

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

2º SEMESTRE 2017

DIREITO ADMINISTRATIVO
PROFESSOR DOUTOR TIAGO DUARTE



INÊS FELDMANN MOTA PIMENTEL CARREIRO



PODER ADMINISTRATIVO

O **poder administrativo** começou por ser um mero poder de aplicação de leis, confundindo-se com o poder executivo. Mais tarde o conceito de poder administrativo foi crescendo com o evoluir do Estado e com a multiplicação dos serviços. O nosso Estado já não é aquele estado incipiente, mínimo, que não presta serviços aos cidadãos. Esta evolução é fruto da separação de poderes, na lógica da Revolução Francesa, que obrigou a uma definição mais exata daquilo a que corresponde cada poder.

É através da administração que nós, particulares, nos relacionámos com o poder legislativo e com as empresas. Sendo assim, a visão do poder administrativo como mera execução legislativa muito redutora e antiquada.

A essência do poder administrativo é a prestação de serviços públicos. O serviço público é um serviço imposto e regulado pelo Estado, não implicando isto que seja prestado por entidades públicas. É um serviço público não pela natureza de quem o presta, mas porque tem de cumprir as regras determinadas pelo Estado.

EXEMPLO: estradas onde estão fixadas as portagens, o número de candeeiros ou de faixas, áreas de serviços e outras regras impostas pelo Estado para prestar o serviço. Quem explora a autoestrada ou a televisão não importa, importa sim as regras determinadas e impostas pelo Estado. A eletricidade, por exemplo, é um serviço público que é prestado por uma empresa privada, a EDP.

O Estado passou a ser interventivo, um Estado social de direito que visa assegurar as necessidades essenciais da população como o ensino, a saúde, a segurança social ou a cultura. As constituições passaram a prever este tipo de direitos positivos, direitos de prestação. **O poder administrativo em ação é trazer os direitos sociais para a realidade, o que implicou um alargamento das funções do Estado.**

O Estado, que era apenas responsável pela justiça e segurança, passou a ter a função de **garantir a segurança, a cultura e o bem-estar social e económico dos cidadãos.** Ou, como o Tiaguinho diz, o Estado “deixa de ser guarda noturno e passa a meter a mão na massa para suprir as falhas do mercado através de serviços públicos”.

O poder administrativo é difícil de definir porque é tudo o que não é legislativo ou judicial, é tudo o que sobra. “O que sobra é o bolo grande, tirando a fatia judicial e a fatia legislativa”. Tudo o que tem como foco a prossecução do bem-estar social.

NOTA: ler artigo do professor Luís Pereira Coutinho da revista da AAFL vol.41 nº1 ano 2000 "As duas subtrações. Esboço de uma construção de separação entre as funções de legislar e administrar".

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

"É uma teia. Um polvo com vários tentáculos. A ideia é perceber o que liga os vários tentáculos e onde está a cabeça ou se há várias cabeças e vários polvos."

A **Administração Pública** é o conjunto de necessidades coletivas cuja satisfação é assumida como tarefa fundamental pela coletividade, através de serviços por esta organizados e mantidos. Onde quer que exista e se manifeste com intensidade suficiente uma necessidade coletiva, aí surgirá um serviço público destinado a satisfazê-la, em nome e no interesse da coletividade.

Em **sentido orgânico**, como **organização administrativa**, Administração Pública é o sistema de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas coletivas públicas, e de algumas entidades privadas, que asseguram em nome da coletividade a satisfação regular e contínua das necessidades coletivas de segurança, cultura e bem-estar.

Em **sentido material**, como **atividade de administrar**, a administração pública é a atividade típica dos serviços públicos e agentes administrativos desenvolvida no interesse geral da coletividade, com vista à satisfação regular e contínua das necessidades coletivas de segurança, cultura e bem-estar, obtendo para o efeito os recursos mais adequados e utilizando as formas mais convenientes.

A administração pública é uma caixa grande com várias caixas. As caixas são as **pessoas coletivas públicas**. Estas são criadas por iniciativa pública, para assegurar a prossecução necessária de interesses públicos, e por isso dotadas, em nome próprio, de poderes e deveres públicos. A maior de todas é o Estado. Outras pessoas coletivas públicas são, por exemplo, os municípios ou as freguesias.

As pessoas coletivas públicas são criadas para prosseguir determinados fins, as chamadas **atribuições**. Para essa prossecução, a lei confere às pessoas coletivas públicas um conjunto de poderes funcionais, a que chamamos de **competência**.

As pessoas coletivas têm atribuições, os órgãos têm competências. Os órgãos e os serviços têm competência para tomar as decisões que visam levar por diante as atribuições da pessoa coletiva pública em que se inserem. Aqui a situação das pessoas coletivas em geral é distinta da do Estado. Enquanto que no primeiro caso, os vários órgãos têm competências diferenciadas para prosseguirem as mesmas atribuições; no segundo, no caso do Estado, os órgãos têm competências idênticas para prosseguirem atribuições diferentes.

Aos **órgãos** cabe tomar decisões em nome da pessoa coletiva, isto é, manifestar a vontade imputável à pessoa coletiva a que pertencem, tendo competências ou poderes atribuídos por lei para tal. As decisões podem ser tomadas por um **órgão individual** ou por um **órgão colegial**. Aliás, corretamente falando, quem toma as decisões em concreto são os titulares que compõem os órgãos.

Os **órgãos colegiais** têm um conjunto de formalismos próprios estabelecidos nos **artigos 21 a 35 do CPA**.

Impasse numa votação de um órgão colegial

A forma mais usual que a lei utiliza para resolver o impasse criado por uma votação empatada consiste na atribuição ao presidente do órgão colegial do direito de fazer um **voto de desempate** ou um **voto de qualidade**. Em ambos os casos é o presidente quem decide o sentido da votação. No primeiro caso, procede-se à votação sem a participação do presidente e, só se houver empate, este exerce um **voto de desempate** e define o sentido da votação. Enquanto que no segundo caso, o presidente participa como qualquer outro membro na votação geral e, havendo empate, considera-se automaticamente desempatada a votação de acordo com o sentido em que o presidente tiver votado, tendo este um **voto de qualidade**, previsto no **artigo 33 nº1**.

Onde há um órgão têm de existir serviços integrados

Os **serviços** não têm competência direta como os órgãos. Têm funções meramente organizacionais. São organizações humanas criadas no seio de cada pessoa coletiva pública com o fim de desempenhar as funções desta, sob direção dos respetivos órgãos, estudando os assuntos, auxiliando e preparando as decisões, caso dos departamentos técnicos e jurídicos.

Então, se por um lado, **os órgãos dirigem a atividade dos serviços**, por outro, que **os serviços auxiliam a atuação dos órgãos**.

Os serviços públicos desenvolvem a sua atuação quer na fase preparatória da formação da vontade do órgão administrativo, quer na fase que se segue à manifestação daquela vontade, cumprindo e fazendo cumprir aquilo que tiver sido determinado. Tendo tarefas de preparação e execução das decisões dos órgãos das pessoas coletivas públicas, a par do desempenho das tarefas em que se traduz a prossecução das atribuições dessas pessoas coletivas.

Normalmente a lei refere-se ao órgão como competente para tomar decisões, independentemente de quem é o seu titular. Quando votamos, fazemo-lo não para a pessoa coletiva em si, mas para os indivíduos ocuparem lugares nos órgãos da pessoa coletiva pública em questão.

Quanto mais pessoas coletivas existirem, mais descentralizada é a administração pública, podendo levar a uma grande burocratização. Se pelo contrário, forem poucas as pessoas coletivas, estaremos perante uma centralização. A esta questão de **descentralização e centralização** voltaremos mais à frente.

Finalmente, é fundamental termos em mente que toda a atividade da Administração Pública gira em torno de dois grandes eixos, dos quais não se pode desviar: **prossecução do interesse público e sempre tendo como base a legalidade**.

Em suma, a Administração Pública é composta por várias pessoas coletivas públicas que se desdobram em órgãos e serviços para prosseguir as suas atribuições.

O caso do Estado é diferente porque a lei não o cria como pessoa coletiva pública. No entanto, a lei cria as várias áreas temáticas em que o estado se subdivide através de ministérios. **Quais são as atribuições do Estado?** Por ser uma lista enorme, está dividida por ministérios que têm as suas atribuições correspondentes a áreas temáticas. Atribuições do estado no domínio da saúde, da educação, da defesa, de negócios estrangeiros ou da ciência, por exemplo. “Os ministérios são gavetas dentro da caixa grande que é o Estado”.

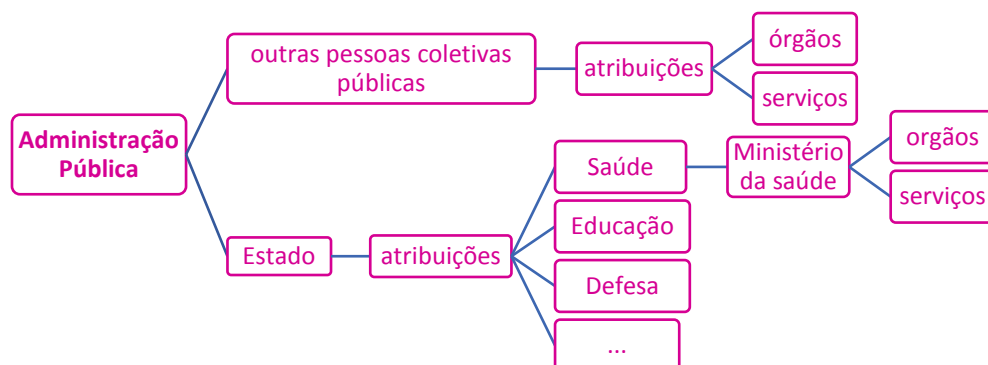
Cada ministério, cada área temática da “caixa Estado”, tem os seus órgãos e serviços. Falamos na caixa (Estado) com gavetas (ministérios) e cada gaveta tem várias pastas (órgãos e serviços). É importante notar que os ministérios não são nem pessoas coletivas públicas nem órgãos.

Como é que sabemos quais são as atribuições de uma pessoa coletiva pública? Há três hipóteses:

- ➔ **Para as pessoas coletivas públicas que se repetem** – há uma lei única para todas elas que estipula a sua organização e atribuições. **EXEMPLO:** municípios.
- ➔ **Para as pessoas coletivas únicas** – geralmente toda a sua organização, funcionamento e atribuições está consagrada no ato legislativo que lhe deu origem, numa lei orgânica.
- ➔ **Para o Estado** – como já foi dito, o caso do Estado é diferente porque se divide em ministérios. Para sabermos quais as atribuições de cada ministério temos de consultar lei orgânica de cada um.

NOTA: Na gíria do direito administrativo, é vulgar chamar-se “lei orgânica” ao DL que regula cada uma dessas áreas temáticas. Não por ser uma lei de valor reforçado, mas por versar sobre a organização de cada ministério. Ao dizer-se “Lei orgânica do ministério da saúde” estamos a dizer “decreto-lei que organiza a saúde”.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ESQUEMA...



DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo é o direito aplicado pela administração pública quando exerce o poder administrativo. Aqui há uma distinção entre duas correntes tradicionais: o modelo francês, modelo de atuação e organização de que somos herdeiros, e o modelo anglo-saxónico. Esta diferença traduz-se na necessidade de existir um direito especial ou se, pelo contrário, basta um direito civil para regular a relação entre a administração e os particulares. Os franceses optam pela primeira opção através de um conjunto de normas para a administração pública e nós também.

Assim sendo, surgiu um conjunto específico de normas destinadas a regular as relações dentro da administração e entre esta e os administrados. É o legislador que estipula a organização e o funcionamento da Administração Pública, por meio de atos administrativos, como nos diz o **artigo 267 CRP**.

Estas normas são especiais e distinguem-se das suas semelhantes que regulam o direito privado (EXEMPLO: as normas que regulam os contratos entre privados estão inseridas no CC, mas já no caso das normas que regulam os contratos públicas, estas estão todas compilada no código dos contratos públicos). O objetivo destas leis é prosseguir o interesse público e proteger os cidadãos, administrados.

Por um lado, o direito administrativo dá poderes especiais à administração pública, ao contrário do que acontece com os particulares (EXEMPLO: poder de execução imediata), mas por outro lado, também impõe outras restrições (EXEMPLO: se um presidente de câmara quiser fazer uma obra não pode contratar um empreiteiro com o qual tenha relações familiares, tal seria o caso de estar a satisfazer um interesse privado, ao invés de estar a prosseguir o interesse geral público).

As normas de direito administrativo reconhecem a necessidade de prosseguir o direito público e ao mesmo tempo o princípio da legalidade e os direitos dos cidadãos. Significa isto que não se pode suportar o direito público à custa de um direito particular.

EXEMPLO: um senhor tinha um bar na praia que fazia festas à noite. O Estado proibiu a música alta para proteção das gaivotas. Faz parte das competências do Estado, compensar o dono do bar pelo prejuízo causado pelo fim das festas.

ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Relação entre as Pessoas Coletivas Públicas

Para dar unidade à atuação da Administração Pública, tem de haver ligações entre as várias pessoas coletivas. Quem as agrega é o **governo** que se relaciona com todas, sendo “**o órgão superior da administração pública**”, de acordo com o **artigo 182º CRP**. A principal ferramenta do Governo no seu desempenho como órgão agregador da administração é o poder legislativo, criando regras que regulam o relacionamento entre as várias pessoas coletivas.

O Governo, sendo o principal órgão permanente e direto do Estado com carácter administrativo, dirige a administração direta, superintende na administração indireta e tutela esta última e a administração autónoma, isto é, controla as entidades públicas que fazem parte da administração, mesmo sem pertencerem ao Estado.

Embora faça estas ligações entre todas as pessoas coletivas, não o faz da mesma forma. Sendo o governo um órgão da pessoa coletiva Estado, tem uma ação mais interventiva, “*é normal que dentro da sua casa se relacione mais à vontade do que na casa dos outros*” Tiaguinho.

NOTA: embora os tribunais e a Assembleia da República também sejam órgãos do Estado, nesta análise apenas nos importa o poder administrativo, pelo que excluímos os poderes legislativo e judicial.

ADMINISTRAÇÃO DIRETA DO ESTADO

PESSOA COLETIVA ESTADO – MINISTÉRIOS (ver 200 a 203 vol.I)

Como vimos, devido à sua enorme dimensão, a pessoa coletiva Estado está departamentalizada em áreas temáticas que correspondem a **ministérios** que incluem órgãos e serviços. É o governo que define esta departamentalização em ministérios, organizando-os e distribuindo as várias atribuições por temas.

