer-se dentro do “espírito da lei”, de acordo com o princípio da legalidade (*analogia legis*).

c) Regulamentos *independentes*

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

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

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

constituem uma habilitação directa do Governo, enquanto órgão administrativo competente para a prática de actos normativos).

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

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

[v., por exemplo, o artigo 9.º, alínea a), 2.ª parte, do Decreto-lei n.º 309/2001, de 7/12, que confere ao ICP-ANACOM competência para elaborar os regulamentos «nos casos previstos na lei e *quando se mostrem indispensáveis ao exercício das suas atribuições*» - disposição que, no entanto, deverá, quanto a nós, ser interpretada restritivamente nesta última parte, sob pena de inconstitucionalidade].

- d) Os regulamentos autorizados, embora, em geral, devam considerar-se *proibidos*, serão admissíveis em *casos particulares* – por exemplo, os *regulamentos dos planos urbanísticos* podem considerar-se como uma espécie de “regulamentos autorizados”, na medida em que coordenam interesses de diversos níveis – nacionais, regionais e locais, sejam gerais ou especiais.
- e) Os regulamentos de substituição ou *delegados* são hoje inequivocamente *proibidos* pelo n.º 5 do artigo 112.º, que, em homenagem à ideia de reserva de lei formal, não admite, nem a delegação propriamente dita, nem sequer a deslegalização – note-se, em contraste, que este tipo de regulamentos é admitido no ordenamento da União Europeia (TFUE, artigo 290.º).

4. O procedimento e a forma dos regulamentos

4.1. Procedimento regulamentar

Sem prejuízo das leis especiais que regem os procedimentos de formação de diversos regulamentos, a nível local ou sectorial, o CPA estabelece agora regras gerais relativas ao procedimento regulamentar, prevendo a possibilidade de petição dos interessados e os requisitos da iniciativa pública, disciplinando a audiência dos interessados e a consulta pública (artigos 97.º a 101.º do CPA).

É de salientar, como novidade introduzida em 2015, a obrigação de os regulamentos serem aprovados com base num projecto, acompanhado de uma nota justificativa fundamentada, que deve incluir uma ponderação dos custos e benefícios das medidas projectadas (artigo 99.º).

Tratando-se de normas de aplicação geral, impõe-se a *publicação* dos regulamentos – no Diário da República, dos regulamentos do Governo e das Regiões (artigo 119.º/1/h), e em boletim autárquico ou em edital (5 dias, no máximo), dos regulamentos das autarquias locais (artigo 119.º, n.º 3, da CRP e artigo 91.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, na versão da Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro) – o artigo 139.º, certamente por lapso, prevê a publicação de todos os regulamentos no Diário da República, devendo a norma ser objecto de restrição teleológica, em termos de excluir designadamente os regulamentos das administrações autónomas.

Embora se trate de um aspecto formal, impõe-se a *indicação expressa da lei habilitadora*, que o Tribunal Constitucional tem fiscalizado com severidade, seja da lei que o regulamento visa executar, seja, nos casos dos regulamentos autónomos e independentes, da lei (ou da norma) que autoriza a respectiva emissão (artigo 112.º, n.º 7, da CRP e 136.º, n.ºs 2 e 3, do CPA).

Esta habilitação legal prévia vale também para quaisquer comunicações dos órgãos da Administração Pública que, ainda que não constituam regulamentos para efeitos do CPA, estabeleçam padrões de conduta da vida em sociedade, independentemente da denominação ser “directiva”, “recomendação”, “instruções”, “código de conduta” ou “manual de boas práticas” (artigo 136.º, n.º 3, do CPA).

4.2. Formas regulamentares mais importantes

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

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

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

Os restantes regulamentos, emanados pelos entes institucionais e corporativos – estaduais ou autónomos – não revestem formas solenes específicas, salvo quanto aos *estatutos* auto-aprovados (por exemplo, das universidades e respectivas unidades orgânicas).

5. Princípios jurídicos relativos à actividade regulamentar externa

5.1. Os princípios gerais da actividade administrativa

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

Desde logo, aos princípios da legalidade: além do *primado* da lei (e da Constituição) e da *precedência* da lei, revestem especial importância em sede de regulamentos o princípio constitucional da *reserva parlamentar* e o conseqüente imperativo de *densidade legal acrescida* (determinidade) – nas matérias reservadas ao Parlamento, admitem-se, em geral, os regulamentos *executivos*, mas são inadmissíveis regulamentos independentes do Governo, e só em determinada medida serão admissíveis regulamentos independentes autónomos (estes últimos justificados pela harmonização ou concordância

prática entre o princípio da reserva de lei e a garantia das autonomias normativas, por exemplo, das Regiões Autónomas e das autarquias locais).

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

5.2. O regime especial aplicável à actividade regulamentar

Há um conjunto de regras, proposições e princípios especiais, definidos pela doutrina e pela jurisprudência, e que agora constam em grande medida do CPA (artigos 137.º a 147.º), constituindo um regime normativo próprio dos regulamentos externos (distinto do regime dos actos legislativos):

- a) A obrigatoriedade da emissão e a proibição da simples revogação dos regulamentos executivos que sejam *necessários* à execução das leis (artigo 137.º do CPA);
- b) A *caducidade* do regulamento como efeito da revogação da lei que visa executar, salvo na parte ou na medida em que ele seja compatível com a nova lei e enquanto não houver nova regulamentação (para evitar o vazio normativo – artigo 145.º);
- c) A regra da irretroactividade dos regulamentos desfavoráveis (artigo 141.º) – com algumas *compressões* naturais: regulamentos de leis retroactivas, regulamentos necessários à execução de leis;
- d) A regra da inderrogabilidade singular (artigo 142.º, n.º 2), nos termos da qual os regulamentos (diferentemente do que acontece com as leis, que são reversíveis) não obrigam só os particulares, mas também a própria Administração que os elaborou, de modo que nenhuma autoridade administrativa pode deixar de o cumprir nos casos concretos, enquanto ele se mantiver em vigor (mesmo que seja autora do regulamento, caso em que terá de o revogar antes de poder dele divergir);
- e) A admissibilidade excepcional da recusa de aplicação por órgãos administrativos de regulamentos que considerem inconstitucionais, contrários ao direito da união europeia ou ilegais – só em condições especiais (antijuridicidade manifesta) e por certas autoridades (por ministros

- ou órgãos superiores da administração autónoma, designadamente, quando tenham, eles próprios, competência regulamentar);
- f) A impugnabilidade administrativa, mediante reclamação para o autor do regulamento ou recurso para órgão competente para a respectiva modificação, suspensão, revogação ou declaração de invalidade, ou para condenação à emissão, em caso de omissão ilegal (artigo 147.º).
- g) A impugnabilidade judicial *directa*, fundada na ilegalidade, garantida constitucionalmente aos titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos (artigo 268.º, n.º 5, da CRP) – que opera de forma diferente consoante o tipo de regulamento (artigo 73.º do CPTA):
- i) no caso dos regulamentos que sejam imediatamente operativos, mediante fiscalização abstracta (declaração de ilegalidade com força obrigatória geral) a qual, no entanto, é limitada, visto que não é admissível quando esteja em causa apenas a inconstitucionalidade do regulamento (cujo conhecimento é reservado ao Tribunal Constitucional, a pedido de entidades competentes para requerer a fiscalização abstracta de normas jurídicas, nos termos do artigo 281.º da Constituição) – nesses casos admite-se apenas a impugnação e fiscalização concreta (desaplicação);
 - ii) no caso dos regulamentos não imediatamente operativos, suscita-se a questão da ilegalidade da norma no processo de impugnação do acto que a aplique.

6. As relações entre regulamentos administrativos externos

6.1. Em geral, valem os princípios da ausência de hierarquia e da igualdade de valor típico entre regulamentos externos – todos têm valor de regulamento (infra-legal e infra-constitucional), embora haja várias excepções ou compressões desses princípios, como resulta agora do CPA (artigo 138.º).

6.2. Os diversos regulamentos têm o seu campo de aplicação específico, eventualmente cumulativo, em conformidade com as atribuições e competências próprias de cada autoridade – princípio da atribuição ou princípio da competência – de modo que não haverá, na maior parte dos casos, conflitos normativos reais.

6.3. Os eventuais conflitos na aplicação de regulamentos – quando não esteja em causa a mera sucessão de regulamentos, que origina a precedência

do regulamento posterior, mais recente – são resolvidos, em primeira linha, se for caso disso, pelas regras aplicáveis à relação entre «normas gerais» e “normas especiais» (preferência de aplicação da “norma especial”, ainda que anterior) – v., por exemplo, o conflito entre um plano director municipal e um plano de pormenor.

6.4. Relativamente aos regulamentos governamentais há uma natural ordem de *prevalência* (preferência aplicativa): Decretos Regulamentares (pelo seu valor *formal* reforçado pela promulgação pelo Presidente da República); Resoluções normativas do Conselho de Ministros (pelo seu valor *substancial* reforçado); Portarias normativas; Despachos genéricos (artigo 138.º, n.º 3).

6.5. No que respeita a regulamentos provenientes de órgãos colocados entre si numa relação de hierarquia ou de superintendência, os regulamentos da autoria dos órgãos subalternos ou superintendidos não podem contrariar os regulamentos emanados pelos superiores ou superintendentes sobre matéria que seja de atribuição e competência comum. Por sua vez, os regulamentos da autoria dos delegados têm de respeitar os regulamentos emanados pelo delegante, salvo se a delegação incluir a competência regulamentar.

Nestes casos, a contrariedade implica a respectiva *invalidade* (artigo 143º, n.º 2, alíneas a) e b)).

6.6. No quadro das autarquias institucionais e corporativas que disponham de autonomia estatutária, os respectivos “estatutos” constituem “regulamentos de enquadramento”, uma espécie de “regulamentos reforçados” – por isso, são inválidos os “regulamentos” e “regimentos” emanados dos respectivos órgãos que violem os estatutos nos quais se funde a competência para a respectiva emissão (artigo 143.º, n.º 2, alínea c)).

6.7. O problema mais complicado é o que envolve os regulamentos das autarquias locais, por se tratar de pessoas colectivas públicas de fins múltiplos.

Nos termos do artigo 241.º da Constituição, os regulamentos das autarquias locais devem respeitar os limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior (isto é, das que têm jurisdição territorial mais ampla) ou das autoridades com poder tutelar (Governo ou governos regionais).

Este preceito não deve, porém, ser interpretado no sentido de estabelecer uma relação de subordinação abstracta, *hierárquica* e automática entre

regulamentos, com a consequência da *invalidade* das normas subordinadas – à semelhança do que acontece na relação dos regulamentos com as leis e com as normas constitucionais.

Por um lado, a supremacia há-de consistir em uma mera *prevalência* (“preferência aplicativa”) dos regulamentos preferidos.

Por outro lado, a prevalência dos regulamentos governamentais só é admissível relativamente às *matérias* de interesse nacional e na *medida* em que a lei determine a existência de tutela normativa do Governo ou dos governos regionais, tutela que não se presume.

Nas matérias de *sobreposição* de atribuições e competências governamentais (nacionais ou insulares) com atribuições e competências autárquicas (por exemplo, em matéria de ambiente e de ordenamento do território), a prevalência deve ser avaliada em cada tipo de situações, em função das *normas de competência*, interpretadas no contexto do sistema constitucional, tendo em conta que os princípios da *subsidiariedade*, da *autonomia local* e da *descentralização democrática da Administração Pública* (artigo 6.º da Constituição) limitam o princípio da *prevalência do interesse nacional* – devendo privilegiar-se os princípios de *cooperação* e de *coordenação* de interesses nacionais e locais contra uma concepção “estatista” e centralizadora da administração pública.

Assim, se não for possível a aplicação cumulativa das normas nacionais e autárquicas, entendemos que devem valer as normas autárquicas enquanto normas especiais, salvo se a preferência das normas governamentais se impuser, seja perante a *deficiência* da regulamentação local, seja pela *necessidade imperiosa* de assegurar uma realização uniforme do interesse nacional.

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

7. A invalidade dos regulamentos

7.1. Os regulamentos são inválidos se forem desconformes com a constituição, a lei, os princípios gerais de direito ou infringjam normas de direito internacional e direito europeu (artigo 143.º, n.º 1).

7.2. A ilegalidade (antijuridicidade) por acção – com a consequente invalidade do regulamento, com regimes diferenciados, conforme os vícios sejam substanciais ou formais: em princípio é invocável a todo o tempo, mas está sujeita a um prazo e à oficiosidade a arguição das ilegalidades formais e procedimentais, salvo nos casos de preterição absoluta de forma legal ou preterição de consulta pública obrigatória (artigo 144.º) – e a ilegalidade por omissão (quando a emissão do regulamento seja necessária à execução da lei).

7.3. A tutela judicial efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos em matéria regulamentar (268.º, n.º 5 da CRP): as acções administrativas especiais de impugnação de normas ou de declaração de ilegalidade por omissão.

7.3.1 A declaração judicial de ilegalidade com força obrigatória geral e a desaplicação concreta de regulamentos imediatamente operativos.

7.3.2. Os efeitos retroactivos (“ex tunc”) e repristinatórios da declaração de invalidade com força obrigatória geral, embora não afecte os casos julgados e os actos administrativos inimpugnáveis favoráveis aos destinatários (artigo 144.º, n.ºs 3 e 4).

7.3.3. A declaração de ilegalidade por *omissão* e fixação de prazo (não inferior a 6 meses) para a respectiva emissão (fixação de prazo que deve ser entendida como condenação).

8. A jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de regulamentos administrativos

8.1. O rigor formalista no cumprimento da indicação da lei habilitante (Acórdão n.º 457/94), de algum modo suavizado por o Tribunal ter entretanto admitido que o artigo 112.º, n.º 7, não impõe que a indicação da lei definidora da competência conste de um qualquer trecho determinado do regulamento (Acórdão n.º 357/99), e tem considerado suficiente a mera referência à lei habilitante no articulado do regulamento, ainda que dele não conste a expressa indicação que se pretendia proceder à regulamentação daquela lei (Acórdão n.º 110/95).

8.2. O limite constitucional da regulação primária por lei da matéria de direitos, liberdades e garantias, face a regulamentos policiais (Acórdão n.º 83/2001), a regulamentos das autarquias locais (Acórdãos n.º 74/84 e n.º 307/88) e a regulamentos autónomos de Ordens profissionais (Acórdão n.º 89/2012).

8.3. O limite constitucional da reserva de lei em matéria de impostos e na definição do regime geral das taxas (Acórdãos n.º 63/99 e n.º 52/2006).

8.4. A reserva de função legislativa e o imperativo de densidade e determinidade normativa da lei em matéria de fixação de regime sancionatório (de escolas privadas), implicando a inconstitucionalidade do regulamento que fixou aspectos fundamentais desse regime (Acórdãos n.º 398/2008 e n.º 533/11).

CAPÍTULO II

O ACTO ADMINISTRATIVO

Bibliografia geral:

- ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II., p. 51-101;
- ROGÉRIO SOARES, “O acto administrativo”, in *Scientia Iuridica*, 1990, t. XXXIX, p. 25 e ss;
- FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, p. 191 e ss;
- M. ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, anotado*, p. 539-567.
- Aroso de Almeida, *Teoria Geral do Direito Administrativo - 3.ª Edição*, 2015

Bibliografia facultativa:

- V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, 1995, p. 613 e ss;
- VIEIRA DE ANDRADE, *Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de “acto administrativo” no nosso tempo*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, 2001, p. 1189 e ss,
- PEDRO GONÇALVES, “Apontamento sobre a função e a natureza dos pareceres vinculantes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 0, p. 3 e ss.
- RAÚL BOCANEGRA SIERRA, *La teoría del acto administrativo*, Madrid, 2005.

1. O conceito de acto administrativo

1.1. A grande diversidade das formas de actuação no exercício da função administrativa impõe a compreensão de várias distinções, já referidas, que relevam para uma construção dogmática neste domínio.

- a) Desde logo, a distinção básica entre a actividade administrativa sujeita (exclusiva ou principalmente) ao direito privado (gestão privada) e actividade regulada pelo *direito público*.
- b) Depois, em especial entre os actos de direito público, a diferença entre factos jurídicos (acções materiais e comportamentos) e *actos jurídicos*.
- c) Os actos jurídicos de direito público podem ser actos *negociais* (paritários, contratuais ou consensuais) e actos *unilaterais* praticados no exercício de poderes *de autoridade*.
- d) Entre os actos unilaterais de autoridade, distinguem-se os actos gerais e abstractos (regulamentares) dos *actos individuais e concretos*.
- e) Por fim, entre os actos unilaterais concretos de direito público, há actos internos (com eficácia intra-subjectiva) e *actos externos* (com eficácia *intersubjectiva*).

O “acto administrativo” em sentido próprio, não é, como veremos, qualquer acto praticado pela Administração: é, no contexto destas diferenciações, um *acto* regulado por disposições *de direito público*, um *acto jurídico decisório* (manifestação de vontade ou de ciência), praticado no exercício de poderes *de autoridade*, relativo a uma situação *individual e concreta* – e, em princípio, com eficácia *externa*.

1.2. O conceito de «acto administrativo» foi construído na época liberal, quando era tipicamente um acto de autoridade, em regra *desfavorável*, no contexto de uma administração “agressiva” – identificava-se praticamente com a actividade de direito público de uma Administração não intervencionista, destinada acima de tudo a garantir a segurança e a ordem pública.

Na transição para o Estado Social, perante a intensificação e diversificação da actividade dos órgãos administrativos no exercício da *função administrativa*, o conceito de acto administrativo passa a abranger também outro tipo de actuações – autorizativas, concessórias, de prestação, de certificação, de regulação e de incentivo – embora, nos sistemas de administração executiva,

continue a ser uma forma específica de actuação administrativa que importa, agora mais que nunca, delimitar com rigor.

Desde cedo foi possível definir, à partida, um conceito consensual de *acto administrativo em sentido amplo*, pois que ninguém duvidava que havia de ser um *acto jurídico, unilateral e concreto, subordinado a um regime de direito público* – que se distinguia e contrapunha aos actos de direito privado, às acções materiais, aos contratos administrativos e aos regulamentos. Ainda se discutiu, porém, durante algum tempo, a relevância definitiva do carácter *externo* dos efeitos produzidos.

1.3. A construção originária do “acto administrativo unilateral” tinha na sua raiz uma razão de ser autoritária: constituía um instrumento privilegiado da *autoridade*, ainda que democrática, para garantia da prossecução efectiva do *interesse público*, que deveria por definição prevalecer –, mas, mais tarde, tornou-se também uma *garantia de protecção efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares*.

Podemos dizer mesmo que, no conceito de acto administrativo, se foi acentuando o seu alcance *estabilizador* (pela auto-vinculação administrativa), especialmente nas hipóteses de actos que criam situações favoráveis aos particulares – sobretudo actos autorizativos, concessórios e atributivos de prestações no que se refere aos seus destinatários, mas também nas de actos negativos (os indeferimentos), no que se refere aos terceiros contra-interessados.

Não se pode afirmar hoje que basta haver um interesse público para que haja um poder-dever de actuação administrativa, ou que basta a existência legal de uma tarefa administrativa para que a Administração *deva* ou sequer *possa* actuar através de meios imperativos unilaterais.

Está, pois, posta em causa a ideia de que o acto administrativo é o *meio-regra* da actuação administrativa, sendo *excepcionais* as outras formas de intervenção administrativa de direito público ou de direito privado.

Apesar da perda da posição central que ocupava, quer no contexto da função administrativa (face ao regulamento e ao contrato administrativo, inicialmente inexistentes ou pouco utilizados), quer na dogmática administrativa (face às construções conceituais de “procedimento” e de “relação jurídica”, inicialmente ignorados ou marginalizados), quer no contencioso administrativo (perante a protecção judicial plena e efectiva dos direitos dos particulares, antes praticamente reduzida à impugnação de actos), o acto administrativo sobrevive, ainda que necessariamente transformado, na medida da *subsistência do sistema de administração executiva* e das funções

que aí desempenha – e, como se dará conta mais tarde, viu até recentemente ampliado o seu papel, pela relevância que adquiriu no quadro da formação (procedimento de adjudicação) e da execução (poderes de direcção, fiscalização, modificação, sanção e resolução por parte do contraente público) dos contratos administrativos.

1.4. A posição dominante na doutrina e jurisprudência portuguesa até 1989:

- a) Um conceito *substantivo amplo* de acto administrativo: acto de autoridade («conduta voluntária unilateral») praticado por um órgão administrativo, no exercício de poderes administrativos, que visa produzir efeitos jurídicos num caso concreto (*excluindo* os actos de direito privado, os contratos ou acordos, os actos políticos, legislativos ou jurisdicionais, as acções materiais e os regulamentos);
- b) Um conceito estrito de «acto administrativo definitivo e executório», essencialmente *adjectivo*, enquanto acto susceptível de “recurso contencioso” imediato, em que se exigia uma tripla definitividade: *material* (ou substancial: “definição da situação jurídica dos particulares ou da Administração”), *horizontal* (ou procedimental: acto «final» de um «processo» ou de um incidente autónomo num processo) e *vertical* (ou competencial: acto de um órgão supremo ou que constitua a «última palavra da Administração»).

A crítica dessa concepção tradicional:

- a) Imprestabilidade de um conceito substantivo amplo de acto administrativo, que, pela sua heterogeneidade, não pode ter relevo dogmático nem prático;
- b) As desvantagens de um conceito de «acto definitivo» (num triplo sentido) e “executório” (eficaz e executivo), quer por ser fonte de confusão, quer por utilizar a mesma categoria para tratar realidades substancialmente distintas, quer ainda por pretender ser um conceito meramente adjectivo, englobando os actos judicialmente impugnáveis (sem sequer o ser efectivamente, pois que se admite, por exemplo, impugnação de actos de execução excessiva e de actos em matéria administrativa de autoridades não administrativas).

1.5. A manutenção de um conceito *restrito* de «acto administrativo» fundamenta-se actualmente na necessidade de uma *construção jurídica substantiva*

coerente e homogénea, com relevo doutrinal e prático, que englobe (todos, mas apenas) os *actos principais* da Administração, isto é, aquelas *decisões* administrativas às quais a lei reconhece *força jurídica* para a definição *unilateral* (desfavorável ou favorável) e *estável* da esfera jurídica dos particulares.

1.5.1. Neste domínio, pode ser marcante uma razão *prática*: o controlo jurisdicional da actividade administrativa justifica-se designadamente para aqueles actos que, pela sua *natureza* – por serem decisões de autoridade com efeitos externos, que afectam interesses dos particulares e são *potencialmente lesivos* das posições jurídicas destes (direitos e interesses legalmente protegidos) –, devam estar sujeitos à *garantia constitucional de impugnação judicial* para uma *protecção jurisdicional efectiva* dos cidadãos.

No entanto, hoje este argumento não é decisivo, porque a garantia judicial efectiva dos particulares perante a Administração é plena e não está limitada à impugnação de decisões administrativas – estar em causa um acto administrativo apenas significa que há lugar à utilização de *um certo pedido* (impugnatório), sob a forma específica de acção administrativa especial.

De facto, já não é necessário qualificar a disposição contida num plano como um acto administrativo, porque os regulamentos, sobretudo os imediatamente operativos, também são impugnáveis judicialmente; tal como se dispensa a ficção do acto administrativo de “indeferimento tácito”, porque, em caso de silêncio da Administração, cabe pedir a condenação desta na prática de acto administrativo devido.

Além disso, uma razão prática-adjectiva terá sempre uma importância relativa para o nosso problema (determinação do conceito de acto administrativo), pois que o “acto administrativo impugnável” (acto lesivo) não tem, como veremos, de corresponder exactamente ao “acto administrativo substantivo”.

1.5.2. Predomina actualmente na construção do acto administrativo uma razão de ser *dogmática*: a definição da figura deve conter uma *ideia ordenadora* capaz de suportar um *regime substantivo global e coerente* no âmbito das relações jurídicas de direito público – deve ser um *conceito substancialmente operativo*.

É importante a definição legal de um *regime material próprio* (substantivo e também procedimental), aplicável aos actos reguladores de relações jurídicas externas: aqueles que, pelo seu *conteúdo* – por constituírem decisões de autoridade (unilaterais), constitutivas (directamente) de efeitos jurídicos nas relações intersubjectivas –, impliquem um determinado *procedimento*

de formação (com direitos de participação, informação e audiência prévia dos interessados) e possam gozar de uma especial *força jurídica* (obrigatória e executiva, auto-vinculativa e hetero-vinculativa) e de uma reforçada *estabilidade* (assegurada pelos *limites à revogação e à anulação administrativa*, bem como pelo ónus de impugnação *com prazo*, a cargo dos lesados, e, na falta de impugnação no prazo legal, pela consequente força de *caso decidido*).

Busca-se, pois, um conceito que seja adequado numa perspectiva *funcional e estrutural*: um conceito que cumpra as funções caracterizadoras da forma (como veremos, as funções definitória, tituladora e estabilizadora) e forneça um quadro de referência adequado a um *regime substantivo específico* no âmbito das relações jurídicas de direito público – uma figura do direito substantivo, que não tem de coincidir exactamente com a figura do “acto principal” no quadro do procedimento, nem com a figura do “acto administrativo impugnável (lesivo)” no quadro do direito processual, embora esteja com elas intimamente conexonada.

1.6. Na realidade, há funções do *acto administrativo formal* que ainda têm razão de ser nos actuais sistemas de administração executiva:

- a) uma função *definitória imperativa*, enquanto acto jurídico regulador, conformador ou concretizador das relações jurídicas externas, vinculativo para a Administração, destinatários e terceiros – esta função varia em função do conteúdo do acto, cumprindo actualmente também, em determinadas situações, uma função *orientadora* de comportamentos;
- b) uma função *tituladora ou executiva*, como decisão dotada de imperatividade e, sendo necessária a sua execução, de executividade (“título executivo”) ou mesmo, excepcionalmente, de executoriedade (quando seja admissível a execução coactiva);
- c) uma função *estabilizadora*, já que a decisão, mesmo ilegal, não sendo nula (em regra, de legalidade aparente), se consolida dentro de um prazo relativamente curto como “caso decidido” (se não tiver havido impugnação), assegurando ainda a auto-vinculação da Administração e a limitação dos respectivos poderes de revogação (segurança jurídica), designadamente quanto a decisões constitutivas de direitos para os destinatários (protecção da confiança legítima);
- d) uma função *procedimental* (sobretudo para a estruturação da actividade administrativa), sendo o acto, como é, ou um *referente unitário* de colaborações e de participações (“acto principal”), ou, ainda que

- integrado no procedimento, uma pronúncia com efeitos externos próprios, *autónoma* relativamente a essa unidade;
- e) uma função *impugnatória*, administrativa ou judicial (na perspectiva dos destinatários, sobretudo dos particulares), tendo em consideração que, para além possibilitar a iniciativa do autocontrolo administrativo (através de reclamações e recursos), torna operativa a garantia constitucional e legal de intervenção fiscalizadora dos tribunais, impondo uma forma específica de acção (“acção administrativa especial”, em regra, com pedido de anulação ou de declaração de nulidade do acto, mas hoje também de condenação à prática de acto devido).

A figura do acto administrativo (concreto) serve também para determinar o *núcleo essencial da função administrativa*, distinguindo-a materialmente da função legislativa, designadamente para efeitos de separação dos poderes entre o Parlamento e o Executivo (“reserva de Administração”).

E tem ainda uma função *no contexto do direito da União Europeia*, para efeitos do reconhecimento recíproco das decisões administrativas de autoridade – o “método ou princípio da equivalência” e o “princípio do país de origem” geram efeitos vinculativos no contexto do ordenamento da União europeia.

1.7. As definições normativas de acto administrativo

O conceito de acto administrativo está definido legislativamente, quer no Código do Procedimento Administrativo, para efeitos procedimentais e de regime substantivo, quer no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, para efeitos contenciosos.

- a) O conceito *substantivo* de acto administrativo é formulado no artigo 148.º do CPA: “consideram-se actos administrativos as *decisões* que, no exercício de *poderes jurídico-administrativos*, visem produzir *efeitos jurídicos externos* numa *situação individual e concreta*”.
- b) O conceito *adjectivo* de acto administrativo surge em dois níveis: o conceito constitucional de *acto lesivo* de direitos e interesses legalmente protegidos configura a garantia de sindicabilidade judicial efectiva (artigo 268.º, n.º 4, da CRP); por sua vez, o conceito de *acto administrativo impugnável* da legislação processual administrativa define o âmbito próprio da acção administrativa (artigo 51.º do CPTA), abrangendo obrigatoriamente os actos administrativos *com eficácia externa*, ainda que inseridos num procedimento.

1.8. Os problemas de delimitação do acto administrativo em sentido estrito

1.8.1. A partir ou em redor dos conceitos legislados, tende a existir um consenso doutrinal sobre o carácter *decisório* do acto administrativo, o qual, por definição:

- a) *exclui* do conceito os actos jurídicos *meramente preparatórios* (incapazes de produção autónoma de efeitos jurídicos, incluindo os pareceres não vinculativos), bem como os actos de *comunicação* (notificações, publicações) ou de pura *execução* (passagem de alvarás ou de diplomas);
- b) *inclui* no conceito os chamados “actos destacáveis”, isto é, os actos que, apesar de inseridos num procedimento, produzam autonomamente *efeitos externos*, ainda que limitados – por exemplo: *actos prévios* (informação prévia favorável e aprovação de projectos de arquitectura no licenciamento urbanístico), *actos parciais* (licença parcial para construção da estrutura), *actos de trâmite excludentes* (actos de exclusão de concorrentes em procedimentos concursais) ou *medidas provisórias* (artigo 89.º do CPA).

1.8.2. Os problemas e as divergências doutrinárias mais importantes estão associados à complexificação do *procedimento* administrativo, designadamente quanto às *pré-decisões* sem eficácia externa (que *determinam* os efeitos, mas não os *constituem* na ordem jurídica, porque não alteram, só por si, a esfera jurídica dos destinatários), como, por exemplo, os *pareceres obrigatórios e vinculantes* e outras *deliberações preliminares* ou *pré-decisões* em procedimentos complexos.

Estas figuras levantam dificuldades à aplicação plena do regime *substantivo* (no que respeita à eficácia, validade e força jurídica) e *procedimental* (quanto às exigências de iniciativa, de instrução, de audiência prévia, de notificação ou publicação ou quanto à sua impugnabilidade administrativa) estabelecido pela lei geral (CPA) para os actos administrativos.

V., por exemplo, a impugnabilidade *administrativa* autónoma de pareceres estaduais no âmbito do regime jurídico da urbanização e edificação (artigo 114.º do RJUE).

Mas, em contrapartida, sugerem a conveniência, hoje reconhecida pela jurisprudência administrativa ou até pela lei, da sua *impugnação judicial* por terceiros (no contexto de uma protecção antecipada) ou, se for caso disso, por órgãos de outros entes administrativos, incluindo órgãos da mesma pessoa

colectiva (quando haja competências próprias desses órgãos, dirigidas à prossecução de interesses públicos contrapostos ou divergentes).

1.8.3. O problema do *silêncio* administrativo

O consenso doutrinário e jurisprudencial que se foi formando sobre esta matéria manifestou-se na revisão do CPA de 2015.

Por um lado, aceitou-se a eliminação da figura do “indeferimento tácito” e a sua substituição pela figura do incumprimento de dever de decisão, consagrada agora no artigo 129.º do CPA, em consonância com a previsão, na lei processual, da “acção de condenação à prática de acto administrativo devido” como processo judicial adequado para defesa dos direitos dos particulares em todos os casos de *omissão* administrativa, designadamente do silêncio relativamente a requerimentos dirigidos pelos interessados às autoridades competentes.

Por outro lado, continua a justificar-se a inclusão no conjunto dos actos administrativos do “deferimento tácito”, que subsiste, nos termos do artigo 130.º, nos casos em que a lei determine expressamente que a ausência de decisão sobre pretensão dirigida a autoridade competente dentro do prazo legal tem o valor de deferimento (embora para alguns autores a figura devesse ser totalmente eliminada).

1.8.4. Outro problema respeita à qualificação como acto administrativo do *acto negativo expreso*, que surgiu em face da não impugnabilidade isolada do indeferimento, resultante da inclusão dessas situações, pela reforma processual de 2002/2004, no âmbito da acção de condenação à prática de acto devido (artigo 67.º, n.º 1, alínea *b*), do CPTA) – como, perante o indeferimento de um pedido, o interessado não pede, em regra, ao tribunal que anule o acto, mas que condene a Administração ao deferimento, suscita-se a dúvida sobre se o indeferimento tem a força decisória própria de um acto administrativo (embora por nossa parte entendamos que sim, como se dirá).

1.9. A posição adoptada

No quadro problemático traçado, tendemos a adoptar uma posição intermédia, que parte de um *conceito estrito de acto administrativo*, ao qual se aplica *essencialmente e tipicamente* um *determinado regime substantivo, procedimental e processual*, mas que admite a *extensão* desse regime legal a outras figuras ou situações.

Assim, em aspectos procedimentais, podem a lei ou a jurisprudência estender circunstancialmente o regime típico dos actos decisórios a actos incluídos em procedimentos, sobretudo em procedimentos complexos.

E, no plano processual, sendo decisiva a ideia de *lesividade* efectiva, associada a uma protecção judicial adequada, poderá haver razões para que o legislador, ultrapassando o princípio da impugnação unitária, admita a impugnação directa (através da acção administrativa especial) de actos (sobretudo de decisões interlocutórias) que não produzam os seus efeitos directamente na esfera dos destinatários e não integrem, por isso, o conceito de acto administrativo em sentido estrito.

1.9.1. O conceito restrito de acto administrativo corresponde a uma estatuição de autoridade (“reguladora” e “constitutiva”), produzida por um órgão administrativo, que visa definir estavelmente a situação jurídica dos particulares (ou outros destinatários) num caso concreto, com “efeitos externos” (alterando a sua esfera jurídica) – absorvendo as qualidades que a doutrina tradicional integrava na «definitividade material» e, em parte, na definitividade «horizontal».

1.9.2. O conceito de “definitividade” (ou de acto definitivo) valerá hoje apenas no sentido vertical, como uma pura dimensão processual – o acto administrativo do órgão subalterno, mesmo que o superior detenha competência concorrente, é susceptível de impugnação judicial imediata, salvo nos casos em que a lei estabeleça expressamente, como pressuposto processual, a necessidade de uma impugnação administrativa prévia – só nestes casos expressamente previstos é que o acto não é definitivo para efeitos processuais (isto é, não é susceptível de impugnação judicial imediata), por estar sujeito à revisão da decisão pelo seu autor (em caso de reclamação necessária) ou à pronúncia do órgão “superior” ou “dominante” (em caso de recurso necessário).

1.9.3. O *regime substantivo e procedimental* previsto no CPA e também o *regime de impugnação judicial* da lei processual são aplicáveis em primeira linha aos “actos administrativos” em sentido estrito, sem prejuízo da *aplicabilidade*, total ou parcial, desses regimes legais a outras figuras, por extensão ou em concorrência, designadamente quanto ao regime processual, que obedece a uma lógica dominante de protecção judicial efectiva e adequada.

Assim, por um lado, aplicam-se ou poderão aplicar-se às “pré-decisões” certos aspectos do *regime procedimental* (e até porventura substantivo) estabelecido pelo CPA para os actos administrativos, embora sempre com as necessárias adaptações.

Por outro lado, é nítida alguma divergência funcional entre a noção substancial de acto administrativo, que suporta o regime procedimental e substantivo, e o conceito de “acto administrativo impugnável” tal como é definido na legislação *processual*, que visa a adequação às necessidades de tutela pelos tribunais.

Na realidade, o CPTA estabelece, quanto à tutela judicial:

- i) uma protecção *condicionada* ou *diferida* contra os actos administrativos ainda não eficazes, que, apesar de serem verdadeiros actos administrativos, não são, em regra, imediatamente impugnáveis (artigo 54.º);
- ii) uma protecção apenas *implícita* contra o indeferimento expresso, na medida em que, em princípio, apesar de ser um acto, não é directamente impugnável, obtendo-se a sua “eliminação da ordem jurídica” através da condenação à prática do acto devido (artigo 51.º, n.º 4 e 66.º, n.º 2);
- iii) uma protecção *alargada* – admite-se a impugnação de actos preparatórios, incluídos em procedimentos, desde que possam ser destacados (“actos destacáveis”), por serem susceptíveis de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares ou do exercício de competência de outros órgãos (artigo 51.º, n.ºs 1, 2 e 3);
- iv) uma protecção *extensiva* – admite-se impugnação de “decisões materialmente administrativas” de outros poderes públicos ou de entidades privadas (artigo 51.º, n.º 1, parte final).

Além disso, *leis especiais* podem ainda determinar expressamente ou permitir, através de uma jurisprudência “criativa”:

- i) uma protecção *condicionada* – quando a impugnabilidade judicial de actos administrativos não definitivos fica dependente de uma prévia impugnação administrativa necessária (reclamação ou recurso);
- ii) uma protecção *antecipada* – quando se admita a impugnação de “actos centrais” em procedimentos complexos, independentemente de serem ou não verdadeiros actos administrativos, por constituírem o momento adequado à fiscalização judicial (por exemplo, a impugnabilidade do acto de aprovação do projecto de arquitectura, da perspectiva de terceiros); ou quando se admite a impugnação de “actos preparatórios relevantes” no contexto de procedimentos concursais (por exemplo, actos pré-contratuais não adjudicatórios nos procedimentos de formação de contratos públicos);

- iii) uma protecção *ampliada* – ao aceitar-se a impugnabilidade de actos organizativos dos serviços ou de decisões relativas ao funcionamento de órgãos colegiais (em princípio, actos internos), quando adquiram relevância externa (por exemplo, para os utentes) ou intersubjectiva (para os membros do órgão colegial).