Assim sendo, os ministérios não são pessoas coletivas porque pertencem ao Estado, não são órgãos porque não tomam decisões, nem são serviços, antes têm serviços em si. Os ministérios são departamentos para distribuir as várias atribuições do Estado. Atribuições estas definidas em decretos-lei específicos de cada ministério.

É a lei orgânica do Governo que estabelece os ministérios e depois cabe à lei orgânica de cada ministério a determinação dos seus órgãos e serviços. Regra geral, os ministérios organizam-se da seguinte forma:

- Ministro;
- Direções gerais – diretores gerais;
- Direções de serviços – diretores de serviços;
- Divisões – chefes de divisão;
- Secções – chefes de secção.

É importante notar que esta organização não é transversal a todos os ministérios, dado que, em função da sua dimensão, podem existir ministérios com menos órgãos e serviços do que aqueles que estão representados no esquema anterior.

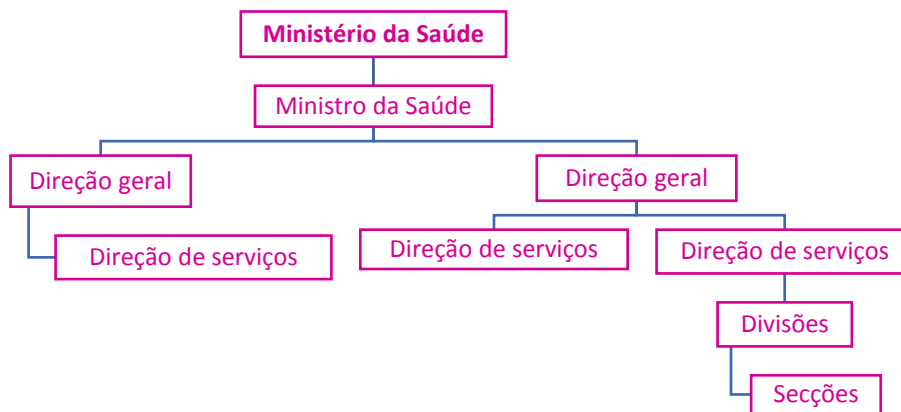
Desta composição dos ministérios temos de perceber quais são os órgãos e quais são os serviços. De uma forma muito simples, órgão é todo aquele cujas competências estão estipuladas por lei e tomam decisões. Geralmente, dentro dos ministérios, só os ministros e os diretores gerais são órgãos e os restantes são serviços.

O **ministro** corresponde ao topo da hierarquia de um ministério. Não podemos recorrer para o primeiro ministro, pois ele não é superior administrativo, o que não o impede de ser politicamente superior orientando a ação do ministério. O ministro é um órgão do Estado que exerce competências sobre as matérias previstas na lei. Os ministros são os membros do Governo que fazem parte do Conselho de Ministros, os **secretários de estado**, são membros do governo que, embora com funções administrativas, não têm funções políticas e não fazem parte do Conselho de Ministros.

Aos **secretários de estado** a lei não atribui competências administrativas. Os secretários do estado são apenas órgãos políticos de auxílio dos ministros, com mera competência delegada. Isto é, podem vir a ter competências se os ministros delegarem. Nesse caso, passam a tomar decisões nessa matéria e, por isso, passam a ser órgãos.

Dentro do ministério encontramos uma ou mais **direções gerais** com um diretor geral, que se dividem em **direções de serviços** com diretores de serviços, seguem-se as **divisões** e finalmente as **secções**. Ser chefe de divisão ou de secção não significa que se seja um órgão, significa, pois, que se organiza aquele serviço, tendo um cargo de dirigente, uma pessoa dos serviços que coordena uma equipa e distribui as tarefas.

EXEMPLO



PODERES HIERÁRQUICOS

Hierarquia é o modelo de organização administrativa vertical, constituído por dois ou mais órgãos e agentes com atribuições comuns, ligados por um vínculo jurídico que confere ao superior o poder de direção e impõe ao subalterno o dever de obediência. O que liga os órgãos ou serviços dentro da pessoa coletiva são **relações hierárquicas**.

Só podem existir relações hierárquicas entre órgãos com as mesmas atribuições, o que só acontece dentro de uma mesma pessoa coletiva pública ou, no caso do Estado, dentro de um ministério.

Os **poderes hierárquicos** são poderes que os **superiores hierárquicos** têm em relação aos seus **subalternos**. No caso do Estado, os poderes hierárquicos ainda se especificam mais porque apesar de serem dentro da pessoa coletiva, são dentro de cada ministério. “Não há relações hierárquicas que saltem de uma pessoa coletiva para outra pessoa coletiva ou, no caso do Estado, de ministério para ministério.” Tiaguinho

É importante distinguir a hierarquia interna da externa:

- ➔ **Hierarquia interna** – corresponde à hierarquia dos agentes que assenta na diferenciação entre superiores e subalternos. Não trata da atribuição de competências, mas da divisão do trabalho. Tratando assim do desempenho regular das tarefas de um serviço público, a hierarquia interna está acantonada no interior de um organismo, sem projeção para o exterior. É o exercício do poder dentro de um determinado ministério que apenas tem que ver com o exercício de tarefas internas do Estado, que nada interessa aos particulares.

EXEMPLO: um particular vai ao ministério das finanças exigir a devolução do IVA. O ministro recebe o pedido e ordena ao seu diretor geral que trate do assunto, por sua vez o diretor geral passa a tarefa para o seu diretor de serviços que delega o trabalho nos seus técnicos. Depois deste processo, a recomendação chega ao ministro e este decide com base na informação recebida.

- **Hierarquia externa** – É a hierarquia dos órgãos. Este modelo de organização já não surge no âmbito do serviço público, como o anterior, mas no quadro de uma pessoa coletiva pública. Os vínculos de superioridade e subordinação estabelecem-se entre órgãos da Administração. Já não está em causa a divisão do trabalho, mas a repartição das competências entre aqueles a que está confiado o poder de tomar decisões em nome da pessoa coletiva. Os subalternos neste modelo não se limitam a desempenhar atividades, praticam atos administrativos que são atos externos, projetando-se na esfera jurídica de outros sujeitos de direito, atingindo os particulares.

Há entre nós muitos casos em que aos subalternos é conferido o poder de praticar atos administrativos externos: é o que acontece, na administração central do Estado, quando os diretores-gerais e outros funcionários são chamados, por lei ou delegação de poderes, a praticar atos da competência dos Ministros.

Vimos que a hierarquia administrativa se traduz num vínculo especial de supremacia e subordinação que se estabelece entre o superior e o subalterno: os poderes do primeiro, bem como os deveres e sujeições a que o segundo se encontra adstrito, formam o conteúdo da relação hierárquica. Então que poderes e deveres são esses?

Um superior hierárquico em relação aos seus subalternos tem **poder de direção, supervisão e disciplinar**. O subalterno tem sobretudo **dever de obediência**.

- **Poder de direção** – consiste na faculdade de o superior dar **ordens e instruções**, em matéria de serviço, ao subalterno.

As **ordens** são comandos individuais e concretos, através dos quais o superior impõe aos subalternos a adoção de uma determinada conduta específica, como “cheguem pontualmente amanhã”. As ordens podem ser de dois tipos: pelo seu conteúdo, podem **afetar só a forma** como se quer a informação ou podem **afetar o seu conteúdo**. Num caso temos o exemplo do ministro pede a informação em folhas A4 cor de rosa, enquanto que noutra caso o ministro pode exigir que a informação contemple certos parâmetros.

As **instruções** são comandos gerais e abstratos, através dos quais o superior impõe aos subalternos a adoção, para o futuro, de certas condutas sempre que se verificarem as situações previstas. “cheguam pontualmente às sextas-feiras”.

O poder de direção não carece de consagração legal expressa, isto é, não é necessário que a lei preveja a existência desse poder para que o superior disponha da faculdade de dar ordens ou instruções. Esta competência decorre da própria natureza das funções de superior hierárquico por ele exercidas.

As manifestações do poder de direção esgotam-se no âmbito da relação hierárquica, são meros preceitos administrativos internos, não são normas jurídicas, pelo que não produzem efeitos jurídicos externos.

→ **Poder de supervisão** – consiste na faculdade de o superior **revogar, anular, modificar ou suspender um ato praticado** por um subalterno. Este poder pode ser exercido por duas maneiras: por iniciativa do superior, que para o efeito avocará a resolução do caso; ou em consequência de recurso hierárquico perante ele interposto pelo interessado.

O poder de supervisão só liga órgãos, afetando apenas a hierarquia externa porque só os órgãos podem praticar ou modificar atos administrativos. Sendo este o poder mais importante.

→ **Poder disciplinar** – consiste na faculdade de o superior punir o subalterno, mediante a **aplicação de sanções administrativas** previstas na lei em consequência das infrações à disciplina da função pública cometidas.

→ **Dever de obediência** – Este é o principal dever típico da relação hierárquica. Os subalternos terem o dever de obediência significa que têm a obrigação de **cumprir as ordens e instruções dos seus legítimos superior hierárquicos, dadas em objeto de serviço e sob a forma legal.**

Consequentemente, não existe dever de obediência quando, por hipótese, o comando emane de quem não seja legítimo superior do subalterno; quando uma ordem respeite a um assunto da vida particular do superior ou do subalterno; ou quando tenha sido dada verbalmente se a lei exigia que fosse escrita. Isto seriam casos em que a ordem é extrinsecamente ilegal. Porém, se a ordem, muito embora cumprindo estes três requisitos, for intrinsecamente ilegal? O dever de obediência contém uma questão polémica que merece ser analisada.

Como deve agir o subalterno perante uma ordem contrária à lei? Por um lado, tem o dever de respeitar a lei, por outro tem deveres em relação ao seu superior. Se de facto a ordem for contrária à lei, é certo que a legalidade prevalece. Na verdade, o que muitas vezes existe na realidade não é uma ordem contrária à lei, mas sim uma divergência de opinião sobre a legalidade na interpretação da lei.

Nestes casos, deve prevalecer a posição de quem está hierarquicamente acima no nível de responsabilidades. Se o subalterno considerar a ordem ilegal, deve exercer o seu direito de respeitosa representação, pedindo uma confirmação por escrito para afastar a sua responsabilidade.

O mesmo não se aplica quando a ordem se traduzir na prática de um crime. Neste caso o subalterno tem o direito e o dever de se recusar, cessando assim o dever de obediência e não podendo a responsabilidade ser afastada, artigo **271º CRP**.

O problema está em distinguir o que é um crime pois há muitas situações de fronteira.

CONCENTRAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO

Tanto o sistema de concentração como o sistema da desconcentração dizem respeito à **organização administrativa de uma determinada pessoa coletiva pública**. Não tendo nada que ver com as relações entre o Estado e as demais pessoas coletivas públicas (como sucede com a descentralização), é uma questão que se põe apenas dentro do Estado, ou apenas dentro de outra entidade pública.

A **concentração** de competências é o sistema em que o superior hierárquico mais elevado é o único órgão competente para tomar decisões. Por outro lado, a **desconcentração** é o sistema em que o poder decisório se reparte entre o superior e um ou vários órgãos subalternos. Assim, a desconcentração traduz-se num processo de descongestionamento de competências. Em rigor, não existem sistemas integralmente concentrados, nem sistemas absolutamente desconcentrados.

Estes conceitos não devem ser confundidos com a centralização e a descentralização que têm que ver com a unicidade ou pluralidade de pessoas coletivas públicas, ao passo que a concentração e a desconcentração se referem à repartição de competência pelos diversos graus da hierarquia no interior de cada pessoa coletiva.

→ Vantagens e inconvenientes

A principal razão pela qual se desconcentram competências é procura pelo aumento da eficiência dos serviços públicos. Este acréscimo de eficiência pode traduzir-se na maior rapidez de resposta às solicitações dirigidas à Administração, ou na melhor qualidade do serviço já que viabiliza a especialização de funções, libertando os superiores da tomada de decisões de menor relevância.

Por outro lado, a multiplicidade dos centros decisórios pode inviabilizar uma atuação harmoniosa, coerente e concertada da Administração e a especialização de funções tenderá a converter-se na redução do âmbito de atividades dos subalternos, que pode gerar desmotivação.

ADMINISTRAÇÃO CENTRAL E PERIFÉRICA DO ESTADO

Normalmente os serviços de um ministério auxiliam os órgãos a tomar decisões que se aplicam a cidadãos ou a empresas localizadas em qualquer ponto do país. São **órgãos centrais**, os que têm competências dirigidas a todo o território nacional, daí se falar em **administração central do Estado**. É o caso dos ministros e dos diretores gerais. A vantagem de termos órgãos centrais é que dão uniformidade às decisões. A desvantagem é que estão mais longe das situações concretas, pessoas e empresas.

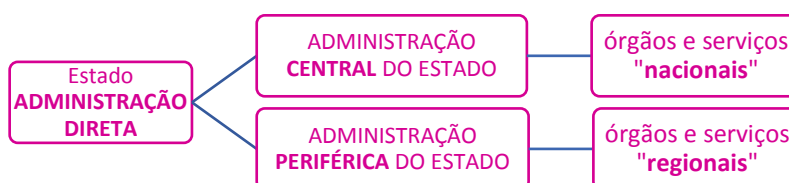
Por outro lado, a **administração periférica** é o conjunto de órgãos e serviços de pessoas coletivas públicas que dispõem de competência limitada a uma área territorial restrita, e funcionam sob a direção dos correspondentes órgãos centrais.

A **administração periférica do Estado** inclui os **órgãos desconcentrados** distribuídos pelo país com competências por divisões administrativas a que chamamos **circunscrições administrativas**. É o caso dos diretores regionais. Das decisões dos diretores regionais há recurso hierárquico para o ministro e não para os diretores gerais porque estes estão no mesmo nível hierárquico (diretores gerais e regionais).

Os órgãos locais do Estado são, assim, os órgãos da pessoa coletiva Estado que, na dependência hierárquica do Governo, exercem uma competência limitada a uma determinada circunscrição administrativa.

Desconcentração e concentração do Estado têm vantagens e desvantagens, devendo existir um equilíbrio. A maior crítica à desconcentração é o facto de a divisão do país ser muito díspar de ministério para ministério. A ideia inicial era que os órgãos desconcentrados estivessem distribuídos pelos 18 distritos, mas isto está a desaparecer. Cada ministério começou a fazer as suas próprias divisões e, por outro lado, surgiu uma grande competição entre os vários municípios que queriam dinamizar a sua economia chamando a si os diretores. O Tiaguinho diz que em vez de termos 18 cidades mais desenvolvidas com capacidade de se afirmarem com órgãos concentrados em si, temos um mapa desorganizado com muitas cidades com pouca capacidade de afirmação.

Importa focar ainda que a desconcentração não implica um desfazer do Estado, sendo este o mesmo Estado com órgãos e serviços, só que distribuído, o que não implica a criação de outras pessoas coletivas diferentes.



Se entrarmos num ministério vamos encontrar o ministro, os diretores gerais e depois os serviços (diretores de serviços, chefes de divisão, chefes de secção, entre outros). Na mesma linha hierárquica do diretor geral temos também o inspetor geral (chefe da inspeção geral) e, eventualmente inspetores regionais. A este nível podemos ter ainda diretores regionais e a secretaria geral.

Outro órgão muito importante dentro da pessoa coletiva Estado é o **secretário geral** que chefia a **secretaria geral** (serviço). É uma espécie de “mordomo do palácio que olha para dentro, é quem paga a luz do ministério, negocia com as operadoras a internet, trata dos computadores para os funcionários e tudo isso, basicamente gere a casa por dentro”. Este órgão não tem competências temáticas, sendo que o secretário geral de um ministério faz as mesmas coisas que o secretário geral de qualquer outro ministério. É um subalterno do ministro e está ao mesmo nível do diretor geral, do inspetor geral e dos diretores e inspetores regionais.

Fim da administração direta. Existe mais administração pública para lá da pessoa coletiva Estado. Passamos agora para outras pessoas coletivas, suas atribuições e relacionamento com o Governo. Passando da administração direta para a indireta.

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DO ESTADO

O Estado, não como administrador, mas como legislador, cria novas pessoas coletivas e define as suas atribuições que, ou não existiam ou pertenciam a um ministério e passaram para pessoas coletivas autónomas do Estado.

De um **ponto de vista material**, a administração estadual indireta define-se como uma atividade administrativa do Estado realizada, para a prossecução dos fins destes, por entidades públicas dotadas de personalidade jurídica própria e de autonomia administrativa ou administrativa e financeira.

Por outro lado, de um **ponto de vista orgânico**, a administração estadual indireta é o conjunto de entidades públicas que desenvolvem com personalidade própria e autonomia administrativa, ou administrativa e financeira, uma atividade administrativa destinada à realização de fins do Estado.

Em qualquer caso, a administração indireta divide-se em **Institutos Públicos**, que têm natureza burocrática e exercem funções de gestão pública, e em **Empresas Públicas**, que têm natureza empresarial e desempenham uma atividade de gestão privada.

Institutos Públicos

O **Instituto Público** é uma pessoa coletiva pública, de tipo institucional, criada para assegurar o desempenho de determinadas funções administrativas de carácter não empresarial, pertencentes ao Estado ou a outra pessoa coletiva pública.

Subdividem-se em **serviços personalizados e fundações públicas**:

O **serviço personalizado** é um estabelecimento público, que pode estar plurilocalizado, é onde os cidadãos se relacionam com esse instituto público. Os serviços personalizados são serviços públicos de carácter administrativo a que a lei atribui personalidade jurídica e autonomia administrativa e financeira. É o caso das universidades que não são fundações.

A **fundação pública** é uma fundação que reveste a natureza de pessoa coletiva pública, sem fim lucrativo, com órgãos e património próprio e autonomia administrativa e financeira. Isto não impede que não exista um canal de ligação entre, por exemplo, o ministro da educação e o reitor da nossa universidade, agora fundação.

Em suma, os serviços personalizados são direções-gerais dos ministérios às quais a lei confere personalidade jurídica e as fundações públicas são património autónomo cuja gestão financeira é posta ao serviço de fins sociais.

Resta dizer que as fundações públicas e os serviços personalizados podem organizar-se em um ou mais estabelecimentos públicos. Os **estabelecimentos públicos** são serviços abertos ao público, destinados a efetuar prestações individuais à generalidade dos cidadãos que delas careçam.

O objetivo da criação dos vários institutos públicos era retirar do Estado algumas responsabilidades, dando mais agilidade aos serviços. O problema é que o legislador, que tinha como objetivo libertar os institutos públicos de parâmetros, como os concursos públicos, acabou por os obrigar a estar sujeitos a obrigações comuns aos órgãos do Estado, perdendo aqueles a sua razão de ser inicial. A maioria destes institutos não é autónoma e vive do dinheiro que o Estado lá injeta.

Porque é que não pertence tudo a Institutos Públicos do Estado? Há direções gerais que se tornaram Institutos Públicos e vice-versa, a organização administrativa neste tema é algo aleatória porque tem muito que ver com opções políticas, ideológicas, questões financeiras, “enfim critérios que a razão desconhece, nada é certo.”

O legislador tentou criar um padrão através de uma lei-quadro para criar regras de uniformização de forma a dar alguma unidade aos vários institutos públicos no que diz respeito às suas competências, órgãos, autonomia e/ou motivo de criação, a lei 2 de 2004, **lei-quadro dos institutos públicos**.

LEI 3 DE 2004, LEI-QUADRO DOS INSTITUTOS PÚBLICOS

Acontece que esta lei quadro é meramente orientadora, porque não é de valor reforçado. O DL que cria o instituto público tem o mesmo valor desta lei orientadora, daí se possa seguir outros critérios. Para que fosse obrigatório seguir este padrão teria de acontecer o mesmo que acontece ao orçamento e à lei orçamental, em que a segunda é de valor reforçado e por isso tem efeitos paramétricos face à legislação subsequente. Contudo, apesar de poder não ser seguida, a lei quadro dos institutos públicos é uma boa *guide line*.

Assim sendo, embora tenhamos de analisar a lei orgânica de cada instituto público em concreto para sabermos o que realmente acontece, esta lei-quadro tem algumas regras padrão ou orientações:

- O **artigo 8º** limita a criação de institutos públicos. **Só devem ser criados se for mais conveniente ao instituto** que os seus órgãos não sejam subalternos do ministro, ou seja, que os atos praticados por esse instituto não possam ser alvo de recurso para o ministro.
- O **artigo 3º** estabelece que tanto os serviços personalizados como as fundações **se podem organizar em um ou mais estabelecimentos**. Os estabelecimentos são onde os cidadãos se relacionam com o instituto público. Ex. A UNL é uma fundação pública com vários estabelecimentos, os vários campus, a que os cidadãos podem recorrer.
- O **artigo 4º** diz que os institutos públicos são dotados **de órgãos, serviços e património próprio**, e beneficiam de **autonomia administrativa e financeira**.
- O **artigo 9º** dita que os institutos públicos sejam **criados e extintos por ato legislativo**.
- O **artigo 17º** diz que em matéria de **órgãos** temos dois, um **Conselho Diretivo (nº1)** e um **Fiscal Único (nº2)**. Cada um tem competências próprias, apesar do artigo 23º atribui outras competências ao Presidente do Conselho Diretivo. Este último pode ser encarado também como um órgão que só possui competências internas. Este é o modelo de organização padrão proposto pela lei-quadro, mas, como já vimos, cada instituto pode alterá-lo na sua lei orgânica.

- Desta feita, o **artigo 23º** estabelece que o **Presidente do Conselho Diretivo** pode ter competências internas atribuídas pelo Conselho Diretivo por lei, podendo ser considerado um órgão.
- O **artigo 33º** diz que para além de órgãos, os institutos públicos têm também **serviços** indispensáveis à prossecução das suas atribuições (**nº1**). A sua organização deve ser a mais simples possível (**nº2**) e, se for mais eficiente para os custos e para a qualidade do serviço prestado, os institutos podem recorrer à contratação de serviços externos (**nº3**).

RELACIONAMENTO DO INSTITUTO PÚBLICO COM O ESTADO, COM O GOVERNO

As pessoas coletivas não falam entre si. O relacionamento faz-se de órgão para órgão através dos seus titulares. Então, será o presidente do conselho diretivo do instituto público a relacionar-se com o ministro. Como sabemos com qual ministro deve o presidente do conselho diretivo comunicar? É o **ministro da tutela**. Muitas vezes fala-se em ministério e não em ministro, mas isto é uma incorreção de linguagem uma vez que é órgão que está aqui em causa e não a pessoa coletiva, ou o ministério neste caso. O ministro da tutela é aquele que trata das mesmas matérias que o instituto em causa.

Por exemplo, o ministro da saúde relaciona-se com o presidente do conselho diretivo do *Infarmed* e o ministro da educação relaciona-se com o reitor da UNL. Que poderes têm estes ministros sobre os institutos públicos?

Poderes da Governo sobre os Institutos Públicos

Os poderes da administração pública em Portugal são de hierarquia, superintendência e de tutela. O da hierarquia não se aplica neste caso porque, como já foi falado, só existe dentro de uma mesma pessoa coletiva. No caso da relação entre o instituto público e o governo, o **ministro tem poderes de superintendência e de tutela sobre o Instituto Público**.

Poder de superintendência

O poder de superintendência é o poder de dar **orientações e diretrizes** sobre o modo como os órgãos devem atuar, bem diferente de dar ordens e instruções.

Imaginemos que o ministro da saúde acha necessário criar mais farmácias, ele não pode ordenar que o presidente do *Infarmed* o faça, mas pode informar-lhe dessa opinião e dizer que deveria privilegiar decisões que possam combater esta falha.

A propósito do poder de superintendência, o Tiaguinho aproveitou para dizer que no **artigo 9º** da LQIP, não se deveria falar em membro do governo, mas de ministro e deveria ser ministro da superintendência e da tutela, e não só tutela.

O poder de superintendência, previsto no **artigo 42º** da LQIP, é mais ténue que o poder hierárquico porque tem de reconhecer autonomia a uma pessoa diferente do estado com órgãos e atribuições próprias.

É importante não confundir poder de superintendência com poder de supervisão. O primeiro é o poder que liga o ministro da tutela e os órgãos próprios dos institutos públicos ou das EPE, enquanto o segundo é um dos poderes dentro do poder hierárquico, pelo que só existe dentro de uma mesma pessoa coletiva.

Podere de Tutela

A tutela administrativa consiste no conjunto dos poderes de intervenção de uma pessoa coletiva pública na gestão de outra pessoa coletiva, a fim de assegurar a legalidade ou o mérito da sua atuação. A tutela administrativa, pressupõe, assim, duas pessoas coletivas distintas: a tutelar e a tutelada.

O poder de tutela, previsto pelo **artigo 41º**, subdivide-se em **cinco tipos**.

Tutela integrativa

- Consiste no **poder de autorizar ou aprovar os atos da entidade tutelada**. Qual a diferença que separa a autorização da aprovação?
- Quando um ato está sujeito a autorização tutelar, isso significa que a entidade tutelada não pode praticar o ato sem que primeiro obtenha a devida autorização. Se o ato está sujeito a aprovação tutelar, isso significa que a entidade tutelada pode praticar o ato antes de obter a aprovação, mas não pode pô-lo em prática, não pode executá-lo, sem que ele esteja devidamente aprovado.
- **EXEMPLO**: aprovar a lei de orçamento.

Tutela inspetiva

- É a possibilidade de fazer inspeções à atividade dos órgãos dos institutos públicos para perceber o modo como estes estão a atuar e avaliar se essa situação está de acordo com a lei.
- Por outras palavras, é o poder de fiscalização dos órgãos, serviços, documentos e contas da entidade tutelada. Em suma, é o poder de fiscalização da organização e funcionamento da entidade tutelada.

Tutela sancionatória

- É o poder de aplicar sanções por irregularidades que tenham sido detetadas na entidade tutelada. Daí que esta tutela esteja relacionada com a anterior. Em princípio uma implica a outra, porque não fazem sentido separadas.

Tutela revogatória

- é o poder de revogar os atos administrativos praticados pela entidade tutelada. Este poder só existe excepcionalmente na tutela administrativa.
- é o poder mais relevante, pois é o poder que permite ao ministro da tutela revogar os atos praticados pelos institutos públicos.

Tutela substitutiva

- é o poder da entidade tutelar de suprir as omissões da entidade tutelada, praticando, em vez dela e por conta dela, os atos que forem legalmente devidos.
- o ministro só se substitui a um órgão de um instituto público num caso extremo de inércia muito grave.

A tutela mais importante para os cidadãos é a tutela revogatória, pois o particular pode recorrer para o ministro e este alterar a ação do órgão do instituto público. Só faz sentido o particular recorrer ao ministro caso este tenha poder de tutela revogatória, caso contrário, o ministro não poderá reagir à decisão sobre a qual o particular recorre.

Pode dar-se o caso de um ministro poder exercer apenas alguns destes tipos dependendo do que está na lei. Cumpre saber que existe um princípio geral da maior importância em matéria de tutela administrativa: **a tutela administrativa não se presume**, pelo que só existe quando a lei expressamente o prevê e nos precisos termos em que a lei estabelecer. Só existirá se estiver prevista na lei a tutela entre um ministro em concreto e um instituto em concreto.

É importante perceber qual é a finalidade admissível para o exercício de cada um destes poderes de tutela. Imaginemos o caso em que, no âmbito da tutela inspetiva, o ministro decide abrir uma inspeção sobre o último ano de um determinado instituto porque recebeu uma denúncia acerca de diversas ilegalidades. Ou um segundo caso em que a denúncia não era acerca da legalidade, mas sim acerca do interesse público prosseguido. Será que o ministro pode exercer os seus poderes de tutela em ambos os casos?

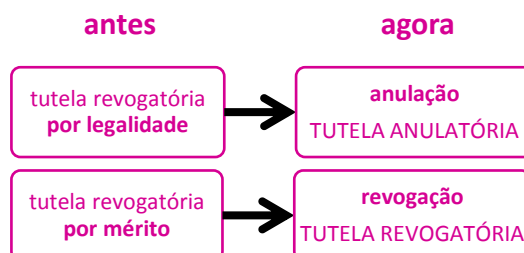
Os cinco poderes de tutela podem ver a sua finalidade condicionada a um de dois cenários: ou estão limitados à **verificação da legalidade** ou podem **verificar tanto a legalidade como o mérito**. O mérito é a avaliação do interesse público.

No primeiro caso, **tutela de legalidade**, não está em causa a avaliação do que é melhor ou pior para o interesse público, mas apurar se a decisão é conforme à lei. No segundo caso, **tutela de mérito**, avalia-se se a decisão é conveniente ou inconveniente, oportuna ou inoportuna, correta ou incorreta para a prossecução do interesse público.

Assim sendo, chegamos à conclusão de que cada ministro pode ter vários tipos de tutela e esta pode ser mais ou menos ampla.

Se o ministro só tiver poder de tutela de legalidade, mas entender que o interesse público prosseguido não foi o mais adequado, poderá, através do poder de superintendência, orientar a ação do conselho diretivo no sentido que crê ser o melhor.