1.9.4. O *indeferimento expresso* deve configurar-se como verdadeiro acto administrativo, integralmente sujeito ao respectivo regime procedimental e substantivo (CPA) – e que poderá até ser impugnado isoladamente nos tribunais em determinadas condições, embora, em regra, em caso de indeferimento, o particular tenha de lançar mão da acção de condenação à prática de acto devido.

1.10. Análise do conceito de acto administrativo em sentido estrito

1.10.1. Analisemos então os vários momentos da definição do conceito de acto administrativo:

a) «Uma estatuição de autoridade...»

O acto administrativo configura um comando, permissão ou proibição *unilateral*, é dotado de *imperatividade* e *vinculativo* para a própria Administração, e destina-se a «regular» imediatamente situações ou relações jurídicas: como decisão de *produção de vantagens*, como pronúncia *ablatória*, como *imposição* de desvantagens, como *pressuposto* de efeitos, como *avaliação ou qualificação*, como determinação de *prova* ou factor de *certeza jurídica*.

O CPA refere-se ao acto como “decisão” e na doutrina tradicional falava-se a propósito de uma “conduta voluntária”, mas, como vimos, a voluntariedade do acto, tal como o seu carácter decisório têm de ser entendidos no quadro de uma função que visa a realização de fins hetero-definidos – também são, por isso, decisões os actos *estritamente vinculados* (porque, apesar de não serem definirem discricionariamente o seu conteúdo, “constituem” os efeitos na ordem jurídica) e as *verificações* ou *avaliações constitutivas* (porque, embora sejam manifestações de ciência, criam a certeza jurídica oficial quanto aos factos verificados ou avaliados), tal como não deixam de ser unilaterais os *actos necessitados de colaboração* dos particulares (quando essa colaboração não é constitutiva dos efeitos, mas preparatória ou determinante da eficácia).

Admitem-se ainda excepcionalmente os actos *implícitos* em sentido estrito (decisões contidas em procedimentos executivos), embora a legalidade do

procedimento executivo exija, em regra, a prática prévia do acto exequendo desfavorável (cfr. o artigo 177.º do CPA).

Por falta deste elemento de imperatividade, excluem-se do conceito de acto administrativo: os actos de direito privado, as declarações negociais (pronúncias sobre a interpretação ou a validade de contratos administrativos), os actos instrumentais com efeitos externos (de mera execução ou de comunicação), bem como os actos meramente *confirmativos* (que se limitem pura e simplesmente a reiterar, com os mesmos fundamentos, decisões administrativas anteriores – artigo 13.º, n.º 2, do CPA).

b) «... praticada por um sujeito de Direito Administrativo...»

Para além dos órgãos da Administração, a definição abrange ainda os actos de sujeitos privados dotados de poderes públicos de autoridade, incluindo as entidades administrativas privadas, os concessionários e outros particulares que exerçam poderes de autoridade (mas já não os privados reconhecidos e autorizados a desempenhar tarefas públicas ou de interesse público, como, por exemplo, as escolas privadas e as IPSS).

Também as «decisões materialmente administrativas» de autoridades não-integradas na Administração Pública (PR, AR, Tribunais) são expressamente equiparadas por lei (ETAF) a actos administrativos para efeitos de impugnação judicial, devendo aplicar-se também, com as devidas adaptações, o regime substantivo.

c) «... no exercício de poderes jurídico-administrativos ...»

Trata-se de poderes conferidos por “normas de direito público”, cuja natureza e função excluem do conceito de acto, quer os actos de direito privado, quer os actos praticados por sujeitos administrativos (fundamentalmente, pelo Governo) que pertençam *materialmente* à função legislativa (embora haja actos materialmente administrativos sob forma de decreto-lei), à função política (actos políticos ou actos de Governo) ou à função jurisdicional (embora haja decisões de arbitragem ou de resolução de conflitos entre privados por autoridades administrativas, designadamente reguladoras, que constituem verdadeiros actos administrativos).

d) «... relativa a um caso concreto...»

Esta nota característica visa principalmente distinguir o acto do regulamento. No entanto, se não há dúvidas de que as disposições gerais e abstractas constituem regulamentos, já se discute a admissibilidade de actos

administrativos *gerais* (relativos a uma situação concreta, mas aplicáveis a uma pluralidade de destinatários não determinada, ainda que determinável, identificada por uma categoria, classe ou grupo de indivíduos), bem como a de actos administrativos *abstractos* (criam obrigações individuais permanentes).

Embora o CPA pareça exigir que o acto se refira a uma situação *individual e concreta*, julgamos que deveria admitir-se a categoria dos actos administrativos gerais (que não são feixes de actos, como os “actos plurais”, nem devem sujeitar-se ao regime dos regulamentos) – nesse sentido poderia invocar-se o artigo 52.º, n.º 3 do CPTA, que pressupõe a existência de actos administrativos que não individualizem os respectivos destinatários.

Pode haver actos *plurais* (divisíveis em função dos destinatários, constituindo um feixe de actos), entre os quais se destacam os actos *contextuais* (são actos autónomos, mas têm uma forma comum, como acontece na publicação dos resultados de vários exames realizados por um júri, ou num despacho homologatório de decisões de vários júris).

Tal como pode haver actos administrativos *reais*, que definem a situação jurídica de uma coisa (classificação de um imóvel de interesse público).

A tendência antiga para o alargamento do conceito de acto administrativo com a finalidade de permitir a impugnabilidade judicial das decisões administrativas lesivas já não faz sentido no actual sistema de justiça administrativa, que admite a impugnabilidade directa dos regulamentos (incluindo os planos e os documentos contratuais) e confere aos titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos uma plenitude de acesso aos tribunais administrativos, assegurada, quando não houver outros meios, através de uma acção administrativa comum.

e) «... *destinada a produzir efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos.*»

Este elemento impõe a distinção entre efeitos jurídicos internos e externos, conforme atinjam, ou não, directamente, a esfera jurídica dos destinatários – é um acto interno, por exemplo, o acto que determina a abertura de um inquérito.

Como vimos a propósito dos regulamentos especiais, suscitam-se problemas de fronteira quanto aos actos praticados no âmbito das relações especiais de direito administrativo – podem ser actos internos ou actos administrativos, conforme se reportem, respectivamente, à “relação orgânica” (*intra-subjectiva*) ou à “relação fundamental” (*inter-subjectiva*).

Para além disso, a exigência de uma produção *directa* dos efeitos externos implica a exclusão do conceito de acto administrativo em sentido estrito dos

actos preparatórios inseridos no procedimento, ainda que determinantes do conteúdo da decisão (decisões prévias), sempre que ou na medida em que não visem produzir efeitos externos por si, mas apenas *através* de uma outra decisão, que constituirá o acto principal.

A produção de efeitos jurídicos externos verifica-se também nos actos negativos, que operam efeitos de consolidação jurídica, proibindo a efectivação da pretensão denegada – as decisões de recusa de produção dos efeitos jurídicos requeridos são, por isso, como vimos, actos administrativos.

1.11. Figuras especiais de actos administrativos

O desenvolvimento e a diversificação das áreas de actuação administrativa deram origem a novas figuras de acto administrativo, que podem estar sujeitas a especialidades de regime, e de que são exemplos:

- a) os actos administrativos *contratuais* (que exprimem o exercício de poderes do contraente público na execução de contratos administrativos);
- b) os actos administrativos de *arbitragem* e de *decisão regulatória* de conflitos (sobretudo provenientes de autoridades reguladoras independentes, relativos a conflitos entre entidades reguladas);
- c) os actos administrativos *européus* e *transnacionais* (no âmbito do direito da União europeia e do direito internacional);
- d) os actos administrativos *informáticos* (no contexto da administração electrónica).

1.12. Outros *actos jurídicos* de direito público administrativo

Distinguindo-se das operações materiais ou comportamentos (onde a vontade não é relevante), há, como vimos, *actos jurídicos* concretos de direito público, em regra praticados por órgãos administrativos (ou entes equiparados), que não constituem estatuições de autoridade com efeitos externos – e não são, por isso, actos administrativos em sentido estrito.

Entre eles destacam-se os actos jurídicos *instrumentais*, que visam primordialmente assegurar as condições de constituição, de validade ou de eficácia de actos administrativos – são praticados pela Administração (ou pelos particulares) e inserem-se num procedimento, embora alguns visem produzir efeitos *dentro do procedimento* (a generalidade dos actos meramente preparatórios, em que avultam os actos de iniciativa procedimental e os actos instrutórios, como os pareceres) e outros tenham eficácia *externa* (as comunicações, incluindo notificações e publicações, bem como os actos jurídicos de mera execução).

Também serão actos jurídicos diversas “actuações de direito público” extra-procedimentais, como, por exemplo, informações, recomendações ou avisos, marcações de prazos, declarações de caducidade, declarações de compensação, a remoção de actuações lesivas, actuações jurídicas policiais, bem como a prática de meros actos confirmativos.

2. Classificação dos actos administrativos e demais actos jurídicos da Administração

Bibliografia:

- ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 101- 141.

2.1. Em razão da amplitude das áreas de intervenção e da grande diversidade dos tipos de actuação administrativa, verifica-se uma multiplicidade das classificações doutrinárias, resultante da *variedade* possível dos critérios adoptados, bem como uma disparidade, decorrente da *falta de consenso* entre os autores quanto ao alcance dos conceitos utilizados.

Começaremos por fazer referência a alguns conceitos comumente utilizados e adoptaremos, depois, uma das classificações possíveis, fundada no conteúdo dos actos.

2.2. Algumas espécies doutrinárias de actos administrativos com relevo prático

- a) actos de *eficácia duradoura*, cujos efeitos (em contraposição aos actos de eficácia instantânea) não se esgotam no momento da sua prática e criam uma relação jurídica que se prolonga no tempo;
- b) actos *negativos*, que não conferem os efeitos pretendidos, designadamente o indeferimento expresso de requerimentos e a recusa de apreciação de pedidos;
- c) actos *constitutivos de direitos*, enquanto actos que visam constituir posições jurídicas subjectivas *favoráveis* na esfera jurídica dos destinatários ou de terceiros;

- d) actos *provisórios*, actos cujos efeitos dependem necessariamente de uma futura pronúncia definitiva;
- e) actos *precários*, actos cujos efeitos podem terminar por estarem sujeitos a revogação “discricionária” (por disposição legal ou por reserva de revogação) ou por dependerem de “condições resolutivas”(legais ou apostas ao acto seu autor);
- f) *pré-decisões*, entendidas como os actos que, precedendo o acto final de um procedimento ou o acto que define a situação jurídica do interessado no âmbito de outro procedimento, decidem, peremptória ou vinculativamente, sobre a existência de condições ou de requisitos de que depende a prática de tal acto. Têm como subcategorias os *actos prévios* – aqueles que, embora decidindo sobre um aspecto relevante da decisão final, não constituem, só por si, efeitos jurídicos na esfera do destinatário (não constituindo actos administrativos em relação a estes) –, e os *actos parciais* – decisões constitutivas de efeitos *externos* antecipados no que respeita a uma parte ou a um aspecto da decisão final global.
- g) *promessas* administrativas, entendidas como actos geradores de uma auto-vinculação unilateral à prática futura de actos (ou à não adopção de uma determinada medida).

2.3. Classificação dos actos administrativos quanto ao *conteúdo*

Tendo em conta o conteúdo, isto é, *os efeitos que visam produzir na esfera do destinatário* (independentemente agora dos efeitos que produzam relativamente a terceiros), podemos distinguir quatro tipos de actos:

- I) Os actos *desfavoráveis* (que provocam situações de desvantagem para o respectivo destinatário):
 - 1) *actos ablatórios* – suprimem, comprimem ou retiram direitos ou faculdades (como a expropriação de um terreno, a apreensão da carta de condução, o encerramento de um estabelecimento ou a resolução de um contrato administrativo);
 - 2) *actos impositivos* – ordens, sejam *comandos*, que impõem obrigações de conteúdo *positivo* – de fazer (demolir um prédio), de dar (liquidação de taxa), ou de suportar (inspecção policial) –, ou *proibições*, que têm um conteúdo *negativo*, restringindo a liberdade (proibição de circular, interdição de venda de medicamento);

- 3) *indeferimentos* – recusa, pelo órgão competente, total ou parcial, da prática de acto favorável ou da produção de efeitos jurídicos requerida pelo interessado.

II) Os actos *favoráveis* (que desencadeiam benefícios para os destinatários, particulares ou públicos):

- 1) *Concessões* e outros actos que *conferem ou ampliam direitos* ou *poderes «administrativos»* ou *extinguem obrigações*

As concessões podem ser *translativas*, se transmitem direitos ou poderes (já) existentes na titularidade da Administração concedente, ou *constitutivas*, se criam «ex novo» direitos ou poderes de que a Administração não pode ser titular, mas que só ela pode criar em favor dos particulares (implicando, em regra, uma restrição ou compressão dos próprios poderes públicos).

Os casos típicos da concessão translativa são as *concessões de serviço público* e as concessões de *poderes públicos* (por exemplo, de acreditação e certificação); por sua vez, são hipóteses frequentes de concessão constitutiva as *concessões de uso privativo do domínio público* (esplanadas, exploração de cais portuários, gestão de parques de estacionamento, utilização do subsolo para instalação de redes) – embora actualmente as concessões, pelo menos as mais complexas, operem quase sempre pela via do contrato e não através de actos administrativos individuais e concretos.

Como vimos, a *delegação* de poderes entre órgãos administrativos tem a natureza de uma *concessão constitutiva*.

Para além das concessões, há outros actos que conferem direitos, como, por exemplo, a *promessa* (da prática de um acto favorável) e a *adjudicação* (de uma posição contratual).

Também são actos favoráveis os actos que ampliam a esfera jurídica do destinatário, ao terem como efeito a extinção ou limitação de deveres, ónus e sujeições perante a Administração, incluindo os actos de *renúncia administrativa*.

- 2) As *autorizações* em sentido *amplo*, que, por iniciativa ou candidatura do interessado, visam *remover um limite imposto pela lei* ao exercício de uma actividade *fora do domínio administrativo da entidade autorizante* (isto é, quando está em causa o exercício de

uma actividade da *esfera própria do destinatário* da autorização, seja um particular ou outro órgão administrativo).

Dentro desta categoria geral, podemos ainda distinguir:

- a) *Autorizações nas relações entre a Administração e os particulares* (na sequência de normas legais que limitam as liberdades, com maior ou menor intensidade, fazendo depender a actuação do particular de uma intervenção administrativa favorável):
 - i) *dispensas*, que removem, a título *excepcional*, no caso concreto (por isso não se confundem com as isenções, que são gerais e abstractas), um dever especial, relativo a uma actividade em regra *estritamente proibida ou imposta* por lei, à qual não corresponde um direito da Administração (por exemplo, a autorização excepcional para construção em zona de reserva agrícola – RAN ou de reserva ecológica - REN);
 - ii) *licenças* (autorizações *constitutivas*), que constituem direitos subjectivos em favor dos particulares em áreas de actuação sujeitas a proibição relativa (preventiva) pela lei, uma vez acautelada no caso concreto a não lesão do interesse que justificou a proibição legal – trata-se de actividades privadas que também podem ser de interesse público e que a Administração deva promover ou fomentar (licenças para desenvolvimento de actividade industrial ou para o funcionamento de estações emisoras de rádio);
 - iii) *autorizações* propriamente ditas (autorizações *permissivas*), que permitem o exercício pelos particulares da actividade correspondente a um *direito subjectivo pré-existente*, apenas condicionado pela lei a uma intervenção administrativa, em regra vinculada – estas autorizações visam remover os limites impostos pela lei ao exercício do direito pelo particular (exemplo, a autorização para sair do país, a habilitação para o exercício de uma profissão comum, a autorização do trabalhador para acumulação de funções públicas e privadas);
 - iv) *reconhecimentos*, enquanto permissões de exercício de actividade por particulares já autorizados por outra autoridade, designadamente de outro Estado – por exemplo, os reconhecimentos para actividades de prestação de serviços, ao abrigo da Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de

Dezembro – “Directiva - Serviços” (v. também o reconhecimento de qualificações profissionais, ao abrigo da Directiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho).

Deve ter-se em conta que nem sempre a lei utiliza os conceitos doutrinários adequados ao regime que estabelece, bem como a existência de zonas de fronteira entre estas categorias de actos – por exemplo, as licenças de uso e porte de arma situam-se na fronteira entre as dispensas e as licenças; as licenças de construção são para alguns autores autorizações permissivas, pressupondo que o direito de propriedade inclui a faculdade de construir.

As designações legais dos actos permissivos do exercício de actividades também são variadas, utilizando-se, por exemplo, a “validação”, a “autenticação”, o “registo” e a “certificação” de capacidades e competências.

Actualmente, na linha de uma orientação europeia, a tendência para a simplificação administrativa inclui uma política (iniciativa “licenciamento zero”), que substitui as autorizações, designadamente as autorizações permissivas, por “*declarações*” ou “*comunicações prévias*” do interessado à Administração de que preenche os pressupostos legais e regulamentares para exercício de uma determinada actividade ou para uma determinada actuação. Os efeitos jurídicos produzem-se se não houver oposição do órgão competente (“rejeição”) ou se ela não se verificar dentro de determinado prazo (está prevista, por exemplo, para certas operações urbanísticas) – por vezes, a lei prevê um reforço da fiscalização posterior, com sanções mais pesadas (cf. o Decreto-Lei n.º 48/2011, de 1 de Abril, relativamente a diversas actividades económicas).

As comunicações prévias, *com prazo* ou *sem prazo*, dependem de previsão legal expressa e estão actualmente previstas no artigo 134.º do CPA, que estabelece o respectivo regime.

Importante é que, nas comunicações prévias com prazo, a ausência de pronúncia do órgão competente não dá origem a um acto de deferimento tácito, mas habilita o interessado a exercer a actividade pretendida, sem prejuízo de a Administração usar os seus poderes para defender a legalidade, designadamente proibindo actuações particulares ilícitas (artigo 134.º, n.º 3).

b) *Autorizações nas relações entre órgãos administrativos:*

- i) *autorizações constitutivas da legitimação* (distintas das delegações de competências), em que o órgão autorizante confere ao órgão

autorizado a possibilidade de praticar num caso concreto um acto administrativo (ou um outro acto jurídico) da competência do destinatário (para cuja prática o órgão autorizado (já) é, em abstracto, competente);

- ii) *aprovações*, que desencadeiam a *eficácia* do acto administrativo aprovado (normalmente, depois de este estar constituído), no quadro de um controlo preventivo externo, que pode ser de legalidade e também de mérito, conforme o disposto na lei nas respectivas relações interorgânicas.

III) Os actos relativos a «*status*»

São actos de eficácia instantânea, através dos quais se procede à *criação* (sobretudo por *admissões* - nomeação, matrícula, inscrição, internamento), à *modificação* (promoção, suspensão, transferência) ou à *extinção* (demissão, expulsão, desvinculação, “alta” hospitalar) de *estatutos*, em regra, de *estatutos pessoais* (funcionário, militar, aluno, educando, internado, preso), mas também *reais* (classificação constitutiva, afectação ou desafectação de um bem do domínio público).

Deve ter-se em conta o *carácter objectivo e regulamentar* do “estatuto” (conjunto articulado de direitos e de deveres), que se destaca e torna independente relativamente aos actos concretos que o atribuem – resulta daí a possibilidade de modificação do *status* por via geral e abstracta, mesmo que tais modificações sejam desfavoráveis, não sendo possível, em princípio, invocar direitos adquiridos à aplicação das normas vigentes à data da admissão – salvo em casos excepcionais, quando a lei o determine (direito à irredutibilidade do salário) ou quando deva relevar o princípio da protecção da confiança legítima.

IV) Os actos *secundários* ou *de 2.º grau*

São actos que visam produzir efeitos sobre um outro acto administrativo anterior, que constitui o respectivo objecto (revogação, anulação, reforma, ratificação-sanação ou convalidação, conversão).

Não se devem confundir os actos secundários com os «actos contrários» – estes não actuam sobre o acto, mas sobre a relação jurídica determinada pelo acto precedente, como acontece, por exemplo, com a *demissão*, relativamente à nomeação do funcionário (é um acto que extingue um *status*), ou a *reversão*, relativamente ao acto de expropriação do imóvel (não se anula nem se revoga a declaração de utilidade pública expropriativa).

2.4. Classificação dos outros actos jurídicos da Administração

Também são muito diversos quanto ao conteúdo os outros actos jurídicos da Administração, em especial os actos instrumentais, que desempenham funções específicas nos variadíssimos procedimentos administrativos.

Destacamos alguns tipos mais comuns:

- a) *Actos de conteúdo decisório: deliberações prévias* (despachos com instruções concretas, aprovação de projectos de arquitectura) e *acordos preliminares* (entre órgãos públicos ou com privados sobre os termos de uma actuação administrativa), bem como *actos de iniciativa inter-orgânica*, seja no interesse do órgão que toma a iniciativa – *requisições* (de um órgão a solicitar a prática de actos pelo órgão competente) e *designações* (de representantes para a nomeação como titular de um órgão) –, seja no interesse do destinatário (ou de ambos) – *propostas* (que, no fundo, implicam uma co-decisão, pois que o órgão que pratica o acto não é obrigado a aceitar o conteúdo da proposta, mas depende dela para tomar a decisão).

- b) *Actos de conteúdo declarativo: verificações* (relatórios de vistorias ou de exames periciais, atestados, certidões, diplomas, registos, actas, autos) e *avaliações* (relatórios de avaliação e, sobretudo, os *pareceres*) – que não se devem confundir com as «verificações e avaliações constitutivas», que, por criarem certeza jurídica, são, como vimos, verdadeiros actos administrativos.

Os pareceres, enquanto avaliações jurídicas ou técnicas, são de diversos tipos: são *obrigatórios* ou *facultativos*, conforme tenham, ou não, de ser solicitados pelo órgão instrutor; são *vinculantes* ou *não vinculantes*, conforme tenham, ou não, de ser seguidos pelo órgão decisor – os pareceres previstos em normas jurídicas são, salvo disposição expressa em contrário, *obrigatórios* e *não vinculantes* (cfr. artigo 91.º do CPA). O caso especial dos *pareceres conformes*, que apenas são obrigatórios e vinculantes num sentido – é mais comum a exigência legal de “parecer favorável”, que é pressuposto para que o órgão competente possa tomar uma decisão favorável e, por isso, só é vinculante se for desfavorável, impedindo o órgão de decidir favoravelmente; mas por vezes a lei também exige pareceres desfavoráveis para que possam ser

tomadas decisões desfavoráveis, casos em que o parecer é vinculante se for favorável aos destinatários.

- c) *Comunicações*: as *intimações* para a adopção ou abstenção de uma conduta – a distinguir dos avisos, admoestações, ou ameaças de prática de um acto administrativo, quando estes ou estas sejam meros factos jurídicos (comportamentos) –, as *publicações* e as *notificações* de decisões administrativas.

3. O Procedimento administrativo

Bibliografia:

- ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, 141-180;
- ROGÉRIO SOARES, “A Administração Pública e o procedimento administrativo”, in *Scientia Iuridica*, 1992, t. XLI, p. 195 e ss;
- FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 3.ª ed., 2016, pp. 265-308;
- FREITAS DO AMARAL, “Fases do procedimento decisório de 1.º grau”, in *Direito e Justiça*, VI, p. 25 e ss;
- PEDRO GONÇALVES, *As regras do procedimento*, CEFA, 1993, p. 59 e ss;
- MARTA PORTOCARRERO, *Modelos de simplificação administrativa*, 2002, p. 43-51;
- M. ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, anotado*, p. 321-326; p. 448-466.

Bibliografia facultativa:

VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, 1996, p. 358 - 380.

3.1. O procedimento num sistema de direito administrativo - as relações entre o *procedimento* e o *processo*.

3.1.1. A evolução desde os tempos primitivos, em que o procedimento administrativo era interno, secreto (“arcana praxis”) e juridicamente irrelevante,

para uma concepção externa, transparente e juridicamente relevante do procedimento.

3.1.2. A compreensão do procedimento administrativo nos sistemas de *administração executiva* de tipo *ocidental* (pluralista), em que a Administração visa a realização do *interesse público* (entendido como equilíbrio entre os interesses, diversos e muitas vezes contrapostos, da comunidade e dos indivíduos e grupos sociais), *previamente definido pela lei* (em termos mais ou menos vinculados) e cuja actividade está, por razões de sistema, sujeita à *fiscalização judicial* posterior.

3.1.3. A consequente impropriedade de outros paradigmas procedimentais:

- a) do *paradigma monista*, de inspiração austríaca (Kelsen), baseado no modelo de lide, típico de um processo judicial, em que se visa julgar, isto é, dizer o direito na situação concreta, através de uma pronúncia imparcial perante as partes – paradigma que (apesar de uma certa aproximação nos procedimentos sancionatórios) não vale para a generalidade dos procedimentos administrativos, em que a Administração toma decisões para a satisfação eficiente do interesse público;
- b) da *concepção “socialista”* de uma Administração politicamente vinculada e pedagógica, que parte do pressuposto da coincidência entre os interesses dos cidadãos e o interesse da sociedade – paradigma que não vale numa sociedade pluralista e democrática, em que há direitos dos particulares e uma tensão legítima entre os seus interesses e os da comunidade;
- c) dos *modelos anglo-saxónicos* da administração livre e «*fair*», fracamente vinculada a soluções legais substantivas previamente definidas, em que o procedimento é factor determinante e condição da legitimidade decisória dos casos (“legitimação pelo procedimento”) – paradigma que não vale inteiramente num sistema de administração executiva, que continua vinculada no essencial a pré-determinações legislativas.

3.2. O princípio da procedimentalização

- a) A procedimentalização de toda a actividade administrativa – destinada à produção de actos, regulamentos e contratos, bem como à respectiva execução.

- b) Os objectivos da procedimentalização da actividade administrativa: a participação e a garantia de interesses (públicos e privados), a eficiência, a coordenação e racionalização de tarefas complexas – finalidades que se combinam em proporções variáveis, conforme os tipos e as espécies procedimentais, sendo exponencialmente complexo naqueles casos em que se defrontam, para além de interesses privados conflitantes, interesses públicos contraditórios.

3.3. O conceito de procedimento: procedimento e acto administrativo

- a) O procedimento como *acto complexo* e a sua inadequação para a compreensão teórica das situações de colaboração diferenciada;
- b) A concepção *adjectiva* do procedimento como resposta adequada à construção teórica e às necessidades práticas, acentuando o carácter *funcional* da figura;
- c) As relações possíveis entre o procedimento e o acto administrativo.

3.4. Os momentos característicos da figura do procedimento:

- a) um *conjunto de pronúncias (actos jurídicos)*, que exprimem a *colaboração de diversos órgãos* e a *composição de diferentes interesses públicos e privados*;
- b) um *resultado jurídico unitário* como *finalidade última de interesse público substancial* comum a todas as manifestações que o constituem;
- c) uma *tramitação temporal e substancial*, constituindo uma *sequência ordenada*, em que há, tipicamente, um (ou mais) *acto(s) principal(is)* (cuja *finalidade imediata* coincide com a finalidade última do procedimento) e *actos funcionalmente subordinados*, desempenhando cada um deles um *papel específico* (iniciativa, preparação, controlo ou comunicação da decisão), embora dirigido à finalidade última do procedimento.

3.5. Tipos de procedimentos

- a) Procedimentos de 1.º grau e procedimentos de 2.º grau (impugnações administrativas);
- b) Procedimentos decisórios e executivos;
- c) Procedimentos bipolares e procedimentos poligonais (incluindo os da actividade arbitral da Administração);
- d) Procedimentos obrigatórios (formais) e procedimentos facultativos ou informais;
- e) Procedimentos simples e procedimentos complexos.

No quadro dos *procedimentos complexos*, devem ter-se em conta:

- i) Os *subprocedimentos* - que podem ser de *instrução* ou de *controlo preventivo*, entroncando o seu acto principal, respectivamente, na fase preparatória [proposta, parecer] ou na fase integrativa da eficácia [aprovação];
- ii) os procedimentos *escalonados* ou *faseados* – em que, antes da *decisão final*, há *pré-decisões*: actos *prévios* (que decidem definitivamente certas condições da decisão global) ou *decisões parciais* (que decidem alguns dos aspectos do requerimento ou da matéria em causa);
- iii) os procedimentos *coligados* ou *conexos* - que podem ser *paralelos* ou *sucessivos (sequenciais)*.

Por exemplo, a DIA (declaração de impacte ambiental) é um acto administrativo final parcial (DL 69/2000), no âmbito do procedimento de AIA (avaliação de impacte ambiental), que constitui um procedimento *paralelo* relativamente ao licenciamento de determinadas actividades – Ac. TCA-N 12/06/2008.

3.6. Novas tendências procedimentais

3.6.1. Mecanismos de *simplificação* administrativa:

- a) *desregulação*, substituindo as autorizações ou licenciamentos por mera comunicação de inicio de actividade (iniciativa de procedimento de verificação

- para eventual oposição administrativa com ou sem prazo) – aqui se inscreve a iniciativa governamental crismada de “licenciamento zero”;
- b) relevância do *silêncio endoprocedimental* como dispensa (99.º, n.º 3, CPA), também, por exemplo, com efeito devolutivo a outras entidades;
- c) *concentração*: verificação ou autorização de projectos globais ou de rede (por exemplo, de redes de distribuição de gás), que substituem diversas autorizações parcelares [CJA, 32, p. 41 e ss];
- d) *coordenação*: *conferências procedimentais*, que podem ser:
- i) *instrutórias*, quando se reúnem e concertam pareceres de diversos serviços num determinado procedimento, por vezes com a participação do particular requerente,
 - ii) *deliberativas*, quando, em procedimentos complexos, se reúnem os órgãos competentes para uma decisão conjunta, que substitui a prática de vários actos autónomos;
 - iii) *de coordenação*, quando, em procedimentos complexos, se reúnem os órgãos competentes para praticarem, simultaneamente, actos administrativos autónomos.

Actualmente, as conferências deliberativas e de coordenação (não as instrutórias) estão reguladas no CPA (artigos 77.º a 81.ª), que determina regras gerais sobre a sua instituição (por lei, regulamento ou contrato interadministrativo), realização, audiência dos interessados ou pública e conclusão.

[Exs.: o artigo 11.º do Decreto-lei n.º 166/2008, de 22 de Agosto, que prevê uma conferência de serviços instrutória para delimitação da REN; artigos 39º/3 e 75º do DL 380/99, na redacção do Decreto-lei n.º 316/2007 (RJIGT) – reúnem todas as entidades que devem ser ouvidas no procedimento, substituindo o pedido de pareceres; artigo 26º/3 do Decreto-Lei n.º 178/2006 (regime jurídico da gestão de resíduos) – reúnem os serviços e o *requerente* da licença para acordar os requisitos necessários ao deferimento do pedido; v. ainda o artigo 13.º-A do Decreto-lei n.º 555/99, introduzido pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, relativo ao licenciamento de operações urbanísticas, em que se combina uma fórmula de *concentração* com uma conferência decisória. Também o Decreto-Lei n.º 4/2015, que aprovou o CPA revisto, regula, no artigo 4.º, a aplicação de algumas regras das conferências procedimentais ao procedimento previsto no Sistema de Indústria Responsável (SIR), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 169/2012, de 1 de Agosto].

3.6.2. *Privatização* – substituição de procedimentos públicos por procedimentos privados; delegação da instrução em técnicos privados habilitados.

3.7. O procedimento no CPA

Ao contrário do que acontece com o processo judicial, em que é possível codificar os processos-tipo a utilizar na generalidade dos casos, os procedimentos administrativos caracterizam-se pela sua diversidade, em função das situações e do modo como se apresentam os interesses públicos a prosseguir pela Administração.

Por isso, os procedimentos administrativos são, normalmente, procedimentos especiais, facto que suscita problemas na codificação, que há-de limitar-se a regras e princípios gerais, e obriga a cautelas na aplicação dessas regras aos vários procedimentos.

No CPA, o procedimento de feitura dos actos administrativos é regulado como o procedimento-tipo – o que corresponde à realidade, dado o carácter específico do procedimento regulamentar e do procedimento contratual.

3.8. Os princípios gerais do procedimento (artigos 3.º a 19.º do CPA)

Interessam-nos aqui em especial os princípios procedimentais ou com alcance procedimental:

- a) Princípio da *liberdade* da iniciativa dos interessados e princípios da *legalidade* e da *oportunidade* da iniciativa pública;
- b) Princípio da *boa administração* (eficiência, economicidade e celeridade) - artigo 5.º;
- c) Princípio da *imparcialidade* negativa – artigo 9.º;
- d) Princípio do *inquisitório* – decorrente do princípio da *prosecução do interesse público* (artigo 4.º);
- e) Princípios da *boa fé* e da *colaboração* com os particulares – artigos 10.º e 11.º;
- f) Princípio do *procedimento aberto* – sub-princípios da *informação* e da *participação* – artigos 11.º e 12.º;
- g) Princípios aplicáveis à administração electrónica - artigo 14.º;

- h) Princípio da *decisão* – artigo 13.º;
- i) Princípio da *gratuidade* – artigo 15.º
- j) Princípio da *cooperação leal* com a União Europeia – artigo 19.º.

3.9. Os sujeitos do procedimento: o CPA opta por um conceito amplo de *interessados*, que engloba, para além dos titulares de interesses individuais específicos, os titulares de interesses colectivos e de interesses gerais comuns (artigos 65.º, n.º 2, 67.º e 68.º).

3.10. As fases do procedimento administrativo

3.10.1. Fase preparatória

Integram-se aqui os actos preparatórios típicos, isto é, os *actos jurídicos* que estão *directamente conexados com o acto principal, visando a sua consumação* e que não produzem *efeitos externos senão através dele*.

Não se consideram, assim, integrados no procedimento: as operações materiais e comportamentos (por não serem actos jurídicos), os «pressupostos» longínquos (por não terem uma conexão directa com o procedimento, como, por exemplo, a delegação de poderes) e os actos com autonomia funcional (por visarem produzir efeitos externos próprios, como acontece tipicamente com a autorização para a prática de acto administrativo ou com a decisão de exclusão de candidato de procedimento concursal).

Nos termos do CPA, incluem-se na preparação da decisão administrativa, que condicionam a validade do acto principal:

- a) A *iniciativa* (artigo 102.º), que pode ser desencadeada pelo *interessado* (sendo como tal qualificado quem tenha legitimidade para iniciar o procedimento, nos termos do artigo 68.º), por meio de um *requerimento* (artigos 102.º e ss), ou por um órgão administrativo através de um *acto público de iniciativa*, devendo distinguir-se, neste caso, os procedimentos *oficiosos* dos procedimentos públicos *não oficiosos* (desencadeados por propostas, requisições, pedidos).
- b) A *instrução* (artigos 115.º a 120.º), como momento de individualização, valoração e comparação dos interesses co-envolvidos na decisão

administrativa que o procedimento serve, integra os actos que relevam como produtores de uma *situação jurídica* que é *condição de validade* do acto principal, mas *exterior ao tipo legal* respectivo.

Em particular, aí se devem incluir:

- de origem administrativa: as *diligências probatórias* (artigos 116.º a 120.º) e as *diligências consultivas* (em especial, os *pareceres* - artigos 91.º/92.º);
- de origem privada: *provas e alegações*.

A *direcção da instrução*, que se desenvolve de acordo com o *princípio do inquisitório* (artigo 58.º) e o *princípio da adequação procedimental* (artigo 56.º), cabe, em regra, ao órgão competente para a decisão final, que, no entanto, deve, em princípio, delegar o poder de direcção em inferior hierárquico seu (artigo 55.º do CPA).

No entanto, neste momento procedimental, podem produzir-se actos que não sejam meramente preparatórios, designadamente por produzirem efeitos autónomos – actos que podem consistir em decisões impugnáveis directamente junto dos tribunais, não estando sujeitas ao princípio da impugnação unitária (isto é, não tendo que ser impugnadas através da impugnação do acto principal).

Assim, perante a admissibilidade de o órgão competente para a decisão final ordenar *medidas provisórias* necessárias para prevenir lesões graves ou de difícil reparação dos interesses públicos (artigos 89.º e 90.º) – embora possam ser ordenadas em qualquer fase do procedimento, são mais prováveis durante a instrução – estas medidas produzirão efeitos jurídicos próprios, muitas vezes lesivos da esfera jurídica dos particulares.

Também a *suspensão do procedimento* depende da existência de uma causa prejudicial, deve ser fundamentada e, se lesiva, há-de ser susceptível de impugnação.

Actualmente, a Administração deve fomentar, na medida do possível e adequado, a utilização de meios electrónicos na sua relação com os particulares, promovendo, designadamente, e o “balcão único electrónico” (artigos 61.º e 62.º).

3.10.2. A audiência dos interessados (artigos 121.º a 125.º)

Constitui um trâmite intermédio entre a fase preparatória e a fase constitutiva, destinado à efectivação da *participação dos interessados* na formação da

decisão administrativa, que serve para defesa dos interesses dos particulares envolvidos, mas também para o bom andamento da função administrativa.

É, em princípio, aplicável a todos os procedimentos, sem prejuízo daqueles casos em que a lei permite a respectiva *dispensa* administrativa pelo órgão instrutor, por razões de *urgência, inadequação, impraticabilidade, inutilidade* ou *superfluidade* (artigo 124.º).