Até há 2 anos, usava-se a expressão “revogação” quer o fundamento da revogação fosse a ilegalidade do ato, quer fosse uma questão de mérito. Ambos os casos seriam de tutela revogatória. No novo CPA, passamos a ter duas expressões diferentes, anulação se for uma questão de legalidade e revogação se for uma questão de mérito.



O artigo 41º da LQIP prevê ainda a **tutela conjunta**. Por vezes, há institutos que estão sujeitos a tutela de dois membros do governo, outras vezes a tutela conjunta só vigora em alguns atos.

Resta acrescentar que se for recurso hierárquico, pressupõe-se a existência ambas as tutelas, anulatória (por legalidade) e revogatória (por mérito) e se for recurso para o ministro, é necessário clarificar em qual das tutelas devemos enquadrar em cada caso. No entanto, partimos do princípio que o ministro que pode revogar também pode anular. Se pode por mérito também poderá por legalidade porque a revogação é mais intensa e gravosa que a mera anulação.

O problema está nos atos legislativos anteriores a esta alteração terminológica. O professor Freitas do Amaral ignora esta nova lei.

Empresas Públicas

As **empresas públicas** são pessoas coletivas diferentes do Estado com vertente empresarial. São, segundo o Professor Freitas do Amaral, organizações económicas de fim lucrativo, criadas e controladas por entidades jurídicas públicas. A empresa pública tem carácter público por uma de duas razões:

- ➔ A empresa pública **pode ter maioria de capitais públicos**: neste caso, o financiamento inicial, que serve para formar o capital da empresa, é público; e, tratando-se de empresas públicas estaduais, os capitais vêm do próprio Estado.
- ➔ Em alternativa, se o Estado ou outras entidades públicas não detêm a maioria do capital, mas possuem direitos especiais de controlo, exercendo uma **influência dominante** sobre a empresa pública.

Na prática, a situação mais frequente é que as duas características coincidam: o Estado, ou outras entidades públicas, possuem a maioria do capital e, por isso mesmo, controlam os órgãos de administração e fiscalização da empresa.

As Empresas Públicas subdividem-se em **sociedades anónimas (S.A)** que revestem forma jurídica privada sob a forma de sociedades, e em **entidades públicas empresariais (E.P.E)** que revestem forma jurídica pública, sendo-lhe aplicado direito público. O Tiaguinho duvida da inserção das E.P.E na administração indireta do Estado.

O atual estatuto das empresas públicas, DL 133/2013, traduziu um importante reforço dos poderes de intervenção do Governo e, em especial, do Ministérios das Finanças na vida das empresas públicas.

Até 2013, toda a doutrina concordava que a administração indireta era formada por pessoas coletivas criadas por ato legislativo, com órgãos e serviços e com um ministro da tutela. Isto significava que as sociedades anónimas não estavam incluídas na administração indireta do Estado, porque não eram criadas por decreto lei, mas sim por escritura pública, sendo sujeitos privados, e não sujeitas ao poder de tutela e de superintendência do Estado. Desta forma, o Estado relacionava-se com estas por meio do direito privado e não como pessoa coletiva pública. Já as entidades públicas empresarias, são criadas por atos legislativos, tal como os institutos público, e até 2013 estavam sujeitas ao poder de superintendência.

DL 133/2013 – “espécie de lei-quadro das empresas públicas”

O legislador estabeleceu as regras padrão dos institutos públicos através de uma lei-quadro, como analisamos anteriormente. No que diz respeito às Empresas Públicas o mesmo não foi feito. No entanto, existe o **DL 133/2013** que trata desta matéria sendo uma “espécie de lei quadro de empresas públicas”.

O **artigo 5º** tem como epigrafe Empresas Públicas, mas na realidade fala das sociedades anónimas. O legislador define como empresas públicas, aquilo que o Tiaguinho diz corresponder à definição de **sociedades anónimas**. As sociedades anónimas são, então, “organizações empresariais constituídas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante, nos termos do presente decreto-lei”.

A matéria respeitante às **entidades públicas empresariais (EPE)** vem prevista no **artigo 56º e ss.** O artigo 56º dá-nos uma definição do conceito, sob a epigrafe Noção: “São entidades públicas empresariais as pessoas coletivas de direito público, com natureza empresarial, criadas pelo Estado para prossecução dos seus fins, as quais se regem pelas disposições do presente capítulo e, subsidiariamente, pelas restantes normas do presente decreto-lei.”

As empresas públicas relacionam-se com o ministro porque o Estado é o acionista maioritário, não sendo a relação motivada por poderes de superintendência e de tutela como encontramos no caso dos institutos públicos. O professor Freitas do Amaral e o Tiaguinho enquadram as empresas públicas na administração indireta do Estado, mas não têm fundamento legislativo porque a norma que sujeitava as EPE aos poderes de superintendência e de tutela desapareceu.

Esta lei tem disposições que antes só se aplicavam às SA, mas como as EPE deixaram de estar sujeitas aos poderes de superintendência e de tutela passaram a ser abrangidas também. Referimo-nos neste sentido aos **artigos 24º, 37º e 38º**.

Se as EPE antes se identificavam com os institutos públicos, por estarem sujeitas aos poderes de superintendência e de tutela, divergindo destes apenas pela sua natureza empresarial, depois da nova lei passaram a confundir-se com as SA. Razão esta que leva o Tiaguinho a considerar mais sensato extinguir o conceito de EPE numa próxima revisão.

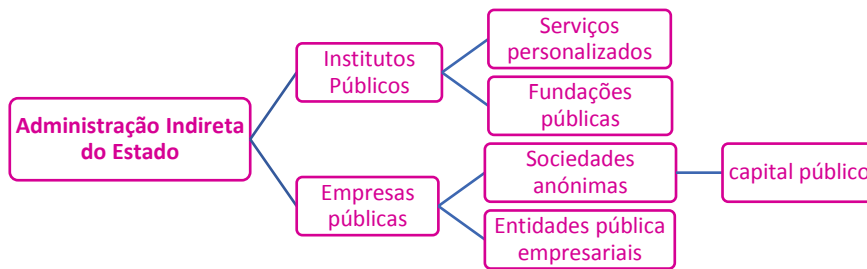
O **artigo 24º** fala do poder de dar orientações estratégicas e setoriais, sendo uma “espécie de poder superintendência”, mas é um modo diferente de tratar a questão. O mesmo se pode dizer do **artigo 38º b)** “definição dos objetivos e resultados a alcançar”.

O Professor Freitas do Amaral defende que existem indícios suficientes para considerar as EPE como parte da administração indireta do Estado, porque os poderes previstos aos acionistas são muito semelhantes aos poderes de superintendência. Em relação aos poderes de tutela também temos de dizer que não existem em concreto, mas há normas que se assemelham, caso do artigo **25º nº5**. Sendo, então, preciso um cuidado muito especial para perceber como é que o Estado intervém na atuação das entidades públicas empresariais.

O Tiaguinho acha que estamos numa situação de indefinição acerca da existência das EPE como administração indireta porque a lei quadro já não usa essa terminologia, mas os estatutos ainda o fazem.

Para concluir o tema da administração indireta, temos de salvaguardar que os poderes do Estado perante esta são, com ressalva da situação anteriormente exposta, de superintendência e de tutela. O Estado não ter poderes hierárquicos neste âmbito apenas significa que os recursos são tutelares em vez de hierárquicos, o que não implica que não exista uma hierarquia dentro da administração.

Então temos:



Neste processo de afastamento face ao Estado, face ao governo, passamos agora para o terceiro tipo de administração, a Administração Autónoma do Estado.

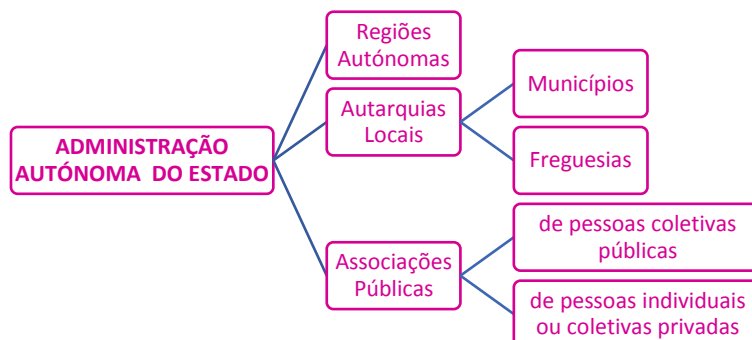
ADMINISTRAÇÃO AUTÓNOMA DO ESTADO

A **administração autónoma** compreende pessoas coletivas diferentes do Estado que prosseguem interesses públicos próprios e por isso se dirigem a si mesmas, definindo com independência a orientação das suas atividades, sem sujeição a hierarquia ou a superintendência do Governo.

A administração autónoma prossegue, deste modo, interesses públicos próprios, ao contrário da administração indireta que, por prosseguir atribuições do Estado, prossegue fins alheios. A administração autónoma apresenta-se como um fenómeno de autoadministração definindo com independência a orientação das suas atividades.

O único poder que o governo pode exercer sobre a administração autónoma é o **poder de tutela**, que como veremos, é um mero poder de fiscalização ou controlo, que não permite dirigir nem orientar as entidades a ele submetidas.

A **administração autónoma do Estado** subdivide-se em **regiões autónomas**, **autarquias locais** e **associações públicas**. Sendo as primeiras duas pessoas coletivas de população e território, enquanto que a última é de tipo associativo.



Os poderes que o Estado exerce sobre estas pessoas coletivas são mais ténues que nos outros casos já estudados. No que toca às regiões autónomas e autárquicas, por exemplo, os poderes do Estado são ainda mais reduzidos devido à legitimidade democrática dos órgãos destas pessoas coletivas.

Regiões Autónomas

As **regiões autónomas** têm poderes legislativos, através das Assembleias Legislativas Regionais, e poderes administrativos, através do governo regional e dos secretários regionais. As secretarias regionais são uma espécie de ministérios das regiões autónomas e também estão sujeitas ao poder hierárquico, sendo de certa forma, uma réplica daquilo que se passa com o Estado. A diferença é que a legitimidade democrática do governo regional faz com que não haja lugar a uma relação de direito administrativo dos órgãos regionais para com o Estado, não havendo superintendência ou tutela.

Autarquias locais

As **autarquias locais** são pessoas coletivas públicas de população e território, correspondentes aos agregados de residentes em diversas circunscrições do território nacional e que asseguram a prossecução dos interesses comuns resultantes da vizinhança mediante órgãos próprios, representativos dos respetivos habitantes.

As autarquias locais têm legitimidade democrática. Portugal tem uma tradição de grande autonomia do poder local muito antigo, quase tão consolidada como a própria administração central. A existência de autarquias locais no conjunto da Administração Pública portuguesa é um imperativo constitucional. Apesar de serem uma manifestação local, não deixam de ser criadas por ato legislativo da AR, como prevê o artigo **164º n) da CRP**.

O sistema português e autarquias locais compõem-se atualmente de **municípios**, autarquias concelhias, e **freguesias**, autarquias inframunicipais.

Freguesias são as autarquias locais que, dentro do território municipal, visam a prossecução de interesses próprios da população residente em cada circunscrição paroquial. Importa chamar a atenção para o facto de que “paróquia” é uma expressão sinónima de freguesia, tendo um sentido administrativo e não apenas religioso.

Os principais órgãos das freguesias são os seguintes:

- ➔ **Assembleia de Freguesia**, um órgão deliberativo e representativo dos habitantes
- ➔ **Junta de Freguesia**, é o corpo administrativo da freguesia
- ➔ **Presidente da Junta de Freguesia**, um órgão executivo

Nas eleições das freguesias só se vota para a um órgão, a **Assembleia de Freguesia**. Os eleitores elegem os membros da Assembleia de Freguesia, e estes, no âmbito da Assembleia elegem a **Junta de Freguesia**.

A Junta de Freguesia, sendo assim designada por eleição indireta, é constituída por um Presidente, a pessoa que tiver encabeçado a lista mais votada para a Assembleia de Freguesia, e por um certo número de vogais.

O **município**, por sua vez, é a autarquia local que visa a prossecução de interesses próprios da população residente na circunscrição concelhia mediante órgãos representativos por ela eleitos.

São três os órgãos dos municípios:

- **Assembleia Municipal**, órgão deliberativo;
- **Câmara Municipal**, órgão executivo;
- **Presidente da Câmara Municipal**, órgão executivo.

Os órgãos deliberativos são os órgãos que tomam as grandes decisões de fundo e marcam a orientação ou definem o rumo a seguir pela entidade a que pertencem. São os órgãos colegiais amplos. Por sua vez, os órgãos executivos são os que aplicam essas orientações no dia-a-dia, encarregando-se da gestão corrente dos assuntos compreendidos nas atribuições da pessoa coletiva, são os órgãos colegiais restritos e os órgãos singulares.

Nos municípios votamos para dois órgãos, a **Assembleia Municipal** e a **Câmara Municipal**. Os membros eleitos para estes órgãos, ficam nesse mesmo órgão, não “andam a saltitar”. A constituição da Câmara Municipal decorre diretamente das eleições: o número um da lista que vence fica como **Presidente da Câmara** e os restantes eleitos são os **vereadores**.

Cada vereador, à semelhança daquilo que acontece com os ministros, fica com uma área temática, um **pelouro**. Genericamente os vereadores não têm competências próprias, o que fazem é propor à câmara a tomada de decisões.

No entanto, há vereadores a quem não são atribuídos pelouros, tarefas, responsabilidades. Os vereadores sem pelouros atribuídos exercem apenas uma atividade política de apresentação de propostas e fiscalização da atuação tanto do Presidente da Câmara, como dos outros vereadores, questionando as suas decisões e apresentando alternativas, em suma representam quem os elegeu. No entanto, não têm uma atuação constante, ao contrário dos outros vereadores.

As competências dos vários órgãos municipais estão previstas numa lei e são iguais para todos os municípios, nomeadamente no que toca às suas atribuições.

Dentro destas pessoas coletivas há relações hierárquicas. O Presidente da Câmara é superior hierárquico de toda a administração camarária. No entanto, o mais relevante aqui é perceber quais os poderes do Governo sobre o poder local, mas a este tema regressaremos mais à frente.

Em suma, as autarquias locais (municípios e freguesias) são pessoas coletivas públicas, criadas por ato legislativo, têm um âmbito territorial definido e prosseguem os interesses próprios dos cidadãos na sua circunscrição territorial. São as pessoas coletivas com maior legitimidade democrática.

Associações Públicas

As **Associações Públicas** são pessoas coletivas públicas, de tipo associativo, destinadas a assegurar autonomamente a prossecução de determinados interesses públicos pertencentes a um grupo de pessoas se se organizam com esse fim.

As Associações Públicas são pessoas coletivas públicas porque são criadas por uma entidade externa, o Estado, através de um ato legislativo, ao contrário das associações privadas que são criadas pelos próprios associados. É o Estado que dita o conteúdo dos estatutos e define as atribuições, as competências e os órgãos, ao abrigo do **artigo 165º s)** da CRP. Apesar das associações públicas se inserirem na administração autónoma por serem pessoas coletivas mais distantes do Estado, este tem um papel fundador e tem **poderes de tutela** sobre as mesmas.

Existem dois tipos de associações públicas, as **associações públicas de pessoas coletivas públicas** e as **associações públicas de pessoas individuais ou coletivas privadas**.

As **associações públicas de pessoas coletivas públicas** são aquelas em que os próprios membros são pessoas coletivas públicas. Resultam da associação, união ou federação de entidades públicas menores e, especialmente, de autarquias locais. **EXEMPLO:** Área metropolitana de Lisboa, cujos membros são os municípios de Lisboa e dos arredores de Lisboa; ou as comunidades intermunicipais, que associam vários municípios.

Nota: a Associação Municipal de Municípios, por sua vez, é uma associação privada porque não foi o Estado que a criou através de DL, foram os próprios municípios que tomaram a iniciativa e a criaram. Também as freguesias fizeram algo semelhante. Nestes casos, os membros podem desistir, saindo da associação. Como já vimos, **para estarmos dentro do domínio das associações públicas tem de ser o Estado a criá-las**.

As **associações públicas de pessoas individuais ou coletivas privadas** são aquelas em que os seus associados são entidades privadas. As **ordens profissionais** são comumente tidas como o paradigma das associações públicas. Não foram os advogados que se juntaram e decidiram criar a sua ordem, foi o Estado. Já, por exemplo, a associação dos jovens advogados é da sua própria iniciativa. O mesmo se passa com os sindicatos. Assim sendo, a primeira (ordem dos advogados) é uma associação pública e as últimas (associação dos jovens advogados e os sindicatos) são associações privadas.

Em todas as associações públicas de pessoas individuais, a lei entrega a uma associação de pessoas privadas, normalmente indivíduos, a prossecução de um interesse público destacado de uma entidade pública de fins múltiplos, *maxime* o Estado, e em parte coincidente com os interesses particulares desses mesmos sujeitos privados. Isto porque, perante as circunstâncias do caso, a lei reconhece que um certo interesse público será melhor prosseguido pelos particulares interessados, em regime de associação, e sob a direção de órgãos por si próprios eleitos, do que por um serviço integrado na administração direta do Estado.

As ordens profissionais estão sujeitas a um regime legal com traços característicos dos quais importa realçar o **privilégio da unicidade**, a **filiação ou inscrição obrigatória** e o **poder disciplinar**.

A unicidade impede a existência de outras associações públicas com os mesmos objetivos e com o mesmo âmbito de jurisdição, mas não inviabiliza outras associações com diferente âmbito territorial, nem muito menos, a existência de associações privadas paralelas para desempenhar funções de representação profissional, como os sindicatos. O privilégio da unicidade dita que exista uma ordem profissional para cada profissão.

Falamos em filiação ou inscrição obrigatória porque ser membro da ordem profissional não é uma opção, é obrigatório para que se exerça determinada profissão.

A ordem profissional, por ser criada pelo Estado, tem o poder de aplicar processos disciplinares a quem abusar da profissão. Isto é, exerce o poder disciplinar que vai até à interdição do exercício da atividade profissional, sendo a sua atuação legitimada pela lei. No caso das outras associações, as suas regras só se aplicam aos seus membros, não podendo ser impostas ao setor profissional.

EXEMPLO: Se alguém para exercer a advocacia tem de pertencer à ordem dos advogados e existe uma pessoa A que tem uma placa na varanda a dizer que é advogado, a ordem confronta-o e pode impedi-lo de exercer, já os outros advogados de uma associação privada qualquer não têm legitimidade para o fazer porque as suas regras não são imperativas ao setor profissional.

Os sindicatos são associações privadas que congregam indivíduos para a reivindicação dos seus interesses profissionais. O bastonário de uma ordem profissional não deve ter uma atitude sindicalista. A ordem serve para regular e verificar a atuação dos profissionais de uma mesma área, não para os relacionar com outras entidades. (crítica à bastonária da ordem dos enfermeiros e o polémico tema das especializações).

No caso dos advogados não há um sindicato, porque é uma profissão liberal que não se coaduna com a existência de contratos de trabalho. Só faria sentido se fosse um sindicato dos juristas das empresas, ou algo do género. Numa sociedade de advogados não seremos empregados dessa sociedade ou dos seus titulares, não temos um contrato de trabalho, somos profissionais liberais.

O Estado tem poderes de tutela sobre as ordens profissionais

O Estatuto da Ordem dos Advogados, no **artigo 227º** prevê a tutela de legalidade. Identifica o ministro da tutela como sendo o ministro da justiça e estabelece que a tutela é apenas de legalidade, não podendo o ministro da justiça exercer nenhuma tutela de mérito, apreciando apenas a legalidade e não a prossecução do interesse público.

O **artigo 45º** do **DL 2/2013**, trata da tutela do governo sobre as associações públicas profissionais. O **nº1** estabelece que as ordens profissionais não estão sujeitas à superintendência governamental, por fazerem parte da administração autónoma, nem à tutela de mérito. Já o **nº2** diz que estão sujeitas à mesma tutela de legalidade exercida sobre a administração autónoma territorial, as autarquias locais. O **nº3** fala da tutela inspetiva e sancionatória. O **nº5**, no âmbito da tutela de legalidade, estabelece que os regulamentos que versem sobre os estágios profissionais só produzam efeitos após a homologação da respetiva tutela, ou seja, após a aprovação do ministro da tutela integrativa de legalidade.

Na nossa constituição...

A organização administrativa, até agora analisada, vem plasmada no **artigo 199º CRP**. A norma da **alínea d)** do 199º deve ser lida em articulação com o **artigo 182º**. O **artigo 182º** é ponto de partida pois diz que o governo é sempre o órgão superior da administração pública. Em que medida? Que tipo de superioridade é que tem? A resposta está no 199.

O governo exerce...

- poderes hierárquicos sobre a administração direta;
- poderes de superintendência e de tutela sobre a administração indireta;
- poderes de tutela sobre a administração autónoma.

ADMINISTRAÇÃO INDEPENDENTE DO ESTADO

A ideia de um Estado regulador vem da existência de um Estado que regula os serviços públicos apesar de nem sempre participar neles. Pode ser meramente regulador, obrigando as entidades privadas a seguir determinadas regras.

É esta a diferença entre o Estado pré social e o Estado social, sendo que antes cada um se organizava como queria no setor privado e agora tem vindo a aumentar o número de **entidades reguladoras**, criadas com o propósito de fiscalizar a atuação das empresas nos vários domínios. Estamos agora numa fase transitória, em que o Estado já regula os setores, mas ainda não os abandonou. Ou seja, não é o único participante, já abriu portas aos privados regulando-os, mas não os autoriza a “jogar sozinhos”. Exemplo, o Estado regula os canais de televisão, mas ainda há canais públicos.

Nestas situações em que o Estado é ao mesmo tempo um autor e um regulador dos setores, podiam-se levantar questões de conflito de interesses. Para evitar que o Estado, através do governo, possa impor regras às entidades reguladoras, e que estas as apliquem em benefício do Governo, as entidades reguladoras têm de ter uma grande autonomia. Daí que os seus órgãos sejam nomeados pela AR para se ter a certeza de que os titulares dos órgãos não estão ligados ao Governo, que só pode intervir em situações extremas. A lei que regula as **entidades reguladoras independentes** é o **DL 67/2013**.

Na verdade, estas entidades reguladoras fazem parte da administração indireta, pois são institutos públicos que prosseguem atribuições do estado. No entanto, atuam num campo distinto, pois não prestam bens ou serviços aos cidadãos, mas regulam os mercados de forma livre, não podendo ser a sua atuação condicionada pelo governo, como nos demais institutos públicos. Isto está plasmado no **artigo 48º** da lei-quadro dos institutos públicos.

LEI QUADRO DAS ENTIDADES REGULADORES – LEI 67/2013

Esta lei não se aplica ao Banco de Portugal porque este está sujeito a uma legislação europeia, nem à entidade reguladora da comunicação social que também está sujeita a legislação específica, prestando contas à AR e não ao Governo, por ser um setor mais suspeito de poder haver um aproveitamento pelo Governo.

Artigo 3º - elenca as entidades reguladoras que existem no nosso país.

Artigo 6º - não há uma liberdade total para criar entidades reguladores, só podem ser criadas se existir um mercado que precise ser regulado, e se o legislador entender que esse mercado não está sujeito aos poderes hierárquicos do governo, para que não haja uma situação de submissão à direção do governo.

Artigo 7º - Também as entidades reguladoras, à semelhança dos institutos públicos, são criadas por ato legislativo, DL, que define as suas atribuições, órgãos e serviços.

Artigo 15º - elenca os órgãos obrigatórios das entidades reguladoras

O Tiaguinho acha estas entidades reguladoras não são verdadeiramente independentes por estarem adstritas por razões temáticas a um ministro.

Artigo 9º - ministério responsável – A epígrafe é, desde logo, enganadora porque quem é responsável são os órgãos e não os ministérios.

Artigo 45º - Independência – Epígrafe novamente enganadora, segundo o Tiaguinho. O **nº1** diz que a independência está no facto de não estarem sujeitas a poderes de superintendência ou tutela. No entanto, depois da vírgula a lei fala de exceções presentes nos artigos seguintes. No **nº2** confirma-se que não há poder de superintendência. Já quanto à questão da tutela não é assim tão simples.

No **nº3** fala-se no dever de a entidade reguladora responder a pedidos de informação do ministro; o **nº4** dá exemplo de um poder de tutela integrativa, pois os elementos estruturantes da entidade reguladora têm de ser aprovados previamente; também o **nº5** nos dá outro caso de tutela integrativa, a aprovação dos atos financeiros.

Esta tutela é de legalidade ou de mérito? A resposta está no **nº6** que fala em recusa dos atos com efeitos financeiros de uma entidade reguladora que, mesmo que não sejam ilegais, não são do interesse público. Concluímos, assim, que a tutela é revogatória e anulatória. O Tiaguinho diz que, desta feita, não há verdadeira independência. Segundo o **nº8**, há ainda atos que carecem, sob o ponto de vista dos estatutos, de aprovação, os atos com incidência patrimonial. Estas entidades têm mais ou menos independência consoante a maneira de atuar do ministro que pode ser mais ou menos interventivo.

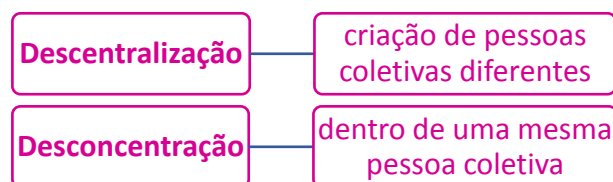
Artigo 17º, nº2 - Os membros do conselho de administração das entidades reguladoras são designados por resolução do conselho de ministros, tendo em conta a sua competência e experiência.

Artigo 20º, nº4 – Os membros dos órgãos das entidades reguladoras não são inamovíveis. Podem ser demitidos por resolução do conselho dos ministros, sendo necessária uma justificação. As justificações possíveis estão previstas no **nº5**.

Concluindo, não há poderes de superintendência ou tutela revogatória ou anulatória, mas há uma certa tutela no sentido anteriormente explicado.

De regresso aos conceitos de descentralização e desconcentração para clarificar/ fechar.

DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO ADMINISTRATIVA



Diz-se **centralizado** o sistema em que todas as atribuições administrativas de um dado país são por lei conferidas ao Estado, não existindo, portanto, quaisquer outras pessoas coletivas públicas incumbidas do exercício da função administrativa. Chamar-se-á, pelo contrário, **descentralizado** o sistema em que a função administrativa esteja confiada não apenas ao Estado, mas também a outras pessoas coletivas territoriais.

Estes são os conceitos no plano jurídico, conceitos puros, absolutos. No sentido político-administrativo, poderá haver mais ou menos descentralização, nunca é totalmente uma coisa ou outra.

Descentralização implica a **criação de outras pessoas coletivas diferentes do Estado**, implica migração de atribuições que deixam de ser do Estado. É o fenómeno que se observa no caso da administração indireta e da administração autónoma.

A descentralização garante as liberdades locais, servindo de base a um sistema pluralista de Administração Pública, que é por sua vez uma forma de limitação do poder político e limitação ao abuso do poder central. Proporciona a participação dos cidadãos nas tomadas de decisões públicas sobre problemas locais sobre os quais o poder central é muitas vezes insensível. Por fim, tem a vantagem de proporcionar, em princípio, soluções mais vantajosas do que a centralização, em termos de custo-eficácia.

Importante notar que deslocalizar os ministros da pessoa coletiva Estado não é descentralização. Criar mais ministérios não é descentralização, é um aumento dos órgãos dentro da mesma pessoa coletiva e não criação de mais pessoas coletivas. Existem dois tipos de descentralização:

- **Descentralização territorial** –É a descentralização territorial que dá origem à existência de autarquias locais, pessoas coletivas que têm um âmbito de atuação circunscrito a uma determinada zona territorial.
- **Descentralização material** – se, por outro lado, essas pessoas coletivas têm um âmbito de atuação nacional, a sua atuação abrange todo o território nacional, tal como o Estado o fazia antes desta nova pessoa ser criada, caso das entidades reguladoras ou do *Infarmed*.

Por outro lado, a **desconcentração**, como vimos anteriormente, ocorre **dentro de uma mesma pessoa coletiva**. Escolhemos uma pessoa coletiva em concreto e olhamos para a organização dos seus órgãos, serviços e competências. Se num município, por exemplo, todos os poderes são da câmara municipal, então há concentração de poderes. A desconcentração pode ser:

- **Desconcentração territorial**: quando os órgãos de uma determinada pessoa coletiva só têm poderes para uma determinada área territorial.
- **Desconcentração material**: quando os órgãos de uma determinada pessoa coletiva têm poderes no âmbito nacional.

Assim sendo, descentralização e desconcentração são conceitos independentes e um não implica o outro. Pode haver descentralização, isto é, muitas pessoas coletivas, que isto nada nos diz acerca da concentração ou a desconcentração dentro de cada uma das pessoas coletivas em concreto.

A descentralização é sempre originária. Começa no próprio legislador, pois é ele que decide criar mais ou menos pessoas coletivas. Também é possível haver descentralização através da passagem de atribuições da pessoa coletiva Estado para outras, o que não implica a criação de novas pessoas coletivas, mas transferência de atribuições.