3.10.3. Fase constitutiva

Produz-se o acto *principal* ou *típico*, que é, em regra, um acto *simples* (singular ou colegial, conforme o órgão que o pratica), mas pode ser um acto *compósito*, com diferentes pronúncias – *acto complexo* (com pronúncias iguais de diversos órgãos, como acontece com despachos conjuntos de mais de um ministro), *acto continuado* (várias pronúncias, do mesmo ou de órgãos diferentes, diversificadas no tempo, mas que só na sua conjugação constituem os efeitos jurídicos, como o exame constante de prova escrita e oral), *acto composto em sentido estrito* ou *acto complexo desigual* (com pronúncias desiguais, em que um órgão decide e outro aprova, homologa ou certifica).

Dos actos compósitos devem distinguir-se os chamados “actos contextuais” (simultâneos ou plurais), que, em rigor, são conjuntos de actos autónomos que estão reunidos numa mesma forma documental – por exemplo, as decisões de um ou de diversos júris de exame, relativas a diferentes candidatos, reunidas num único despacho ministerial homologatório.

Nos órgãos colegiais, pela sua complexidade subjectiva, o momento constitutivo decisório segue um “procedimento interno” (artigos 23.º a 35.º do CPA), um conjunto de formalidades e de requisitos de legitimação para a formação da vontade colegial (“deliberação”).

Como já vimos, exige-se, em regra, que a decisão final seja expressa, embora o silêncio ainda hoje possa ter relevância decisória na hipótese do deferimento tácito, nas condições e nos casos em que tal esteja legalmente previsto (artigo 130.º do CPA).

No contexto do procedimento, a fase constitutiva assume relevância jurídica *nuclear*, seja no plano *substancial*, porque é nela que o acto se *consuma*, válida ou invalidamente, seja no plano *temporal*, porque é esse o momento em que o acto está pronto e *apto para produzir* os efeitos visados, ainda que

possa não os libertar imediatamente por ser necessária uma fase integrativa da eficácia.

3.10.4. Fase integrativa de eficácia

A lei, ao estabelecer o procedimento, frequentemente exige que, praticado o acto principal, ele só possa produzir os efeitos respectivos se estiverem satisfeitos outros trâmites, que consistem designadamente em *actos de controlo preventivo* ou em *actos de adesão ou aceitação* dos particulares.

Actos integrativos de eficácia são aqueles actos (que podem ser actos administrativos ou actos instrumentais) que, não contribuindo para a definição do conteúdo do acto administrativo, nem operando no plano da validade, visam apenas *remover os obstáculos à sua operatividade efectiva*, no que respeita aos seus *efeitos típicos*.

São exemplos comuns actos de controlo preventivo a *aprovação das actas* dos órgãos colegiais (muitas vezes só efectuada na reunião seguinte), a *aprovação* da decisão por um órgão tutelar, o *visto* do Tribunal de Contas; exemplo de *acto de adesão ou aceitação* do particular é a aceitação da nomeação pelo funcionário (designada como “posse”, em caso de primeira nomeação).

Suscita-se a dúvida sobre o significado e alcance das *comunicações*, sejam *notificações* (pessoais), sejam *publicações* (em periódicos oficiais), quando sejam obrigatórias. Entendemos que devem ser concebidas como *condições de oponibilidade* dos efeitos (quando, na medida em que ou relativamente a quem o acto vise produzir efeitos desfavoráveis) e não como *condições gerais de eficácia* do acto, em face da regra geral do *carácter não receptício* dos actos administrativos e da *razão de ser* substancial da comunicação, que não é puramente formal, visando, além da segurança jurídica, a protecção dos particulares – nesse sentido, poderá invocar-se o artigo 60.º, n.º 1, do Código do Processo nos Tribunais Administrativos; contudo, o artigo 158.º, n.º 2, do CPA parece condicionar (toda) a eficácia do acto à sua *publicação*, nos casos em que esta seja *obrigatória*, sem distinguir entre efeitos favoráveis ou desfavoráveis.

3.11. São especialmente relevantes os *direitos de informação procedimental* dos *interessados directos*, que têm garantia na Constituição (artigo 268.º, n.º 1) e assento na lei (artigos 82.º a 85.º do CPA): o direito engloba a informação

sobre andamento e resoluções tomadas, bem como a consulta de documentos e a passagem de certidões.

Estes direitos estão, no entanto, sujeitos a limites de segredo: segredos *públicos* (segredo de Estado ou segredo de justiça) ou *privados* (privacidade de dados pessoais de outrem, sobretudo íntimos, segredo industrial ou comercial) – limites que são naturalmente mais intensos e extensos nos casos em que os direitos de informação se estendem a titulares de interesses legítimos que não são interessados directos.

3.12. O procedimento de execução de actos administrativos: os princípios da decisão prévia e da notificação prévia (remissão).

3.13. Situações anómalas

As regras e as tramitações procedimentais devem ceder ou ser adaptadas pela Administração em situações anormais, em função de ideias de premência e de praticabilidade na prossecução do interesse público.

a) Há a considerar, desde logo, as situações de *urgência*, em que existe uma necessidade *imperiosa* ou um perigo *iminente*, em regra, prevenido na própria lei, que impõem ou preconizam uma resposta imediata por parte da Administração.

Para além da *coacção directa policial*, admitida em geral, quando esteja em causa a ordem pública, sempre sujeita aos princípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporção ou equilíbrio), bem como da execução coerciva de actos (artigo 176.º, n.º 1, *in fine*), filiam-se também na urgência administrativa as meras *dispensas procedimentais* (v. os artigos 26.º, n.º 2, 71.º, n.º 2 e 124.º, n.º 1, al. a) do CPA).

b) Distingue-se da mera urgência o *estado de necessidade administrativo*, que pressupõe a verificação de uma situação de perigo *grave e excepcional* para *interesses de grande relevo*, que em regra é também urgente, mas não o é necessariamente.

Nestas situações – que não se devem confundir com as situações de excepção formalmente decretadas (o estado de sítio ou o estado de emergência) –, a consequência é a própria *desprocedimentalização* da actividade, que não tem de obedecer à legalidade formal e procedimental – os actos são *válidos*, ainda que ilegais, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do CPA (v. também, a propósito do processo executivo, o artigo 177.º, n.º 2).

4. A eficácia do acto administrativo

Bibliografia:

- ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 180-191.

Bibliografia facultativa:

- PEDRO GONÇALVES, *Notificação dos actos administrativos*, in *Ab Vno Ad Omnes*, 1998, p. 1091 e ss.

4.1. A distinção teórica e prática entre *validade* e *eficácia* de actos administrativos

Em regra, a eficácia de um acto está associada à sua validade: os actos que são praticados com respeito pela lei (pelas normas jurídicas aplicáveis) devem produzir os efeitos jurídicos correspondentes; os actos que não respeitam as normas jurídicas não devem produzir os efeitos pretendidos.

No entanto, os dois conceitos são diferentes e não têm uma correspondência biunívoca.

A validade respeita a *momentos intrínsecos* do acto, depende do cumprimento do respectivo padrão normativo de formação, isto é, se o acto comporta, ou não, ilegalidades (“vícios”), e denota a *vitalidade* ou *aptidão* para produzir efeitos.

A eficácia respeita a *circunstâncias extrínsecas* ao acto de que dependa a *operatividade* ou *produção efectiva* dos efeitos visados pela decisão.

Isso significa, desde logo, que há actos administrativos *válidos, mas não operativos*.

Assim acontece com: a) os actos de eficácia *diferida*, por estarem sujeitos a *termo* inicial, por força da lei ou de cláusula acessória aposta ao acto pelo respectivo autor; b) os actos de eficácia *condicionada*, por o seu procedimento incluir uma *fase integrativa da eficácia* ou por a produção dos efeitos do acto depender da verificação de uma *condição*, quer se trate de uma condição legal ou de uma cláusula acessória condicional aposta pelo autor ao acto; c) os actos cuja eficácia se encontre *suspensa*, seja por efeito legal de impugnação, por decisão judicial cautelar ou por decisão administrativa.

Por sua vez, há actos *inválidos que são produtores de efeitos*.

Por um lado, os actos portadores de vícios que os tornem (apenas) *anuláveis* têm eficácia provisória, que se torna mesmo definitiva, caso se tornem insusceptíveis de impugnação judicial, por decurso do prazo respectivo (“actos inimpugnáveis”); por outro lado, embora só excepcionalmente, podem ser reconhecidos efeitos putativos aos actos *nulos*, dando relevo jurídico a situações de facto por eles criadas, perante o decurso do tempo, com fundamento em princípios jurídicos fundamentais, como os princípios da boa fé, da protecção da confiança legítima e da proporcionalidade.

4.2. Actos de eficácia instantânea e actos de eficácia duradoura

Os actos têm eficácia instantânea quando os seus efeitos se esgotam no momento em que se tornam eficazes – aí se incluindo também certos actos que dão origem a situações duradouras, como acontece com os actos extintivos e com aqueles que criam *status*.

Os actos têm eficácia duradoura, quando criam e sustentam “relações de trato sucessivo” entre a Administração e os particulares – este tipo de actos suscita, como veremos, problemas específicos em função das vicissitudes do *tempo*, tendo em conta que, durante a respectiva vigência, pode haver alterações das circunstâncias de facto, das normas aplicáveis ou da concepção administrativa do interesse público, que permitam ou determinem a sua modificação, anulação ou revogação, designadamente quando haja espaços de discricionariedade ou de autonomia decisória.

4.3. Início da eficácia

A contagem dos efeitos reporta-se, em regra, ou ao momento em que se desencadeia a eficácia (*ex nunc*), ou então ao momento constitutivo do acto (*ex tunc*).

A *retroactividade* propriamente dita verifica-se quando a lei ou o órgão decisor *determinam* a produção dos efeitos de um *acto* (ou de alguns deles) a contar de um momento *anterior à respectiva constituição* – nos casos de

retrospectividade ou retroactividade inautêntica, determina-se a aplicação do acto, para o futuro, a situações duradouras já constituídas.

Em rigor, deve distinguir-se a retroactividade em sentido próprio de outras situações próximas.

Há a considerar, desde logo, as situações de *retrodatação*, que se verificam nos casos em que o acto é praticado em momento constitutivo deslocado no tempo, concretamente, quando os efeitos de um acto são reportados a uma data passada, porque esses efeitos deviam ter sido produzidos, por imposição legal, em momento anterior ao da sua prática efectiva.

Também não implicam, em rigor, verdadeira retroactividade as situações de *retrotracção*, que acontece nos casos de eficácia *ex tunc*, sempre que os efeitos de um acto se reportem *naturalmente* ou *necessariamente* a um momento anterior, como acontece como os efeitos das decisões de anulação ou de sanção de outro acto – embora esta situação suscite alguns problemas temporais semelhantes aos da retroactividade.

4.4. As regras sobre a contagem da eficácia no CPA (artigos 155.º a 160.º)

O Código estabelece a regra geral da “eficácia *ex nunc*”: os efeitos do acto produzem-se desde a data em que for praticado (artigo 155.º), mas admite excepções, quando a lei ou o próprio acto lhe atribuem “eficácia retroactiva” (artigo 156.º), “eficácia diferida” ou “eficácia condicionada” (artigo 157.º).

No que respeita às situações de eficácia retroactiva, a lei consagra um princípio geral de *não-retroactividade* dos actos administrativos, com algumas limitações.

Por um lado, estabelece como “excepções” os casos de actos meramente interpretativos (que são casos de escasso relevo) e os de actos de execução de sentenças anulatórias (desde que não sejam renovadores do acto anulado) – em que a essa “retroactividade” resultaria da lei.

Por outro lado, permite a atribuição de efeitos retroactivos pelo respectivo autor relativamente a actos de efeitos inteiramente favoráveis, se justificada, bem como nos casos especiais de actos extintivos de 2.º grau (“revogatórios”), praticados na sequência de reclamação ou no contexto de recurso hierárquico.

Na pressuposição de que a retroactividade implica a afectação de posições jurídicas estáveis já constituídas, verifica-se que, bem vistas as coisas, a lei só admite a retroactividade perfeita nos casos de actos favoráveis, desde que

a decisão pudesse ser validamente tomada com o mesmo conteúdo nesse momento anterior ao qual os efeitos são reportados, justamente porque aí não há ofensa de direitos ou posições jurídicas dos particulares, nem uma ilegalidade substancial.

Impõe-se, por outro lado, um entendimento limitado da possibilidade de a lei atribuir ou permitir em outras situações a atribuição de efeitos retroactivos a actos administrativos (prevista no artigo 156.º, n.º 2, alíneas c) e d)) – tem de ser fundamentada e não pode pôr em causa direitos adquiridos (salvo em casos de “expropriação” ou de “sacrifício” legítimo de direitos, com a devida indemnização), nem princípios jurídicos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade.

O artigo 157.º contempla situações diversas, só havendo lugar verdadeiramente a um diferimento da eficácia na hipótese de o acto depender de termo *inicial* (dito “suspensivo”). Nas restantes hipóteses, a eficácia está “condicionada”, seja à aprovação do acto, ao referendo ou à verificação da condição acessória ou da condição legal – de modo que a decisão poderá, conforme as circunstâncias, a natureza do acto ou a disposição da lei, produzir os seus efeitos no momento em que se verifica o facto condicionante ou então reportá-los (“retrotracção”) ao momento constitutivo do acto.

A eficácia dos actos constitutivos de deveres ou encargos é sempre diferida, porque depende da sua *notificação* aos destinatários – dado que os efeitos desfavoráveis só lhes serão oponíveis após a notificação (artigo 160.º).

Por fim, deve ter-se em conta a distinção entre o momento em que se desencadeia a eficácia e a data à qual se reporta o início da produção dos efeitos: na realidade, a eficácia de um acto pode ser simultaneamente *condicionada* (quanto ao desencadear da eficácia, se dependente de trâmite integrativo da eficácia ou de cláusula acessória), por um lado, e *retrotractiva* (quanto ao reporte ou à contagem da produção dos efeitos), por outro. Assim, por exemplo, um acto sujeito a condição suspensiva poderá, se a condição se vier a verificar, produzir os seus efeitos desde o momento constitutivo.

5. A execução do acto administrativo

Bibliografia:

- ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 191-219;
- RUI MACHETE, “Privilégio da execução prévia”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI., p. 448-470;
- M. ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, anotado*, p. 698-708.

Bibliografia facultativa:

- RUI MACHETE, *A execução do acto administrativo*, *Direito e Justiça*, VI, p. 65 e ss.

5.1. A evolução histórica da ideia da executoriedade

A concepção oitocentista dos sistemas de administração executiva afirmava o «privilégio da execução prévia» dos actos administrativos, fundado numa «presunção de legalidade administrativa» – a Administração tinha o poder geral de executar as suas decisões pelos próprios meios, coactivamente, se fosse caso disso, sem necessidade de recorrer ao tribunal.

Actualmente, esta concepção da executoriedade é insustentável no quadro de uma administração democrática, em que os administrados são cidadãos titulares de direitos perante as autoridades administrativas – não se pode falar de uma verdadeira presunção de legalidade dos actos administrativos, nem faz sentido reconhecer à Administração um poder geral de uso da força fora de situações excepcionais ou de urgência.

5.2. O alargamento do conceito de executoriedade pela doutrina e jurisprudência portuguesas

Entre nós, a executoriedade foi durante algum tempo concebida como requisito da impugnabilidade imediata dos actos administrativos (teriam de ser “definitivos e executórios”, na formulação de Marcello Caetano) - uma posição que está hoje ultrapassada, em especial pela confusão que suscita dos problemas da executoriedade com os problemas (prévios) da eficácia, confusão que, no entanto, se verifica ainda no n.º 1 do artigo 150.º do CPA, pois que os actos suspensos ou dependentes de aprovação não são sequer eficazes (por sua vez, os actos confirmativos não são sequer decisões).

5.3. É importante salientar a diferença entre a *imperatividade* – a autoridade ou obrigatoriedade decorrente do poder de constituição unilateral de efeitos jurídicos na esfera dos particulares (tradicionalmente designado por poder de “auto-tutela declarativa”) –, que é característica de *qualquer* acto administrativo, e a *executoriedade*, que consiste no poder de execução *coactiva* por *meios próprios*, sem necessidade de mandado judicial, das próprias decisões administrativas, qualidade que só tem sentido para determinados tipos de actos (os que sejam *exequíveis*) e que hoje só em termos limitados é admissível.

5.4. Deve atender-se, desde logo, à figura da *exequibilidade* dos actos administrativos: os actos “*exequíveis*”, em sentido estrito, são aqueles que necessitam ou admitem uma actividade *administrativa* de execução para a produção dos efeitos visados; os *actos não-exequíveis*, pelo contrário, são capazes de produzir por si próprios (desde que eficazes, claro) os efeitos visados, sem necessidade ou admissibilidade de execução – como acontece, por exemplo, com os actos negativos, com os actos relativos a *status* e com grande parte dos actos favoráveis.

Os problemas de execução e, portanto, da executoriedade, como forma de execução coactiva, só existem, como é evidente, quanto aos actos que sejam *exequíveis*, isto é, que tenham de ser executados.

5.5. Por sua vez, a *executividade* (força executiva, “auto-tutela executiva”) diz respeito à função tituladora do acto e corresponde à capacidade de basear ou titular uma execução sem necessidade da pronúncia de outro poder - é uma

qualidade típica dos actos administrativos exequíveis (desde que eficazes) que não se confunde com a executoriedade, já que se manifesta também nos casos em que a execução é feita pelo tribunal ou por mandado judicial, visto que é a decisão administrativa o título executivo que os tribunais executam ou mandam executar (não havendo necessidade de uma decisão judicial substantiva).

5.6. A *executoriedade em sentido estrito* deve ser entendida como a qualidade de *alguns* dos actos administrativos constitutivos de *obrigações* ou *deveres*, que, *em determinadas circunstâncias*, possibilita à Administração a sua *execução coactiva* sem necessidade de mandado judicial, quando os particulares não cumpram voluntariamente os deveres impostos por esses mesmos actos.

5.7. O problema central é o da validade geral do *princípio da executoriedade* («execução prévia») enquanto *regra* da força jurídica dos actos administrativos *susceptíveis* de execução coactiva (actos exequíveis que criem deveres para os particulares, desde que eficazes).

Actualmente, a executoriedade em sentido estrito não deve valer como princípio geral de execução:

- a) num plano *doutrinário*, defende-se que o alargamento da intervenção administrativa na vida dos privados não é compatível com a manutenção do princípio, sob pena de total subjugação dos particulares (ameaçados pela sanção criminal de desobediência);
- b) num plano *normativo*, entende-se que a execução coerciva só é legítima *em situações de urgência* devidamente fundamentada (quando as circunstâncias do caso demonstrem inequivocamente que a demora na execução causa um prejuízo insuportável para o interesse público), ou nos *casos previstos expressa ou inequivocamente na lei* (que terá feito uma ponderação abstracta dos interesses em presença) – execução que, aliás, salvo urgência justificada, só deveria ser admitida depois de passado um determinado prazo mínimo (que permita o requerimento judicial, pelo particular, de medidas cautelares adequadas).

5.8. O artigo 176.º, n.º 1, do CPA, introduzido em 2015, inverte o princípio geral anterior da executoriedade dos actos administrativos: a execução coerciva, pela própria Administração, sem recurso aos tribunais, de obrigações ou limitações impostas por actos administrativos só é admissível “nos casos

e segundo as formas e termos expressamente *previstos na lei*, ou em situações de *urgente necessidade pública*, devidamente fundamentada”.

No entanto, a alteração, que é justificada por uma ideia exigente de legalidade no uso da força pela Administração, não é tão extensa como podia parecer, pois que já antes a lei reconhecia:

- a) que o problema da execução coactiva pela Administração só se põe relativamente a actos que imponham obrigações aos destinatários ou estabeleçam limitações aos seus direitos e liberdades, e desde que sejam eficazes;
- b) que a execução coactiva dos actos administrativos pela Administração *não valia*:
 - i) para os actos que impusessem ou implicassem o dever de efectuar *prestações pecuniárias*, que são executados nos tribunais tributários, em processos de execução fiscal (v. actuais artigos 176.º, n.º 2 e 179.º);
 - ii) para os actos que impusessem obrigações positivas de *prestação de facto infungível* (“obrigações pessoalíssimas”), na medida em que a lei considerava necessária a respectiva *previsão legal expressa* (“excepção da liberdade” – v. o actual artigo 178.º, n.º 2) – que se tem admitido, designadamente, quando haja deveres de suportar (vacinação, internamento) e em casos de detenção, deslocação ou expulsão de pessoas.

Para além disso, também a posse administrativa de coisas devidas, tendo em conta a garantia constitucional da propriedade, só excepcionalmente se poderia fazer sem intervenção judicial – por exemplo, quando se tratasse de posse de bens do domínio público ou de coisas que integrassem o património cultural.

Lembre-se, por fim, que esta limitação da executoriedade administrativa vale apenas para as imposições feitas por actos administrativos e, por isso, *não é aplicável* à adopção de *medidas policiais* de coacção directa, dirigidas à execução de obrigações decorrentes directamente da lei, como está expressamente afirmado no artigo 175.º, n.º 2. Essas medidas, destinadas a prevenir o perigo ou a evitar a continuação ou consumação do incumprimento da lei, serão em regra susceptíveis de execução coactiva, com respeito pelos princípios da proporcionalidade, tal como determina o 272.º, n.º 2, da Constituição.

5.10. O procedimento de execução e as garantias dos particulares

O CPA regula com densidade normativa, em termos genéricos e sem prejuízo de normas especiais, o procedimento de execução de actos administrativos:

- a) impõe a prática *prévia* do acto exequendo (artigo 177.º, n.º 1), com a consequente inadmissibilidade de decisões implícitas (quando desfavoráveis e exequíveis);
- b) salvo em estado de necessidade, tem de haver uma *decisão autónoma*, devidamente fundamentada, de proceder à execução, determinando o conteúdo e os termos desta (artigo 177.º, n.º 2);
- c) a decisão de executar deve ser *notificada*, autonomamente ou conjuntamente com a notificação do acto exequendo, com a cominação de um prazo razoável para o cumprimento da obrigação (artigo 177.º, n.ºs 3 e 4);
- d) admite a fixação de sanções pecuniárias, quando a obrigação é de prestação de facto (artigo 181.º);
- e) prescreve e assegura o respeito, em todas as situações, pelos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade na escolha do modo de execução coerciva (cfr. artigo 266.º, n.º 2 da Constituição e artigos 178.º do CPA);
- f) estabelece as garantias dos executados, designadamente de impugnação administrativa e de acesso aos meios contenciosos (artigo 182.º).

5.11. Modalidades de execução coactiva

A execução coactiva, em caso de incumprimento voluntário, varia conforme os diversos tipos de deveres impostos aos particulares, que podem ser de *prestação pecuniária*, de *prestação de coisa certa* ou de *prestação de facto* (dever de fazer, de não fazer ou de suportar), que pode ser *fungível* ou *infungível* ou ainda do *respeito por acções ou omissões impostas* por actos (artigos 175.º, n.º 1, e 179.º a 181.º do CPA).

É de salientar a possibilidade de o incumprimento de uma prestação de facto *fungível* dar lugar a uma execução de prestação pecuniária (se a Administração optar por realizar a *execução em via substitutiva*, directamente ou por intermédio de terceiro, à custa do executado), bem como a circunstância de o

incumprimento de uma *obrigação de prestação de facto negativa* (dever de não fazer), que, em si, não é susceptível de gerar uma execução, poder gerar uma obrigação de reprimenda e a correspondente execução coactiva.

6. A função estabilizadora do acto administrativo – a força de «caso decidido» ou “caso resolvido”

Bibliografia:

- ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, p. 219-228.

6.1. O problema do «caso decidido formal»

Uma das características típicas do sistema de administração executiva é justamente a do ónus de impugnação dos actos administrativos, sob pena da respectiva consolidação (inimpugnabilidade), apesar de uma eventual invalidade, desde que não se trate de actos nulos.

Apesar disso, há diferenças entre a força de “caso decidido” e a força de “caso julgado” – a irrecorribilidade da sentença implica a sua irrepetibilidade (“*ne bis in idem*”) e imodificabilidade (salvo nos casos excepcionais de revisão da sentença), enquanto a inimpugnabilidade (judicial) do acto administrativo, se obsta em definitivo ao seu controlo pelos tribunais, admite, como veremos melhor, com alguma latitude, a possibilidade da sua “revisão” pelos órgãos competentes. De facto, a consolidação dos efeitos de actos inválidos, por caducidade do direito de impugnação judicial, não significa, ao contrário do que antes se entendia, que os actos ficam sanados dos respectivos vícios, mas apenas que os seus efeitos se tornam definitivos.

A força jurídica do «caso decidido» vale para a generalidade dos actos administrativos, enquanto decisões de autoridade que definem o direito do caso concreto de forma estável, em nome da segurança jurídica.

Hoje, esta estabilidade é afirmada, em especial, relativamente aos «actos constitutivos de direitos» e aos “actos devidos” (de conteúdo estritamente vinculado), de modo que a estabilidade do acto confere segurança aos particulares contra pronúncias ablatórias provenientes da própria Administração – os órgãos administrativos não podem *revogar* nem *anular* livremente os actos constitutivos de direitos ou os actos que sejam legalmente (ou contratualmente) devidos (artigo 167.º, n.º 2, e 168.º, n.º s 2 e ss, do CPA).

Até à revisão de 2015, o CPA revelava uma preocupação legítima, mas excessiva, com a garantia dos particulares perante a Administração, prejudicando uma desejável flexibilidade na realização do interesse público.

Por um lado, no que respeitava à revogação de actos válidos, por razões de oportunidade ou conveniência, estabelecia a irrevogabilidade dos actos administrativos favoráveis, salvo concordância do interessado.

Assegurava-se a irrevogabilidade desses actos, sem atender à eventual relevância da sua revogação para o interesse geral, não se curando de saber se os interesses do particular merecem tutela jurídica, isto é, se a confiança depositada na estabilidade das posições jurídicas subjectivas constituídas é, ou não, digna da protecção da ordem jurídica.

Do mesmo modo, também o regime da anulação, isto é, na terminologia legal anterior, da “revogação de actos inválidos”, ao traçar um mero horizonte temporal (um ano), até ao qual se permite livremente e após o qual se proíbe totalmente a anulação, era indiferente à ponderação dos valores em presença.

Ora, há determinadas situações em que, seja por alteração da lei, seja pela alteração da situação de facto, seja mesmo pela alteração fundamentada das concepções da própria Administração, o interesse público pode tornar conveniente ou até imperiosa a revogação de um acto administrativo constitutivo de direitos.

E, nesses casos, poderá haver boas razões para que, num contexto de ponderação de interesses, se deva dar primazia à realização do interesse público em face dos interesses dos particulares, seja naquelas situações em que estes, por não estarem de boa fé, não sejam sequer merecedores de tutela pelo direito, seja quando essa supremacia se justifique nas circunstâncias do caso concreto, ainda que com efeitos indemnizatórios ou compensatórios dos prejuízos causados.

O CPA admite actualmente, como veremos melhor, a possibilidade de revogação de actos constitutivos de direitos em determinadas circunstâncias excepcionais (artigo 167.º, n.º 2, alínea c), ainda que eventualmente com direito a indemnização – n.º 5), bem como, também em casos excepcionais,

a possibilidade de anulação administrativa oficiosa no prazo de cinco anos (artigo 168.º, n.º 4), isto é, para além do prazo da sua impugnabilidade judicial (um ano – n.º 2).

Por outro lado, admite-se a anulação administrativa de actos inválidos jurisdicionalmente inimpugnáveis dentro dos seis meses após o conhecimento pelo órgão administrativo da causa de invalidade ou, em caso de erro, após a cessação do erro, se esse prazo for além do prazo de impugnação judicial (mas sempre no prazo máximo de cinco anos da prática o acto) – condicionalismo que também afecta a força de caso decidido.

Na realidade, a força de caso decidido está actualmente em crise no que respeita aos actos de execução duradoura, face ao princípio da actualização do interesse público que legitima as decisões administrativas – um problema que surge principalmente em situações de incerteza e risco, que são cada vez mais frequentes.

Desenvolvem-se hoje ideias associadas ao “direito administrativo do risco”, que, para além das exigências de uma procedimentalização adequada, põem em causa as regras tradicionais relativas à estabilidade do acto administrativo em diversas áreas, seja em virtude da evolução rápida dos conhecimentos científicos, seja em virtude da europeização do nível de decisão normativa.

Assim, alguma doutrina já propunha, como figura geral, a possibilidade de “revisão” unilateral das *autorizações* (em especial de alguns tipos delas, como as autorizações em matérias ambientais, de segurança ou de saúde pública), para efeitos da sua modificação, redução ou extinção, com base na insustentabilidade objectiva da manutenção do acto causada pelas mudanças supervenientes relevantes do contexto normativo ou científico que a Administração não possa prever ou dominar – invocando o paralelo da modificação e resolução unilateral dos contratos administrativos por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias. E, por razões semelhantes, defendia-se a caducidade das *promessas* por alteração relevante da situação de facto ou de direito – que já aparece consagrada em outros ordenamentos jurídicos, designadamente na lei alemã.

Na mesma linha de flexibilização adequada, discutia-se a admissibilidade da figura da *revogação-sanção* (ou da invalidade sucessiva), eventualmente com efeitos retroactivos, designadamente quanto a actos cujo conteúdo consista numa prestação pecuniária dependente da realização de um fim ou do cumprimento de um modo (exemplo: subsídios concedidos para fins determinados ou que impliquem encargos específicos relevantes) – que também já existe na lei alemã e de que voltaremos a falar a propósito da anulação.

6.3. O problema do «caso decidido material»

Trata-se do problema da «capacidade de resistência» do *conteúdo* de uma decisão administrativa relativamente a *decisões futuras* da Administração (do mesmo ou de outro órgão), perante o *mesmo destinatário*.

O problema há-de resolver-se nos casos concretos, através de uma ponderação dos interesses, conflitantes entre si, da estabilidade, da eficiência e da justiça material, tendo em conta que a função administrativa, ao visar em termos dinâmicos a satisfação de necessidades colectivas, se diferencia materialmente da função jurisdicional.

Outra coisa são os eventuais efeitos de conformação *colateral* de relações jurídico-privadas pelas decisões administrativas – efeitos que têm como limite os direitos subjectivos privados (por exemplo, a concessão de uma licença de construção a um particular não implica o reconhecimento jurídico da propriedade do requerente, ainda que isso se encontre documentado no procedimento).

Por fim, deve distinguir-se a força do “caso decidido material” de outras realidades normativas próximas:

- i) não se confunde com a força do *precedente* decisório, que obriga a tomar decisões idênticas em casos futuros semelhantes, relativos a outros destinatários – precedente que, aliás, apenas releva juridicamente, entre nós, em associação com o princípio da igualdade, e que nunca se impõe quando a primeira decisão seja ilegal quanto ao conteúdo;
- ii) é diferente do relevo das *deliberações preliminares* – aquelas que, em procedimentos complexos, determinam, nos termos legalmente prescritos, o conteúdo que vai ser adoptado na decisão final.

7. Estrutura e requisitos de validade do acto administrativo

Bibliografia:

- ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, II, 229-238; 263-317;
- VIEIRA DE ANDRADE, *Validade (do acto administrativo)*, DJAP, VII, p. 581-586;
- FILIPA CALVÃO, *Os actos precários e os actos provisórios no direito administrativo*, 1998, p. 65-98.

Bibliografia facultativa:

- CARLOS CADILHA, “O silêncio administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 28, p. 22 e ss;
- MARGARIDA CORTEZ, “A inactividade formal da Administração como causa extintiva do procedimento e suas consequências”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, 2002, p. 367 e ss.

7.1. A concepção estrutural do acto segundo um modelo prático

São pensáveis dois modelos básicos para apresentar uma concepção estrutural do acto administrativo: um *modelo teórico e definitório*, baseado no inventário de um conjunto de «elementos essenciais», enquanto partes componentes de uma edificação lógica; ou um *modelo prático e teleológico*, que visa estabelecer um esquema descritivo dos aspectos significativos do acto, capaz de fornecer uma explicação coerente do seu regime de funcionamento e orientado fundamentalmente pela necessidade de construção de uma teoria das invalidades.

Adoptamos, seguindo Rogério Soares, este último modelo, no qual se procura identificar os momentos que sejam relevantes para efeitos de *localização* dos diversos tipos de vícios de que o acto pode padecer, bem como para *avaliação das consequências* do respectivo desvalor, tendo em vista,

designadamente, as diferenças de regime da invalidade, que variam em função do *alcance* e da *gravidade* do defeito.

Consideramos, assim, como momentos relevantes do acto, o *sujeito*, o *objecto* e a *estatuição*, distinguindo, dentro desta, os aspectos *substanciais*, relativos ao *fim* e ao *conteúdo*, e os aspectos *formais*, que incluem o *procedimento* de formação e a *forma* de exteriorização.

7.2. O sujeito

7.2.1. As pessoas colectivas que integram a Administração Pública em sentido organizativo são, através dos respectivos órgãos, os sujeitos típicos do acto administrativo – embora, como vimos, se admitam outros sujeitos de direito administrativo: entidades privadas que exerçam poderes públicos e órgãos de entidades públicas não administrativas.

7.2.2. Requisitos de validade do acto administrativo quanto ao sujeito

Para que o acto se constitua validamente, é preciso que o órgão que o pratica:

- a) actue dentro das *atribuições* (finalidades) legais da pessoa colectiva (ou ministério) a que pertence;
- b) exerça *competências* (poderes abstractos) que lhe tenham sido concedidas pela lei (ou tenham sido nele delegadas com base na lei), em razão da matéria, da hierarquia e do território;
- c) possua *legitimação* para exercer no caso concreto a competência, verificando-se os requisitos e condições legais de exercício do poder.

Estes conceitos, designadamente o conceito de legitimação, que não é de utilização comum na doutrina portuguesa, foram explicitados a propósito da organização administrativa, para onde se remete.

7.3. O objecto

7.3.1. Noção

Objecto do acto é o “ente no qual se projectam directamente os efeitos que o acto visa produzir” – que pode ser uma pessoa (nomeação,

autorização, imposição de comportamento), uma coisa (expropriação, classificação de bens) ou um outro acto administrativo (revogação, anulação, ratificação).

O “objecto”, em sentido estrito, distingue-se do “conteúdo” (os efeitos jurídicos que o acto visa produzir) e do “fim” (a finalidade de interesse público visada) do acto, embora se verifique o uso corrente dos conceitos de *objecto mediato* (objecto propriamente dito) e de *objecto imediato* (conteúdo) como conceitos ligados entre si – por vezes, a lei ou a doutrina utilizam até o conceito com o alcance de englobar simultaneamente o objecto e o conteúdo (ou trata-os em conjunto, como, por exemplo, no artigo 161.º, n.º 2 c) do CPA).

7.3.2. Os requisitos de validade do acto relativos ao objecto

Embora sejam diversas as arrumações doutrinárias, consideram-se fundamentalmente os seguintes requisitos:

- a) a *existência* (*possibilidade física* ou *jurídica*): o objecto tem de existir no plano dos factos e do direito – de modo que não é possível a aquisição de uma coisa já perecida, a nomeação de uma pessoa falecida ou a revogação de um acto entretanto extinto;
- b) a *idoneidade* (*adequação do objecto ao conteúdo*): o objecto, enquanto tal, tem de preencher as qualificações necessárias para suportar os efeitos do acto – não se pode validamente nomear como funcionário uma pessoa que não reúna os requisitos legais (de idade ou de habilitações literárias, por exemplo) ou expropriar um terreno incluído no domínio público;
- c) a *legitimação* (qualificação *específica* para sofrer *em concreto* os efeitos do acto): o objecto, para além de idóneo em abstracto, tem de preencher as condições subjectivas legais para – no âmbito de um concurso, não se pode validamente adjudicar um contrato a um candidato cuja proposta tenha sido excluída ou nomear para um lugar alguém que não tenha sido candidato ou que tenha desistido;
- d) a *determinação* (determinabilidade identificadora, conforme o tipo de acto): o objecto, seja pessoa, coisa ou acto, tem de ser perfeitamente individualizado ou determinado – não é válida a decisão de promover “o funcionário mais experiente” de um serviço ou de declaração de utilidade pública dos “terrenos necessários” para a realização de uma certa obra pública.

7.4. A estatuição

A estatuição refere-se à decisão, em si, isto é, à declaração formal que visa produzir transformações no mundo jurídico. Tendo em conta a sua complexidade, vamos encará-la de diversas perspectivas, distinguindo as dimensões substantivas das dimensões formais e instrumentais e desdobrando-as em momentos juridicamente significativos, tendo em vista os efeitos práticos referidos.

7.4.1. Aspectos substanciais

7.4.1.1. O fim

Nas “normas-condição”, como são tradicionalmente as normas que prevêm e regulam a prática de actos administrativos, a definição legal do fim do acto administrativo não é expressa, decorrendo da formulação dos *pressupostos* (pressupostos *abstractos* ou hipotéticos), isto é, das circunstâncias da vida que revelam a existência do *interesse público* que o acto visa satisfazer. No exemplo estilizado: “*quando um prédio ameace ruína*, a câmara municipal pode ordenar a sua demolição ou reconstrução”, a hipótese da norma não enuncia, mas *revela* qual é o interesse público a prosseguir, que é, no caso, o da segurança de pessoas e bens.