Já no caso da desconcentração, esta pode ser um fenómeno criado pelo legislador, se a lei orgânica de um determinado ministério disser que algumas competências são do ministro e outras não, pelo que falamos em **desconcentração originária** porque decorre imediatamente da lei, que desde logo, reparte a competência entre o superior e os subalternos. Por outro lado, a desconcentração pode ser **derivada ou superveniente**, isto nos casos em que a atribuição de competências, embora carecendo de permissão legal expressa, não é uma decisão do legislador e só se efetiva mediante um ato específico praticado para o efeito pelo superior. Assim sendo, o próprio ministro pode delegar alguns poderes num secretário de estado ou num diretor geral, por exemplo. Pelo que a desconcentração derivada, se traduza, assim, na **delegação de poderes**.

Importante notar que tanto a desconcentração originária como a superveniente podem ser territoriais ou materiais. Uma classificação nada tem que ver com a outra. Enquanto a primeira tem que ver com a origem da distribuição dos poderes, a segunda tem que ver com o alcance da atuação dos órgãos em questão.

DELEGAÇÃO DE PODERES

Delegação de poderes é ato pelo qual um órgão da Administração, normalmente competente para decidir em determinada matéria, permite, de acordo com a lei, que outro órgão ou agente pratiquem atos administrativos sobre a mesma matéria.

Imaginemos que a lei atribui certas competências a um ministro que delega algumas destas a um diretor geral. A delegação é uma possibilidade, mas tem de ser autorizada pela lei. Supondo que a lei autoriza, o ministro é um **delegante** porque é quem delega, e o diretor geral que recebe as competências passa a chamar-se **delegado**. A esta relação chamamos **delegação de poderes**.

A **delegação de poderes** é um ato unilateral do delegante, as competências transferem-se automaticamente para o delegado sem que este tenha de as aceitar. No entanto, embora não as possa rejeitar, o delegado quando recebe os poderes pode subdelegá-los para o diretor de serviços, por exemplo. Assim sendo, o diretor geral passa a ser **subdelegante**. O diretor de serviços passa a ser **subdelegado**. A esta relação chamamos **subdelegação de poderes**. O legislador ainda permite um terceiro nível. Nesse sentido, o diretor de serviços poderia “subsubdelegar” para o chefe de secção.

Passando agora à análise do CPA. A linguagem utilizada no CPA denota a sua tecnicidade. O capítulo IV, artigos^o 44^o e ss. trata “**da delegação de poderes**”.

O **nº1 do artigo 44º** estipula os requisitos para que se verifique uma delegação de poderes: uma lei habilitante e um ato de delegação de poderes.

- ➔ Em primeiro lugar, é necessária uma lei que preveja expressamente a faculdade de um órgão delegar poderes noutra, a chamada **lei habilitante**.
- ➔ Um **Ato de delegação** – é a prática de um ato de delegação propriamente dito, isto é, o ato pelo qual o delegante concretiza a delegação dos seus poderes no delegado, permitindo-lhe a prática de certos atos na matéria sobre a qual é normalmente competente.

Esta possibilidade divide-se em duas: ou existe um órgão e um agente da mesma pessoa coletiva pública, ou existem dois órgãos de pessoas coletivas distintas, dos quais um seja o órgão normalmente competente, o delegante, e o outro, o órgão eventualmente competente, o delegado. O ministro pode delegar no seu diretor geral, que pertence à mesma pessoa coletiva Estado, mas pode também delegar, por exemplo, à Câmara Municipal que pertence à pessoa coletiva Município. É de notar que se pertencer à mesma pessoa coletiva, o delegado pode ser um órgão ou um agente, mas se for de outra pessoa coletiva, o delegado tem de ser um órgão.

Sobre o **Nº2**, o Tiaguinho acha que o legislador se esqueceu do exemplo mais paradigmático da delegação de poderes. Dentro da delegação de competências do Estado, o exemplo mais premente é o caso da delegação de competência dos ministros para os Secretários de Estado. Não é uma relação entre dois órgãos nem entre um órgão e um agente, porque pela definição do nº2, agente é alguém abrangido por um regime de subordinação jurídica e os Secretários de Estado não são nem órgãos administrativos, nem agentes no sentido definido pelo nº2. Por isso, ou falta uma norma a respeito destes casos ou então não deveria ser feita uma definição tão restritiva do conceito de agente ao ponto de os Secretários de Estado não caberem nela.

Os **Nº3** e **Nº4**, são **normas excecionais** que se aplicam apenas quando a matéria, que está a ser objeto de delegação, é um ato de menor importância, aquilo que chamamos **atos administrativos ordinários**. É para esses atos de menor importância que o legislador é mais leve nas exigências para poder haver delegação de competências. Isto traduz-se no facto de não ser exigida lei habilitante para essas situações. O delegante pode sempre delegar desde que queira, prescindindo-se da permissão legal. Os delegados destes casos, de acordo com o **nº3**, só podem ser três **(i) imediato inferior hierárquico, (ii) adjunto, (iii) substituto legal**. Por exemplo, no caso de um diretor geral, o seu imediato inferior hierárquico é o secretário de estado. O **nº4** aplica a mesma regra à delegação dos órgãos colegiais no seu presidente. O Tiaguinho acha que o 3 e o 4 podiam estar num só número porque preveem a mesma situação, mas para casos diferentes.

Chamam-se **atos de administração ordinária** todos os atos não definitivos (por exemplo, atos preparatórios e atos de execução), bem como os atos definitivos que sejam vinculados ou cuja discricionariedade não tenha significado ou alcance inovador na orientação geral da entidade pública a que pertence o órgão.

O **nº5** estipula que, se o ato for praticado pelo delegado, este ato é como se fosse praticado pelo delegante. Afastando, desde logo, o recurso hierárquico. A competência continua a ser do delegante, mesmo que exercida pelo delegado.

O **artigo 45º** trata dos **poderes indelegáveis**. Não pode ser delegado aquilo que a lei não prevê, salvo os casos das normas excecionais do nº3 e 4.

→ **Alínea a)** é indelegável a **globalidade dos poderes do delegante**. A lei quis impedir que o delegante delegasse todos os poderes e ficasse sem nada para fazer.

Para o Tiaguinho, a alínea a) devia ser uma norma enquadradora, pelo que seria mais próprio constar num manual de direito administrativo, do que no CPA.

- **Alínea b)** não podem ser objeto de delegação questões que dizem respeito aos delegados. Isto porque se verificaria um conflito de interesses. Seria inadmissível que o delegante investisse o delegado no poder de se autopunir. O Tiaguinho também acha que esta alínea não devia constar no CPA.
- **Alínea c)** O delegante não pode passar ao delegado poderes para um âmbito territorial que ele não tenha porque o delegado não pode exercer fora da sua área territorial. Não podemos ter, por exemplo, o diretor regional do Norte a exercer uma competência, que recebeu por delegação de poderes, de âmbito nacional. O Tiaguinho concorda penas com esta terceira alínea.

O **artigo 46º** prevê a **subdelegação de poderes**, isto é, o delegante pode autorizar o delegado a subdelegar as matérias que recebeu, sempre que não exista disposição legal em contrário. Neste caso, o delegado transforma-se em subdelegante e pratica um ato de subdelegação. O seu subdelegado pode subdelegar salvo reserva expressa do subdelegado ou delegante. A lei tem de dizer que não pode, caso contrário poderá subdelegar. Existe **reserva expressa**, quando os superiores dizem expressamente que o seu subdelegado não pode passar o poder a mais um nível de subdelegação. O regime das subdelegações é idêntico ao da delegação.

Nota importante: no primeiro degrau, **delegação**, é necessário a lei dizer que pode delegar, se nada disser não pode. Nos degraus seguintes, **subdelegação**, se não estiver proibido, está permitido.

“**salvo disposição legal em contrário**” – surge em diversos artigos ao longo de todo o CPA. Segundo o Tiaguinho, esta é uma ressalva meramente didática e não precisava de ser repetida porque, não sendo o CPA uma lei de valor reforçado, pode ser derogado por atos legislativos posteriores, sem que seja necessário que a lei o preveja.

Requisitos para os atos de delegação ou subdelegação

A delegação de competências não é meramente um ato interno de organização interna do trabalho. São atos administrativos com efeitos externos, que relevam do ponto de vista externo. A delegação tem de ser exteriorizada porque é importante para os particulares que têm de saber quem vai ser o órgão competente para receber os seus requerimentos. Os atos de delegação podem até ser impugnados.

Delegante – Nos termos do **artigo 47º**, nos atos de delegação ou subdelegação, devem os órgãos que delegam especificar os poderes ou competências que estão a transferir. Esta especificação pode ser feita por referência às matérias, às alíneas ou aos atos administrativos. Deve também mencionar a norma atributiva do poder delegado bem como a lei que permite a delegação em causa.

Assim sendo, o ato de delegação ou subdelegação, obriga o delegante a:

- Mostrar que tem os poderes
- Mostrar que os pode delegar
- Especificar o que pretende delegar

Delegado – Este irá praticar atos que decidem a pretensão dos particulares. O delegado deve, ao abrigo do **artigo 48º**, mencionar essa qualidade de delegado no uso da delegação ou subdelegação, isto é, quando o delegado ou subdelegado decidir, deve fazer uma menção expressa de que está a decidir, ou que é competente para tomar essa decisão, não porque a lei lhe concedeu esse poder, mas por meio de um ato de delegação de poderes. Isto para que o próprio particular possa fazer o controlo sobre a possibilidade dessa delegação ou subdelegação.

→ **Hipótese nº1** – o delegante delegou poderes no delegado, existindo um ato de delegação. O delegado praticou atos em nome dessa delegação, inferindo ou deferindo pretensões dos particulares, mas esqueceu-se de mencionar o ato de delegação. Se fizermos uma leitura estrita da norma, esse ato seria considerado inválido porque não cumpre a lei. No entanto, bastaria repetir o ato adicionando a menção em falta para o corrigir, daí que a doutrina e a jurisprudência tenham criado o **princípio do aproveitamento dos atos**.

Princípio do aproveitamento dos atos - se o ato existe, mas apenas se esqueceu da menção, a jurisprudência diz que é desproporcional considera-lo inválido. Apenas ficou ferido de uma irregularidade, mas é válido. (**nº2 do 48**)

→ **Hipótese nº2** – O suposto “delegado” pratica atos em nome de um ato de delegação que não existe. Neste caso, ele não menciona o ato não porque se esqueceu, mas porque este simplesmente não existe, não está publicado ou é inválido. Assim temos um ato praticado por um órgão incompetente, logo é inválido.

CONCLUSÃO: A falta de menção do ato não afeta a validade do ato, mas **a falta de menção motivada pela falta do ato de delegação torna-o inválido**.

A delegação de competência pode ser colocada sobre outras competências. Por baixo de um delegante e um delegado, podem estar um superior hierárquico e um subalterno, caso de ser um ministro e um diretor geral, por exemplo. Ou pode existir ainda uma relação de superintendência ou de superintendência e tutela. Estas relações têm regimes jurídicos próprios. No entanto, as delegações abstraem-se destas outras relações que nada interessam para o seu funcionamento. Não há, por isso, delegações mais fortes ou mais fracas. Os poderes dos delegantes são sempre iguais. “A relação delegante-delegado congela outras relações que existam entre estes órgãos”.

O **artigo 49º** trata dos **poderes do delegante**. O delegante tem a faculdade de avocação de casos concretos compreendidos no âmbito da delegação conferida; tem ainda o poder de dar diretivas ou instruções ao delegado, sobre o modo como deverão ser exercidos os poderes delegados e por fim, tem o poder de revogar ou anular atos praticados pelo delegado ao abrigo da delegação.

O **nº1** diz que o órgão delegante pode emitir diretivas ou instruções vinculativas para o delegado. Nesta medida, assemelha-se ao poder de superintendência por emitir diretivas e aos poderes hierárquicos por emitir instruções vinculativas. Isto leva-nos a crer que o delegante não pode dar ordens sobre como é que o delegado irá decidir o caso concreto, apenas condicionar como é que vai decidir um conjunto de casos em abstrato de um determinado tema, emitindo diretivas ou instruções gerais e abstratas.

O nº2 fala de quatro outros poderes do delegante sobre o subdelegado:

- Avocar – o exercício da competência
 - Anular (por questões de legalidade)
 - Revogar (por questões de mérito)
 - Substituir
- } o ato praticado pelo delegado

A grande diferença entre avocar e os outros três poderes é que estes últimos afetam o ato praticado pelo delegado, anulando-o, revogando-o ou substituindo-o à posteriori, enquanto que avocar é chamar a si o exercício da competência para aquele caso. O delegante pode avocar a si a competência que delegou, sem fazer cessar a delegação em geral. Isto acontece quando o delegado quer chamar a si uma decisão muito importante ou significativa que quer ser ele a tomar, sem pôr em causa a delegação existente que se mantém para os outros casos.

Anular e revogar são, como vimos, termos novos. A distinção tem que ver com o fundamento da revogação. Se o delegante considerar o ato ilegal, **anula-o**, e quando o considerar inconveniente, **revoga-o**. Ambos os casos têm uma competência destrutiva, fazendo desaparecer o ato. Se depois de fazer desaparecer o ato for necessário criar um novo que o substitua já falamos em **substituição** do ato praticado pelo delegado.

O delegante pode pôr em prática estes poderes por **iniciativa própria** depois de ter tomado conhecimento da conduta imprópria do delegado, ou por **recurso** de particular afetado por uma decisão administrativa.

O **artigo 50** prevê a **extinção do ato de delegação ou subdelegação**. Extinguem-se não os atos praticados pelos delegados ou subdelegados, mas o ato que delega as competências.

Há duas possibilidades:

- **Alínea a).** O ato de delegação pode, numa primeira hipótese, extinguir-se por anulação ou por revogação. Se o delegante delegou algo que a lei não permitia, o ato é inválido e a sua extinção dá-se por **anulação**. Se, não sendo o ato inválido, o delegado está a fazer um mau trabalho e o delegante está a ter muito trabalho com os recursos e por isso decide extinguir o ato por razões diferentes da legalidade, trata-se de uma **revogação** que pode ser **total ou parcial**. O delegante pode, em qualquer momento e sem necessidade de fundamentação, pôr termo à delegação. A delegação é, pois, um ato precário.
- **Alínea b).** A segunda hipótese é por **caducidade**. Não há nada que diga que a delegação não possa ter um certo prazo apenas para aligeirar as atividades do delegante. É possível que a delegação seja conferida apenas para a prática de um único ato, ou para ser usada unicamente durante certo período, praticado aquele ato ou decorrido este período, a delegação caduca. Embora o delegante não precise estabelecer prazos, visto que tem a possibilidade de depois anular ou revogar, não é proibido que o faça. Acontece é que atos com prazo são raros ou mesmo inexistentes, mas pode acontecer.