Genericamente, podemos definir “pressupostos”, neste sentido de indicadores do fim, como aquelas circunstâncias, não referentes ao sujeito ou ao objecto, de cuja ocorrência a lei faz depender a validade da decisão (“hipótese normativa”).

A verificação desses pressupostos hipotéticos nos casos concretos da vida (pressupostos *reais*) impõe e justifica a decisão administrativa – a *justificação* constitui a fundamentação formal do acto pela comprovação concreta da existência real dos pressupostos definidos em abstracto na norma habilitante.

Há dificuldades naturais na concretização do fim quando a lei utiliza *conceitos indeterminados* na formulação da hipótese normativa – a avaliação administrativa dos pressupostos legais, para efeitos da verificação da sua ocorrência no caso concreto, pode ser juridicamente vinculada ou então remeter o agente para uma “avaliação própria do exercício da função administrativa”.

A concretização do fim do acto (isto é, a concretização do interesse público específico que a lei visa assegurar ao prever a decisão administrativa),

que está em primeira linha a cargo da Administração que vai actuar, tem necessariamente *influência na determinação do conteúdo* (dos efeitos do acto), na medida em que este dependa de escolha discricionária – particularmente na aplicação dos preceitos normativos que acoplem uma “indeterminação conceitual” na hipótese com uma “indeterminação estrutural” na estatuição (“em caso de desordem que acarrete *perigo grave* para a segurança de pessoas e bens, o órgão policial competente pode utilizar os *meios adequados* para restabelecer a ordem pública”).

7.4.1.2. O conteúdo

De algum modo em paralelo com o objecto, são os seguintes os requisitos de validade do acto relativos ao conteúdo (ou objecto imediato, entendido como os efeitos que o acto visa produzir):

- a) a *compreensibilidade*: o conteúdo tem de ser susceptível de compreensão racional, não podendo ser contraditório, vago ou ininteligível [acto de licenciamento de loteamento no qual se determina que “o pagamento de uma compensação pelo particular a ser criada e aprovada pela Assembleia Municipal”];
- b) a *possibilidade*: os efeitos visados não podem ser impossíveis fisicamente [adjudicação de prestação de serviços a prestar no ano anterior – TCA-S 12/02/09] ou contrariar uma proibição legal absolutamente imperativa;
- c) a *licitude*: os efeitos visados têm de ser conformes à ordem jurídica (não é válida, por exemplo, a habilitação profissional para o exercício de uma actividade criminosa);
- d) a *legitimidade*: a decisão não pode ofender directamente normas ou princípios que regem a actividade administrativa.

No conteúdo do acto, há a considerar o *conteúdo principal* – que inclui, quer o conteúdo legal *típico* (isto é, os efeitos que, nos termos da lei, cada tipo de acto visa normalmente produzir), quer o conteúdo *discricionário* específico determinado pelo autor do acto no caso concreto (“cláusulas particulares”) – e as *cláusulas acessórias*.

No quadro do exercício de poderes discricionários, é importante a distinção entre as *cláusulas particulares* – que respeitam ao *conteúdo principal* do acto, tal como é concretizado ou determinado no caso específico pelo órgão

competente (autor) no uso dos seus poderes próprios – e as *cláusulas acessórias* – que, embora igualmente discricionárias, apenas respeitam à *eficácia* do acto ou então determinam aspectos *marginais* ou não imprescindíveis do respectivo conteúdo.

As *cláusulas acessórias* permitem adaptar o conteúdo do acto às circunstâncias do caso concreto, presentes ou futuras, e implicam sempre, ainda de que de diversas maneiras, uma *limitação* do alcance normal do acto principal.

O artigo 149.º do CPA prevê quatro tipos de cláusulas acessórias:

- 1) a *condição* – a *eficácia do acto* fica dependente de um *acontecimento futuro e incerto*, mas possível, cuja verificação a desencadeia (*condição suspensiva*) ou a extingue (*condição resolutiva*); estamos perante uma *condição potestativa* (ou *impura*) quando o acontecimento depende da vontade de alguém, designadamente do destinatário;
- 2) o *termo* – a *eficácia do acto* fica dependente de um *acontecimento futuro e certo*, muitas vezes um prazo, cuja verificação a desencadeia (*termo inicial*) ou a extingue (*termo final*);
- 3) o *modo* – consiste num *encargo* (*dever* de fazer, não fazer ou suportar), imposto num acto de *conteúdo principal positivamente favorável* (autorização, concessão), encargo que, ao contrário da condição e do termo, *não afecta a eficácia do acto*, e cujo *incumprimento* pelo destinatário pode levar a uma *execução*, eventualmente coactiva, ou a outras consequências sancionatórias, incluindo a possibilidade de revogação do acto (favorável).
- 4) a *reserva* (reserva de revogação, reserva de modo ou outra) – através da qual o autor do acto se reserva o exercício de um poder ou faculdade que, de outro modo, não teria ou não poderia exercer (poder de revogação de acto favorável, poder de imposição de novos encargos em actos de eficácia duradoura ou outros poderes legítimos).

Os três primeiros tipos de cláusulas já eram previstas no CPA originário, à semelhança do disposto na lei civil para os negócios jurídicos unilaterais. A reserva, que é admitida na generalidade dos países, enquanto cláusula específica do acto administrativo, foi introduzida na revisão de 2015, e tende a ter, pela sua adaptabilidade às mudanças, uma importância acrescida numa sociedade de incerteza e de risco.

Verificam-se na prática especiais dificuldades na distinção entre *cláusula particular*, *condição potestativa* e *modo*, enquanto cláusulas que surgem sobretudo em actos favoráveis:

- i) a *cláusula particular* integra o *conteúdo principal* da decisão concreta e o respectivo conteúdo corresponde a uma *modalidade necessária* de exercício da actividade autorizada ou concedida (licença para vender bolos na praia, mas em invólucros fechados; licença para abrir um clube nocturno, mas com insonorização reforçada);
- ii) a *condição potestativa* implica um ónus, a verificação prévia de um pressuposto dependente da vontade do destinatário, mas que não constitua uma obrigação deste (licença para instalar um andaime, com a condição de fazer um seguro ou assinar um “termo de responsabilidade”);
- iii) o *modo* impõe uma obrigação ao destinatário, *alheia ao conteúdo típico* da autorização ou que não seja de verificação prévia, embora dependa desse conteúdo principal (obrigação de pavimentar o passeio público em frente ao edifício, imposta na licença de construção).

A Administração não é livre na aposição de cláusulas acessórias aos actos administrativos, estando sujeita a limites, que agora constam expressamente do artigo 149.º, n.ºs 1 e 2:

- i) pressupõe-se a existência de capacidade discricionária do órgão competente – não se admite, em regra, a aposição de cláusulas acessórias em actos estritamente vinculados (actos relativos a *status*, actos verificativos) e, relativamente a actos a que correspondam direitos dos destinatários, só vale quando a lei o preveja ou para assegurar a verificação futura de pressupostos legais ainda não preenchidos no momento da prática do acto;
- ii) são proibidas as cláusulas cuja aposição implique a *descaracterização* do fim ou do conteúdo principal do acto tal como é legalmente configurado;
- iii) exige-se a verificação de uma *relação directa (adequada)* entre a cláusula acessória e o conteúdo típico do acto (mesmo quanto ao modo);
- iv) impõe-se o respeito pelos princípios jurídicos aplicáveis (designadamente, a proibição do arbítrio e da desproporção, em caso de cláusulas desfavoráveis).

Há a considerar o problema específico dos limites à “reserva de revogação”, que sempre foi muito discutido na doutrina e que está actualmente regulado no artigo 167.º, n.º 2, alínea *d*), do CPA).

Aí se dispõe que a reserva de revogação de actos constitutivos de direitos só é admissível na medida em que “o quadro normativo aplicável consinta a precarização do acto em causa” e a cláusula preveja um “circunstancialismo específico” que justifique a revogação.

Continuamos a entender que o regime da revogação, ao estabelecer excepções ao regime de livre revogabilidade (artigo 167.º, n.ºs 1, 2 e 3), não exclui a possibilidade da reserva de revogação de actos favoráveis, aplicando-se apenas aos actos de conteúdo irrevogável por determinação legal e aos actos constitutivos de direitos (*posições juridicamente consolidadas*) ou de interesses legalmente protegidos que tenham criado na esfera do particular um efeito jurídico estável e consistente (que tenham gerado uma *confiança legítima digna de protecção*).

Sustentamos, por isso, que, a par dos actos *provisórios* e *precários* (incluindo os actos cuja revogação esteja prevista expressamente na lei ou seja exigida pela natureza do acto ou por princípios jurídicos fundamentais), são revogáveis os actos (ainda que favoráveis) que tenham sido sujeitos pelo autor a uma cláusula de *reserva de revogação* – evita-se, assim, que a Administração seja colocada perante o dilema de ter de recusar ou de ter de autorizar para sempre ou definitivamente uma determinada actividade, comportamento ou actuação, quando tenha dúvidas relativamente ao futuro, dilema que pode ser prejudicial tanto para a Administração como para o particular.

Ponto é que o autor do acto disponha de um espaço discricionário (que permita a precarização) e que a reserva seja densificada nos seus pressupostos (determine as circunstâncias em que a revogação pode operar).

Esta hipótese não é afastada pela possibilidade de revogação prevista actualmente na alínea *c*) do n.º 2 do artigo 167.º, já que esta se refere apenas à revogação de actos que não poderiam ter sido praticados em face dos conhecimentos ou dados supervenientes.

7.4.1.3. A relação entre o fim e o conteúdo

Há uma relação directa entre o fim e o conteúdo, que assume especial relevância na metodologia da formação da «vontade administrativa» quando

os actos envolvem *momentos discricionários de decisão*: a avaliação integrada das *considerações* e *valorações* em que se baseia o juízo de preenchimento no caso concreto dos pressupostos legais (e, portanto, da verificação do fim de interesse público em causa) projecta-se nos *argumentos* e *ponderações* que permitem a escolha administrativa da melhor solução para o interesse público, tal como foi concretizado, funcionando como *motivos* da decisão – a ponderação com vista à decisão implica um “vai-vem” argumentativo entre a hipótese e a estatuição normativa baseado nas circunstâncias do caso concreto.

7.4.2. Aspectos formais

7.4.2.1. O procedimento

Neste contexto, interessa especialmente o *procedimento legal*, que engloba os trâmites normativamente obrigatórios – embora haja *procedimentos voluntários*, auto-escolhidos pelo agente administrativo, que relevam juridicamente apenas do ponto de vista da necessária racionalidade das condutas.

A Administração está sujeito ao cumprimento ordenado dos trâmites legalmente fixados, cuja falta ou desvio se repercute na validade da decisão – devendo notar-se que relevam neste plano os actos *jurídicos* procedimentais e não quaisquer «formalidades». Acresce que há preceitos legais ou regulamentares simplesmente *indicativos* cuja violação, como veremos, é causa de meras irregularidades.

A projecção do *conteúdo dos actos preparatórios* na feitura do acto não diz respeito ao procedimento – por exemplo, um parecer erróneo pode afectar a validade do acto decisório quanto ao *conteúdo*, mas não dá origem a um vício procedimental.

7.4.2.2. A forma

A forma designa a manifestação *exterior* do acto administrativo, isto é, a maneira como a própria decisão se exterioriza (oral, escrita, sinais, gestos).

Neste sentido, *não são formas* as documentações *probatórias* (como, por exemplo, as actas que comprovam as decisões tomadas nas reuniões dos órgãos colegiais) ou as meramente *comunicativas* (as notificações ou as publicações).

O princípio que rege a matéria é o da *liberdade de forma*: embora a forma escrita seja ainda a mais frequente e surja como forma supletiva nos termos do artigo 150.º, n.º 1, do CPA, ela não vale, em regra para os actos dos órgãos colegiais, que são praticados oralmente e reduzidos a escrito (n.º 2), e pode ser afastada por lei ou pela natureza e circunstâncias do acto (além da oralidade, hoje é frequente a prática de actos administrativos por via electrónica).

O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos (artigos 152.º a 154.º do CPA) é um *dever formal*, porque a “justificação” (comprovação de que se verificam no caso concreto os pressupostos vinculados do acto) e a “motivação” (a indicação das razões específicas das escolhas discricionárias) têm de ser *contextuais*, isto é, têm de constar da forma pública que contém a decisão, ainda que por remissão.

Existem *declarações anómalas*, como, por exemplo, as que consubstanciam “*actos tácitos*» – decisões que estão contidas em outras pronúncias jurídicas expressas, por serem delas pressuposto lógico necessário –, ou “*actos concludentes*» – resultados decisórios que decorrem inequivocamente de outras decisões (“decisões prejudiciais”). A identificação destes “actos” escondidos é importante sobretudo para efeitos da respectiva impugnação judicial.

Um dos grandes problemas da “forma” é o do relevo jurídico do *silêncio* da Administração, que pode ser entendido como *incumprimento* do dever de pronúncia, mas também pode ter *valor decisório*, seja de assentimento ou deferimento ou, pelo contrário, de recusa ou indeferimento.

Em matéria de «acto» silente, como vimos, deve entender-se actualmente o seguinte:

- a) Consumou-se o *desaparecimento da figura do indeferimento silente*, com a revogação do antigo artigo 109.º do CPA (que referia o chamado “indeferimento tácito”) - revogação que já resultava tacitamente da entrada em vigor, em 2004, do CPTA.
- b) Mantém-se o deferimento silente («deferimento tácito») como acto administrativo de criação legal, com isenção de forma e com o conteúdo definido pelo requerimento, nos casos expressamente previstos na lei (v. o artigo 130.º do CPA) – embora haja contradições fortes na doutrina: uma parte propõe que se generalize a figura para as actuações particulares sujeitas a autorização (na linha da Directiva Serviços da União Europeia, para as actividades económicas), outra parte sustenta a limitação da sua admissibilidade ou mesmo, radicalmente, a extinção da figura.

- c) Subsistem casos especiais em que o silêncio releva como mero *facto jurídico*, que serve apenas para abrir a via contenciosa, funcionando como pressuposto processual de uma acção judicial – é o que acontece, por exemplo, com o silêncio perante impugnação administrativa (artigo 198.º, n.º 4, do CPA) ou perante o requerimento de reversão de prédio expropriado (artigo 74.º, n.º 4, do Código das Expropriações).

8. A invalidade do acto administrativo

- VIEIRA DE ANDRADE, *Validade (do acto administrativo)*, DJAP, VII, p. 586-592.

8.1. Invalidade e ilegitimidade

A legitimidade do acto administrativo, entendida em sentido amplo, tem a ver com a sua aptidão para prosseguir o interesse público de acordo com as normas e princípios jurídicos (legalidade e juridicidade) e as normas de boa administração (conveniência e mérito).

Interessa-nos, em especial, o estudo dos vícios de “legalidade” ou “juridicidade”, por incumprimento de disposições normativas e princípios jurídicos, com exclusão dos vícios de mérito (inoportunidade ou inconveniência), na medida em que só aqueles, por força do princípio da separação dos poderes, são susceptíveis de controlo judicial (artigo 3.º, n.º 1, do CPTA).

Em geral, distinguem-se os vícios *invalidantes* (“ilegalidades” que afectam potencialmente os efeitos do acto) e vícios *não-invalidantes* (meras «irregularidades», que não são susceptíveis de afectar a produção normal de efeitos pelo acto).

8.2. Inexistência do acto administrativo: sua inadequação actual no quadro de um modelo prático e teleológico.

Deve começar-se por distinguir categoricamente as situações de *inexistência* das situações de *invalidade* do acto.

A *inexistência de acto administrativo* verifica-se em todas as situações em que não há sequer acto – há inércia ou silêncio, o acto não está ainda procedimentalmente constituído – ou há um acto que não é um acto administrativo – não é uma decisão, ou é um acto privado da Administração ou de um privado não detentor de poderes públicos. Em qualquer dos casos, falta uma decisão formalmente imputável a um ente com poderes administrativos.

Esta situação não deve confundir-se com a construção jurídica do *acto administrativo inexistente*, em que a inexistência seja vista, designadamente por qualificação legislativa expressa, como uma forma extremamente grave de invalidade de uma decisão aparentemente imputável à Administração ou que esta pretenda fazer valer como tal.

A inexistência não é hoje uma categoria necessária enquanto tipo de invalidade, distinta da nulidade. No entanto, tendo em conta que por vezes as próprias leis se referem a actos inexistentes, em contextos que não podem significar a mera situação de facto de inexistência, pode admitir-se a figura para efeitos de impugnação – já não se pode é falar de uma “nulidade-inexistência”, para caracterizar um subconjunto de actos nulos, com vícios muito graves, aos quais se devesse aplicar, por princípio, em termos radicais, o regime da nulidade, porque o CPA revisto eliminou a categoria das nulidades por natureza (por “falta de elementos essenciais”).

8.3. Tipos de invalidade

São tipos de invalidade a *nulidade* (que determina a improdutividade total do acto como acto jurídico) e a *anulabilidade* (que confere ao acto uma produtividade provisória e condicionada).

Embora o CPA não o refira expressamente, verifica-se a existência de *invalidades mistas*, às quais se aplicam regimes especiais (diferentes dos regimes gerais da nulidade ou da anulabilidade), previstos na lei (por exemplo, determinados actos urbanísticos, em que se estabelece um prazo para impugnação de actos nulos) ou impostos pela natureza e circunstâncias do acto (por exemplo, em caso de actos administrativos praticados sob forma legislativa ou regulamentar, que não estão sujeitos a ónus de impugnação autónoma).

A anulabilidade tem sido vista como a consequência normal da ilegalidade ou, pelo menos, como o *regime típico* da invalidade do acto administrativo,

em contraposição com o regime típico da nulidade do negócio jurídico de direito privado.

Esta construção parece, à primeira vista, paradoxal, tendo em conta, como já Kelsen salientou, a especial vinculação da Administração à legalidade e ao interesse público, mas tem resistido aos tempos – associada primeiro à *autoridade* administrativa como privilégio público, revive em contexto democrático como garantia da *segurança jurídica*, da *protecção da confiança legítima* e da *praticabilidade*, num universo em que se desenvolvem exponencialmente as áreas de intervenção administrativa e aí ganham importância decisiva as actividades autorizativa, concessória e prestadora, que visam a constituição de direitos e a produção de efeitos favoráveis para os particulares.

Embora à ideia de *poder* se tenha sobreposto a de *serviço* e a administração fechada e autocrática tenha sido substituída por uma administração aberta, participada e respeitadora dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, são justamente os direitos dos particulares que exigem agora, em grande medida, a *força estabilizadora* do acto administrativo e um regime de invalidade que a assegure de forma consequente, seja através de um ónus de impugnação pelos interessados num prazo curto, seja através da limitação dos poderes de autotutela administrativa da legalidade.

8.4. As diferenças de regime legal entre a anulabilidade e a nulidade (artigos 162.º a 164.º do CPA).

No que respeita à eficácia, a *improdutividade absoluta* do acto nulo (relativamente aos efeitos próprios visados) contrasta com a *eficácia provisória* do acto anulável, submetido a um ónus de impugnação, e, mais ainda, com a eventual *eficácia plena* dos actos anuláveis tornados inimpugnáveis (por não tiver havido impugnação tempestiva).

A ineficácia do acto nulo exprime uma incapacidade que resulta da lei como efeito automático (*ipso iure*), que o tribunal ou o órgão administrativo competente se limitam a declarar, enquanto a perturbação da eficácia do acto anulável só se produz mediante uma pronúncia de anulação, seja administrativa ou judicial, que anule o acto – não deve, aliás, por isso mesmo, confundir-se um acto *nulo* (originariamente) com um acto *anulado*, já que este produziu validamente efeitos, ainda que provisórios, até à anulação.

Admite-se a ratificação (convalidação), reforma ou conversão dos actos anuláveis, mas, apesar de se passar a admitir (em 2015) a reforma e a conversão, mantém-se a impossibilidade da ratificação dos actos nulos (artigo 164.º do CPA).

Verifica-se, no entanto, uma certa aproximação dos regimes, na medida em que a anulação tem eficácia *ex tunc*, tal como a declaração de nulidade. Acresce que, entre nós, por um lado, se admite a anulação do acto pela própria Administração, mesmo quando foi ela a causadora do vício (não tem de propor uma acção judicial), e, por outro lado, não se salvaguarda, como regra, a protecção da confiança legítima do interessado dentro do prazo da impugnabilidade judicial.

O rigor do regime legal da nulidade pode em muitas circunstâncias revelar-se excessivo, designadamente quanto à impossibilidade de ratificação (artigo 164.º, n.º 2 do CPA) e quanto ao regime de imprescritibilidade do poder de conhecimento da nulidade por qualquer autoridade administrativa ou judicial ou da sua declaração pelos tribunais ou órgãos competentes (artigo 162.º, n.º 2 do CPA).

A moderação desse rigor resulta, quer da possibilidade de haver disposições legais limitadoras dos efeitos típicos da nulidade (“salvo disposição legal em contrário”), quer sobretudo da possibilidade de reconhecimento jurídico de *efeitos ou situações de facto* produzidos pelo acto nulo, com fundamento em princípios jurídicos fundamentais, como os princípios da segurança jurídica, da boa fé e da protecção da confiança legítima ou o princípio da proporcionalidade, designadamente associados ao decurso do tempo – que hoje está mais claramente prevista no n.º 3 do artigo 162.º do CPA.

No que respeita à anulabilidade, é de salientar que o CPA, em 2015, na linha de uma prática jurisprudencial alargada, embora contestada por alguma doutrina, e com o objectivo de a disciplinar normativamente, passou a admitir a não produção do efeito anulatório, apesar da invalidade, em três circunstâncias (artigo 163.º, n.º 5):

- a) Desde logo, permite-se o *aproveitamento do acto*, isto é, a sua não anulação pelo juiz, apesar da invalidade, quando o conteúdo do acto não possa ser outro, nos casos de conteúdo devido, legalmente vinculado, ou de redução da discricionariedade a zero (“quando a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível”) – a Administração, na sequência da anulação, iria praticar outro acto com os mesmos efeitos (diferentemente da Lei italiana – L.

241/1990, art. 21 – *octies*, não se ressalva, porém, a eventual existência de um interesse relevante na anulação, casos em que poderá, então, haver, entre nós, lugar a indemnização).

O efeito anulatório não se produz, *por força da lei*, apesar de o acto não ser válido, já que o vício, seja *formal ou substancial*, se mantém.

O aproveitamento verifica-se mais frequentemente quando se trata de actos favoráveis, mas é igualmente possível quanto a actos desfavoráveis (v., por exemplo, o aproveitamento de um acto anulável de indeferimento de projecto de arquitectura que contrariava o PDM – Ac. do STA de 22/03/2011, P. 1028/10).

- b) Por outro lado, admite-se a *irrelevância* do vício de procedimento ou de forma quando o fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via, isto é, quando da violação não tenha resultado *no caso* uma lesão efectiva dos valores e interesses protegidos pelo *preceito formal ou procedimental violado*, por esses valores ou interesses terem sido suficientemente protegidos por outra via (trâmite substituível por outro ou forma suprível por outra) – corresponde à situação tradicionalmente formulada pela jurisprudência como “degradação das formalidades essenciais em não essenciais”.
- c) Por fim, o vício gerador de invalidade também é improdutivo, na prática, quando, no caso concreto, se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o acto teria sido praticado com o mesmo conteúdo – isto é, que *não teve qualquer influência na decisão* (cfr. o § 46 da Lei procedimental alemã – *VwVfG*, que limita a irrelevância aos vícios formais e procedimentais).

Esta situação pode resultar de vícios formais ou procedimentais (designadamente, em actos eleitorais ou em decisões de órgãos colegiais; entre nós, v., por exemplo, o Ac. do STA de 26/10/2010, P. 473/10, que, nessas condições, admitiu o aproveitamento de um acto proferido no exercício de poderes discricionários), mas, em muitos casos, resultará de vícios substanciais (por exemplo, nos casos tradicionais de fundamentos ou motivos superabundantes).

Note-se que, em todas estas situações, não estamos perante um poder do juiz ou uma faculdade da Administração, mas perante uma inibição, por determinação legal, da produção do efeito anulatório em casos concretos. Tal como não se trata aqui, salvo porventura no caso da irrelevância, de uma validação legal do acto, dado que a ilegalidade e a invalidade se mantêm – de

modo que não está excluída a possibilidade de indemnização, se tiver havido a causação de danos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos de particulares, seja por danos não patrimoniais (para quem os admita em casos de violação de preceitos formais), seja por danos causados por diferenciação temporal (hipotética).

8.5. Os casos de nulidade

8.5.1. As nulidades no CPA revisto

O CPA prevê actualmente um único fundamento para a nulidade dos actos administrativos: a *determinação expressa da lei*, seja nos casos previstos no artigo 161.º, n.º 2, seja nas situações previstas em leis avulsas.

Deixou de prever, por razões de segurança jurídica, as chamadas nulidades *por natureza*, que se verificavam mediante a falta de qualquer *elemento essencial* do acto.

O preceito identifica uma série de hipóteses de nulidade, que correspondem a uma tradição jurisprudencial e legislativa (ligada às invalidades dos actos da administração local), acrescida em 2015 de várias situações, propostas ou detectadas ao longo do tempo pela doutrina e pela jurisprudência.

Os casos previstos no CPA respeitam a vícios relativos a momentos essenciais relativos ao sujeito, ao objecto, ao fim, ao conteúdo, à forma e ao procedimento do acto – nessa medida, a qualificação legal pretende corresponder a uma identificação de *nulidades por natureza* – ou melhor, a um critério substancial, que também presidiu à qualificação das novas hipóteses, introduzidas em 2015 (alíneas *e*), *j*), *k*) e *l*)).

8.5.2. A posição adoptada

De facto, entendemos que há necessidade de uma teoria «científica» dos vícios, apoiada numa concepção estrutural do acto – não sendo adequada a importação automática do figurino francês, transmutando em categorias abstractas o que fora pensado e construído como “aberturas” à medida

das necessidades práticas num processo de evolução jurisprudencial (de que constitui referência exemplar a categoria indiferenciada de «violação de lei»).

Apesar de a lei portuguesa consagrar a tipicidade das nulidades, isso resulta de uma opção pela segurança, mas não põe em causa a escolha de uma concepção *substancial* da nulidade, continuando a impor-se, quer para efeitos de política legislativa, quer *para efeitos de interpretação e aplicação das normas legais*, uma teoria das invalidades substancialmente *coerente* e que tenha em consideração a *espécie de actos* em causa.

No que respeita à nulidade, entendemos que devem ser considerados nulos por natureza aqueles actos que sofram de um *vício especialmente grave e, em princípio, evidente*, avaliado em concreto em função das características essenciais de cada *tipo de acto*.

Tem-se posto o problema de saber se o critério de *gravidade* deve ser complementado, à alemã, por uma ideia de *evidência* para o cidadão médio, avaliadas as circunstâncias, quer do vício, quer da sua gravidade (um vício de tal modo grave que não possa esperar-se de nenhum cidadão *médio* que as cumpra ou respeite) – característica que, para além de constituir uma garantia da excepcionalidade e de uma maior certeza na identificação da figura, está intimamente associada ao regime de invocação universal da nulidade.

O critério de *gravidade* (do vício) deve, pois, em princípio, ser complementado por uma ideia de *evidência*, para uma avaliação e aplicação adequada do alcance das qualificações legais de invalidades.

Assim, a partir das hipóteses previstas no artigo 161.º, n.º 2, do CPA, devem considerar-se nulas as decisões administrativas com vícios graves e evidentes, equiparáveis à falta de elementos essenciais do acto administrativo, incluindo os que caracterizam cada espécie concreta.

É isso que explica, por exemplo, as nulidades agora introduzidas, na alínea *j*) (numa *verificação constitutiva*, enquanto acto certificativo, deve ter-se por elemento essencial a veracidade dos factos certificados, sendo a falsidade equiparável à carência absoluta de objecto ou de conteúdo), na alínea *k*) (um acto administrativo que vise impor uma *obrigação pecuniária* aos particulares, *maxime* a liquidação de um imposto, tem como elemento essencial do tipo a respectiva base legal impositiva), ou na alínea *e*) (o *desvio de poder para realização de interesses privados*, comparado com o desvio de poder para outros fins públicos, é *especialmente grave* e, em regra, “evidente numa avaliação razoável das circunstâncias”, pois que não só não se cumpre o fim legal como se revela que o agente

administrativo utiliza os poderes públicos que lhe foram confiados para proveito pessoal ou, de todo o modo, para satisfazer interesses privados de alguém).

E é esse critério substancial que permitirá considerar nulo, seja com base na alínea *d*), seja com base na alínea *l*), um acto *sancionatório* em que não tenha sido dada oportunidade de defesa ao destinatário.

De facto, como a jurisprudência hoje admite, “a nulidade haverá sempre de reportar-se a *um desvalor da actividade administrativa com o qual o princípio da legalidade não pode conviver*, mesmo em nome da segurança e da estabilidade, como acontece no regime-regra da anulabilidade”.

Assim, por exemplo, deve ser nulo um acto que contenha uma ilegalidade tão grave que ponha em causa os fundamentos do sistema jurídico, não sendo, em princípio, aceitável que produza efeitos jurídicos, muito menos efeitos jurídicos estabilizados.

Neste contexto, os critérios da evidência e da gravidade, ainda que não sejam, só por si, decisivos para a qualificação do desvalor do acto como nulidade, serão relevantes na aplicação da norma, sobretudo naqueles casos em que a enumeração legal revela alguma imprecisão conceitual – como acontece, por exemplo, com a “ofensa do conteúdo essencial de um direito fundamental”, com “coacção moral”, “deliberação tomada tumultuosamente”, ou mesmo “carência absoluta de forma legal” e “preterição total do procedimento legalmente exigido”.

8.5.3. Conexão entre vícios e tipos de invalidade dos actos

A partir destes critérios é possível elaborar uma tabela de conexão, ainda que meramente tendencial, entre vícios e tipos de invalidade dos actos em função do momento estrutural afectado:

- a) vícios relativos ao *sujeito*: *usurpação de poder, falta de atribuições, incompetência e falta de legitimação*.

São nulos os actos praticados com usurpação de poder ou fora das atribuições (artigo 161.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*) do CPA) – qualificação que valerá também para os actos praticados por órgão territorialmente incompetente na administração descentralizada.

São nulos também os actos com faltas *graves* de legitimação (falta de convocatória do órgão colegial ou falta de reunião, falta absoluta de investidura do titular) – devendo a tumultuosidade ou a falta de *quórum* (artigo 161.º, n.º 2, alínea *h*) do CPA) ser interpretadas, nos casos concretos, em função da sua gravidade (o tumulto terá de ser violento e, quanto ao quórum, há-de ter-se em conta o disposto no artigo 29.º, n.ºs 2 e 3).

São ainda nulos os actos praticados sob coacção absoluta (física) ou coacção moral (artigo 161.º, n.º 2, alínea *f*) do CPA), mas justifica-se uma “redução teleológica” da coacção moral, que deve ser grave e evidente para gerar a nulidade.

Os restantes vícios da vontade (dolo, negligência) não relevam, em regra, directamente (autonomamente) como vícios do sujeito – relevam indirectamente como vícios de fim ou de conteúdo, designadamente como indícios ou manifestações de uso incorrecto do poder discricionário (com as consequências que veremos à frente).

b) vícios relativos ao *objecto*: *impossibilidade, indeterminação, falta de idoneidade e falta de legitimação*.

Serão nulos, em princípio, os actos cujo objecto seja impossível (física ou juridicamente) ou indeterminado (v. o artigo 161.º, n.º 2, alínea *c*)).

São anuláveis, em regra, os actos nas situações de falta de idoneidade ou de falta de legitimação do objecto.

c) vícios relativos à *estatuição*

ca) vícios *formais*

- i) Os vícios de *procedimento*, que resultam da falta de trâmites processuais, provocam, em geral, a *anulabilidade*, mas, em alguns casos, geram a *nulidade* (violação de direitos fundamentais procedimentais, designadamente em actos sancionatórios, ou preterição total do procedimento legalmente exigido – artigo 161.º, n.º 2, alíneas *d*) e *l*)), ou constituir meras *irregularidades* – estes vícios não devem ser confundidos com os vícios que ocorram *nos* actos do procedimento, por exemplo, pareceres ou provas ilegais, que podem influir na decisão e projectar-se nela, determinando, então, vícios de conteúdo.

- ii) Os vícios de *forma*, que consistem no incumprimento do modo de exteriorização do acto, incluindo a falta ou insuficiência da fundamentação obrigatória, geram, em regra, a *anulabilidade* do acto, podendo, no entanto, provocar a *nullidade* nos casos mais graves, quando se verifique uma «carência absoluta de forma legal» (artigo 161.º, n.º 2, alínea g)), ou constituir meras *irregularidades*, quando estejamos perante aspectos formais menores, que devam qualificar-se, em si, como formas «não-essenciais».

A posição jurisprudencial tradicional de «degradação das formalidades essenciais em não-essenciais», quando não afectassem a validade substancial do acto (degradação justificada por razões de segurança jurídica e, sobretudo, de economia processual), foi objecto de uma resposta crítica de parte da doutrina, baseada na revalorização do «direito das formas», que tende a conferir relevância invalidante à violação de preceitos formais, sobretudo ao incumprimento de normas procedimentais e daquelas que visam assegurar a imparcialidade subjectiva dos titulares dos órgãos decisores.

No entanto, nos casos de anulabilidade formal ou procedimental – como, aliás, em relação a anulabilidades substanciais – a lei prevê hoje, como veremos melhor, uma *limitação* dos efeitos invalidantes dos vícios em algumas situações típicas, tendo em conta a instrumentalidade dos preceitos.

É de salientar a menor relevância dos vícios formais no contexto de um contencioso administrativo de base *subjectivista* (como é o nosso, desde 2002/2004), na medida em que o processo não visa apenas, nem principalmente, assegurar a legalidade, mas a garantia dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares.

Essa menor relevância manifesta-se sobretudo no âmbito das acções com pedidos condenatórios, na medida em que os preceitos formais infringidos visem assegurar *apenas interesses públicos* e não interesses dos particulares (cuja ofensa será, em regra, pressuposto de legitimidade processual para a propositura desse tipo de acção) – embora, como vimos, deva presumir-se a intenção protectora sempre que uma norma de direito objectivo seja

necessária ou adequada à realização de determinados interesses particulares.

Na mesma linha subjectivista, há actualmente um movimento, oriundo do direito europeu, no sentido da valorização das *formas procedimentais* que visem proteger os particulares – designadamente, dos direitos à audiência prévia, à fundamentação e à informação procedimental – no quadro de um “direito a uma boa administração”, consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 41.º).

As soluções judiciais devem, por isso, basear-se na ponderação cuidadosa das circunstâncias relevantes, em vista de uma harmonização racional adequada dos valores e princípios (formais e substanciais) em conflito nos casos concretos.

cb) Vícios *substanciais*

i) Os vícios de *fim* têm relevo *autónomo* apenas no domínio *vinculado*, quando falte o *pressuposto abstracto* (falta de base legal) ou o *pressuposto de facto* (a situação concreta invocada não existe - «erro de facto» - ou não é subsumível na hipótese legal - «erro de qualificação dos factos» ou «erro de direito quanto aos factos»).

Note-se, porém, que a fundamentação (“justificação”) errada é irrelevante, quando, apesar do erro, os pressupostos legais se verificarem na realidade.

No domínio *discricionário*, quer se trate de espaço de avaliação relativo à própria hipótese legal, quer se trate de uma prerrogativa de decisão ou de um poder de escolha conferido na estatuição, os vícios relativos aos *pressupostos* projectam-se sempre na *escolha do conteúdo* (por exemplo, nos casos tradicionais de «desvio de poder»). Normalmente, os vícios relativos aos pressupostos conduzem à *anulabilidade*, mas podem provocar *nulidades* em circunstâncias que tornem a ilegalidade especialmente grave – quando a falta de base legal se equipara à falta de atribuições (por exemplo, quando o fim prosseguido pelo acto seja um interesse *privado ilícito*, ou em caso de falta de lei habilitante em matéria de imposição tributária – artigo 161.º, n.º 2, alíneas e) e k)).

- ii) Os vícios de *conteúdo* incluem, quer os defeitos que afectam directamente o *conteúdo*, quer as incorrecções relativas aos *motivos* que estiveram na base da decisão discricionária (sendo então, em rigor, vícios na relação fim-conteúdo).

Em geral, o conteúdo viciado conduz à *anulabilidade* do acto, mas também aqui se verificam alguns casos de *nulidade*: a impossibilidade, a incompreensibilidade e a ilicitude grave do conteúdo, designadamente nos casos em que constitua ou seja determinado pela prática de um crime ou ofenda o conteúdo essencial de um direito fundamental, bem como, nos casos de acto administrativo certificativo, a sua falsidade (artigo 161.º, n.º 2, alíneas *c*), *d*) e *j*)). Os vícios no *uso* de poderes discricionários – que se verificam quando os motivos invocados pelo autor do acto para tomar a decisão se comprovam inexistentes, deficientes, falsos, desviados, errados, irrelevantes, contraditórios, incongruentes ou ilegítimos – são vícios na relação fim-conteúdo (vícios funcionais da *decisão*), normalmente associados à violação de princípios jurídicos (imparcialidade, justiça, igualdade, proporcionalidade, racionalidade, veracidade, boa fé) que provocam, na generalidade dos casos, a *anulabilidade* do acto.

- iii) Os *vícios da decisão* poderão ser vistos como uma categoria autónoma, quando se trate de *vícios funcionais* que não produzam necessariamente um conteúdo ilegítimo, de tal modo que, apesar de o vício ser substancial, o acto possa ser *renovado* pela Administração com o mesmo conteúdo.

Esta situação poderá ocorrer nas hipóteses de “não consideração de todas as circunstâncias relevantes” (em violação do princípio da imparcialidade, na dimensão objectiva) e de “não uso do poder discricionário” (que deveria ter sido exercido no caso concreto, mas não foi, aplicando-se uma regra abstracta) pelo órgão administrativo – nessas situações, é possível a renovação se, consideradas todas as circunstâncias ou usadas as faculdades discricionárias, o autor entenda dever praticar um acto com os mesmos efeitos.

9. A declaração da nulidade e a anulação de actos administrativos pela Administração

Bibliografia:

- VIEIRA DE ANDRADE, A «revisão» dos actos administrativos no direito português, 1994, 1.3., 3, 3.1., 4.1.

Os actos administrativos inválidos podem ser objecto de «revisão» administrativa, isto é, de uma reapreciação negativa ou divergente, pelo próprio autor ou por órgão dotado de competência bastante, da qual pode resultar a *convalidação* do acto (por ratificação, reforma e conversão) ou então a sua *invalidação*.

Vamos considerar agora esta última hipótese, que se pode traduzir na *declaração de nulidade* ou na *anulação* administrativa de actos.

9.1. A declaração de nulidade dos actos

9.1.1. O regime aplicável

Tradicionalmente, a nulidade dos actos administrativos era invocável, a todo o tempo, por qualquer interessado e podia ser declarada, também a todo o tempo, por qualquer tribunal ou *órgão administrativo*. Partia-se do princípio de que o acto nulo era absolutamente improdutivo e de que tal declaração não seria mais do que o reconhecimento de uma evidência jurídica em casos raros.

E, a partir destas características legalmente definidas, a doutrina e a jurisprudência concluíam ainda que o acto nulo não tem força jurídica – não é vinculativo, não tem força executiva, nem força executória –, de modo que nenhum órgão ou agente administrativo teria de o acatar (o subalterno não deveria obediência a ordens nulas do superior, mesmo que não implicassem a prática de um crime) e os particulares poderiam desobedecer-lhe, exercendo o seu direito de resistência.

No fundo, tudo parecia passar-se como se o acto administrativo não existisse.

Só que este panorama apocalíptico do regime da nulidade, que foi elaborado tendo em mente os actos da “administração agressiva” (e, entre nós, em especial os actos da administração local) e uma tipificação legal muito restrita dos casos e dos vícios geradores de nulidade, é excessivamente radical e não responde em termos adequados à realidade dos tempos de hoje – tendo em conta o alargamento do conceito e das espécies de acto administrativo, bem como uma (ainda que, entre nós, agora limitada) extensão da categoria da nulidade e o conseqüente carácter problemático da qualificação da invalidade.

Por isso, foram-se admitindo algumas compressões no que respeita ao regime legal da nulidade – para além de se prever a impugnação judicial e a suspensão da eficácia de actos nulos (fala-se a propósito dos “efeitos formais” do acto nulo, decorrentes da sua aptidão para encerrar o procedimento), reconheceram-se efeitos putativos a situações de facto criadas por actos nulos por consideração de princípios jurídicos.

E sobretudo, ao nível da doutrina, manifestou-se o desconforto de boa parte dos autores perante um regime que se revelava tão rígido e tão insensível à consideração da realidade e dos valores e interesses em jogo.

Assim, por exemplo:

- a) não deveria ser admissível a declaração de nulidade por qualquer órgão administrativo ou qualquer tribunal, tal como não deveria ser admitida sempre a declaração de nulidade a todo o tempo;
- b) a nulidade deveria ser susceptível de *convalidação* em determinados casos e, sempre, de *conversão* (expressa);
- c) os agentes administrativos não teriam o dever de desobedecer (ou não poderiam desobedecer) a ordens nulas ou baseadas em actos nulos, a não ser que implicassem a prática de um crime (ou porventura a ofensa do conteúdo essencial de um direito fundamental do cidadão).

Tratava-se de introduzir alguma *flexibilidade* no regime, em função da diversidade de situações, e de reconhecer a dificuldade problemática, mesmo para os juristas, em distinguir ou qualificar os actos nulos – o que suscitou propostas de modulação de regime (invalidades mistas em determinadas hipóteses) e de diferenciação interna: por exemplo, reconhecendo uma forma de “nulidade-inexistência” (evidente e especialmente grave), à qual se aplicaria o regime radical, admitindo compressões do regime em outras situações menos graves.

É dizer que a opção legislativa por uma categoria da nulidade, a par da anulabilidade, no que respeita às actuações administrativas, não justificava injustiças ou iniquidades de resultado, nem devia dispensar os operadores jurídicos de pensarem e de actuarem racionalmente.

A revisão do CPA em 2015 veio ao encontro de algumas destas preocupações:

- a) restringiu o âmbito de aplicação do regime da nulidade, ao impor uma determinação legal expressa desse tipo de invalidade;
- b) teve em conta a diferença entre a declaração formal e o conhecimento da nulidade: se é admissível, em princípio, a competência de qualquer órgão ou de qualquer tribunal para *conhecimento* da nulidade (e conseqüente desaplicação do acto), já só os órgãos administrativos competentes para a anulação ou os tribunais administrativos podem proceder à *declaração* da nulidade de um acto administrativo.
- c) admitiu que os actos nulos, verificados os pressupostos respectivos, possam ser objecto de reforma e de conversão;
- d) clarificou e alargou a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, que antes se limitava às hipóteses de decurso do tempo, associado a princípios gerais de direito (o que permitiu uma interpretação restritiva da jurisprudência, que limitava o alcance do preceito às situações de usucapião).

Ainda assim, o regime de improdutividade *total* e de invocação *perpétua* da nulidade não deixa de ser especialmente rígido, sendo susceptível de afectar desrazoavelmente interesses dignos de protecção jurídica.

Por exemplo, talvez não devesse admitir-se a declaração de nulidade de actos *favoráveis* a todo o tempo, mas apenas num *prazo razoável*, contado do conhecimento do vício, dentro de um limite máximo, e medido também em função da boa-fé do particular beneficiado – v. o caso paradigmático do prazo de caducidade de 10 anos para a declaração de nulidade de actos urbanísticos, desde 2007 prevista no Decreto-Lei n.º 555/99 (RJUE), no artigo 69.º, n.º 4 (antes era também de dez anos o prazo jurisprudencial para a aquisição do direito ao lugar pelo funcionário cuja nomeação fosse nula).

Tal como deveria recusar-se ou limitar-se em certas hipóteses a *competência administrativa* para a declaração de nulidade, designadamente quando não é evidente a existência desse tipo de invalidade ou, relativamente a determinados vícios, quando estes sejam *inteiramente imputáveis ao órgão administrativo* – devendo exigir-se então a declaração da nulidade por via judicial.

9.1.2. Neste contexto, interessa em especial analisar o alcance da nulidade do acto perante os seus destinatários – a lei refere-se apenas à possibilidade de *invocação* pelos interessados.

Os destinatários do acto podem, obviamente, invocar a nulidade da decisão (em regra, a todo o tempo) perante as autoridades administrativas ou judiciais competentes, para que estas declarem ou conheçam a nulidade.

O problema é o de saber se têm o ónus de fazê-lo se quiserem evitar ou reagir contra a modificação da *situação de facto* que o acto nulo muitas vezes produz. Ou seja, como devem os destinatários comportar-se perante um acto que *considerem nulo*?

O artigo 21.º da Constituição consagra o *direito de resistência* dos cidadãos perante quaisquer ordens que ofendam os seus direitos, liberdades e garantias – mas na lei nada se diz relativamente a outras situações, que não digam respeito a actos impositivos ou ablativos, ou que não ofendam direitos fundamentais daquela qualidade.

Tem de entender-se, no entanto, que o regime da nulidade não inclui, fora o referido caso do direito de resistência, a possibilidade de os destinatários pura e simplesmente ignorarem ou desobedecerem a uma decisão de um órgão administrativo dotado de poderes de autoridade, como se esta não existisse, por considerarem que, em seu juízo ou opinião, o acto é nulo.

Não pode generalizar-se o poder de conhecimento autónomo da nulidade e a consequente *liberdade, direito ou poder de desaplicação do acto nulo*, sobretudo quando a identificação da figura não seja de solução evidente – e o risco de um juízo errado há-de correr por conta do destinatário que não cumpra a decisão, não podendo justificar-se com a boa fé.

Uma vez mais, há que distinguir as situações, só se justificando a radicalidade do regime nos casos mais graves, quando seja *evidente* para um cidadão médio a ofensa insuportável de valores básicos de legalidade.

O *conhecimento* da nulidade pelos destinatários, com a consequente desaplicação do acto, há-de pressupor o exercício de um *direito* próprio anterior (um direito radicado na esfera jurídica do particular) ou de uma *competência* própria do órgão ou agente administrativo (incluindo uma competência de execução) – desde que esse direito ou essa competência não dependam, eles próprios, da eficácia do acto considerado nulo.

Assim, é óbvio que o requerente não pode, por exemplo, ignorar um indeferimento, que considere nulo, de uma dispensa ou licença (ou mesmo a recusa de renovação de uma licença, embora possa haver aí um interesse legalmente protegido): o particular tem de reagir judicialmente perante o acto (hoje, através

de uma acção de condenação, armada com as respectivas providências cautelares), visto que (ainda) não adquiriu o direito a exercer a actividade – não será assim, em princípio, no caso de se tratar de uma autorização permissiva, porque o particular já é titular do direito, embora na prática possa haver obstáculos ao exercício efectivo do seu direito, por ser necessária a colaboração administrativa (por exemplo, a se for indispensável a passagem de alvará).

Já não é tão claro, mas algo de semelhante deverá valer, em regra, nos casos em que o acto desfavorável é um acto de segundo grau, que anula ou declara nulo um acto anterior, constitutivo de direitos ou poderes – o particular ou o órgão administrativo não podem ignorar ou desaplicar o acto administrativo secundário e exercer o direito ou o poder conferido pelo acto de 1.º grau, a não ser que se trate de um caso em que não possa haver dúvidas razoáveis sobre a nulidade, por o vício ser evidente e especialmente grave. Pense-se, por exemplo, num caso em que o acto de segundo grau viole claramente uma decisão judicial transitada em julgado – embora, mesmo aí, o particular possa ser na prática obrigado a obter a declaração de nulidade, por o exercício da actividade depender de outras pronúncias administrativas.

Esta limitação do conhecimento da nulidade dos actos administrativos de autoridade aos casos de nulidade especialmente grave e evidente valerá do mesmo modo se estiverem em causa actos ablativos, proibitivos ou impositivos de obrigações, designadamente quando não se trate do exercício de direitos liberdades e garantias: o particular não goza do direito de resistência e será, muitas vezes ou até em regra, obrigado a suportar os *efeitos de facto* das decisões administrativas nulas, que a Administração pretenderá executar, se for caso disso, coercivamente – cabe-lhe obter, por via judicial, protecção contra a actuação administrativa, bem como a reconstituição da situação de facto anterior, caso o tribunal confirme a existência de nulidade.

Torna-se, por isso mesmo, fundamental a garantia de uma tutela judicial efectiva do particular nestas situações – daí que a lei preveja, apesar da ilogicidade, a impugnação judicial e, sobretudo, a própria suspensão da eficácia de actos nulos (que oferece a vantagem de desencadear a proibição de execução do acto pela mera notificação judicial da apresentação do requerimento de suspensão), sendo certo que, actualmente se admite, designadamente em situações graves e urgentes, a convoação do processo cautelar, permitindo ao juiz antecipar o juízo sobre a causa principal (artigo 121.º do CPTA).

A garantia de um amparo judicial, principalmente em situações de urgência, permite evitar o risco de uma invocação errada pelos particulares, com prejuízo para eles e para o interesse público, pois que mesmo nos casos que

envolvam ofensa de direitos fundamentais, deve haver um uso prudente do direito de resistência.

A questão do conhecimento e da invocação da nulidade dos actos administrativos não surge, porém, apenas no âmbito das relações externas, entre a Administração e os cidadãos, ganhando outra dimensão quando se trate da aplicação do regime nas relações administrativas *internas* – aí perdem espaço os direitos dos particulares e entram em consideração valores de disciplina, de segurança jurídica e de eficácia associados à organização e ao funcionamento das instituições.

Embora a doutrina administrativa ainda se divida sobre o assunto, parece-nos que o dever de obediência do agente ou titular de órgão sujeito a hierarquia há-de em princípio prevalecer, mesmo nos casos de nulidade (o agente pode reclamar perante o superior e exigir uma ordem escrita de execução do acto, que o isente de responsabilidade civil, embora se deva ter em conta se ele está em condições de distinguir a nulidade da anulabilidade do acto que vai aplicar), justamente para assegurar a disciplina e o normal funcionamento dos serviços públicos – ressalva-se naturalmente a hipótese de a execução do acto envolver a prática de um crime, e porventura outras situações evidentes de nulidade-inexistência, como aquelas em que esteja em causa o conteúdo essencial de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, embora, sobretudo nestas últimas hipóteses, se exija sempre a prudência do agente ou titular, que há-de possuir conhecimentos jurídicos e estar convencido da ofensa ao valor constitucional.

Situação diferente é, no entanto, a de um órgão, mesmo que subalterno, quando seja titular de uma competência própria, ainda que seja de mera execução, no exercício da qual poderá conhecer da nulidade do acto exequendo.

9.2. A anulação administrativa de actos

9.2.1. Diferenças entre a anulação e a revogação

A lei permite a anulação dos actos por decisão administrativa, oficiosa ou mediante reclamação ou recurso dos interessados – no entanto, o CPA, até 2015, incluía a anulação administrativa numa figura complexa de *revogação*.

Acontece, porém, que se trata de figuras bem diferentes, como é reconhecido na generalidade da doutrina europeia: a *revogação* propriamente dita é um acto que se dirige a fazer cessar os efeitos doutro acto, por se entender que

não é conveniente para o interesse público manter esses efeitos produzidos anteriormente; a *revogação anulatória* ou *anulação* é um acto através do qual se pretende destruir os efeitos de um acto anterior, mas com fundamento na sua ilegalidade, ou, pelo menos, num vício que o torna ilegítimo e, por isso, inválido.

Assim, a revogação propriamente dita distingue-se, desde logo, da revogação anulatória quanto à *função*, porque naquela está em causa o exercício de uma actividade da *administração activa*, enquanto nesta se cumpre uma função de *(auto)controlo*.

Por isso mesmo, há uma diferença entre o *fundamento* da revogação propriamente dita, que é tipicamente a *inconveniência actual* para o interesse público, tal como é configurado pelo agente, da manutenção dos efeitos do acto que é revogado, e o fundamento ou a causa do acto na anulação, que é a *ilegalidade* do acto.

Daí decorre outra diferença: o poder de revogação pertence a quem possa legalmente praticar o acto, ou seja, integra uma *competência dispositiva*, enquanto para a anulação de um acto pode ser competente qualquer órgão que tenha um poder de controlo, uma *competência de fiscalização*: na maior parte dos casos, além do autor potencial e do delegante, o superior hierárquico, mas muitas vezes também o titular de um poder de superintendência e até de tutela, se tal estiver expressamente previsto na lei.

São ainda patentes as diferenças quanto ao respectivo objecto (mediato): enquanto são susceptíveis de anulação administrativa *quaisquer actos*, à revogação propriamente dita estão sujeitos apenas alguns tipos de actos, os que produzem efeitos actuais ou potenciais (não caducados nem esgotados), designadamente, os *actos com eficácia duradoura* (ou actos de eficácia instantânea, mas *ainda não executados*).

Por último, também os efeitos de uma e de outra figura são diversos. Os efeitos de uma revogação são, em princípio, *efeitos para o futuro* («*ex nunc*»), embora possam, em certos casos e em certas condições, ser retrotraídos a um momento anterior (desde logo, quando se revogue um acto na sequência de impugnação administrativa ou nos casos previstos no artigo 171.º, n.º 1, do CPA), enquanto os efeitos naturais da revogação anulatória se produzem «*ex tunc*», reportando-se ao momento da prática do acto anulado (ou ao da existência do vício, nos casos de invalidade superveniente), embora possam, excepcionalmente, valer apenas para o futuro (como agora se prevê no artigo 168.º, n.º 4, alínea *b*), e no artigo 171.º, n.º 3, do CPA).

Em face desta distinção profunda entre as duas figuras, percebe-se que a revisão do CPA (em 2015) as tenha separado e autonomizado, embora as tenha

tratado na mesma secção. Isto não apenas, nem fundamentalmente, por uma questão conceitual ou de asseio formal, para satisfazer puras preocupações analíticas ou alguns interesses doutrinários; mas porque a circunstância de estas duas figuras aparecerem tratadas em conjunto causava na prática alguns problemas e podia conduzir a soluções erróneas ou inadequadas.

9.2.2. Competência para a anulação administrativa

Os actos administrativos podem ser objecto de anulação administrativa pelo órgão que os praticou e pelo respectivo superior hierárquico, bem como, em caso de delegação, pelo órgão delegante ou subdelegante. Por sua vez, os actos administrativos praticados por órgãos sujeitos a superintendência ou tutela administrativa só podem ser objecto de anulação administrativa pelos órgãos com poderes de superintendência ou tutela nos casos expressamente permitidos por lei (artigo 169.º, n.ºs 3, 4 e 5 do CPA).

A anulação pode ser oficiosa ou na sequência de reclamação ou recurso administrativo dos interessados.

Há aqui uma diferenciação de regimes entre a revogação e a anulação, dado que os superiores hierárquicos não podem revogar os actos dos subalternos quando se trate de acto da competência exclusiva destes (artigo 169.º, n.º 2).

9.2.3. O regime da anulação administrativa originário do CPA

Até 2015, o CPA estabelecia a *proibição total* ou a *admissibilidade livre* da anulação administrativa («revogação anulatória»), conforme tivesse decorrido, ou não, o prazo de impugnação judicial (ou tivesse já havido lugar, ou não, à contestação da autoridade recorrida).

Optara-se por uma pura solução temporal, de total precariedade do acto até um certo momento, e de estabilidade absoluta a partir daí, sem considerar aspectos substanciais relevantes que recomendariam porventura diferenciações de regime.

Por exemplo, não se consideravam as diferenças entre *actos constitutivos de direitos*, *actos precários* e *actos desfavoráveis*, que podem ser decisivas para a *ponderação* dos interesses no caso; tal como não se dava relevo à *boa fé* ou

má fé do particular, que é importante para saber em que medida o particular tem direito à *protecção da confiança* que depositou no acto.

Esta solução legislativa partia de um postulado tradicional na doutrina e jurisprudência portuguesas: o de que a queda do prazo de recurso contencioso implicava a *sanação* do vício e, portanto, a validação do acto anulável, mesmo que o vício não fosse irrelevante nem tivesse sido efectivamente eliminado.

No entanto, este postulado era inaceitável, quer ao nível dogmático, quer no plano prático.

No plano da construção jurídica, havia razão para perguntar se não estaríamos perante um tributo indevido à doutrina do direito privado.

Aí, percebia-se perfeitamente que o acto meramente anulável se convalidasse caso *os únicos interessados* na anulação não promovessem o apuramento judicial do vício.

Mas será que isso devia valer também para o acto administrativo, sendo certo que a invalidade não era estabelecida, as mais das vezes, no interesse do particular? É certo que o prazo decisivo neste contexto era o do Ministério Público (um ano), mas será que este podia ser considerado, para este efeito, o representante exclusivo do interesse público ou da legalidade?

Verificou-se que seria mais adequado ao carácter *público* da ilegalidade que o mero decurso do prazo, mesmo quando o vício gere apenas a anulabilidade, não implicasse a pura e simples validação do acto — sem prejuízo, obviamente, de o acto ganhar alguma (ou até total) estabilidade, quer na medida em que se torne inimpugnável perante um tribunal, quer na medida em que outros valores ou interesses substanciais imponham a sua imodificabilidade pela Administração.

E esta conclusão ao nível dogmático impôs-se ainda mais na medida em que a pura *sanação* do acto pelo decurso do prazo — para além de outros efeitos laterais menos bons — impedia a obtenção de soluções de justiça material nos casos concretos.

Por exemplo:

- aa) por que não admitir a anulação, para além do prazo de impugnação judicial, de um acto *desfavorável*? Ou até de um acto favorável, quando o particular estivesse de *má fé* (a ilegalidade podia até resultar de dolo ou de corrupção que não produzisse a nulidade) ou por outra razão não fosse titular de uma posição subjectiva de *confiança* (na estabilidade do acto) *merecedora de protecção jurídica*?

bb) por que não proteger melhor a confiança do particular de *boa fé*, mesmo antes de decorrido o prazo máximo de impugnação — que, lembre-se, é de um ano —, limitando os poderes de anulação administrativa e impondo uma ponderação entre os seus «direitos» e a legalidade ou o interesse público (até porque são diferentes as causas de ilegalidade e pode mesmo haver, sem ilegalidade, má fé latente na pretensão administrativa de anulação)?

É certo que a jurisprudência poderia fazer distinções para além da lei e até em certa medida corrigir a própria norma legal de acordo com os princípios jurídicos; no entanto, era mais prudente e seguro efectuar uma modificação do texto legal — como em boa medida se fez em 2015.

Por outro lado, também não se podia aceitar a proibição da anulação administrativa para além do momento processual da contestação da autoridade recorrida, como se dispunha antes no CPA.

Se o processo administrativo se prolongava, pelas razões mais variadas, às vezes por muitos anos, devia admitir-se que o órgão administrativo competente pudesse anular o acto — designadamente na hipótese de actos desfavoráveis —, em momento posterior à contestação, quando só então chegou à conclusão de que o acto era realmente ilegal. Note-se que o órgão competente para a anulação não é necessariamente a autoridade recorrida que contesta, acrescentando que o órgão autor do acto, para além dos casos em que possa mudar de opinião, pode também mudar de titular. E não se pode dizer que o tribunal ou o processo fiquem prejudicados na sua dignidade, porque os motivos da anulação tardia serão, em regra, sérios e, de qualquer modo, há-de valer aqui o princípio do dispositivo ou da auto-responsabilidade das partes.

Esta solução está desde 2015 consagrada no CPA (artigo 168.º, n.º 3), e, aliás, em nossa opinião, já se tinha tornado entretanto imperativa com a nova legislação do processo administrativo (artigo 64.º do CPTA), que assegura ao particular o direito de requerer o prosseguimento da acção contra o novo acto (em caso de anulação por substituição) ou contra o acto anulatório, em face de vícios deste (e também a cumulação com o pedido de condenação no restabelecimento da situação hipotética actual) — sem prejuízo de os órgãos da Administração, além do pagamento de custas, poderem ser condenados por litigância de má-fé.

9.2.4. O regime actual da anulação administrativa

9.2.4.1. No artigo 168.º do CPA, estabelecem-se actualmente algumas distinções quanto aos condicionalismos aplicáveis à anulação administrativa.

Desde logo, é relevante saber se há, ou não, impugnação administrativa ou judicial do acto.

No caso de haver impugnação administrativa, os requisitos e os prazos de decisão são os estabelecidos na secção relativa às reclamações e recursos administrativos (artigo 184.º e ss). Quando o acto tenha sido objecto de impugnação jurisdicional, a anulação administrativa pode ter lugar até ao encerramento da discussão (168.º, n.º 3), em consonância com o disposto no CPTA (artigo 64.º) – e não apenas, como antes, até à contestação (“resposta”) da entidade administrativa.

No que respeita à anulação oficiosa, o prazo-regra para a anulação administrativa é agora de *seis meses* e conta-se da data do conhecimento, pelo órgão competente, da causa de invalidade, ou, nos casos de invalidade resultante de erro do autor, desde o momento da cessação do erro.

No entanto, para além deste prazo, há a considerar outros condicionalismos temporais e substanciais, que revelam uma diferença de regime entre os actos administrativos constitutivos de direitos e os outros, considerando-se constitutivos de direitos “os actos administrativos que atribuam ou reconheçam situações jurídicas de vantagem ou eliminem ou limitem deveres, ónus, encargos ou sujeições, salvo quando a sua precariedade decorra da lei ou da natureza do acto (artigo 167.º, n.º 3).

- a) Os *actos constitutivos de direitos* só podem, em regra, ser objecto de anulação administrativa dentro do prazo máximo de *um ano*, a contar da data da respectiva emissão (artigo 168.º, n.º 2) – isto é, enquanto forem judicialmente impugnáveis.

No entanto, *excepcionalmente*, os actos constitutivos de direitos podem ser objecto de anulação administrativa dentro do prazo de *cinco anos*, a contar da data da respectiva emissão (salvo se a lei ou o direito da União Europeia prescreverem prazo diferente) – isto é, mesmo que já se tenham tornado judicialmente inimpugnáveis –, em três circunstâncias elencadas no Código (artigo 168.º, n.º 4):

- i) quando o respectivo beneficiário tenha utilizado artifício fraudulento com vista à obtenção da sua prática;
- ii) quando se trate de actos constitutivos de direitos à obtenção de prestações periódicas, no âmbito de uma relação continuada, caso em que a anulação tem eficácia apenas para o futuro (salvo se tiver sido usado artifício fraudulento, nos casos previstos em *i*) - este regime valia já para as prestações periódicas no domínio da *segurança social*, por força da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro, artigo 79.º;
- iii) quando se trate de actos constitutivos de direitos de conteúdo pecuniário, cuja legalidade, nos termos da legislação aplicável, possa ser objecto de *fiscalização administrativa* para além do prazo de um ano, com imposição do dever de restituição das quantias indevidamente auferidas.

Para salvaguarda do princípio da protecção da confiança legítima, determina-se, em geral, que a anulação administrativa de actos constitutivos de direitos constitui os beneficiários que desconhecem sem culpa a existência da invalidade (que estejam, por isso, de *boa fé*) e tenham auferido, tirado partido ou feito uso da posição de vantagem em que o acto os colocava (que tenham efectuado um *investimento de confiança*), no direito de serem indemnizados pelos danos anormais que sofram em consequência da anulação (168.º, n.º 6).

- b) Os restantes actos administrativos podem ser objecto de anulação administrativa, *mesmo que se tenham tornado judicialmente inimpugnáveis*, desde que não tenha decorrido o prazo máximo de *cinco anos*, a contar da respectiva emissão (168.º, n.º 1).

A lei determina ainda (no artigo 168.º, n.º 5) que, quando o acto se tenha tornado inimpugnável por via jurisdicional, ele só pode ser objecto de anulação administrativa *oficiosa*, tornando claro que não há, nessas situações, direito do interessado a impugnação administrativa.

9.2.4.2. Este regime rompe com a tradicional correspondência perfeita entre os prazos da impugnabilidade judicial e da anulabilidade administrativa, com um duplo fundamento: o decurso do prazo de impugnação judicial não torna o acto válido; e pode haver boas razões para a anulação administrativa de actos tornados inimpugnáveis, seja de actos desfavoráveis, seja mesmo,

em circunstâncias excepcionais, de actos constitutivos de direitos, embora sempre dentro do prazo máximo de cinco anos, como garantia de estabilidade.

Trata-se de substituir uma solução puramente temporal por uma solução substancial, racional e razoável, que atenda aos valores e interesses em presença nas situações concretas da vida – incluindo regimes especiais, com soluções diferenciadas, para responder a problemas decorrentes das vicissitudes a que estão sujeitos os actos administrativos de eficácia duradoura.

Assim, explica-se a distinção entre o regime dos actos constitutivos de direitos e os não constitutivos de direitos, designadamente, actos que imponham obrigações ou proibições, quanto à respectiva estabilidade perante o poder de autocontrolo anulatório da Administração.

A lógica da protecção da confiança leva a que se estabeleça o prazo máximo de um ano, a contar da prática do acto, para a anulação administrativa dos actos constitutivos de direitos – que coincide com o prazo para o Ministério Público, em defesa da legalidade, invocar judicialmente eventuais vícios –, admitindo-se, em situações excepcionais, devidamente identificadas, a anulação dentro do prazo de cinco anos, quando essa confiança não mereça protecção (por má fé), não mereça protecção total ou deva ceder, ainda que mediante indemnização, perante a primazia do interesse público.

Isto, naturalmente, fora dos casos em que tenha havido impugnação judicial, em que a anulação é possível até ao encerramento da discussão.

Está em causa, pois, nas distintas e diversas situações, o equilíbrio entre a garantia da legalidade e a estabilidade associada à confiança legítima dos beneficiários das decisões administrativas.

É outra a lógica que preside à solução para os actos não constitutivos de direitos.

Por um lado, não há aqui que salvaguardar a confiança do destinatário que, pelo contrário, estará interessado na anulação – e, por isso, o prazo máximo de estabilização é mais longo. Por outro lado, não se justifica que a Administração possa demorar mais de seis meses a anular oficiosamente o acto, a partir do momento em que toma consciência da ilegalidade, designadamente nas situações em que o acto se tenha tornado judicialmente inimpugnável – o mesmo valendo, de resto, para os casos em que o acto ainda seja impugnável, designadamente pelo Ministério Público. Em qualquer caso, justifica-se a estabilização dos efeitos da decisão num prazo máximo de cinco anos, por razões de segurança e de praticabilidade.

Outra é a questão de saber se há dever de anulação administrativa do acto, quando a Administração verifique ou tome consciência da ilegalidade, em

especial quando se trate da anulação oficiosa de um acto não constitutivo de direitos já judicialmente inimpugnável – a Administração, nestas situações, para além de poder proceder à convalidação (artigo 164.º) ou aproveitamento (163.º, n.º 5), pode anular o acto apenas com efeitos para o futuro (artigo 171.º, n.º 3) e, em nosso entender, deve, em geral, ponderar a decisão, não tendo em conta apenas a ilegalidade, mas também a gravidade do vício, as circunstâncias do caso e os interesses em presença, designadamente interesses públicos relevantes ou de contrainteressados – bem como regimes legais específicos, tais como, por exemplo, o dos actos administrativos contratuais.

Essa ponderação, por constituir uma decisão administrativa, ainda que de controlo, deve ter em conta a realização do interesse público, à luz dos princípios jurídicos fundamentais aplicáveis – à semelhança do que acontece, por exemplo, com a ponderação exigida (aí também aos próprios tribunais) a propósito da anulação de contratos administrativos por invalidade dos respectivos actos de adjudicação (artigo 283.º, n.º 4 do Código dos Contratos Públicos). De facto, não se compreenderia bem que se permitisse, em circunstâncias especiais, o reconhecimento de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos (artigo 162.º, n.º 3) e não se reconhecesse essa possibilidade de ponderação de interesses relativamente a actos anuláveis.

9.2.4.3. Uma situação especial diz respeito à anulação de “actos consequentes” de actos anulados.

Estes actos eram até 2015 considerados nulos, embora com reserva dos interesses legítimos de contrainteressados, mas agora passam a ser apenas anuláveis, tendo em conta a sua remoção do elenco estabelecido no (actual) artigo 161.º.

No entanto, nos termos do artigo 172.º, n.º 2, quando haja uma anulação administrativa de um acto, a Administração, no quadro do seu dever de reconstituição da situação hipotética actual – isto é, da situação que existiria se o acto anulado não tivesse sido praticado (ou tivesse sido praticado sem o vício que gerou a anulabilidade) –, pode ter o dever de “anular, reformar ou substituir os actos consequentes *sem dependência de prazo*”.

O CPTA estabelecia já um regime específico para a invalidação dos actos consequentes de actos anulados judicialmente, regime que agora é, no essencial, transposto para a anulação administrativa, ressaltando-se a posição dos beneficiários de boa fé de actos consequentes praticados há mais de um ano, em termos primários ou, pelo menos, mediante indemnização (173.º,

n.º 3, do CPA), além da fixação de um regime específico para situações de trabalhadores (173.º, n.º 4).

Este regime implica um cuidado especial na delimitação do conceito de acto consequente e na aplicação do respectivo regime invalidatório.

Desde logo, na linha de uma jurisprudência que se veio consolidando no quadro da anulação judicial, são actos consequentes para este efeito apenas os actos cuja manutenção seja incompatível com a reconstituição da situação hipotética exigida pela anulação, considerados os respectivos fundamentos e alcance.

Depois, em nosso entender, contra a posição dominante na doutrina e na jurisprudência, não deverão ser protegidos apenas os interesses de terceiros, estranhos à relação jurídica tocada pelo acto anulado, mas também os interesses dos beneficiários directos do acto consequente, que podem estar de boa fé, apesar de não desconhecerem a precariedade da sua situação.

Diga-se, por fim, que não se compreenderia, no contexto normativo do CPA, uma anulação do acto consequente “sem dependência de prazo” no sentido de uma anulação a qualquer momento – na realidade, quer dizer-se: “mesmo que se tenha tornado inimpugnável”, valendo os limites temporais fixados no artigo 168.º: o que estabelece um prazo de seis meses após o conhecimento do vício e o prazo geral de cinco anos para qualquer anulação administrativa, contado do momento da prática do acto. Na prática, a anulação do acto consequente terá lugar até na sequência imediata da anulação administrativa, que está sujeita a esses limites.

10. As reclamações e recursos administrativos

Bibliografia:

- PAULO OTERO, “Impugnações administrativas”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 28, p. 50 e ss;
- M. ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, anotado*, p. 743 e ss (espec. 743-747, 757-759, 770-773, 798-804).

10.1. O *auto-controlo* administrativo

As impugnações administrativas desempenham um papel potencialmente relevante na fiscalização da *legalidade* e também da *oportunidade* administrativa (mérito), bem como na garantia dos direitos e interesses dos particulares – que dispõem da possibilidade de fazer o autor reflectir sobre a decisão tomada ou de convocar, para uma eventual revisão do acto, um órgão superior, supostamente mais habilitado ou de vistas mais largas.

Do mesmo modo, o particular pode actualmente apelar para o autor do acto ou para o órgão superior, reagindo contra a *omissão* ilegal de actos administrativos, solicitando a sua prática (artigo 184.º do CPA).

10.2. As reclamações

10.2.1. Noção e prazo

Através da reclamação, os interessados (186.º) solicitam uma revisão da primeira decisão ao órgão *autor* do acto, em princípio no prazo de 15 dias (artigo 191.º) ou, em caso de omissão ilegal, no prazo de um ano (artigo 187.º).

Salvo disposição legal em contrário, pode haver reclamações relativas a quaisquer actos administrativos, nos termos do artigo 191.º, n.º 1 do CPA – que, no entanto, contém uma excepção relativa logo no n.º 2, quanto aos actos que, eles próprios, decidam reclamação ou recurso.

A previsão legal em contrário pode resultar da regulação exaustiva das impugnações admissíveis, sem previsão da reclamação: era o que acontecia até há pouco tempo com o Decreto-lei n.º 197/99, de 8 de Junho, que, no entendimento jurisprudencial, *não admitia a reclamação* do acto de *adjudicação* – cfr. Ac. do STA de 24/09/2009, P. 702/09.

A reclamação perdeu grande parte da sua importância prática, na medida em que, na generalidade dos procedimentos administrativos, o interessado tem agora, normalmente, a possibilidade de se pronunciar em sede de audiência prévia, no fim da instrução e antes da decisão final.

10.2.2. Espécies

A reclamação é, em regra, *facultativa*, mas pode ser *necessária*, quando, por determinação legal expressa ou inequívoca, seja pressuposto da impugnação judicial ou condenação à prática do acto (artigo 185.º, n.ºs 1 e 2).

Na reclamação pode solicitar-se a declaração de nulidade, a anulação do acto ou a respectiva convalidação, se o acto for considerado ilegal, ou a sua suspensão, revogação, modificação ou substituição, por razões de oportunidade ou conveniência (artigo 185.º, n.º 3).

10.2.3. Efeitos

A reclamação *não suspende a eficácia do acto*, a não ser quando seja uma reclamação *necessária* (ou então quando o autor do acto, oficiosamente ou a pedido dos interessados, considere que a execução imediata causa ao destinatário prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação e a suspensão não cause prejuízo de maior gravidade ao interesse público) - artigo 189.º, n.º 2, do CPA.

Mas, como qualquer impugnação administrativa, *suspende o prazo de impugnação* judicial, embora não impeça o reclamante de propor a acção respectiva e de requerer providências cautelares (artigo 59.º, n.ºs 4 e 5 do CPTA, bem como os n.ºs 3 e 4 do artigo 190.º do CPA).

10.3. Os recursos hierárquicos

10.3.1. Noção

Salvo disposição legal em contrário, podem ser objecto de recurso hierárquico todos os actos administrativos praticados por órgãos subalternos, isto é, sujeitos a poderes de hierarquia de outros órgãos. Os interessados podem agora também por esse meio reagir contra a omissão ilegal de actos administrativos por um órgão subalterno (artigo 193.º do CPA).

O interessado solicita ao superior hierárquico do órgão autor a *revisão* do acto – que, como no caso da reclamação, pode consistir na respectiva

declaração de nulidade, anulação ou convalidação, se o acto for considerado ilegal (ou mera confirmação, no caso contrário).

O superior poderá suspender, revogar, modificar ou substituir o acto, por razões de oportunidade ou conveniência, ainda que em sentido desfavorável ao recorrente, mas só quando disponha de poderes dispositivos (e não de mera fiscalização), por não se tratar de uma competência exclusiva do subalterno (artigo 197.º, n.º 1).

10.3.2. Espécies

O recurso hierárquico é, em regra, facultativo, mas pode ser necessário, quando, por determinação legal expressa, seja pressuposto da impugnação judicial ou da condenação à prática do acto (artigo 185.º, n.ºs 1 e 2).