Não sendo a caducidade motivada pelo o fim de um prazo, podem ser dois os motivos: ou caducam por se esgotarem os efeitos, por fazerem sentido durante apenas um certo período de tempo (incêndios ou época balnear) e esse período termina; ou então a delegação caduca pela mudança dos titulares porque a delegação tem por base uma relação entre pessoas, logo se a pessoa sair.

Estas regras surgem porque o delegante é sempre o responsável pela totalidade da função. Por isso a lei permite-lhe delegar ou não delegar, delegar mais ou menos, manter ou extinguir a delegação, e orientar o exercício dos poderes postos a cargo do delegado.

Até este ponto falamos do funcionamento da administração pública. Falta passar para as entidades privadas que colaboram com a administração pública no exercício da atividade administrativa.

INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE INTERESSE PÚBLICO

Instituições particulares de interesse público são as entidades que não fazem parte da administração pública porque são privadas, no entanto colaboram com esta no exercício da atividade administrativa. São, assim, pessoas coletivas privadas que, por prosseguirem fins de interesse público, têm o dever de cooperar com a Administração Pública e ficam sujeitas, em parte, a um regime especial de Direito Administrativo.

Estas entidades dividem-se em dois: **pessoas coletivas de utilidade pública**, que não têm fins lucrativos e as **sociedades de interesse coletivo**, que têm fins lucrativos.

- As **pessoas coletivas de utilidade pública** vêm reguladas no **DL 460/77**. São as associações e fundações de direito privado que prossigam fins não lucrativos de interesse geral, cooperando com a Administração central ou local, em termos de merecerem da parte desta a declaração de “utilidade pública”. É o caso da fundação Calouste Gulbenkian, cujo interesse público prosseguido é o apoio à ciência, às artes, educação e cultura. Outros exemplos são creches, lares de idosos, as sopas dos pobres ou as associações de bombeiros voluntários.

Já as misericórdias devem, pelos seus fins, ser consideradas **instituições particulares de solidariedade social**. São as que se constituem para dar expressão organizada ao dever moral de solidariedade e de justiça entre os indivíduos. Nomeadamente para fins de apoio a crianças e jovens, apoio à família, integração social e comunitária, proteção na velhice e na invalidez, promoção da saúde ou educação.

- As **sociedades de interesse coletivo**, são empresas privadas, estas de fim lucrativo, que por exercerem poderes públicos ou estarem submetidas a uma fiscalização especial da Administração Pública, ficam sujeitas a um regime jurídico específico traçado pelo Direito Administrativo. É de realçar que a maior parte das empresas privadas não cabe nesta categoria. A título de exemplo, são sociedades de interesse coletivo, as empresas privadas que constroem e exploram as autoestradas ou os hospitais.

-- Fim do volume I do Manual de Direito Administrativo, Freitas do Amaral --

ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

O CPA fala em **17 princípios gerais entre os artigos 3º e 19º**, a maior parte deles são autoexplicativos, como o princípio da igualdade, proporcionalidade, imparcialidade ou boa fé. Vamos focar a nossa análise nos artigos 3º e 4º, o **princípio da legalidade** e o **princípio da proteção do interesse público** respetivamente, que balizam toda a atividade administrativa.

O **artigo 266 CRP** é o artigo base de toda a administração pública que evidencia o princípio da prossecução do interesse público no seu **nº1** e postula o princípio da legalidade no seu **nº2**.

NOTA: A matéria referente aos princípios deve ser estudada no Tomo I de Direito Administrativo Geral, Marcelo Rebelo de Sousa

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, artigo 3º CPA

A palavra **legalidade** aqui tem de ser vista numa perspetiva muito ampla, como sendo o respeito por tudo o que é jurídico. Alguns autores falam em “bloco de legalidade” ou em “princípio da juridicidade”, mas o Tiaguinho prefere que se use o termo legalidade, apenas com esta salvaguarda de ser um conceito muito abrangente.

Este princípio significa que a atividade administrativa tem de respeitar a lei. **A lei é o primeiro grande travão ou impacto da administração**. Sempre em mente a ideia de que respeitar a legalidade é muito mais do que respeitar a lei.

No caso de existir um conflito entre leis que devam ser respeitadas pela administração na prática dos seus atos, como a lei de um estatuto e a constituição por exemplo, o que deve fazer a administração confrontada com esta situação? Praticar o ato em desrespeito pela lei, mas em conformidade com a constituição ou praticá-lo de forma a respeitar a lei e violar a constituição? Há aqui uma nuance a ter em conta.

Esta situação faz lembrar a fiscalização da constitucionalidade por parte dos tribunais, (artigo 204º) que diz que se deve preferir a CRP recusando a aplicação de leis contrárias. O que acontece é que este artigo só se aplica aos tribunais e não aos órgãos da administração. A administração não pode fazer de “mini tribunal” e não aplicar a lei por a considerar inconstitucional, isto seria uma subversão total da hierarquia em Portugal. Nenhum diretor geral, ou de serviços ou até ministro tem legitimidade para avaliar a constitucionalidade das leis porque esta tarefa cabe sempre, e em todo o caso, ao Tribunal Constitucional.

Isto significa que a administração pública deve sempre aplicar as leis que estão em cima da mesa, mesmo quando duvide da constitucionalidade das mesmas porque não lhe compete nem tem fundamento levar a cabo esta tarefa.

Podemos dividir o princípio da legalidade em dois subprincípios:

- **Princípio da preferência de lei**
- **Princípio da reserva de lei**

PRINCÍPIO DA PREFERÊNCIA DE LEI

O princípio da preferência de lei diz que se vai preferir a lei ao ato da administração. Simplificando, o ato administrativo será ilegal sempre que não respeitar a lei. É vedado à administração contrariar o que está na lei e se o fizer incorre em atos ilegais e esses atos serão anulados pela administração ou pelos tribunais.

Fala-se muita vez em “lei como limite da administração”, mas esta expressão é insuficiente porque este princípio pressupõe que exista uma lei. Apenas essa ideia do limite pela lei não basta porque nem todos os domínios têm leis que os regule. Daí que tenha surgido o segundo subprincípio.

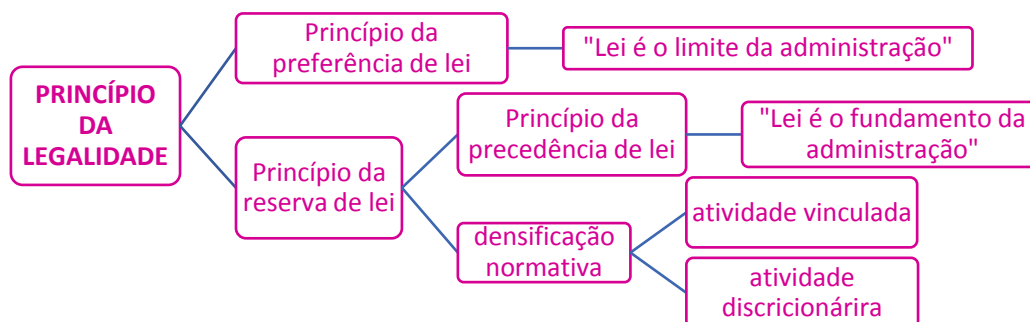
PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI

O princípio da reserva de lei diz que têm de existir leis sobre todas as matérias. O legislador, legitimado democraticamente, tem de tomar as suas decisões e criar regras gerais, dando espaço para a concretização dessas regras. Isto é, em primeiro lugar tem de entrar o legislador para estipular as regras gerais e, de seguida, vem a administração para concretizar estas mesmas leis.

Analogia da casa nova – os pais compram uma casa nova e dizem aos filhos que podem escolher livremente os seus quartos. Acontece que, como não estabeleceram qualquer regra, um dos filhos escolheu a cozinha como quarto. Como é que se evitaria esta situação? Os pais teriam de entrar primeiro e estipular quais as várias opções possíveis que os filhos teriam para escolher os seus quartos.

O princípio da reserva de lei subdivide-se noutros dois:

- **Princípio da precedência de lei** – significa que a lei já não é apenas o limite da administração, mas a base para a administração concretizar a sua atuação. Assim sendo, nos dias de hoje, faz mais sentido falar em “lei como fundamento da administração” e não “lei como limite da administração”.
- **Princípio da densificação normativa** – Não basta a exigência que todas as matérias tenham uma precedência de lei, é necessário que a lei tenha densificação normativa. Isto significa que o legislador não pode “cumprir calendário” criando leis vazias, genéricas e vagas, tem de ocupar o espaço com leis com conteúdo, isto é, com opções concretas para realmente regular a área em questão de forma exaustiva.



PRINCÍPIO DA PROSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS E INTERESSES PÚBLICOS, artigo 4º CPA

O Tiaguinho acha que a segunda parte deste artigo deveria fazer parte do artigo 3º. Sobrando assim uma pequena frase que diz muito pouco “Compete aos órgãos da Administração pública prosseguir o interesse público”. Este interesse público é aquilo que serve ao bem de todos. Mas quem é que define o interesse público? Lá chegaremos.

O próximo tema, discricionariedade e vinculação vem a propósito do princípio da legalidade, um dos dois eixos da administração, mais concretamente da sua subdivisão, densificação normativa.

DISCRICIONARIEDADE e VINCULAÇÃO

Faz parte essencial do direito administrativo. Embora seja muitas vezes visto como algo abusivo e criticável, o Tiaguinho acha que é apenas uma palavra técnica e não tem um significado pejorativo.

A densificação normativa é, como vimos, um princípio que obriga as normas legais a ter alguma substância, mas não nos diz quanta substância tem de ter. No limite, será uma apreciação que será feita casuisticamente. Pode haver leis com mais e outras com menos substância, isto é, que limitem a atuação da administração de uma forma mais ou menos intensa. Mais importante é perceber se a lei define totalmente o interesse público ali subjacente e não a sua intensidade.

Isto é muito importante porque se a lei o definir totalmente, a administração não tem de se preocupar com o interesse público no momento da aplicação da lei, porque este já está incorporado na legislação aplicável. Esta incorporação facilita a atuação administrativa que só tem de aplicar a lei ao caso concreto vistos os factos, sem fazer adaptações ou ponderações fundadas no interesse público. A essa atividade de juntar a lei aos factos chamamos **atividade vinculada**, porque a administração está vinculada aos critérios que a lei determinou.

Observemos o exemplo da atividade policial da Administração Pública através de contraordenações por excesso de velocidade.

- Em primeiro lugar, a administração não pode sequer aplicar uma contraordenação nem alta nem baixa se não houver lei (precedência normativa). Existindo uma lei, esta tem de conter critérios (densificação normativa). Em segundo lugar, a administração não pode ir além do que a lei diz.
- A primeira exigência, precedência normativa, observa-se porque existe o código da estrada, e esta tem densificação normativa porque a lei define as velocidades e os valores das multas que se aplicam para cada caso. O que é que a lei deixou à Administração Pública? O que pode esta fazer?

Neste caso, a atividade da administração é uma atividade vinculada e, portanto, o que tem de fazer é aplicar a lei, não tendo margem para fazer uma avaliação do que é melhor ou pior para o interesse público. Esta ponderação já foi feita pelo legislador quando fez a lei.

Concluímos, assim, que o legislador quis em determinadas matérias, como a fiscal, ser ele a ponderar o interesse público de tal maneira fechada que sujeita a administração a uma mera vinculação de aplicar factos sem margem de atuação.

No entanto, existem outros casos em que o legislador, apesar de cumprir a precedência da lei e de densificação normativa, propositadamente não define o interesse público, deixando várias hipóteses de atuação à administração. Isto não acontece por acaso ou por esquecimento, o legislador tem a intenção de deixar margem de manobra para a administração ponderar casuisticamente o interesse público.

Nestes casos em que o legislador dá espaço à administração para aplicar, caso a caso, consoante o interesse público prosseguido, a atividade da administração é uma **atividade discricionária**.

Imaginemos o exemplo do legislador que quer criar uma lei que ajude as pessoas com carência económica e percebe que há vários casos distintos, umas precisam de casa, outras de medicamento, outros de comida ou de roupa, existindo assim muitas formas de dar benefícios. O legislador tem duas hipóteses:

- ➔ Define que quem tem o rendimento abaixo de certo valor, recebe um subsídio de X, e nesse caso a administração tem uma atividade vinculada.
- ➔ Ou, percebendo que existem situações concretas que não seriam abrangidas caso fizesse uma lei assim fechada, considera mais justo dizer algo como “quem tiver em carência económica recebe um subsídio”, sem fixar o valor do rendimento ou do subsídio.

Quando o legislador utiliza conceitos indeterminados, fá-lo propositadamente para que seja possível adaptar a melhor solução a cada caso. Daí que utilize termos como “quem estiver em carência económica” em vez de “quem tem rendimento inferior a X euros” para que a administração, perante o caso concreto, estipule quem é que está em carência económica e qual o benefício mais apropriado.

Importante é notar que a atividade pode ser parcialmente vinculada e/ou parcialmente discricionária. Estas duas atividades não são opostas, aliás, na maior parte das atividades, há uma parte discricionária e uma parte vinculante. A discricionariedade não é melhor ou pior que a vinculação, depende das situações concretas.

Não é a administração que escolhe qual é a sua atuação, é o legislador aquando da feitura da lei que define ou não totalmente do interesse público, ditando se a administração tem ou não a tarefa de ponderar, perante um caso concreto.

As normas jurídicas dividem-se em duas partes: **previsão** e **estatuição**. A previsão define a situação, os factos perante os quais será aplicada a estatuição. A estatuição define o que é que acontece a quem completar os requisitos da previsão.

- ➔ Voltando ao caso da multa, a previsão seria, por exemplo, “quem ultrapassar a velocidade de 50km/h” e a estatuição será “pagará uma multa de 50€”. Já no caso do subsídio, a previsão seria algo como “quem estiver em carência económica”, com uma estatuição do género “receberá um subsidio”.

A discricionariedade estava associada apenas à estatuição da norma. Quando se falava em discricionariedade, falava-se na liberdade da administração pública ao aplicar a estatuição, isto é, a administração tinha possibilidade de decidir num ou noutro sentido. Posteriormente, percebeu-se que o verdadeiro objetivo da discricionariedade é dar à administração o poder de ponderar o interesse público no caso concreto, independentemente da estrutura da norma que exige essa ponderação. Hoje não há razão para se pensar que a discricionariedade está só na estatuição, exemplo disso é o já analisado caso da “carência económica” que é um conceito indeterminado que vai ser densificado pela administração ainda na fase da previsão.