Quanto à conformidade com a Constituição da previsão legal de impugnações administrativas necessárias, o Tribunal Constitucional e o STA, ao contrário do que defende uma parte da doutrina, entendem (em nosso entender, bem) que não há inconstitucionalidade, porque se trata da fixação, por lei, de um pressuposto processual que constitui um mero *condicionamento* ou, quando muito, de uma *restrição legítima* (justificada e proporcional) do direito de acesso aos tribunais, cujo conteúdo essencial não é tocado.

Para efeitos de segurança jurídica, relativamente às impugnações existentes à data, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 4 /2015, que aprovou o CPA, fixa as expressões legais, cuja utilização significa o seu carácter “necessário”.

10.3.3. Efeitos da interposição

O recurso hierárquico necessário suspende a eficácia do acto até à respectiva decisão ou o esgotamento do prazo para decidir (189.º, n.º 1 do CPA), data em que começará igualmente a correr o prazo de impugnação judicial.

O recurso hierárquico facultativo não suspende automaticamente a eficácia do acto, a não ser que o autor ou o superior, ponderando o interesse público e os interesses do destinatário, determine a suspensão. Mas suspende (não

interrompe) o prazo de *impugnação* judicial ou para pedir a condenação à prática de acto, embora não impeça o recorrente de propor no tribunal a acção respectiva (artigos 189.º e 190.º do CPA e artigo 59.º, n.ºs 4 e 5 do CPTA).

10.3.4. Procedimento

O CPA regula actualmente, com especial cuidado, o procedimento de recurso, a interpor, em princípio, no prazo de *impugnação* judicial (ou no prazo de 30 dias se o recurso for necessário) – artigo 193.º.

O recurso é apresentado ao órgão recorrido, que, depois de procede à notificação de eventuais contrainteressados, se pronuncia sobre o recurso e o remete ao órgão competente.

No entanto, não havendo oposição, o órgão recorrido pode dar-lhe provimento ou, em caso de omissão, praticar o acto solicitado – dando conhecimento ao órgão superior (artigo 196.º).

A decisão do superior expressa pode ser de confirmação ou de revisão, anulando ou então revogando, modificando, substituindo ou praticando o acto, conforme os seus poderes (e sem sujeição ao pedido, eventualmente em sentido desfavorável ao recorrente), nos termos do artigo 197.º – não sendo necessária a audiência prévia (a não ser em algumas situações de modificação ou substituição).

A eventual falta de decisão dentro do prazo, bem como a confirmação do acto não constituem actos de indeferimento, mas um *facto* ou um *acto jurídico* que desencadeia a eficácia do acto recorrido, bem com o início da contagem do prazo para a respectiva *impugnação* judicial, ou, em caso de omissão, para o pedido de condenação à prática de acto devido (artigo 198.º, n.º 4 do CPA).

10.4. Recursos administrativos especiais

As outras formas especiais de *impugnação* administrativa são, actualmente, nos termos do artigo 199.º do CPA:

- a) os “recursos especiais”: recurso para outro órgão da mesma pessoa colectiva, onde ou quando não haja hierarquia, incluindo o recurso de

- actos do órgão delegado para o delegante ou de decisão de membro, comissão, secção ou de segmento de órgão colegial para o plenário (mesmo que a lei refira a impugnação como “reclamação”, como acontece na impugnação de decisões da secção disciplinar do Conselho Superior do Ministério Público para o respectivo Plenário – embora não fosse esse, até 2015, o entendimento dominante na jurisprudência administrativa);
- b) os “recursos tutelares”, quando se recorre para o órgão de outra pessoa colectiva, com poderes de superintendência ou de tutela.

O recurso para o delegante (em regra, facultativo) é sempre admissível, tendo em conta a plenitude dos poderes do delegante relativamente aos actos do delegado, decorrente de lhe pertencer a competência exercida – embora o artigo 199.º, n.º 2, do CPA, por erro manifesto, que deve ser objecto de correcção teleológica, exija para o efeito expressa disposição legal.

Já os restantes recursos, designadamente o recurso para o órgão superintendente ou tutor, dependem de previsão legal expressa, que determina também a competência do órgão para o qual se recorre para produzir os efeitos pretendidos: declaração de nulidade, anulação, ou, se assim estiver estabelecido, revogação, suspensão, modificação ou até substituição do acto praticado pelo órgão recorrido, a prever expressamente nas situações de recurso tutelar (artigo 199.º, n.ºs 1, 3 e 4).

A estes recursos é aplicável o regime do recurso hierárquico, conforme sejam necessários ou facultativos, mas, nos recursos tutelares, com as adaptações necessárias para salvaguarda da autonomia da entidade tutelada (artigo 199.º, n.º 5).

PARTE III

O CONTRATO ADMINISTRATIVO

Bibliografia (sobre o Código dos Contratos Públicos):

- MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos públicos (Direito Administrativo Geral, T. III)*, 2008;
- CJA, n.º 64, especialmente as intervenções de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (p. 28 e ss) e de PEDRO GONÇALVES (p. 36 e ss);
- MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *CJA*, n.º 66, p. 3 e ss.

Bibliografia facultativa:

- SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, p. 343-428;
- PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 2015;
- FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2.^a ed., 2011, p. 537 e ss;
- MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de direito dos contratos públicos*, 2012.
- Sobre o CCP, v. AAVV., in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de contratação pública*, vol. I, 2008; vol. II, 2010, vol. III, 2010.
- Sobre os procedimentos de contratação pública (exaustivo), v. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, 2011.

1. A admissibilidade da figura do contrato administrativo

A história dos contratos administrativos desenha uma trajetória alucinante em um relativamente curto espaço de tempo: começa com a negação ou alergia inicial, passa pela aceitação limitada, excepcional e legalmente tipificada, da figura do “contrato administrativo”, e avança até à sua concepção actual como *figura de utilização geral* no exercício da função administrativa, a par do regulamento e do acto administrativo.

1.1. A ideia da negação resultou da convicção da existência de uma *incompatibilidade* entre o contrato e a actuação administrativa de autoridade, concretamente, uma divergência antagónica entre, de um lado, a *liberdade* negocial, a *igualdade* entre as partes e o *compromisso* contratual (consenso) – que eram traços característicos da figura contratual – e, do outro lado, a vinculação à *legalidade*, a *autoridade* administrativa e a sujeição ao *interesse público* – que eram traços característicos da actividade administrativa de direito público, acentuados na época liberal, quando a actividade administrativa se circunscrevia às funções nucleares do Estado, sem intervenção significativa na vida social.

A Administração celebrava contratos de direito privado no quadro dos negócios instrumentais ou auxiliares, necessários ao seu funcionamento, mas não no exercício da função administrativa.

1.2. Em Portugal, como em outros países de influência francesa, a utilização de contratos de direito administrativo foi inicialmente admitida para satisfação de necessidades de gestão: execução de obras (sobretudo através de contratos de empreitada), aquisição de bens e serviços e administração do domínio público.

Estes contratos constituíam, tipicamente, *contratos de colaboração subordinada*, entendidos como *contratos privados transformados*, nos quais se incluíam *cláusulas exorbitantes*, que implicavam a *reserva de poderes* por parte da Administração, considerados indispensáveis ou convenientes para realização do superior interesse público – poderes de direcção (que asseguravam a *supremacia* do contraente público, em vez da igualdade entre as partes) e poderes de modificação ou rescisão (que criavam alguma *instabilidade* na relação contratual, em vez da estabilidade do compromisso pactuado, típica dos negócios privados).

1.3. A partir da segunda metade do século XX, produziram-se transformações que acabaram por tornar o “contrato administrativo”, como figura de direito público, “uma instituição do nosso tempo” (Pedro Gonçalves).

Por um lado, as alterações *substanciais* (a proliferação de interesses públicos a cargo da Administração), *funcionais* (os novos conteúdos de prestação, controlo, infra-estruturação, promoção, garantia e regulação) e *estruturais* (as novas formas jurídicas) da actividade administrativa no contexto de um Estado Social, Garantidor e Regulador justificaram a compatibilidade e tiveram como consequência a adopção generalizada de figuras contratuais pela Administração no exercício da função administrativa, não apenas para a realização de empreendimentos materiais sob a égide do direito privado, mas sobretudo no desenvolvimento de actividades subordinadas a regimes de direito público, incidindo até, por vezes, sobre o próprio exercício de poderes públicos.

Por outro lado, verificou-se uma alteração do próprio conceito de “contrato” nos quadros do direito privado, quer pela acentuação da ideia de *consensualidade formal e funcional* (“cooperação de interesses antagónicos”), quer sobretudo pela tendência para a *publicização dos conteúdos* (cláusulas proibidas ou impostas). Estas características predominam sobre os requisitos tradicionais relativos à *vontade* (agora objectivamente limitada por valores de ordem pública ou interesses gerais da comunidade, incluindo o respeito pelos direitos, liberdades e garantias, que deve ser assegurado também nas relações privadas), à *igualdade* (prejudicada pela contratação em massa e pela vulnerabilidade dos consumidores perante produtores ou fornecedores, tal como antes acontecera com os trabalhadores em face dos empregadores), à *liberdade de celebração* (designadamente quanto a bens essenciais e serviços de interesse geral) e à *liberdade estipulatória* (inexistente nos cada vez mais frequentes contratos de adesão ou equiparados) – alterações que, como é evidente, provocam a aproximação das figuras contratuais de direito privado e de direito público e facilitam a admissão de contratos de direito administrativo.

1.4. Apesar da inexistência actual de uma incompatibilidade de princípio entre contrato e autoridade administrativa, há determinadas actuações administrativas de direito público que não podem ser desenvolvidas por via contratual – é dizer que, sendo embora, em princípio, uma figura de utilização geral pela Administração, há limites ao uso da forma do contrato administrativo nos quadros do direito público.

Nos termos do artigo 278.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), “na prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os contraentes públicos podem celebrar quaisquer contratos administrativos, *salvo* se outra coisa resultar *da lei* ou da *natureza* das relações a estabelecer”.

Os *limites legais* decorrem de lei imperativa, de que são exemplo:

- a) a exclusão do contrato de trabalho em funções públicas para aquelas “actividades que impliquem o exercício directo de poderes de autoridade que definam situações jurídicas subjectivas de terceiros ou o exercício de poderes de soberania” – artigo 1.º, n.º 4, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que justamente operou a contratualização das relações de emprego público, com esta excepção)
- b) a proibição de concessão, pelas entidades reguladoras, a entidades públicas ou privadas, da prossecução de quaisquer das suas atribuições ou poderes regulatórios ou sancionatórios – artigo 40.º, n.º 5, da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto (Lei- quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica).

Os *limites “naturais”* resultam da natureza (isto é, do sentido ou da finalidade) da actividade ou dos seus efeitos: i) seja pela necessidade de assegurar uma *igualdade universal de tratamento* (decisões regulamentares, designadamente em matéria de segurança social e de obrigações fiscais); ii) seja pela *ausência de interesse* de contraentes privados (decisões sobre a organização administrativa); iii) seja por razões de *ordem pública* e de *soberania* (decisões sancionatórias, incluindo as disciplinares ou de aplicação de coimas, actos de polícia, decisão de impugnações administrativas, concessão da nacionalidade ou do asilo, fiscalização de eleições).

No entanto, mesmo nestas áreas, que seriam, em si mesmas, “domínios próprios da actuação unilateral”, encontramos o uso da figura contratual – a Administração celebra *contratos fiscais*, sobretudo no domínio do direito económico fiscal, por exemplo, nos contratos que envolvem isenções fiscais, para finalidades de política económica (mas também residualmente no direito fiscal formal), *contratos policiais*, em matéria de protecção do ambiente, urbanismo e até de segurança (por exemplo, das instalações), além de *contratos de organização* (desde logo, contratos interadministrativos). Não é sequer de excluir a celebração de *acordos no domínio sancionatório* (disciplinar e contra-ordenacional, por exemplo em matéria ambiental), apesar da rejeição de princípio dos processos agnitórios (em especial, do *plea bargaining* ou *guilty bargaining*) no nosso sistema processual penal, que tem influenciado

decisivamente o domínio das sanções administrativas [v., sobre o tema, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, 2011].

O nosso ordenamento jurídico é, de resto, no quadro europeu continental, um dos mais amigos da forma contratual, na medida em que, como veremos, para além dos contratos de inspiração francesa, se admite, em geral – agora por influência do direito alemão –, a figura do *contrato sobre o exercício de poderes públicos* (cf. artigo 280.º, n.º 1/b e 285.º, do CCP), que abrange contratos cujas prestações envolvem o uso de poderes de autoridade, incluindo contratos *substitutivos* de actos administrativos unilaterais.

2. Os conceitos legais de “contrato público” e de “contrato administrativo”

O Código do Procedimento Administrativo (CPA) estabelecia uma *definição* de contrato administrativo como «acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta *uma relação jurídica administrativa*», operando, assim, de acordo com o entendimento geral, uma distinção relativamente ao “contrato de direito privado da Administração” consoante a natureza da relação jurídica em causa.

Esta concepção de contrato administrativo remetia para a distinção entre *direito administrativo* e direito privado, através da adopção de um *critério estatutário*, associado ao objecto, com base em diversos tópicos doutrinários – a “administratividade” do contrato resultava, conforme os casos, de os *sujeitos* serem públicos, de haver uma relação de *supremacia*, de a finalidade ser de *interesse público*, ou, em última análise, de o contrato se desenvolver em uma “*ambiência*” de direito público.

O Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, segue um caminho diferente: embora parta de um conceito-quadro (amplíssimo) de contrato público, acaba por adoptar dois *conceitos polarizadores*, embora em grande medida sobreponíveis, para efeitos de delimitação do respectivo âmbito de aplicação, que abrange, por um lado, a *contratação* administrativa (*formação* do contrato) e, por outro, o regime substantivo da *relação contratual* (*execução* do contrato).

2.1. Por um lado, o CCP adopta uma noção ampla de *contrato público*, que delimita em função dos *sujeitos* outorgantes, *para efeitos da aplicação* de

um determinado *regime procedimental de formação* de contratos (regulado na Parte II do Código), em grande medida para cumprimento de directivas europeias.

Este conceito legal de “contrato público” (artigo 1.º, n.º 2) abrange, à primeira vista, *todos os contratos* celebrados no âmbito da função administrativa, independentemente da sua designação e da sua natureza (isto é, mesmo que sejam *de direito privado*), desde que sejam outorgados pelas “*entidades adjudicantes*” referidas na lei (artigo 2.º).

Essas “entidades adjudicantes” são, simplificadaamente:

- a) as *personas colectivas públicas* – as que constituem a tradicional “Administração Pública em sentido organizatório”, incluindo as administrações autónomas e independentes (artigo 2.º, n.º 1);
- b) os “*organismos de direito público*” (terminologia de origem jus-europeia) – entidades criadas *especificamente* para satisfazerem *necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial* (isto é, cuja actividade económica *não* se submeta à lógica do mercado e da livre concorrência, designadamente por não terem fins lucrativos), desde que *financiadas* (maioritariamente e regularmente) por pessoas colectivas públicas ou sujeitas ao seu *controlo* ou à sua *influência dominante* (artigo 2.º, n.º 2);
- c) e ainda, no âmbito dos *sectores especiais* (água, energia, transportes e serviços postais), quaisquer entidades, incluindo as *empresariais*, que exerçam essas actividades, quando estejam sujeitas a *controlo* ou *influência dominante* de entidades adjudicantes (artigo 7.º).

No entanto, o regime de contratação estabelecido no CCP não se aplica, como veremos melhor, a todos os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes, mas *apenas àqueles cujas prestações suscitem, pelo menos potencialmente, a concorrência no mercado* (v. artigos 5.º, n.º 1, e 16.º, n.º 2) – por isso se pode dizer que há contratos celebrados pela Administração que não são, afinal, para efeitos de regime de formação, verdadeiros “contratos públicos”, no sentido europeu (todos aqueles que não envolvam problemas de concorrência, entre os quais se contam alguns contratos administrativos, entre os quais, designadamente, contratos interadministrativos e contratos sobre o exercício de poderes públicos).

2.2. Por outro lado, o CCP estabelece um outro conceito, tendencialmente mais restrito: o de *contrato administrativo*, celebrado por *contraentes públicos*

(entre si ou com “co-contratantes privados”), para efeitos de aplicação do *regime substantivo* dos contratos de natureza administrativa – regime de *execução, modificação e extinção das relações jurídicas administrativas* (artigo 1.º, n.º 5, referido à Parte III).

2.2.1. A lei estabelece, desde logo, uma nota *subjectiva*, na medida em que, nos contratos administrativos, uma das partes, pelo menos, há-de pertencer à categoria dos “*contraentes públicos*”, que são, nos termos do artigo 3.º, as seguintes entidades:

- a) as pessoas colectivas de direito público;
- b) os organismos públicos ou de direito público (e as entidades adjudicantes nos sectores especiais – artigo 8.º), mas só quando os contratos sejam qualificados pelas partes como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público;
- c) quaisquer entidades, sejam *públicas* ou *privadas*, que possam celebrar (e celebrem) contratos no exercício *de funções materialmente administrativas*.

2.2.2. No plano substancial, em vez de, como fazia o CPA, definir o “contrato administrativo” em abstracto, através da caracterização da relação jurídica sobre a qual incidem os respectivos efeitos como relação jurídica de direito público, o CCP retoma a antiga ideia de uma *enumeração*, ainda que agora mediante uma tipificação substancial e aberta dos “*contratos administrativos*”, identificados por aquilo que se pode designar por “*factores de administratividade*”.

Nos termos do artigo 280.º, e sem prejuízo do disposto em lei especial, reveste a natureza de *contrato administrativo* (“configura uma relação jurídica contratual administrativa”) o *acordo de vontades*, independentemente da sua forma ou designação, em que pelo menos *uma das partes* seja um *contraente público*, que se integre em qualquer das seguintes categorias:

- a) contratos que, por força do Código, da lei ou da vontade das partes, sejam *qualificados* como contratos administrativos *ou* submetidos a um *regime substantivo de direito público*;
- b) contratos com objecto passível de *acto administrativo* e contratos sobre o *exercício de poderes públicos*;

- c) contratos que confirmam ao co-contratante *direitos especiais sobre coisas públicas* ou o exercício de *funções do contraente público*;
- d) contratos que a lei submeta, ou admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por *normas de direito público* e em que a prestação do co-contratante possa *condicionar* ou *substituir*, de forma relevante, a realização das *atribuições do contraente público*”.

É a estes contratos que se aplica o regime substancial estabelecido na Parte III do Código.

2.2.3. Os tipos definidos neste preceito legal, para além de alguma obscuridade, seriam porventura dispensáveis, nada acrescentando à antiga formulação do CPA, pois que os critérios materiais subjacentes à enumeração estabelecida reconduzem-se, de uma maneira ou de outra, à ideia de um *regime substantivo de direito público*, seja por determinação legal ou escolha das partes, seja pela natureza do seu objecto, seja pelo seu regime exorbitante do direito privado, seja pela sua finalidade imediata.

Esta série de critérios, para além de complicada, suscita, na sua concretização, vários problemas.

Desde logo, resta saber até que ponto se deve admitir que o carácter administrativo do contrato possa resultar pura e simplesmente da sua qualificação legal ou da escolha de regime pelas partes.

Há-de entender-se que essa qualificação ou opção, mesmo a legal, não pode ser arbitrária: tem de ser susceptível de controlo substancial, pela verificação de características (relativas ao objecto ou à causa-função, aos interesses em presença ou à finalidade da prestação) que justifiquem *objectivamente* a sua pertença aos contratos de *direito público* ou, pelo menos um “*interesse sério*” na aplicação nuclear do regime especial de direito administrativo – restrição esta que deve valer como proibição absoluta quando o contraente público não seja uma pessoa colectiva pública, dado que os “organismos públicos”, sendo entidades privadas, não têm capacidade de direito público (poder de qualificar um contrato como contrato administrativo ou de sujeitar um contrato ao regime do contrato administrativo) a não ser quando a lei fundamentadamente a confira.

Por exemplo, deve concluir-se que a locação e a aquisição de móveis só são contratos administrativos, sujeitos integralmente ao regime substantivo da Parte III, na medida em que se trate de fornecimentos contínuos, não se incluindo aí as locações e aquisições avulsas, que serão, em princípio, contratos

de direito privado (ainda que lhe possam ser aplicáveis, além dos princípios gerais, algumas normas de direito público).

Depois, o critério da alínea d) é especialmente *ambíguo* – ainda mais que o antigo critério doutrinal da “finalidade de imediata utilidade pública”, que terá pretendido substituir – e *desnecessário* como critério residual.

Certo é, no entanto, que os critérios foram mantidos na revisão mais profunda operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto.

2.2.4. Verifica-se, assim que, apesar de o Código estabelecer um conceito amplíssimo de contratos públicos (que incluem os contratos administrativos – artigo 1.º, n.º 1), os conceitos legais operativos não coincidem inteiramente, no que respeita à aplicação dos regimes da Parte II e da Parte III.

Por um lado, há *contratos públicos* (em sentido estrito) que *não são contratos de natureza administrativa*, como por exemplo:

- i) os contratos qualificados pela lei ou pelas partes como contratos *de direito privado* ou submetidos a um *regime de direito privado*, mesmo que celebrados por “contraentes públicos” no exercício da função administrativa – assim, o regime da Parte III do CCP não se aplica, em princípio, a contratos de compra e venda, doação, permuta e arrendamento de bens imóveis (do património privado dos entes públicos) e a contratos similares – artigo 4.º, n.º 2, alínea c);
- ii) os contratos outorgados pelos “organismos públicos” que não sejam celebrados no exercício de funções *materialmente* administrativas, nem sejam (podendo sê-lo) submetidos pela vontade das partes a um *regime substantivo* de direito público.

Por outro lado, como dissemos e veremos melhor, há *contratos administrativos* que *não serão*, em sentido estrito, “*contratos públicos*”, na medida em que não se lhes aplicam as regras da contratação pública estabelecidas na Parte II, por não envolverem prestações sujeitas à concorrência de mercado – entre os quais se destacam alguns contratos sobre o exercício de funções públicas.

3. Os problemas da *formação* do contrato administrativo

3.1. Os contratos públicos abrangidos

No que respeita à formação dos contratos, os contratos administrativos seguem a disciplina geral comum a todos os “contratos públicos”, constante da Parte II do CCP, na medida em que lhes seja aplicável.

O critério principal para determinar o âmbito de aplicação das normas procedimentais do Código diz respeito a um *determinado tipo contratual* (artigos 5.º, n.º 1, e 16.º, n.º 1): as “entidades adjudicantes” – as pessoas colectivas públicas e os organismos públicos – têm de seguir um dos *procedimentos pré-contratuais* regulados pelo CCP para a formação de quaisquer *contratos* (incluindo os contratos *administrativos*), cujo *objecto abranja prestações* que, designadamente em razão da sua *natureza* ou das suas *características*, bem como da *posição relativa das partes* no contrato ou do *contexto* da sua própria formação, *estão ou sejam susceptíveis de estarem submetidas* à concorrência de mercado.

A título exemplificativo, consideram-se *submetidas* à concorrência do mercado, nos termos do artigo 16.º, n.º 2, as *prestações típicas* dos seguintes contratos: da *empreitada de obras públicas*, da *concessão de obras públicas*, da *concessão de serviços públicos*, da *locação ou aquisição de bens móveis*, da *aquisição de serviços*, bem como do *contrato de sociedade* (este, salvo quando se trate de sociedades de capitais exclusivamente públicos).

E a isto acresce que, quando se trate de *contratos inter-administrativos* (celebrados entre pessoas colectivas públicas) e de *contratos* celebrados por *organismos públicos*, só os *contratos que abranjam as prestações típicas das referidas espécies contratuais* (com excepção do contrato de sociedade) estão sujeitos às regras de formação previstas na Parte II do CCP (artigo 5.º, n.º 8).

Mas, além destes, há ainda outros contratos que estão sujeitos às regras da contratação da Parte II do Código, por respeitarem a *prestações sujeitas à concorrência*, como, por exemplo, os de concessão de uso privativo ou de exploração do domínio público, os de prospecção e pesquisa geológica, e os de aquisição, arrendamento ou alienação de bens imóveis.

Na realidade, embora os contratos referidos expressamente no Código tenham como característica comum a circunstância de representarem uma

solicitação de bens e serviços no mercado por parte da Administração, devem considerar-se igualmente sujeitos às regras da contratação pública aqueles contratos que, pelo contrário, representam uma *oferta administrativa*, envolvendo a selecção do co-contratante na sequência de um convite da Administração, quer o convite resulte da iniciativa desta ou da manifestação de interesse de um entre vários potenciais interessados.

Na delimitação do âmbito de contratos sujeitos ao regime da contratação pública há-de valer especialmente a necessidade ou a importância da *garantia do princípio da concorrência*, tal como é entendida pela jurisdição europeia, que constitui a razão de ser principal, ainda que não exclusiva, das normas nacionais sobre procedimentos pré-contratuais.

Exclui-se, no entanto, a aplicação do CCP à formação de vários tipos de contratos (artigo 5.º) – salientam-se, entre outros:

- a) os contratos de *concessão de subsídios*,
- b) os contratos a celebrar com entidades detentoras de *exclusivos* e, sobretudo,
- c) os contratos “*in house*” (ou *in house providing*) – isto é, os contratos “*domésticos*”, celebrados por entidades adjudicantes com outras entidades sobre as quais exerçam um “*controlo análogo*” ao que exercem sobre os próprios serviços – definido a lei agora (desde 2017) o as condições legais da exclusão no artigo 5.º-A.

3.2. Os princípios especiais da contratação pública

A contratação pública está sujeita, como toda a actividade administrativa, para além das normas legais, aos princípios jurídicos fundamentais, que aqui assumem um especial relevo.

Por influência europeia, são formulados – e obrigatoriamente interpretados em conformidade com o direito da união europeia (nos termos estabelecidos pela jurisprudência do TJ), quando esteja em causa a aplicação deste direito –, a par dos princípios da *igualdade* (não discriminação em função da nacionalidade, liberdades fundamentais de circulação), da *transparência* (concurso como procedimento-regra), da *publicidade* e da *imparcialidade*, os princípios do *reconhecimento mútuo* (de normas técnicas e certificados) e da *proporcionalidade*, bem como o princípio da *tutela jurisdicional efectiva* dos interessados (protecção igual).

Segundo uma “Comunicação interpretativa” da Comissão Europeia (2006/C 179/02), o cumprimento das regras e dos princípios fundamentais do Tratados impõe, relativamente a *todos os contratos públicos* – mesmo nos casos em que não se apliquem (pelo seu valor ou pela espécie contratual) as *regras específicas* das directivas e da legislação estadual – uma “obrigação de *transparência*” que implica, na jurisprudência do TJUE, “um grau de *publicidade* adequado para garantir a abertura do mercado à concorrência”, bem como “a *imparcialidade* dos processos de adjudicação”.

[V. o importante Acórdão do TJUE de 20/05/2010, que recusa a anulação da comunicação interpretativa, porque esta “não envolve novas regras de adjudicação dos contratos públicos que vão além das obrigações decorrentes do direito comunitário existente”].

Por sua vez, o direito nacional também determina a aplicação a todos os contratos administrativos, não só dos específicos princípios da transparência, igualdade e concorrência, como dos *princípios gerais da actividade administrativa*, designadamente dos princípios jurídicos fundamentais que constituem ou decorrem de preceitos constitucionais, agora expressamente formulados, como os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade (artigo 1.º-A e 5.º-B, n.º 1), - princípios que se concretizam em diversos sub-princípios de direito adjudicatório, designadamente no âmbito dos concursos (por exemplo: os princípios da estabilidade das regras, das propostas e dos concorrentes; o princípio da comparabilidade das propostas).

As regras e princípios procedimentais do CPA também se aplicam, mas com as adaptações necessárias, aos contratos que *envolvam o exercício de poderes públicos* - artigo 5.º-B, n.º 2.

Na perspectiva do direito da União Europeia, o valor predominante na regulação dos *procedimentos* de contratação é o da *concorrência* no interesse do *mercado*, que assim tende a prevalecer sobre outros interesses públicos dos Estados membros, sobretudo os interesses financeiros, que eram tradicionalmente preponderantes no plano interno.

Esboça-se, no entanto, designadamente ao nível político e no plano doutrinário, uma tendência para contrapor ao princípio da concorrência o *princípio da*

eficiência – considerando a concorrência como um efectivo custo operacional. Esta tendência, de inspiração americana, encara a contratação da perspectiva da protecção dos interesses dos *contribuintes* (“best value for taxpayer’s money”), que deveria preferir à perspectiva europeia da protecção das *empresas concorrentes*, acentuando a importância da qualidade dos bens produzidos e dos serviços obtidos, em relação com as respectivas condições económicas de produção e obtenção – uma tendência de “democracia fiscal” que, a par de outras, como a do favorecimento das pequenas e médias empresas, porventura acabará por prevalecer quando o mercado comum europeu atingir a sua maturidade.

Por outro lado, tanto no plano interno, como no plano europeu, a contratação pública (tal como a execução dos contratos) deve ainda respeitar as normas de direito internacional em matéria social, laboral, ambiental e de igualdade de género (artigo 1.º-A, n.º 2).

3.3. Os procedimentos de *formação do contrato*

Salvo o disposto em lei especial, as entidades adjudicantes de contratos públicos devem adoptar, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, um dos seguintes tipos de *procedimentos* (“*public procurement*”), designadamente para a aquisição de bens e serviços no mercado:

- a) Ajuste directo (“*direct award*”);
- b) Consulta prévia (“*prior consultation*”)
- c) Concurso público (“*open procedure*”);
- d) Concurso limitado por prévia qualificação (“*restrict procedure*”);
- e) Procedimento de negociação (“*negotiation*”);
- f) Diálogo concorrencial (“*competitive dialog*”);
- g) Parceria para a inovação (“*partnership for innovation*”).

Em comparação com o disposto no anterior CPA, o CCP *altera os tipos de procedimentos*, eliminando o “concurso limitado sem apresentação de candidaturas” e a “negociação sem anúncio prévio” – embora estas categorias sejam de algum modo recuperadas no contexto de modalidades reguladas de ajuste directo.

De facto, é interessante sublinhar que o *ajuste directo* está agora sujeito também a algumas regras procedimentais e deixou de ser um procedimento

residual, admissível apenas nas circunstâncias excepcionais expressamente previstas, podendo ser utilizado para a celebração de *quaisquer* contratos de baixo valor.

Por sua vez, consagra-se, como novidade, o “diálogo concorrencial”, como procedimento de tipo negocial (com base numa “memória descritiva”, negocia-se com interessados qualificados a solução a pôr a concurso, *antes* da apresentação das propostas), que se assume como próprio para “contratos complexos” (Directiva 2004/18/CE, do Parlamento e do Conselho, de 31/3/2004, in *JO – L*, de 30/4/2004, em vias de revogação pela Directiva 2014/24/UE) – ou, nos termos do CCP, para “contratos particularmente complexos”, por ser *objectivamente impossível* para a entidade adjudicante *definir em termos precisos a solução técnica* adequada, os *meios técnicos* aptos ou a *estrutura jurídica ou financeira* do contrato a celebrar para satisfação das necessidades públicas (que, no entanto, não é admissível no âmbito dos sectores especiais - água, energia, transportes e serviços postais).

Na revisão de 2017, acrescentaram-se a “consulta prévia” (limitando o uso do ajuste directo – artigo 27.º-A) e a “parceria para a inovação” (pela importância deste tipo de contratos nas áreas de investigação e desenvolvimento).

A escolha dos procedimentos, designadamente no que respeita ao ajuste directo, à negociação e ao diálogo concorrencial, é feita segundo regras definidas expressamente no Código, tendo em consideração, quer o *valor* do contrato, quer outros critérios (por exemplo, o *tipo* de contrato e a qualidade da *entidade adjudicante* - artigos 17.º a 33.º).

3.4. Panorama geral da tramitação dos procedimentos pré-contratuais

3.4.1. Os procedimentos a seguir pelas entidades adjudicantes (“*contracting authorities*”) têm tramitações legais distintas, embora haja algumas regras gerais, comuns à generalidade dos procedimentos, relativamente aos seus trâmites principais:

I. Fase de iniciativa

- a) Início do procedimento – a decisão de contratar (e de autorização da despesa) e a decisão de escolha do procedimento;
- b) Aviso de abertura (“*contract notice*”);
- c) Peças procedimentais típicas (“*contract documents*”):

- o *programa* do procedimento, que é “o regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua celebração” (artigo 41.º) – é um documento com *carácter regulamentar*, que disciplina o procedimento pré-contratual, contendo as regras de participação e as garantias administrativas de recurso (facultativas);
- o *caderno de encargos*, que é a peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar (artigo 42.º, n.º 1) – constitui a base negocial do futuro contrato, embora se discuta na doutrina se constitui uma declaração negocial ou um regulamento.

II. Fase de apresentação e aceitação formal das propostas

- d) Apresentação das *propostas* (“*submission of tenders*”) – a proposta é “a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo” (artigo 56.º), respeitando os termos definidos pelos documentos contratuais.

III. Fase de avaliação

- e) Análise das *propostas* (“*evaluation*”) pelo *júri* do procedimento, em função das regras e com base nos padrões estabelecidos no programa e demais documentos do concurso.

IV. Preparação da adjudicação

- f) Relatório preliminar (“*preliminary report*”), que concentra a decisão sobre todas as questões procedimentais, podendo o *júri* propor a exclusão de propostas e devendo propor a ordenação das propostas não excluídas.
- g) Relatório final (“*final report*”), após *audiência prévia dos interessados*.

Em certos contratos, pode haver lugar a uma fase de *negociação* das propostas, que implica um segundo relatório preliminar e, após audiência dos interessados, um segundo relatório final do *júri*.

V. Fase decisória

- h) Decisão de *adjudicação* (“*awarding of contract*”), que é “o acto pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única *proposta* apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas” (artigo 73.º) – é feita em regra à “*proposta economicamente mais vantajosa* para a entidade adjudicante”, na modalidade de “*melhor relação qualidade / preço*”, ou, quando a concorrência respeite apenas ao preço, à “*do mais baixo preço*” (artigo 74.º).

Em regra, há um dever de adjudicação (artigo 76.º), mas poderá haver uma decisão de não adjudicação, em determinados casos, designadamente por motivos de interesse público, em razão de circunstâncias imprevistas ou supervenientes – que implica a revogação da decisão de contratar e pode gerar uma indemnização (cfr. artigos 79.º e 80.º).

VI. Fase de celebração do contrato

- i) *Habilitação*, prestação de *caução* e confirmação de *compromissos* pelo adjudicatário (artigos 81.º a 93.º);
- j) Fixação negocial da *minuta* do contrato (aprovação pelo órgão competente, com eventuais *ajustamentos* por razões de interesse público e a respectiva aceitação pelo adjudicatário – artigos 98.º a 102.º);
- l) *Outorga do contrato*, em regra não antes de 10 dias da notificação da adjudicação a todos os interessados (norma de *standstill* – artigo 104.º, n.º 1, alínea a)).

3.4.2. O CCP regula, em especial, a *tramitação* de cada um dos vários tipos de procedimentos acima referidos, com as diversas fases próprias de cada um deles.

Neste contexto são de salientar:

- a) as regras especiais da figura do *diálogo concorrencial* (artigo 204.º e ss);
- b) a procedimentalização do *ajuste directo*, com admissão de um regime geral e de um regime simplificado;
- c) A nova figura da *consulta prévia*, limitando o ajuste directo, com consulta a três fornecedores;
- d) nos concursos:
- i) a *desmaterialização* do procedimento, decorrente da inexistência de uma fase autónoma de avaliação dos concorrentes, com a

- eliminação do “acto público” (“*opening of tenders*”) e a realização do leilão electrónico (“*e-auction*”);
- ii) a diferenciação intencional entre a *avaliação das propostas* (às quais se referem agora exclusivamente a avaliação e a adjudicação) e a *habilitação dos concorrentes* (remetida para uma fase pós-adjudicatória, ou pré-adjudicatória, no concurso limitado por prévia qualificação);
- iii) a *previsão* de um “*concurso público urgente*” para a locação ou aquisição de bens móveis ou de serviços.

Destaca-se também, como novidade, a previsão de “*instrumentos procedimentais especiais*”, que agilizam o procedimento e visam permitir a contratação em grosso:

- a) *sistemas de aquisição dinâmicos* (“dynamic purchasing systems” - DPS),
- b) *sistemas de qualificação* (“qualification systems”),
- c) *acordos-quadro* (“framework agreements”),
- d) *centrais de compras* (“purchasing centers” – v. a Agência Nacional de Compras Públicas, EPE).

Estabelece-se ainda a regulação específica dos “velhos” *concursos de concepção*, para aquisição de *ideias* (planos, projectos, criações conceptuais), designadamente nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitectura, da engenharia ou do processamento de dados.

Note-se, por fim, que, nesta matéria, é decisiva a influência normativa do *direito da União Europeia*, cujas *directivas* se transpõem (apesar de o legislador no CCP não se ter limitado a efectuar a transposição) e cuja *interpretação jurisprudencial* se acolhe (o direito da UE é, em grande medida, produto da jurisprudência criativa do TJUE).

Neste contexto de influência, deve ter-se em consideração que o direito da União tende hoje a não se pautar exclusivamente por considerações de *garantia da concorrência*, impondo também critérios de adjudicação associados a outros *valores europeus (sociais* – por exemplo, o fomento do emprego, a igualdade e a protecção da saúde no local de trabalho, a protecção dos grupos desfavorecidos –, *ambientais* – utilização de métodos de produção “limpos”, desenvolvimento de energias “renováveis”, e *socio-económicos* – incentivo à participação das PME), que também prevalecem, em caso de conflito, sobre interesses nacionais.

4. Tipos de contratos administrativos

4.1. Classificações doutrinárias

No conjunto dos contratos administrativos, a doutrina tem estabelecido várias classificações e distinções, que continuam a ser relevantes, designadamente para efeitos de regime substantivo. Salientamos, pela nossa parte, as seguintes classificações, que se cruzam entre si, em função da diversidade de critérios.

4.1.1. Quanto ao fim, distinguem-se os contratos de *colaboração*, os contratos de *atribuição* e os contratos de *cooperação*:

- a) contratos de *colaboração*, em que o co-contratante privado se obriga a contribuir para o desempenho de actividades materialmente administrativas (públicas), mediante remuneração (empreitada, concessão de obras públicas ou de serviços públicos, gestão de estabelecimentos públicos, prestação de serviços ou fornecimento de bens);
- b) contratos de *atribuição*, em que o contrato visa conferir ao co-contratante privado uma situação de *vantagem* própria, mediante contrapartida (concessão de uso privativo do domínio público, concessão de jogo);
- c) contratos de *cooperação*, em que dois entes públicos acordam na realização de tarefas públicas de interesse comum, em função da identidade ou da complementaridade das respectivas atribuições.

4.1.2. Quanto à relação entre as partes, distinguem-se os *contratos de subordinação* e os *contratos de não subordinação*:

- a) *contratos de subordinação*, em cuja execução se verifica um ascendente funcional da Administração sobre o co-contratante – que podem ser:
 - i) contratos de *colaboração subordinada*, sejam *contratos de solicitação* de bens e serviços no mercado, sejam *contratos de concessão translativa*, que visam associar um particular ao exercício de funções especificamente administrativas, destacando-se os “contratos relacionais”, que implicam uma relação duradoura

- (concessões de obra ou serviço público, gestão de estabelecimento público);
- ii) contratos de *atribuição subordinada*, contratos de concessão constitutiva de posições jurídicas precárias ou funcionalmente dependentes da Administração (concessões de exploração do domínio público, alguns contratos-programa);
 - iii) contratos de *cooperação subordinada*, celebrados entre entes públicos, mas em que um deles se sujeita ao exercício de poderes de autoridade do outro (artigo 338.º, n.º 2 do CCP).
- b) *contratos de não subordinação*, em que tal ascendente não se verifica – incluindo:
- i) os contratos de *cooperação inter-administrativa paritária*, em que dois entes públicos contratam num plano de igualdade jurídica (derivada da privatização e da descentralização – ex.: contratos de parceria entre o Estado e as autarquias locais para a exploração e gestão de sistemas municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos);
 - ii) os contratos de *colaboração não subordinada* (contratos de associação com escolas privadas, contratos com IPSS, contratos de arrendamento ao Estado), em que o co-contratante privado colabora no desempenho de uma tarefa pública, mas no exercício de uma liberdade ou autonomia constitucionalmente consagrada;
 - iii) os contratos de *atribuição de direitos* (a generalidade dos contratos-programa, contratos de investimento, contratos de desenvolvimento, “contratos de licenciamento”, contratos de bolsa), em que se conferem posições não-precárias ou não subordinadas, desenvolvendo o co-contratante particular uma actividade *própria* dos privados, cujo desempenho interessa ao contraente público.

4.1.3. Quanto ao conteúdo ou objecto, há três tipos fundamentais:

- a) contratos com objecto passível de *acto administrativo* (substitutivos ou integrativos de actos de autoridade - “*subordinationsrechtliche*”, na Alemanha);

- b) contratos com objecto passível de *contrato de direito privado* (aquisição de bens ou de serviços);
- c) contratos com objecto *próprio* (ou *exclusivo*) de contrato administrativo (concessão de obra pública, concessão exploração de jogos de fortuna ou azar).

4.1.4. Quanto à eficácia subjectiva, há a considerar:

- a) os contratos com *efeitos principais restritos às partes* (a generalidade dos contratos);
- b) os contratos com *eficácia normativa externa* (em especial, os contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas ou de gestão de estabelecimentos públicos, relativamente aos utentes, e, sendo caso disso, às empresas prestadoras concorrentes).

4.2. Referência a algumas espécies mais relevantes

O uso geral do contrato origina uma variedade assinalável de contratos, típicos e atípicos. Fazemos referência a espécies mais comuns:

- a) contratos de *solicitação de bens e serviços no mercado* (“compras ou encomendas públicas”, “marchés publics” ou “*contratos públicos*” em sentido estrito, na terminologia do direito da União europeia) – empreitada de obra pública, locação ou aquisição de bens móveis (fornecimento contínuo), aquisição de serviços – em regra, contratos administrativos com objecto passível de contrato privado;
- b) contratos de *delegação de funções ou serviços* (concessões translativas, “*concessões*” na terminologia europeia, por envolverem transferência do direito e do risco económico de exploração) – concessão de obra pública, concessão de serviço público, certas concessões de exploração do domínio público, contratos de gestão (gestão de hospitais ou de outros estabelecimentos e equipamentos públicos) – são contratos administrativos por natureza (alguns com objecto passível de acto administrativo);
- c) contratos de *concessão constitutiva* ou de *atribuição de direitos* (não são “concessões” no sentido do direito da União europeia) – concessões de

uso privativo do domínio público, concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar;

d) contratos sobre o *exercício de poderes públicos* – contratos com *objecto passível de acto administrativo*, que, em sentido estrito, são aqueles pelos quais a Administração celebra um contrato com o destinatário do acto intencionado (contratos *decisórios* ou *substitutivos* de actos administrativos – artigo 337.º, n.º 1 CCP), mas que compreende também outros contratos que *envolvam o exercício de poderes públicos*, designadamente aqueles em que a Administração, antes ou no decurso de um procedimento, se obriga a praticar ou a não praticar um determinado acto administrativo com certo conteúdo (contratos *obrigacionais* – artigo 337.º, n.º 2), os contratos que substituam actos administrativos contratuais (*acordos endocontratuais* – artigo 310.º), bem como os contratos *normativos*, previstos em leis especiais, em que se acorda com privados a feitura de planos ou com os interessados a regulação de uma actividade (contratos *regulatórios*) – por exemplo, os “contratos para planeamento”, celebrados no domínio urbanístico entre municípios e proprietários privados, com vista à elaboração, alteração ou revisão de planos de urbanização ou de pormenor (artigo 6.º-A do RJIGT/2007).

4.3. As parcerias públicas-privadas contratuais (PPP - C)

Deve destacar-se a figura das *parcerias públicas-privadas* (actualmente reguladas pelo Decreto-lei n.º 111/2012, de 23 de Maio), definidas no CCP como contratos públicos, celebrados por *determinadas* entidades adjudicantes (em princípio, o Estado, as Regiões Autónomas e os institutos públicos, mas hoje também administrações municipais), através dos quais o adjudicatário (“parceiro privado”) se obriga, de forma *duradoura*, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma *necessidade colectiva* (tarefa pública) e em que a *responsabilidade pelo financiamento e pelo investimento* ou, pelo menos, *pelo risco da exploração* inerente à execução do contrato cabe ao adjudicatário, implicando ainda uma despesa elevada para a entidade adjudicante.

É central a ideia da *transferência para o sector privado de riscos* (sobretudo *económicos*) *habitualmente suportados pelo sector público*, incluindo as situações de força maior.

As tarefas públicas podem consistir na disponibilização de serviços ou de bens ao público, remunerada pelos utentes ou pela Administração (que correspondem às tradicionais *concessões*, ainda que *modernizadas*), ou na disponibilização de bens ou serviços à própria Administração (*contratos PFI – private finance initiative*)

Para além das disposições do referido decreto-lei, o CCP dedica a esta forma contratual algumas normas especiais (artigos 339.º a 342.º).

A figura tem sido normalmente utilizada na Europa para realização de projectos de infra-estruturas, sobretudo nos sectores dos transportes, saúde pública, educação e segurança pública, e está sujeita a regimes especiais, designadamente no que respeita a princípios e regras económicas, financeiras e técnicas, ao procedimento de formação e a uma tutela sectorial específica.

[No âmbito da União Europeia, as *PPP contratuais* englobam ainda outros contratos e admite-se a existência de *PPP institucionais*, através da criação de entes mistos, criados *ad hoc* ou decorrentes da abertura de entes públicos à participação privada. Além disso acentua-se a tendência para regulação do conteúdo e da execução, através de cláusulas de adaptação e de revisão – v. *Livro Verde sobre as PPP* (COM/2004/0327)].

5. O regime substantivo da execução dos contratos administrativos – a relação jurídica contratual

5.1. O regime substantivo e o paradigma de um contrato desigual

O CCP estabelece, no Título I da Parte III, o *regime geral* aplicável à generalidade dos “contratos administrativos”, e depois, no Título II, os regimes de diversos *contratos em especial*: empreitada de obras públicas, concessões de obras públicas e de serviços públicos, locação de bens móveis, aquisição de bens móveis e aquisição de serviços.

As características da relação contratual administrativa implicam um *regime substantivo de execução* dos contratos, em que se procure assegurar, em

termos adequados, o cumprimento da imposição constitucional da prossecução do interesse público.

Esse imperativo constitucional manifesta-se, por força da caracterização “juristicista” do contrato administrativo, num *regime público típico* de um “*contrato desigual*”, diferente do regime paritário próprio dos contratos de direito privado – um regime em que, sem descaracterizar a figura *consensual* do contrato, se evidenciam *poderes de autoridade* atribuídos ao contraente público, com as correspondentes *garantias* dos direitos e interesses dos co-contratantes privados.

5.1.1. Isto implica, desde logo, que esse regime geral específico dos contratos administrativos não se aplica (ou não se aplica no essencial) a todos os “contratos públicos” celebrados pelas entidades adjudicantes, designadamente, não se aplica aos *contratos de direito privado*, mesmo que celebrados por “contraentes públicos” (por exemplo, compra e venda, permuta, arrendamento ou cedência de utilização de bens imóveis – cfr. artigo 4.º, n.º 2c do CCP) – embora aí, como se trata da actividade de entes públicos, tenham sempre de ser respeitados os princípios fundamentais que regem todas as actuações administrativas (artigo 2.º, n.º 5, do CPA).

O contrato de arrendamento de bens imóveis do Estado e de Institutos públicos é configurado pelo Decreto-lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto, que manda aplicar-lhe em geral a lei civil (artigo 63.º), mas estabelece um regime excepcional quanto à respectiva extinção (poderes administrativos de denúncia unilateral e, sobretudo, de despejo administrativo por motivo de interesse público – artigo 64.º), que corresponde a um regime substantivo de direito público – tratando-se de normas excepcionais e dizendo respeito apenas à extinção da relação contratual, tal não será, quanto a nós, suficiente para transformar o contrato ou para concluir que a lei o quis qualificar como contrato administrativo.

5.1.2. Por outro lado, o regime público típico da Parte III também não se aplica de maneira uniforme a todos os *contratos de direito público*.

Desde logo, as regras gerais do regime substantivo aplicam-se aos contratos celebrados entre contraentes públicos (*contratos inter-administrativos*), mas com as *necessárias adaptações*, quando os mesmos sejam celebrados num plano de *igualdade jurídica* (que é, em regra, o caso), designadamente no que

respeita ao exercício dos *poderes de conformação* da relação contratual – que, em princípio, não existem, sem prejuízo de qualquer um dos contraentes públicos exercer o poder de resolução unilateral do contrato por razões de interesse público (artigo 338.º).

Além disso, há contratos administrativos que, pelas suas particularidades, estão sujeitos a regime essencialmente diferente do previsto no CCP – por exemplo, o contrato de trabalho em funções públicas, excluído expressamente pela alínea a) do n.º 2 do artigo 4.º (na versão dada pela Lei n.º 59/2008).

Isto, para não falar de outros contratos de direito público, como os contratos internacionais, referidos e excluídos pelo artigo 4.º, n.º 1 do Código.

5.1.3. Diga-se, por fim, que, mesmo relativamente aos contratos administrativos desiguais, justifica-se uma *diferenciação de regime em função dos diversos tipos contratuais ou das espécies concretas*, que, em nosso entender, não se esgota nos regimes dos contratos especiais previstos no CCP e acima referidos.

Assim, por exemplo, os *poderes do contraente público*, embora previstos como poderes gerais, serão naturalmente *mais intensos* nos “contratos de subordinação” (sobretudo nos de delegação de funções ou serviços) ou nos que envolvam o exercício de poderes públicos; tal como serão *menos intensos* na generalidade dos “contratos de atribuição” e nos “contratos de colaboração não subordinada”, designadamente quando o co-contratante privado desenvolva uma actividade própria, no exercício de uma liberdade ou autonomia constitucionalmente consagrada, podendo mesmo ser inexistentes, se a lei ou a natureza do contrato assim o determinarem (de acordo com a ressalva inicial do artigo 302.º). E também haverá diferenças quanto ao *grau de autonomia contratual* das partes, que é significativo nas parcerias públicas-privadas, e, pelo contrário, bastante reduzido nos contratos celebrados segundo modelos regulamentares de “contrato-tipo” (de que são exemplo maior os contratos municipais de concessão de distribuição de energia eléctrica em BT, intensamente pré-regulados por portaria governamental).

5.1.4. O regime substantivo corresponde, como vamos mostrar, a um paradigma estruturado em torno de uma ideia axial: a *ponderação equilibrada* entre, de um lado, o princípio da *prossecação do interesse público*, que justifica os preceitos determinantes da prevalência do contraente público (em regra,

associada à mutabilidade e adaptação do conteúdo contratual), e, do outro lado, a *garantia dos interesses do co-contratante*, para protecção da confiança e defesa dos seus interesses, designadamente em razão dessa mesma prevalência (em regra, associada à garantia da estabilidade e do equilíbrio das prestações contratuais).

Esta dialéctica “poder público-garantia privada” é conatural ao direito administrativo e caracteriza também a relação jurídica subjacente ao acto administrativo, mas assume uma forma própria no contexto e na ambiência do contrato administrativo. Como veremos, há vários preceitos legais que consagram o *consenso constitutivo*, próprio da figura contratual, a *exprimir uma igualdade de raiz* entre as partes na determinação dos efeitos jurídicos, apesar das diferenças de estatuto, tal como se pressupõe, no regime da figura, a ideia de *equilíbrio* entre as prestações contratualizadas.

5.2. O princípio da *adequação à prossecução do interesse público*

O imperativo de prossecução do interesse público, que justifica a predominância do contraente público e caracteriza a figura do contrato administrativo típico, é assegurado por vários preceitos, em termos que o legislador pretende concretizar na medida do possível.

5.2.1. O artigo 302.º do Código prevê – salvo quando outra coisa resultar da *natureza do contrato* (se o contrato administrativo for de cooperação paritária inter-administrativa; também, em geral, se for um contrato de não subordinação) ou da *lei* (lei especial que estabeleça um regime diferente) – um conjunto de *poderes do contraente público* no âmbito e nos termos do contrato.

Assim, ressalvadas essas excepções, o contraente público dispõe desses *poderes contratuais* por força da lei, independentemente de estarem, ou não, previstos expressamente nas espécies contratuais concretas.

Esses poderes conferidos por lei são *destinados e delimitados* pela finalidade de assegurar a funcionalidade da execução do contrato quanto à *realização do interesse público visado* – exprimem um princípio ou cláusula de *sujeição* ao fim contratual ou de *reserva do contraente público*, que a lei enuncia e densifica:

- a) poderes de *direcção* do modo de execução das prestações do co-contratante, através de *acções tipificadas* no contrato ou pela emissão de

- ordens, directivas e instruções escritas (ou reduzidas a escrito) sobre o sentido das *escolhas necessárias* nos domínios da execução técnica, financeira ou jurídica das prestações contratuais, *consoante o contrato em causa* (artigos 303.º e 304.º);
- b) poderes de *fiscalização* técnica, financeira e jurídica da execução do contrato, através de pedidos de informações e de inspecção de locais, equipamentos, documentação, registos informáticos e contabilidade, devidamente documentados e *limitados ao que se prenda imediatamente com o modo de execução do contrato* (artigos 303.º e 305.º);
- c) o poder de *modificação unilateral* das cláusulas relativas ao *conteúdo* ou ao *modo de execução* das *prestações*, por razões de interesse público, decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes (válido sobretudo para os contratos de colaboração) – poder tradicionalmente designado por *ius variandi* (311.º, n.º 2);
- d) o poder de aplicação de *sanções*, previstas na lei ou no clausulado contratual, em caso de inexecução ou incumprimento do contrato – quando revistam natureza pecuniária, têm como limite global 20% do preço contratual, ou de 30%, se não houver lugar à resolução do contrato (artigo 329.º).
- e) o poder de *resolução unilateral* do contrato, em *três situações distintas*:
- i) resolução *sancionatória* (rescisão) por incumprimento do co-contratante (artigo 333.º);
 - ii) resolução por razões de *interesse público*, devidamente motivada (artigo 334.º);
 - iii) resolução do contrato por *alteração anormal ou imprevisível das circunstâncias* – alteração que pode resultar de circunstâncias *objectivas*, mas também pode ser *imputável* ao exercício de *poderes não contratuais* pelo contraente público (artigo 335.º, n.ºs 1 e 2).
- f) o poder de *ordenar a cessão da posição contratual* do cocontratante para terceiro, em caso de incumprimento (nos termos do artigo 318.º-A) – poder acrescentado na revisão de 2017, mas que, aparentemente, deve estar previsto expressamente no contrato (n.º 1 do preceito).

5.2.2. Antes da publicação do Código, discutia-se se o exercício destes poderes, entre outras pronúncias do contraente público, configurava a prática de “*actos administrativos*” ou, diferentemente, a exercitação de “*direitos potestativos*” através de “*declarações negociais*”.

A distinção entre actos administrativos e declarações negociais (exercício de direitos potestativos) tem relevo formal e procedimental, mas importa sobretudo para efeitos de *regime substantivo*.

É que, apesar de estarem em causa, em ambas as configurações, *poderes funcionais* que se impõem ao co-contratante privado, há diferenças decisivas de regime, que se projectam na força jurídica da pronúncia enquanto acto administrativo:

- i) quanto à *obligatoriedade* da decisão, ainda que anulável, quanto à *força executiva* ou *executória* (artigo 309.º do CCP);
- ii) quanto ao ónus de impugnação dos interessados (no prazo curto de três meses – artigo 58.º CPTA) e
- iii) quanto ao *poder declaração de nulidade ou de anulação unilateral* (artigos 162.º, n.º 2, e 163.º, n.º 4, do CPA), que são *características exclusivas dos actos administrativos* – como decorre do artigo 307.º, n.º 1, *in fine*, em caso de declaração negocial, na falta de acordo do co-contratante, o contraente público tem de recorrer ao tribunal para obter os efeitos pretendidos com a declaração.

O CCP tipifica, no artigo 307.º, n.º 2, os casos em que há lugar à prática de acto administrativo, no que pretende ser, pelo menos no âmbito do Código, uma enumeração *taxativa*:

- a) ordens, directivas ou instruções no exercício dos poderes de direcção e de fiscalização;
- b) decisões de modificação unilateral de cláusulas contratuais relativas ao conteúdo ou ao modo de execução das prestações, quando seja determinada *por razões de interesse público*;
- c) decisões de aplicação de sanções previstas para a inexecução;
- d) decisões de resolução unilateral do contrato – que, na falta de diferenciação legal e por força do artigo 330.º, alínea c), entendemos, em divergência com alguma doutrina, que, *de iure condito*, abrange a resolução por qualquer dos três fundamentos referidos, incluindo a hipótese da alteração das circunstâncias (embora, como dizemos a seguir, essa solução não seja a mais razoável);
- e) ordens de cessão da posição contratual do co-contratante para terceiro (no exercício de poder acrescentado na revisão de 2017).

Nos termos do artigo 307.º, n.º 1, *quaisquer outras* decisões proferidas pelo contraente público na execução do contrato (tal como as pronúncias do co-contratante privado) *configuram* meras *declarações negociais*, ainda que envolvam o exercício de poderes contratuais.

No entanto, os “actos administrativos contratuais” denotam algumas especialidades relativamente ao regime típico dos actos administrativos (artigo 308.º): por exemplo, não estão sujeitos, quanto à sua formação, ao regime da marcha do procedimento estabelecido pelo CPA (n.º 1), a não ser no caso da aplicação de sanções contratuais, que se rege, em regra, pelas normas relativas à audiência prévia (n.ºs 2 e 3).

Esta opção legislativa reivindica, em face das dúvidas anteriores quanto à natureza dos actos de exercício dos poderes contratuais, a vantagem da clareza e consequente segurança do regime jurídico substantivo aplicável, *mas* apresenta o perigo de uma *rigidificação* e de um *autoritarismo* administrativo, que, em determinadas situações e tipos de contratos, se poderá revelar inadequado, desnecessário ou excessivo em função da finalidade da garantia da realização do interesse público visado pela decisão de contratar.

Por exemplo, não nos parece razoável que a lei, de forma global e indiferenciada, qualifique como acto administrativo a *resolução unilateral* de quaisquer contratos, incluindo, para além dos casos de resolução por imperativo de interesse público, quer também a resolução por incumprimento [que tradicionalmente é vista no direito administrativo, contra o nosso entendimento, como sanção contratual], quer ainda a resolução por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias – e a razoabilidade é ainda menor quando, como veremos, se atribui a todos esses actos de resolução, para além de força de título executivo, *força executória*, permitindo a sua execução coactiva pelos meios administrativos sem recurso aos tribunais.

Parecia-nos mais adequada a ideia – que fez algum curso na jurisprudência administrativa [v., por exemplo, o Acórdão do Pleno do STA de 16/10/2003, P. 47543], sobretudo com base em disposição legal aplicável aos contratos de empreitadas de obras públicas – de que, *em regra*, a Administração, ao intervir unilateralmente na *execução* dos contratos administrativos, o faz através de declarações negociais que, caso configurem poderes, correspondem ao exercício de *direitos potestativos* de génese contratual. Regra essa que só deveria ser afastada nos casos expressamente previstos na lei (ou devidamente justificados no contrato) ou naquelas situações em que, com base em critérios materiais, se devesse concluir que se tratava de verdadeiros actos administrativos, por envolverem necessariamente o exercício unilateral de

poderes de autoridade [sobre alguns desses critérios, v. Rodrigo Esteves de Oliveira, “O acto administrativo contratual”, in *CJA*, n.º 63, p. 3 e ss (12 e ss)].

5.2.3. Para além dos poderes do contraente público, o CCP estabelece, como novidade, em geral, *nas parcerias público-privadas* e, em especial, relativamente a *concessões de obras e serviços públicos*, o direito do contraente público à *partilha equitativa de benefícios* quando ocorra um acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros previstos para o co-contratante que não resulte da sua eficiente gestão e das oportunidades criadas pelo mesmo.

Essa partilha de benefícios – que parece corresponder à ideia de que esse acréscimo anormal seria de algum modo imputável ao Estado ou deveria sê-lo, numa espécie de “facto do príncipe invertido” – efectua-se através da revisão de preços ou da assunção, por parte do co-contratante, do dever de prestar ao contraente público o valor correspondente ao acréscimo das receitas ou ao decréscimo dos encargos previstos com a execução do contrato (artigo 341.º e artigo 420.º, alínea *d*)) – resta saber se isso implica, como a letra do preceito sugere, que o benefício reverta integralmente para o contraente público, solução que, apesar de se justificar em certos casos, de algum modo contraria a ideia de “partilha equitativa”.

5.3. O princípio da garantia dos *interesses do co-contratante*

O reconhecimento dos poderes administrativos justificados pela realização do interesse público implica, em contrapartida, uma protecção adequada dos interesses dos privados que contratam com a Administração, que o CCP, em termos entre nós inovadores, assegura com bastante consistência.

- a) a reserva de *autonomia* do co-contratante – assegurada pelo princípio da *proporcionalidade* na *execução* do contrato, nos termos do qual os poderes de direcção devem limitar-se ao *estritamente necessário* à prossecução do interesse público, e, tal como os poderes de fiscalização, *não devem perturbar a execução* do contrato, *nem diminuir a iniciativa* e a correlativa *responsabilidade do co-contratante*, sobretudo a *autonomia técnica ou de gestão* decorrente do título ou do tipo contratual ou dos usos sociais (artigo 303.º e 304.º, n.º 1, *in fine*);
- b) o direito à *reposição do equilíbrio financeiro inicial* ou “cláusula de remuneração”, em caso de *modificação unilateral* do contrato pelo

- contraente público por razões de interesse público, bem como por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias *imputável* ao exercício de poderes pelo contraente público, quando se repercutam de modo específico na situação do co-contratante (artigo 314.º);
- c) o direito à *justa indemnização* dos prejuízos causados pela resolução do contrato pelo contraente público com fundamento em interesse público (artigo 334.º), como condição de validade do acto resolutivo;
- d) o direito à *resolução do contrato por incumprimento* ou por *exercício ilícito* de poderes pelo contraente público, a exercer, em regra, por via judicial ou arbitral (artigo 332.º, n.º 1, alíneas *b*) a *e*), n.ºs 3 e 4);
- e) o direito, com base na cláusula *rebus sic stantibus*, conforme os casos, ou a uma *alteração equitativa dos termos contratuais*, ou a uma *compensação financeira*, ou à *resolução do contrato*, perante *circunstâncias anormais e imprevisíveis*, quando se modifiquem de modo significativo os condicionalismos da celebração do contrato, afectando a “base negocial” – de modo que a exigência do cumprimento das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato (artigos 312.º, alínea *a*) e 332.º, n.º 1, alínea *a*));
- f) o direito à *protecção* por parte do contraente público, que está sujeito a esse *dever especial*, quando disponha de poderes de autoridade, contra a violação por terceiros de vinculações jurídico-administrativas que possam pôr em causa, não apenas a boa execução do contrato, como também a obtenção das receitas a que o privado tenha direito (artigo 291.º).

5.4. Os momentos de *consenso* e as *garantias da igualdade contratual de raiz*

Esta dialéctica “poder - garantia”, típica das relações de direito público, desenvolve-se aqui, no entanto, no quadro de uma *relação contratual*, que, sendo caracterizada pela verificação de um acordo constitutivo, exige um *consenso*, salvaguardado pelo CCP em vários preceitos:

- a) o respeito pelo *objecto* do contrato, como *limite absoluto*, que não pode ser modificado sequer por acordo posterior das partes, menos ainda unilateralmente pelo contraente público (artigo 313.º, n.º 1);
- b) a regra da qualificação das declarações do contraente público relativas à execução como meras “declarações negociais” (salvo as que sejam qualificadas por lei como actos administrativos) e a qualificação expressa como “declarações negociais” das declarações sobre *interpretação* e *validade* do contrato, com a correspondente *exclusão* dos poderes

de interpretação e invalidação unilateral de cláusulas contratuais por acto administrativo – declarações que, na falta de acordo, têm valor meramente opinativo e só produzem efeitos através de decisão judicial, em acção administrativa ou em processo arbitral (artigo 307.º, n.º 1);

Embora o exercício unilateral de alguns poderes, designadamente sancionatórios, possa pressupor uma determinada interpretação das cláusulas contratuais alegadamente violadas, deve prevenir-se o abuso de poder que isso pode proporcionar, quando o co-contratante privado invoque uma *discordância séria* da interpretação dada pelo contraente público à cláusula cujo alegado incumprimento ditou a sanção. Note-se que em alguns ordenamentos jurídicos (por exemplo, nos EUA) a Administração dispõe de um poder unilateral de interpretação.

- c) o afastamento do poder de *execução forçada* (executoriedade) das obrigações decorrentes de “actos administrativos contratuais” (apesar de estes terem a força de título executivo), *salvo* em caso de *sequestro e resgate* de concessões e, em geral, de declarações de *resolução* do contrato, por qualquer dos três fundamentos admitidos (artigo 309.º).
- d) a previsão de *acordos endocontratuais* entre as partes, na forma escrita, em substituição de actos administrativos ou de declarações negociais dos contraentes públicos, incluindo a modificação de cláusulas contratuais dentro dos limites legais (artigo 310.º).

5.5. As garantias do *equilíbrio contratual*

A harmonização dos interesses conflituantes das partes realiza-se, como também é próprio dos contratos, em termos que devem conduzir a uma *equação justa* entre as prestações, objectivo que se exprime em alguns aspectos do regime legal:

- a) os princípios da *conexão material* e da *proporcionalidade* na *estipulação* contratual – o contraente público não pode assumir *direitos* ou *obrigações* manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma *conexão material directa com o fim* do contrato (artigo 281.º);
- b) a *repartição* entre as partes da *responsabilidade pelos riscos* contratuais (legislativos, administrativos, naturais, sociais, técnicos, económicos) embora

com tendência para a transferência do risco *económico* para os co-contratantes privados – sendo de considerar as regras financeiras segundo as quais os riscos devem ser atribuídos à parte que tenha maior capacidade para os controlar ou à que deles retire maior benefício (303.º, n.ºs 2 e 3).

6. Vicissitudes do contrato

Vamos referir-nos agora, em geral, a algumas vicissitudes dos contratos administrativos, que interessam fundamentalmente aos contratos com eficácia duradoura, que a doutrina civilística qualifica como contratos de eficácia programática, que, diferentemente dos contratos que produzem efeitos reais imediatos, funcionam como instrumentos de programação e repartição do risco entre as partes.

6.1. Modificação objectiva do contrato

6.1.1. As cláusulas contratuais podem ser objecto de modificações formais, quanto ao *conteúdo* ou quanto ao *modo de execução* das prestações, modificações estas que podem resultar:

- a) de *acordo* escrito entre as partes (“acordo endocontratual”);
- b) de *decisão judicial ou arbitral*, na sequência de um processo, designadamente por iniciativa do co-contratante,
- c) de *acto administrativo* unilateral do contraente público, no uso do respectivo poder contratual, com fundamento em *razões de interesse público* (artigo 311.º).

6.1.2. A modificação do contrato, seja qual for o autor e seja qual for a forma utilizada, está sujeita a *limites substanciais* (artigo 313.º) – para além de outros que possam ocorrer no caso, como, por exemplo, o da necessidade de habilitação ou autorização tutelar no caso de modificação por acto unilateral.

Por um lado, há-de, como vimos, respeitar as *prestações principais* abrangidas pelo *objecto* do contrato (artigo 313.º, n.º 1, alínea *a*)), estando proibida

uma “mudança de natureza” (*changement de nature*) ou de identidade contratual – este limite é *absoluto*, embora vise sobretudo proteger o co-contratante contra o poder de modificação unilateral do contraente público.

Por outro lado, não pode configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a *concorrência* relativamente à fase prévia da contratação – proibindo-se, por exemplo, a alteração dos atributos da proposta que tenham sido determinantes para a adjudicação (artigo 313.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), salvo se tal for imposto pelo decurso do tempo (imprevisão ou urgência) em contratos de execução duradoura (n.º 2). Este limite – que deveria ter um prazo – visa especialmente a protecção de eventuais *operadores económicos* que concorreram e foram preteridos (ou até de concorrentes potenciais, que também têm legitimidade para propor nos tribunais administrativos acções sobre contratos), bem como dos interessados em novas adjudicações – mas não deixa de proteger também os interesses do Estado na obtenção da *melhor proposta* para o interesse público.

A dimensão de protecção da concorrência tem sido afirmada na jurisprudência europeia, em associação com o objecto contratual – proibindo “alterações substanciais” ou “essenciais” do contrato – e não respeita apenas à modificação unilateral, mas também, e talvez sobretudo, à modificação *por acordo* (v. Pedro Gonçalves, anotação ao Acórdão Ppresetext do TJCE, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, 2009).

Na revisão de 2017, consagraram-se novos limites à modificação: i) o aumento total de preço originado pelas eventuais modificações não pode ultrapassar 25 % do preço contratual inicial, no caso da alteração de circunstâncias, e de 10 % do preço contratual inicial, no caso de modificação por interesse público; ii) não pode alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante em termos de este ser colocado em situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido.

Há ainda outro limite, estabelecido no artigo 313.º, n.º 4, relativamente aos *contratos sobre o exercício de poderes públicos*, em que se proíbe ou condiciona a modificação do contrato *por decisão judicial* (a solicitação do particular), quando isso ponha em causa a margem de livre decisão (discricionariedade de acção) ou os espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa (discricionariedade de avaliação /decisão).

6.1.3. Um dos fundamentos legalmente previstos para a alteração do contrato é constituído, como vimos, por “*razões de interesse público*”, que, nos termos da lei, tanto podem ser “*decorrentes de necessidades novas*” como de

uma “*nova ponderação das circunstâncias existentes*” – razões que justificam o uso, pelo contraente público, do seu *poder de modificação unilateral do contrato*, através da prática de um acto administrativo.

Trata-se de um poder de conformação da relação contratual (*ius variandi*), um poder contratual que não deve confundir-se com o *facto do príncipe* (*factum principis, fait du prince*).

O *facto do príncipe* consiste no poder do *Estado* e de outras entidades públicas de, no exercício de *poderes normativos gerais*, alterarem as circunstâncias em termos de terem impacto *directo ou específico* no desenvolvimento da actividade contratual (ou, como veremos, de tornarem inexigível o cumprimento do contrato, justificando a respectiva resolução). Trata-se, em regra, de *decisão de soberania político-legislativa* (por via geral e abstracta ou através de uma lei ou de uma medida política concreta), mas pode também consistir no exercício de *autoridade administrativa*, designadamente *regulamentar*. O exercício deste poder – que normalmente daria lugar a uma autónoma “indenização pelo sacrifício”, de natureza *extracontratual*, quando causasse um *prejuízo especial e anormal* ao privado –, aparece, no entanto, *equiparado* pelo CCP a uma *alteração das circunstâncias imputável ao contraente público*, e, por essa via, tem efeitos semelhantes aos de uma modificação unilateral por razões de interesse público (artigo 314.º, n.º 1, alínea *a*). No entanto, julgamos, contra o entendimento de parte da doutrina, que tal equiparação de efeitos só pode valer quando o contraente público seja o próprio Estado ou a entidade com poderes normativos gerais que exerceu o poder (ou uma entidade por eles dominada, em contexto que permita o “levantamento do véu”).

O co-contratante privado, em caso de modificação unilateral *ou* de alteração de circunstâncias *imputável* ao exercício de poderes do contraente público, tem direito à *reposição do equilíbrio financeiro do contrato* (artigo 314.º, n.º 1) – uma “reconstrução da igualdade contratual por via económica” (G. Ariño).

A reposição do equilíbrio será efectuada, na falta de estipulação contratual de outros efeitos, “através da *prorrogação do prazo* de execução das prestações ou da vigência do contrato, da *revisão dos preços* nele previstos (actualização), ou da *assunção*, por parte do contraente público, do *dever de prestar* à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato” (artigo 282.º, n.º 3).

O CCP, para superar o casuísmo jurisprudencial, pretende estabelecer regras mais densas sobre a reposição do equilíbrio financeiro – que há-de ser “única, completa e final para todo o período do contrato” – determinando,

por exemplo, que, na falta de estipulação contratual, o seu valor corresponde ao necessário para repor exactamente a proporção financeira inicial do contrato, *não podendo favorecer nenhuma das partes*, e é calculado em função do valor das prestações a que as partes se obrigaram e dos efeitos resultantes do facto gerador do direito de reposição, *não podendo cobrir eventuais perdas inerentes ao risco do próprio contrato* (artigo 282.º, n.ºs 4, 5 e 6).

No caso de a alteração causar uma redução do contrato, a par da redução da contraprestação do contraente público, haverá lugar a indemnização dos prejuízos efectivamente causados ao co-contratante.

6.1.4. O contrato pode ainda ser modificado com outro fundamento: quando as *circunstâncias* em que as partes *fundaram* a decisão de contratar – a “base contratual” – tiverem sofrido uma *alteração anormal e imprevisível* (uma imprevisão “objectiva” e não necessariamente uma “pressuposição” comum das partes no sentido *windscheidiano*).

É certo que o poder de modificação unilateral por motivos de interesse público também se justifica, muitas vezes, por necessidades novas ou circunstâncias imprevisíveis, mas constitui um poder de autoridade da Administração, que esta exerce através de acto administrativo e cujo exercício se funda directamente no interesse público: basta uma nova ponderação das circunstâncias, que não depende da verificação das condições de admissibilidade legalmente estabelecidas para a modificação dos contratos (e que também existem nos contratos de direito privado).

Nas hipóteses que agora consideramos, admite-se a modificação do contrato a pedido do *contraente público* ou do *co-contratante*, ou de *ambos*, desde que a *exigência* das obrigações por si assumidas *afecte* gravemente os princípios da *boa-fé* e *não* esteja coberta pelos *riscos próprios do contrato* (artigo 312.º/a) do CCP – à semelhança do que dispõe o artigo 437.º do Código Civil, embora aí se refira apenas uma alteração *anormal* das circunstâncias, sem referência expressa à respectiva *imprevisibilidade*.

A modificação efectiva-se mediante uma *decisão judicial ou arbitral*, já que a modificação por decisão unilateral só é possível ou só é qualificada como acto administrativo quando o fundamento único ou decisivo seja o interesse público - cfr. os artigos 311.º, n.ºs 1 e 2, 302.º/c) e 307.º, n.º 2/ b).

Nesse caso, a parte lesada tem direito à *modificação* do contrato *segundo juízos de equidade* ou então a uma *compensação financeira* (artigo 314.º, n.º 2).

Na revisão de 2017, acrescentou-se ao preceito um n.º 3, nos termos do qual “o cocontratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro

quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos com base nos quais determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos”.

Só não será assim, como acabamos de ver, se essa alteração for *imputável* a decisão do contraente público *fora dos poderes de conformação contratual* (isto é, através de uma decisão de autoridade, seja política, legislativa, regulamentar ou administrativa), que afecte especificamente a situação contratual do co-contratante, caso em que é, quanto aos efeitos, *equiparada* à modificação contratual por interesse público, dando também lugar à reposição do equilíbrio financeiro (artigo 314.º, n.º 1, alínea *a*) – solução que pretenderá porventura evitar “desvios de procedimento”.

6.2. *Cessão da posição contratual e subcontratação – admissibilidade e limites. A nova figura da ordem de cessão por incumprimento do cocontratante.*

6.3. *A responsabilidade contratual, a adaptação à prática do “project finance” e os direitos de “step in” e “step out” das entidades financiadoras.*

7. Extinção do contrato

Entre as vicissitudes na vida contratos administrativos, são de autonomizar aquelas que levam à respectiva extinção, fenómeno que também reveste interesse especial no que respeita aos *contratos de eficácia duradoura*, designadamente quando se trate da extinção provocada pelas partes – trataremos, por isso, em especial da resolução do contrato, que, na construção de alguma doutrina, não extingue, em rigor, a relação contratual, antes a transforma em uma relação de liquidação.

7.1. Causas de extinção

São causas de extinção dos contratos administrativos, nos termos do disposto no artigo 330.º:

- a) o cumprimento (incluindo o decurso do prazo) ou a impossibilidade definitiva do cumprimento e demais causas extintivas gerais reconhecidas no direito civil;
- b) a revogação por acordo;
- c) a resolução promovida por uma das partes (nos termos que veremos a seguir);
- d) outras vicissitudes reconhecidas por via de decisão judicial, arbitral ou administrativa (por exemplo, caducidade de contratos que incidam sobre o exercício de poderes públicos, caducidade de contratos determinada por acto legislativo).

7.2. A resolução do contrato

As regras de resolução do contrato são diferentes, conforme a parte que a invoca seja o contraente público ou o co-contratante privado.

7.2.1. A resolução por iniciativa do contraente público, como vimos, é configurada pela lei como *acto administrativo*, dotado de força *executiva* e também *executória*, é dizer, como o exercício de um poder do contraente público de máxima autoridade, que há-de ter um fundamento suficiente em qualquer das três situações em que pode ter lugar.

- a) Em primeiro lugar, a resolução pode ser determinada por *imperativo de interesse público* (incluindo o “resgate” de concessões), que há-de ser devidamente fundamentado pelo contraente público, com respeito pelos princípios constitucionais, designadamente pelo princípio da proporcionalidade, na sua tripla dimensão de adequação, necessidade e equilíbrio, por se tratar de um acto ablativo, que extingue direitos do co-contratante (artigo 334.º);
- b) Em segundo lugar, a resolução “*sancionatória*” (rescisão) pode ser decretada quando se verifiquem as situações, expressamente enumeradas na lei, de incumprimento ou de violação grave das obrigações assumidas pelo co-contratante, para além de eventuais situações que estejam especificamente previstas no contrato como causas de resolução do contrato (artigo 333.º);
- c) Em terceiro lugar, pode haver resolução pelo contraente público por *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias* (artigo 335.º, n.º 1);

- d) Em quarto lugar, pode haver a resolução por *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável* a uma decisão do contraente público, adoptada no exercício de poderes *extracontratuais* (artigo 335.º, n.º 2).

Não se deve confundir, como vimos a propósito da modificação do contrato, a resolução por motivo de interesse público, que corresponde ao exercício de um poder contratual, com o “facto do príncipe”, que acontece quando o exercício de um poder *extracontratual* do contraente público (ou de uma terceira entidade pública) determine a resolução do contrato .

7.2.2. A resolução *por iniciativa do particular co-contratante* está sujeita a condições especiais, normalmente mais gravosas, nos dois casos em que é admissível: quer no caso de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (artigo 332.º, n.º 1, alínea *a*)), quer no caso de resolução por incumprimento ou por uso ilícito de poderes por parte do contraente público (alíneas *b*) a *e*)).

Por exemplo, a resolução por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias só é admitida desde que esta não implique grave prejuízo para a realização do interesse público contratual, ou, independentemente disso, se a manutenção do contrato puser manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do co-contratante ou se revele excessivamente onerosa, ponderados os interesses públicos e privados em presença (artigo 332.º, n.º 2).

Além disso, em qualquer caso, a resolução pelo co-contratante só opera *por via judicial ou arbitral*, salvo no caso excepcional de *incumprimento* significativo e persistente de *obrigações pecuniárias* pelo contraente público, em que basta a *declaração negocial* respectiva, dirigida a este último (artigo 332.º, n.ºs 3 e 4).

7.2.3. A resolução dos contratos administrativos não se equipara à invalidade do contrato e não terá, por isso, efeitos retroactivos – ao contrário do que acontece, em regra, no direito civil (artigo 433.º e n.º 1 do artigo 434.º do Código Civil).

De resto, ainda que se aplicasse o regime estabelecido no Código Civil, verificar-se-iam nos contratos administrativos as circunstâncias que determinam excepções a tal regra para os contratos privados – seja por os contratos administrativos mais importantes serem de execução continuada ou periódica (não abrangendo a resolução as prestações já efectuadas, nos termos do n.º 2 do artigo 434.º do CC), seja por a retroactividade contrariar a vontade (de pelo menos uma) das partes ou a finalidade da resolução, ou até a própria

natureza do contrato (por exemplo, no caso do contrato de trabalho em funções públicas).

Acresce que, seguramente, não poderia a Administração unilateralmente pretender atribuir efeitos retroactivos à resolução por motivos de interesse público, sob pena de defraudar a proibição legal de invalidação unilateral do contrato.

7.3. O exercício dos poderes de resolução pelo contraente público tem consequências diversas na relação com o co-contratante, consoante o fundamento resolutivo.

- a) Ao poder do de *resolução unilateral por imperativo de interesse público* corresponde, nos termos do CCP, o consequente e simétrico dever de *indemnização integral* do co-contratante, quer pelos “*danos emergentes*”, quer pelos “*lucros cessantes*” (334.º, n.º 2).

O preceito legal parece determinar a indemnização pelo *interesse negocial positivo*, destinada a repor o particular na situação em que estaria se o contrato fosse pontualmente cumprido, designadamente ao referir, no final, a dedução do “benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos” – uma manifestação da “teoria da diferença”, que implica a contabilização de todos os benefícios retirados dessa antecipação, incluindo o “*ganho de chance*” decorrente da possibilidade de utilização alternativa do tempo, materiais e capitais em outro projecto, bem como, designadamente em caso de períodos de antecipação longos, a eliminação dos riscos (económicos ou outros) que devessem correr por conta do co-contratante privado na duração do contrato.

Parece, no entanto, que a solução da indemnização pelo *interesse negativo*, que visa colocar o lesado na situação em que se encontraria se não tivesse celebrado o negócio, seria mais adequada em algumas situações, como, por exemplo, quando a resolução determine a destruição retroactiva do contrato (nesses casos, seria equiparada de facto às situações de anulação), e, mesmo nos contratos de longa duração, quando a resolução aconteça logo no início, em termos próximos de uma revogação da adjudicação – sendo que, em qualquer das situações, para além dos danos emergentes, poderia haver lugar à indemnização de lucros cessantes, relativos a uma comprovada “*perda de chance*” de negócios alternativos por parte do co-contratante.

- b) Em caso de resolução “*sancionatória*”, promovida por qualquer das partes, por *incumprimento* da contraparte, a parte lesada tem direito a indemnização, “nos termos gerais” da responsabilidade contratual – estando em causa em regra, um incumprimento definitivo (artigo 332.º, n.º 1, alínea b); 333.º, n.º 1, alínea a)).

Nos casos em que o lesado promotor da resolução é o contraente público, a lei refere expressamente os (eventuais) “prejuízos decorrentes da adopção de novo procedimento de formação do contrato”, mas nada mais determina sobre o âmbito indemnizatório.

Subsiste a questão de saber se a indemnização do lesado deve abranger o “*dano da confiança*” (interesse contratual negativo), como tem sustentado tradicionalmente a maioria da doutrina civilística e a jurisprudência dominante (com base numa lógica retroactiva, análoga à da anulação do contrato), ou se, como defendia uma parte da doutrina e agora parece estar a prevalecer na jurisprudência suprema (cf. Ac. do STJ de 14/06/2011), pode abranger o *interesse contratual positivo* – solução que se poderá justificar especialmente no âmbito dos contratos administrativos, quando a resolução produza efeitos apenas para o futuro, nos casos de contratos de execução continuada, tanto mais quanto maior for o período já transcorrido.

- c) Quando a resolução do contrato seja admissível pela verificação da *alteração anormal ou imprevisível das circunstâncias* que estiveram na base da celebração do contrato, a *regra* é a de que não haverá lugar a indemnização de qualquer das partes, na medida em que a exigência do cumprimento das obrigações assumidas pela parte lesada afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.
- d) No entanto, quando a alteração de circunstâncias for imputável ao contraente público, no exercício de poderes extra-contratuais (*factum principis*), a lei determina que haja lugar a *indemnização integral*, nos termos estabelecidos para a resolução por motivo de interesse público (artigo 335.º, n.º 2) – aparentemente, em função de um princípio de atracção ou absorção da responsabilidade extracontratual pela responsabilidade contratual, ou no contexto do que poderemos chamar uma “responsabilidade semi-contratual”, a ser avaliada e decidida, em princípio, pelo *juiz do contrato*.

Como já vimos, porém, esta solução só faz sentido para aqueles casos em que a alteração se produza *directamente* sobre o contrato, e quando haja *identidade* (ou identificabilidade organizativa, nos termos da teoria já referida do “levantamento do véu”) entre o autor do acto de poder e o contraente público – por exemplo, quando o contraente público seja o Estado ou integre a Administração estadual (indirecta) e a alteração das circunstâncias decorra de medida político-legislativa ou administrativa do Governo (ou da Assembleia da República) que produza *directamente efeitos específicos relevantes* sobre o conteúdo do contrato.

Em outras situações, por exemplo, quando o contraente público constitua uma *administração autónoma* relativamente ao autor do acto de poder –, sobretudo quando a alteração das circunstâncias contratuais resulte *colateralmente* de lei geral (inespecífica relativamente ao contrato) –, o co-contratante privado poderá ter direito a uma “indenização pelo sacrifício”, a cargo do Estado, que implica uma *compensação* de prejuízos no quadro de uma responsabilidade *extracontratual* e não uma indenização por responsabilidade contratual – solução que desfavorece os co-contratantes privados, em comparação com as hipóteses de identidade ou identificabilidade organizativa.

8. A invalidade do contrato

8.1. Tipos de invalidades

8.1.1. A doutrina, tal como a lei, opera com base na distinção entre as invalidades *derivadas* e as invalidades *próprias* do contrato.

As invalidades *derivadas* são aquelas que decorrem *exclusivamente* de vícios ocorridos no procedimento de formação do contrato – tendo em conta a necessidade de um procedimento adjudicatório pré-contratual, equivale a dizer que estas invalidades contratuais são “consequentes de actos procedimentais inválidos”.

As invalidades *próprias* do contrato são aquelas que resultam de vícios na própria celebração do contrato (incluindo, em rigor, o procedimento pós-adjudicatório) ou que inquinam as cláusulas contratuais – como veremos, em

rigor, não devem incluir-se aqui apenas as invalidades que sejam *exclusivas* do contrato, mas também aquelas que são *comuns* à adjudicação, isto é, que já se verificavam no momento adjudicatório, mas que se repetem no clausulado contratual.

8.1.2. Além desta distinção entre categorias de invalidade, são de acentuar ainda as diferenças tendenciais de regime jurídico, do ponto de vista da invalidade, entre os vários tipos de contrato, designadamente, entre o contrato com objecto passível de acto administrativo (“contracto-acto”), o contrato com objecto passível de contrato de direito privado (“contrato-negócio”) e o “contrato-misto”.

Esta variedade de regimes manifesta-se em função da respectiva aproximação às normas específicas que regem, por um lado, a invalidade dos actos administrativos e, por outro lado, a invalidade dos negócios de direito privado.

8.2. As invalidades derivadas

8.2.1. As decisões e os documentos pré-contratuais relevantes

São várias as *decisões pré-contratuais* susceptíveis de influenciarem a validade do contrato: a decisão de contratar; a escolha do procedimento (ajuste directo, concurso, etc.); a exclusão ou a admissão de concorrentes ou de propostas a concurso; a classificação das propostas pelo júri; e, principalmente, a *adjudicação* – o acto administrativo principal, que, uma vez proferido, pode consumir os vícios dos actos procedimentais que não tenham autonomia externa.

De entre os vícios pré-contratuais potencialmente invalidantes do contrato podem referir-se os mais comuns: a escolha errada (ilegal) do procedimento; a admissão ou exclusão indevida de concorrentes (com violação da lei ou do programa de concurso); a avaliação pelo júri ou a adjudicação feitas com violação dos princípios jurídicos da comparabilidade ou da estabilidade das propostas, com ofensa dos princípios jurídicos da transparência e da imparcialidade; a adjudicação em que se escolhe uma proposta que não cumpra as determinações do caderno de encargos, ou uma proposta com preço anormalmente baixo.

Os vícios também podem ocorrer no próprio conteúdo dos *documentos concursais*: no anúncio, no programa de concurso ou no caderno de encargos – designadamente quando aí se incluam cláusulas contrárias à lei (por exemplo,

alusão proibida a marcas de produtos, admissão ilegal de propostas variantes, dispensa do cumprimento de obrigações legais imperativas em matéria de segurança, prazo de concessão superior ao legalmente permitido), mas também cláusulas indefinidas ou com contradições insanáveis e cláusulas contrárias a valores constitucionais ou juseuropeus (discriminações ilegítimas, positivas ou negativas, de pessoas ou de empresas ou violação de princípios ou normas aplicáveis em vigor em matéria social, laboral, ambiental e de igualdade de género, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional).

8.2.2. O regime comum do CCP

Veamos a solução proposta no artigo 283.º como *regime comum* das invalidades derivadas, ou, nos termos da epígrafe legal, das “invalidades consequentes de actos procedimentais inválidos”.

8.2.2.1. O preceito legal começa por dispor que os contratos são *nulos* se forem *nulos* os actos procedimentais, ou, mais exactamente, se a nulidade do acto procedimental em que tenha assentado a sua celebração tiver sido judicialmente declarada ou puder ainda sê-lo (n.º 1).

A lei determina, assim, que a *declaração judicial de nulidade* de actos procedimentais pelo *tribunal administrativo competente* implica automaticamente a *nulidade* do contrato, o que significa que a nulidade do acto procedimental (designadamente da adjudicação) só produz a nulidade do contrato se for judicialmente declarada – ao contrário do resultaria do regime geral da nulidade dos actos administrativos, para que haja comunicação da nulidade ao contrato é sempre necessária uma sentença declarativa da nulidade do acto pré-contratual pelo tribunal administrativo e não basta para o efeito a declaração administrativa de nulidade.

A referência às situações em que “ainda puder ser” judicialmente *declarada* a nulidade visa apenas alertar para que essa declaração judicial nem sempre é possível a todo o tempo – lembre-se, designadamente, que, relativamente aos “contratos jus-europeus”, a nulidade dos actos pré-contratuais está sujeita a impugnação urgente no prazo de um mês, nos termos do artigo 101.º do CPTA.

8.2.2.2. No que respeita à *anulabilidade* dos actos procedimentais, o preceito estabelece, nos n.ºs 2 e 4, uma solução matizada:

- a) A *anulabilidade* do acto procedimental implica a *anulabilidade* do contrato (a decretar por via judicial) – embora a lei deixe de o dizer expressamente (revogando o n.º 3 em 2017) essa anulabilidade deixa de poder ser invocada se o acto procedimental entretanto se *consolidar* (pelo decurso do prazo de impugnação) ou for *convalidado* (por sanção do vício).
- b) A *anulação* (administrativa ou judicial) do acto procedimental implica a *anulabilidade* do contrato (que só pode ser decretada pelo tribunal) – uma vez mais, salvo se o acto procedimental for *renovado* validamente com o mesmo conteúdo (sem os vícios que fundaram a anulação).
- c) Em ambos os casos, a *anulabilidade* ou a *anulação* do acto procedimental apenas torna anulável o contrato quando se demonstre que o vício é *causa adequada e suficiente da invalidade do contrato*, designadamente por implicar uma *modificação subjetiva* do contrato celebrado (isto é, que seria outro o co-contratante privado) ou uma *alteração do seu conteúdo essencial*.

Ainda nesses casos, *o efeito anulatório pode ser afastado* (havendo lugar ao *aproveitamento* do contrato) por *decisão judicial* ou arbitral, quando, *ponderados* os interesses públicos e privados em presença e a gravidade da ofensa geradora do vício do ato procedimental em causa, a anulação do contrato se revele *desproporcionada* ou *contrária à boa fé*.

[V. o Acórdão do TCA-N de 07/10/2011, P. 858/10.5BEAVR, que funda o aproveitamento no princípio da proporcionalidade; v. o Acórdão do STA de 9/05/2012, P. 760/11, que refere uma ampla discricionariedade judicial nessa apreciação].

8.2.3. Na revisão de 2017, foi revogado um preceito (o artigo 283.º-A) que o Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro, em transposição da Directiva-Recursos 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, tinha definido um regime especial de invalidade contratual derivada de determinados vícios procedimentais associados a exigências do direito europeu da contratação.

O regime especial de invalidade respeitava somente a *duas ilegalidades procedimentais*: a adjudicação de contratos *sem publicação prévia de um anúncio* de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia*, bem como a celebração do contrato antes de decorrido o prazo de 10 dias a contar da notificação da adjudicação.

As especialidades do respectivo regime, em comparação com o regime geral de anulabilidade, eram as seguintes:

- a) o eventual aproveitamento do contrato por decisão judicial ou arbitral não podia basear-se apenas no *interesse económico directamente relacionado com o contrato* – designadamente, atraso na execução, necessidade de abertura de novo procedimento, mudança de co-contratante, obrigações legais resultantes do efeito anulatório;
- b) a decisão de aproveitamento implicava necessariamente: ou a *redução do contrato* ou, em alternativa, a aplicação ao *contraente público* de uma *sanção pecuniária* de montante igual ou inferior ao preço contratual (n.º 3), devendo, por isso, ser razoável e proporcionada, em função da gravidade da violação – não se esclarecia, porém, o destino desse montante, quando o contraente público seja o Estado.

Previa-se ainda que o tribunal pudesse decretar a anulação apenas com efeitos para o futuro – embora com as mesmas “sanções” previstas para o caso de aproveitamento –, quando o efeito retroactivo se revelasse desproporcionado, contrário à boa fé, ou a ele obstasse uma situação de impossibilidade absoluta ou a existência de razões imperiosas de interesse público.

A solução adoptada em 2017 foi a de considerar que estas duas ilegalidades implicam agora a ineficácia do contrato, mantendo-se o regime de aproveitamento – agora, afastamento da ineficácia –, salvo quanto à possibilidade de decisão apenas para o futuro (artigo 287.º, n.ºs 5 a 8). Esta solução, sendo menos “infamante”, acaba por ser mais gravosa, na medida em que a ineficácia a equipara a um regime de nulidade.

NOTA

Há regimes especiais de validade dos contratos administrativos: nos domínios da defesa e da segurança (por exemplo, aquisição de submarinos, helicópteros, tanques) prevê-se, no artigo 65.º do Decreto-lei n.º 104/2011, de 6 de Outubro, o aproveitamento do contrato em todos os casos de invalidade derivada, “quando as consequências da anulação comprometerem seriamente a própria existência de um programa mais amplo de defesa ou segurança que seja essencial para os interesses de segurança do Estado”.

8.2.4. Quando haja anulação de acto adjudicatório e não seja possível a repetição do procedimento, designadamente por, entretanto, já ter sido celebrado, estar em execução ou até porventura já ter sido cumprido o contrato, há três situações possíveis:

- a) Se houver a certeza de que o contrato teria sido adjudicado ao concorrente preterido, este tem direito a uma indemnização integral pelo interesse positivo (não negativo), embota descontando eventuais “ganhos de oportunidade”, de ausência de risco e de antecipação de ganhos previstos.
- b) Se houver a certeza de que o contrato não seria adjudicado, não há lugar a qualquer indemnização, nem pelo interesse negativo.
- c) Nos casos, mais frequentes, em que se verifica apenas uma probabilidade de ganho do concurso, haverá direito a uma compensação, por reconhecimento de perda de oportunidade (*perda de chance*), quando haja uma “possibilidade real” ou uma “grande probabilidade” de adjudicação e celebração do contrato, a fixar em termos de equidade, que se justifica pelo facto de a ilegalidade ter aumentado o risco do concurso.

8.2.5. Apreciação da solução legal: a caminho de uma dogmática contratual sensata

8.2.5.1. A solução vigente visa corrigir as graves deficiências do anterior regime do CPA, caracterizado por um automatismo incoerente, e constitui um progresso notável, designadamente na medida em que aceita a ideia fundamental da *autonomia do contrato*, enquanto acordo de vontades, em face do procedimento de *adjudicação* (o contrato não é um mero acto consequente da adjudicação, muito menos um acto de execução desta) e, desse modo, toma em consideração:

- a) o carácter “prejudicial” da invalidade dos actos procedimentais, isto é, a sua susceptibilidade de influenciar irreversivelmente a configuração do contrato em aspectos nucleares, prejudicialidade que não é, por isso, automática, só se manifestando quando afecte a *identidade do co-contratante privado* ou o *conteúdo essencial* do contrato (só então sendo “causa adequada” de anulabilidade contratual);
- b) a “relevância substancial” de princípios jurídicos fundamentais como os da proporcionalidade, da boa fé e da protecção da confiança, com a ponderação de interesses e a avaliação da gravidade dos vícios, evitando formalismos injustificados e automatismos cegos, que não servem

o interesse público e muitas vezes geram consequências nefastas ou absurdas e podem até premiar intenções más ou desqualificadas.

Em nosso entender, apesar da revogação do n.º 3 do artigo 283.º, continua a valer, por força das regras gerais de direito administrativo, a “relevância funcional” das vicissitudes dos actos procedimentais anuláveis, designadamente da adjudicação, relativamente quer à *consolidação* do acto pelo decurso do prazo de impugnação (por preclusão temporal do direito de impugnação), quer à *convalidação* do acto (pela prática de acto de segundo grau que elimine o vício do acto primitivo), quer ainda à *renovação* da decisão quando o acto tenha sido anulado (prática de acto com igual conteúdo, sem o vício que determinou a anulação) – casos em que os contratos não são anuláveis.

Excurso: O regime *processual* estabelecido no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), revisto em 2015, permite uma tutela mais adequada dos *direitos* de todos os interessados, bem como da *estabilidade* dos contratos.

Em primeiro lugar, prevê-se, embora só relativamente a cinco dos contratos protegidos pelo direito europeu – empreitada, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, aquisição ou locação de bens móveis e aquisição de serviços –, uma *acção urgente* para impugnação de actos pré-contratuais (artigo 100.º e ss do CPTA), a intentar no *prazo de um mês*.

Em transposição da Directiva-Recursos 2007/66/CE, estabelece-se o *efeito suspensivo automático* da impugnação de *actos de adjudicação* (efeito que pode ser levantado pelo juiz, se implicar grave lesão para o interesse público ou lesão desproporcionada de outros interesses) – nos processos que não tenham por objecto a impugnação de actos de adjudicação, pode ser requerida ao juiz a adopção de *medidas provisórias*, dirigidas a prevenir o risco de uma situação de facto consumado ou de não ser possível retomar o procedimento pré-contratual.

Em segundo lugar, vale ainda, relativamente aos restantes contratos administrativos, uma *tutela cautelar* (quaisquer providências adequadas, incluindo a suspensão do procedimento pré-contratual, para evitar a celebração do contrato, que podem ser objecto de *decretamento provisório* urgente), que inclui, nos termos gerais, a antecipação da decisão do processo principal.

Em terceiro lugar, admite-se a cumulação, inicial ou superveniente, do pedido de anulação do acto pré-contratual com o pedido de anulação do contrato, se este já tiver sido ou for entretanto celebrado.

Em quarto lugar, alarga-se a legitimidade para proposição de acções sobre a validade e a execução de contratos a terceiros interessados, incluindo ex-concorrentes.

Desta forma, parecem assegurados o princípio da *efectividade* e o princípio da *equivalência* (este até superprotegido), que definem o *standard* de garantia do cumprimento do direito da União Europeia a que o Estado português está obrigado.

8.2.5.2. Apesar disso, a solução adoptada pelo CCP suscita ainda algumas críticas.

Em primeiro lugar, a declaração judicial de nulidade do acto pré-contratual não deveria acarretar automaticamente a nulidade do contrato: a comunicação da nulidade do acto ao contrato só deveria ter lugar relativamente aos *vícios de conteúdo* que fossem *comuns* ao acto e ao contrato (situações que, em rigor, não consubstanciam “invalidades derivadas”, mas “invalidades comuns”, que também são próprias do contrato, ainda que não exclusivas dele) – note-se que a lei geral já permite a irrelevância do vício causador de nulidade do acto administrativo, quando a destruição dos efeitos de facto produzidos se revele contrária aos princípios da proporcionalidade, da protecção da confiança ou da boa fé, designadamente associados ao decurso do tempo (artigo 162.º, n.º 3 do CPA).

Em segundo lugar, a nulidade *exclusiva* do acto pré-contratual, sobretudo se resultar de vício formal ou de procedimento, deveria ter o mesmo regime da anulação, originando, em regra, a *anulabilidade* do contrato, com todas as ressalvas de aproveitamento estabelecidas no n.º 4 do artigo 283.º – solução que permitiria conciliar a defesa eficaz dos *direitos de terceiros interessados*, que podem impugnar o contrato no prazo de seis meses do conhecimento do vício, com a protecção da *estabilidade dos contratos celebrados*, cuja manutenção pode ser de imperioso interesse público ou justa da perspectiva da confiança do co-contratante privado digna de protecção jurídica.

[Pense-se, por exemplo, numa deliberação de contratar cujo único vício seja a carência absoluta de forma legal, ou numa adjudicação feita por um órgão colegial que não tinha momentaneamente *quorum*, embora a solução adoptada fosse consensual entre os membros.]

Em terceiro lugar, a existência de *razões imperiosas de interesse público* deveria ter um maior alcance: deveria valer (tal como acontece nos contratos no domínio da defesa e segurança com a “segurança do Estado”) para todos os casos de invalidade derivada, e poder conduzir em determinadas situações (quando houvesse interesse na manutenção do contrato) ao “aproveitamento” do contrato – sem prejuízo de eventual indemnização dos interessados e outras consequências da ilegalidade.

Em quarto lugar, a possibilidade de anulação para o futuro, prevista na Directiva, devia ser incluída no regime geral e valer para todos os casos de anulabilidade contratual.

8.3. As invalidades próprias do contrato

8.3.1. As invalidades contratuais referem-se ao incumprimento dos requisitos de legitimidade jurídica relativos aos momentos estruturais do contrato (sujeitos, objecto e conteúdo, fim, procedimento e forma), devendo proceder-se à localização dos eventuais vícios, para avaliar das respectivas consequências, que podem implicar a invalidade *total* ou apenas *parcial* do contrato (diferentemente da invalidade derivada, que é sempre total).

8.3.2. Embora a lei não faça esta distinção, há invalidades que são *exclusivas* do contrato e invalidades que são *comuns* à adjudicação anterior.

As invalidades *comuns* à adjudicação anterior resultam, designadamente, de vícios substanciais que já se verificavam na decisão adjudicatória ou nos documentos contratuais, mas que *se repetem* no clausulado do contrato (por exemplo, prazo ilegal da concessão, cláusulas discriminatórias) – ao contrário das invalidades derivadas propriamente ditas, que são exclusivas do procedimento adjudicatório, os vícios comuns operam ainda que o acto de adjudicação se tenha entretanto consolidado (designadamente, pelo decurso do respectivo prazo de impugnação) e são susceptíveis de conhecimento pelos tribunais arbitrais (ao contrário das invalidades de actos pré-contratuais – cfr. artigo 180.º n.º 1, alínea *a*), do CPTA).

As invalidades *exclusivas* do contrato abrangem, além de eventuais vícios ocorridos ou decorrentes do *procedimento contratual* após a adjudicação (por exemplo, na negociação e aprovação da minuta do contrato), os demais vícios estruturais específicos do contrato, destacando-se, entre os vícios de

conteúdo, a ilegalidade originária de cláusulas contratuais e a contraditoriedade entre as cláusulas contratuais e as normas imperativas constantes das bases legais do contrato ou dos documentos do concurso (sobretudo, a divergência com o caderno de encargos, quando não se tenham admitido variantes nas propostas).

8.3.3 O CCP começa por determinar o âmbito de aplicação dos *tipos de invalidade*, definindo, no artigo 284.º, as hipóteses em que há lugar à nulidade ou à anulabilidade, conforme os vícios próprios dos contratos.

Estabelece, como regra, a *anulabilidade* dos contratos “celebrados com ofensa de princípios ou normas injuntivas” (artigo 284.º, n.º 1) – afastando-se do regime de invalidade do direito civil, em que a regra é, nessas situações, a nulidade (v. o artigo 294.º do Código Civil).

E essa adesão ao “modelo administrativista” confirma-se na medida em que determina a *nulidade* dos contratos (de quaisquer uns, mesmo dos contratos com objecto passível de contrato de direito privado) quando o vício implique, por determinação legal (actualmente, nos termos do artigo 161.º do CPA), a nulidade de um acto administrativo em situação análoga (artigo 284.º, n.º 2) – assim, o contrato será nulo, por exemplo, quando falte algum dos elementos essenciais, em caso de carência absoluta de forma legal, de impossibilidade de objecto ou de violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais.

Para além dessas hipóteses e das previstas em leis especiais, o artigo 284.º, n.º 2, do Código identifica agora expressamente como fundamentos de nulidade dos contratos celebrados: i) a alteração dos elementos essenciais do caderno de encargos e da proposta adjudicada que devessem constar do respetivo clausulado; ii) a aposição de cláusulas de modificação que violem o regime previsto no presente Código quanto aos respetivos limites.

Pelo contrário, a aplicação do Código Civil (CC) à falta e vícios da vontade, referida no n.º 3 do artigo 284.º do CCP, parece implicar, embora a lei não o diga expressamente, a relevância, com as devidas adaptações, das respectivas disposições (artigos 240.º e ss do CC) *para efeitos de determinação do tipo de invalidade* – daí resultarão, então, conforme os vícios, situações de *nulidade* (negócios simulados ou celebrados sob coacção física) ou de *anulabilidade* (nas hipóteses de erro, de dolo e demais casos aí previstos).

Gera-se a dúvida sobre a consequência da celebração do contrato sob *coacção moral*, que, nos termos do artigo 161.º, n.º 2/f) do CPA, parece produzir a *nulidade* do contrato e, nos termos do artigo 256.º do Código

Civil, implica a *anulabilidade* do negócio – parece-nos, porém, que, embora a remissão do n.º 2 se inscreva na *orientação geral* para a “administratividade” do modelo, deve prevalecer a *remissão específica* do n.º 3 do artigo 284.º, que de outro modo não faria sentido neste preceito, devendo constar do artigo 285.º [de resto, como vimos, a coacção moral simples também não deveria, quanto a nós, ser considerada um vício suficientemente grave para gerar a nulidade do acto administrativo].

8.3.4. O CCP estabelece depois, no artigo 285.º, o *regime de invalidade* aplicável aos contratos, distinguindo entre os contratos sobre o *exercício de poderes públicos* e os *restantes contratos*.

Aos primeiros (que incluem os contratos que têm objecto passível de acto administrativo), aplica-se “o regime de invalidade previsto para o *acto administrativo*” (artigo 285.º, n.º 1), inclusivamente quanto ao prazo de impugnação – salvo no que respeita à susceptibilidade de redução e conversão, que opera nos termos do Código Civil (artigos 292.º e 293.º do CC), sendo admissível mesmo em caso de nulidade (285.º, n.º 3).

Aos restantes contratos, aplica-se agora, desde 2017, o regime de invalidade *do Código e o previsto na legislação administrativa* – diferentemente do que se estabelecia antes, em que a lei remetia para o regime do direito civil, assim se reforçando a administrativização do regime da invalidade.

Ainda em paralelo com o regime especial das invalidades derivadas, prevê-se o *aproveitamento do contrato* no n.º 4 do artigo 285.º: “[c]aso não seja possível a redução ou a conversão do contrato e o efeito anulatório se revele desproporcionado ou contrário à boa-fé, pode este ser afastado por decisão judicial ou arbitral, ponderados os interesses público e privado em presença e a gravidade do vício do contrato em causa”.

No entanto, certo é que, tendo em consideração a diferença estatutária entre os contraentes públicos e os co-contratantes privados, *todos os contratos administrativos*, e não apenas os que tenham um objecto misto, têm, afinal, de respeitar, em princípio, quer os requisitos do direito civil, quer os requisitos de direito público em matéria de validade contratual.

Embora o artigo 284.º, n.º 3 do CCP se refira apenas à aplicabilidade do Código Civil relativamente à falta e vícios da vontade (simulação, erro, dolo, coacção, incapacidade acidental), o direito civil há-de valer igualmente no que respeita à capacidade dos co-contratantes privados e, eventualmente, com as devidas adaptações, a aspectos substanciais do objecto e conteúdo (por

exemplo, proibição de cláusulas abusivas nos contratos de adesão) – mesmo nos contratos que envolvam o exercício de poderes administrativos.

8.3.5. Em crítica à solução legal, parece que não se teve na devida conta a *diferença estatutária* entre os contraentes públicos e os co-contratantes privados, que implica diferenças de regime jurídico, designadamente quanto aos vícios da vontade. Tal como não se conferiu abertura para uma *aplicação diferenciada* das regras próprias do direito civil e do direito administrativo, devidamente adaptadas, nos contratos que não incidem sobre o exercício dos poderes públicos, consoante a predominância, respectivamente, dos elementos (paritários) de negócio ou dos elementos (de autoridade) de acto administrativo.

8.3.6. Lembre-se, por fim, que, a Administração não dispõe de poderes de autoridade em matéria de validade do contrato, sendo as decisões de invalidação da *competência exclusiva dos tribunais* (administrativos ou arbitrais), quer quanto à anulação, quer quanto à declaração de nulidade.

Ora, desde 2015, nos termos da lei processual administrativa, o pedido de *anulação*, total ou parcial, do contrato administrativo (anulável) tem de ser deduzido *no prazo de seis meses* a contar da data da celebração do contrato (ou da cessação do vício, nos casos de vícios da vontade) ou, quanto a terceiros, do conhecimento do clausulado (artigo 77.º-B.º, n.ºs 2 e 3, do CPTA e 285.º, n.ºs 2 e 3, do CCP).

Este prazo não vale quando se trate de contratos com objecto passível de acto administrativo – por remissão do artigo 285.º, n.º 1 do CPA, vale o prazo de impugnação do acto anulável, que é de 3 meses – artigo 77.º -B, n.º 1, do CPTA.

Já a arguição da *nulidade* do contrato administrativo, tal como acontece com o acto, não está sujeita a prazo, podendo, em princípio, ser feita a todo o tempo, pelo menos enquanto o contrato não se tiver extinguido.

8.4. Os efeitos da anulação ou declaração de nulidade do contrato

No que respeita aos efeitos da anulação ou da declaração de nulidade do contrato, aplica-se, em princípio, na falta de norma especial, o disposto no artigo 289.º do Código Civil, nos termos do qual têm *efeitos retroactivos*, com

obrigações mútuas de restituição do prestado: “devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”.

Contudo, quando se trate de relações obrigacionais duradouras – uma situação comum no conjunto dos contratos administrativos –, em que há uma execução continuada, *salvuardam-se os efeitos produzidos* pela relação contratual de facto: “tudo se passará como se a nulidade do negócio jurídico apenas para o futuro (*ex nunc*) operasse os seus efeitos”, como é jurisprudência firmada – v. o Acórdão do STA de 30 de Julho de 2007 (Proc. n.º 0379/07), confirmado por Acórdão do STA de 18 de Fevereiro de 2010 (na esteira do Acórdão do STJ, de 11 de Julho de 2002), onde se afirma que “nos contratos de execução continuada em que uma das partes beneficie do gozo de serviços cuja restituição em espécie não é possível, a nulidade não abranja as prestações já efectuadas, produzindo o contrato os seus efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução”.

José Carlos Vieira de Andrade é Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde prestou provas de Doutoramento e de Agregação na área das Ciências Jurídico-Políticas. Rege actualmente as aulas teóricas da cadeira de Direito Administrativo I e II, que integram o 2.º ano da Licenciatura em Direito e de Direito Administrativo no Curso conducente ao Mestrado, bem como o módulo sobre Responsabilidade civil da Administração no Curso de Doutoramento. Exerce a actividade de jurisconsulto e é autor de numerosos pareceres e obras em matérias de Direito Constitucional (direitos fundamentais) e de Direito Administrativo Geral. Entre as suas publicações contam-se as monografias *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos* (1991) e *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., 2012, e umas lições sobre *A Justiça Administrativa* 12.ª ed., 2012.

COIMBRA
JURÍDICA

2017



REF: 20004735

•

U



C

•