O professor Freitas do Amaral não reconhece esta linha de pensamento, considerando que há espaço para existirem diferenças, chamando casos análogos ou conceitos afins no caso de estes estarem na previsão e não na estatuição.

O legislador pode conferir poderes discricionários ao administrador seja na previsão, seja na estatuição das normas legais. **A discricionariedade está nos conceitos indeterminados.** Como já foi dito anteriormente, podem existir normas parcialmente discricionárias e parcialmente vinculadas.

- ➔ Podem existir normas que tenham um conceito indeterminado na parte da previsão e uma vinculação na estatuição. **EXEMPLO:** quem estiver em carência económica tem direito a 300 euros de subsídio. Aqui nestes casos a administração pode escolher quem merece o apoio, mas depois esse apoio é igual para todos.
- ➔ O contrário, vinculação na previsão e conceito indeterminado na estatuição, também é possível. **EXEMPLO:** os desempregados com mais de 75 anos e nacionalidade portuguesa, terão um apoio social adequado. Nestes casos temos uma vinculação na previsão e discricionariedade na estatuição.

Terminologicamente falando, a discricionariedade não é atribuída às normas, não são normas discricionárias, são os atos administrativos que são discricionários.

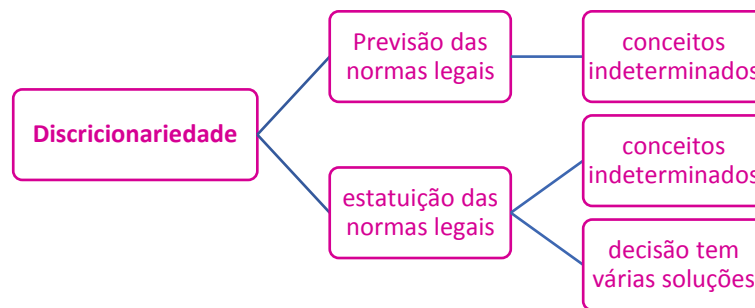
A própria expressão conceito indeterminado é ela indeterminada. A verdade é que a interpretação existe sempre para qualquer conceito. Seja para a atividade vinculada ou discricionária, a interpretação é inerente à atividade do administrador. A diferença é que a norma pode ser interpretada de uma forma direta, literal, por ser uma lei fechada, como “quem tiver a maioria”; ou então pode exigir uma atividade interpretativa mais complexa, obrigando a que se perceba o contexto, a lógica, a teologia e/ou o elemento histórico e sistemático, “carência económica”.

Por outro lado, às vezes há conceitos de muito difícil interpretação pela sua complexidade ou tecnicidade que não são indeterminados, simplesmente nem todas as pessoas sabem exatamente o que é. Nestes casos a atividade é vinculada na mesma, porque o conceito, apesar de ser complexo, é determinado. Portanto, é diferente o legislador usar conceitos de difícil interpretação que não implicam discricionariedade, de usar conceitos indeterminados que mesmo depois de interpretados, sobra uma certa margem de ponderação e preenchimento. A essência da discricionariedade é este preencher ou concretização do conceito indeterminado.

NOTA: A discricionariedade é algo que surge depois da interpretação da lei. Não faz sentido fazer referência à atividade interpretativa como parte da definição de discricionariedade.

Ainda assim, a discricionariedade não se reduz ao preenchimento de conceitos indeterminados, à chamada apreciação de conceitos indeterminados. Na previsão isto não acontece, mas nos casos de ser na estatuição, a discricionariedade pode estar também na decisão. Isto nas situações em que o órgão pode decidir a consequência, tendo em conta o melhor para o interesse público, perante o caso concreto. Nestas situações, a discricionariedade não tem que ver com conceitos indeterminados, tem só que ver com a solução adotada poder ter mais que uma possibilidade de alternativa na estatuição. Isto é, há discricionariedade quando há conceitos indeterminados ou quando a estatuição prevê soluções diferentes, todas possíveis.

Em esquema...



Consequências da existência da discricionariedade

O que realmente resulta da discricionariedade é a possibilidade de aplicar soluções diferentes, sem que nenhuma seja ilegal. No caso da vinculação, pelo contrário, só há uma opção aplicável, tal é a densidade normativa que só há uma solução legalmente admissível. Se, perante um caso desta natureza, a administração aplicar uma solução diferente daquela que a lei apresenta, está a praticar um ato administrativo ilegal.

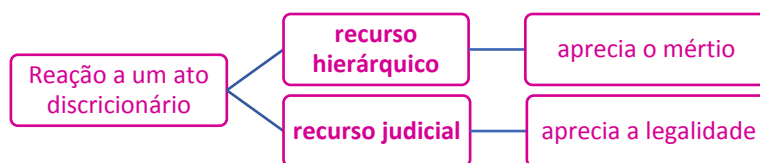
Regressando à discricionariedade, compreendemos que o legislador quis que fosse a administração a decidir, através do preenchimento do conceito indeterminado e da ponderação do que vai fazer perante o caso concreto, se os indivíduos cabem ou não na situação e conclua se deve ou não aplicar a estatuição prevista legalmente. Nesta modalidade, temos várias respostas possíveis que cumprem o princípio da legalidade.

O tribunal só pode julgar a legalidade e não a prossecução do interesse público. O juiz do interesse publico é, numa primeira análise, o legislador, e, depois, a administração. Se há discricionariedade, há varias opções legais e o tribunal não pode apreciar os atos discricionários porque não lhe compete decidir o que é bom ou mau para o interesse público. Os tribunais só aplicam a lei aos factos, se são todas opções legais, ele não pode dizer que é ilegal só porque não concorda que seja a melhor solução. Se os tribunais reapreciassem/revisitassem as decisões discricionárias já não era um exercício judicial, mas sim de dupla administração, como se fossem superiores hierárquicos, o que não pode de todo acontecer no nosso ordenamento porque os nossos tribunais só podem apreciar as decisões do ponto de vista da legalidade e não da prossecução do interesse público.

Assim sendo, a discricionariedade é uma grande confiança que o legislador dá à Administração Pública, entregando-lhe o poder de decidir o que é que é melhor ou pior para o interesse público. Por outro lado, é uma grande responsabilidade para a Administração porque aquilo que decidir é aquilo que se vai aplicar.

Perante uma decisão discricionária desfavorável ao interesse público, o que é que os particulares podem fazer?

Há sempre dois caminhos. Pode apresentar um recurso hierárquico para o superior hierárquico do autor do ato, para o ministro, por exemplo, se a decisão for tomada por um diretor geral. Ao abrigo deste recurso, o ministro vai apreciar o ato do ponto de vista do mérito. Ou então, como segunda alternativa, o particular pode recorrer para os tribunais para que estes apreciem a legalidade do ato.



Perante um ato discricionário e as várias opções legalmente admissíveis, pode a Administração escolher uma consoante o que lhe apetece, atirar moeda ao ar?

As pessoas exteriores à administração têm sempre de aceitar a decisão, é facto. No entanto, dentro da administração, quem preenche o conceito indeterminado tem obrigatoriamente de estudar a situação e escolher a melhor opção para a prossecução do interesse público, não podendo escolher ao calhas. A administração tem de escolher a melhor alternativa, tem o **dever de boa administração**.

Qual é a consequência da violação desse dever? Nem todas as sanções são individualizadas, o particular não pode recorrer aos tribunais porque é uma decisão discricionária e os tribunais só apreciam a legalidade, como vimos. Mas se tivermos um órgão que repetidamente toma decisões não adequadas, violando o seu dever, é muito possível que exista uma inspeção que leve à aplicação de sanções disciplinares pelo não cumprimento do interesse público.

Os atos discricionários podem, além da questão da prossecução do interesse público inerente à discricionariedade, conter ilegalidade associadas. Se, por exemplo um órgão que não tinha competência para praticar certo ato discricionário o faz, já se trata de uma questão de legalidade, logo já pode ser impugnado junto do tribunal. Concluimos assim que é possível pedir ao tribunal que avalie a competência do autor do ato e não a sua discricionariedade no sentido de prossecução do interesse público.

A discricionariedade pode ser vista por dois lados, ou pelo lado do legislador, particulares e tribunal ou do ponto de vista da administração.

No primeiro caso, diremos que a administração tem mais do que uma opção quando toma uma decisão, sendo que nestes casos pode ser uma entre várias ou uma entre duas, de acordo com o que a lei diz. Quando o legislador transfere poderes para administração permitindo que exerça poderes discricionários, este tem de estar confortável e aceitar mais do que uma opção como válida. (ponto de vista do legislador)

Do ponto de vista do particular, ele tem de estar preparado para aceitar uma das opções, e o mesmo se aplica ao tribunal, este tem de reconhecer que não pode revisitar a opção da administração se esta era uma das várias possíveis.

As três entidades, **legislador, particular e tribunal, têm de aceitar qualquer uma das opções legalmente válidas.**

Já do ponto de vista da administração, esta não pode escolher qualquer solução prevista sem um critério racional. Na verdade, a administração só pode escolher uma opção das várias, a melhor. O que acontece é que o legislador quer que seja a administração a escolher qual é essa melhor. A decisão administrativa tem de basear-se no **princípio da boa administração.**

PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO

O princípio da boa administração está no artigo 5º CPA. O Tiaguinho acha que este conceito não está bem definido no artigo 5º e que boa administração é exercer o melhor possível, é exercer da forma que melhor zele pelo interesse público.

A melhor definição é, segundo o Tiaguinho, a do professor Vieira de Andrade: “A discricionariedade não é uma liberdade, mas sim uma competência, uma tarefa, corresponde a uma função jurídica, a administração não é remetida para o arbítrio, ainda que prudente, não pode fundar na sua vontade as decisões que toma. A decisão administrativa (discricionária) tem de ser racional porque não pode ser fruto da emoção ou do capricho, mas mais do que isso, tem de corresponder à solução que melhor sirva o interesse público que a lei determinou.”

EXEMPLO: Norma, já não vigente: *“Sempre que o exigam circunstâncias excepcionais e urgentes de interesse público, o governador civil pode praticar todos os atos ou tomar tomas as providencias administrativas indispensáveis, solicitando, logo que lhe seja possível, a ratificação pelo órgão normalmente competente”* Esta norma tem muita amplitude ao nível discricionário. Tem discricionariedade na previsão pela presença de conceitos indeterminados que precisam ser preenchidos, “circunstancias excepcionais” e “circunstancias urgentes”, e também o tem na estatuição com conceitos indeterminados como “tudo o que for indispensável” e “logo que lhe seja possível”.

Muitos vezes a questão da prossecução do interesse público não é assim tão simples porque podem haver **interesses públicos contraditórios** entre si e por vezes, a administração tem de perceber pela lei qual é o que deve privilegiar quando toma as suas decisões.

EXEMPLO: Um município queria construir um túnel. Acontece que esse túnel ia sair muito perto de um museu que é património cultural. Existe uma lei que diz que num certo raio na área de lugares de interesse publico, é obrigatório um parecer favorável vinculativo do IGESPAR para que seja autorizada a construção. O que é que o IGESPAR tinha de contrabalançar? A saída do túnel que, por um lado, iria ser muito favorável aos particulares e ao escoamento do trânsito e, por outro lado, dificultava o acesso ao museu e a trepidação podia pôr em as obras de arte. No caso em questão, o IGESPAR deu um parecer negativo. Os responsáveis pelo túnel disseram que o parecer era inválido porque não tinha em conta o interesse público. Acontece que o único interesse que o IGESPAR tem de ter em conta é o interesse da proteção do património.

Neste sentido percebemos que o legislador, ao exigir o parecer do IGESPAR, deu prevalência ao interesse do patrimônio. Foi a defesa do patrimônio que o legislador definiu como é o interesse público último a prosseguir.

ELEMENTOS VINCULADOS EM ATOS DISCRICIONÁRIOS

Os atos administrativos não são só a decisão. A decisão é o “caroço”, é a essência do ato administrativo, que não pode ser avaliado ou julgado pelo tribunal. Mas existem outros elementos vinculados que compõem o ato administrativo discricionário, elementos obrigatórios que gravitam à volta do seu conteúdo. O seu não cumprimento configura um vício da decisão administrativa.



- ➔ **Competência** – Mesmo num ato discricionário, o legislador vincula determinado órgão, atribuindo-lhe poderes discricionários. Um ato praticado por um órgão incompetente é inválido.
- ➔ **Forma do ato** – A forma é o modo pelo qual se exterioriza ou manifesta a decisão voluntária em que o ato consiste. Não se deve confundir a forma do ato administrativo com a forma dos documentos em que se contenha a redução a escrito de atos administrativos.

Mesmo um ato discricionário está vinculado à forma legalmente exigida. O vício da forma, é o vício que consiste na preterição de formalidades essenciais ou na carência de forma legal. Isto significa que se a lei exigir determinada forma e essa não for respeitada, o tribunal vai dizer que o ato praticado é ilegal, é inválido.

- ➔ **Formalidades** – São os trâmites que a lei manda observar com vista a garantir a correta formação da decisão administrativa à luz do interesse público, bem como o respeito pelos direitos subjetivos e interesses legítimos dos particulares. A inobservância de formalidades repercute-se no ato administrativo gerando ilegalidade. Exemplos de formalidades:

Audiência prévia do particular – O projeto de decisão dos atos administrativos tem de ser enviado, salvo situações urgentes, ao particular que é o destinatário do ato, dando-lhe um prazo para se pronunciar sobre o projeto, tendo a oportunidade de se defender e até fazer com que o administrador altere a decisão final.

Fundamentação – A fundamentação de um ato administrativo consiste na enunciação explícita das razões que levaram o seu autor a praticar esse ato ou a dotá-lo de certo conteúdo.

Ao contrário do que se possa pensar, se existem atos que precisam ser fundamentados são principalmente os atos discricionários. É preciso explicar muito bem como é que se decidiu para justificar o interesse público prosseguido. Essa fundamentação tem de ser de facto e de direito, para afastar a ideia de arbitrariedade, pois possível que o tribunal anule um ato com base na falta de fundamentação.

Fim – Trata-se do **objetivo ou finalidade** a prosseguir através da prática do ato administrativo. A lei exige que o fim efetivamente prosseguido pelo órgão administrativo coincida com o fim legal, isto é, com o fim que a lei teve em vista ao conferir os poderes para a prática do ato. Por outras palavras, o fim do ato administrativo é aquele que o interesse público cuja realização o legislador pretende confere à Administração um determinado poder de agir.

O legislador atribui poderes discricionários para que a administração prossiga, o melhor possível, o interesse público perante os casos concretos. Incorre-se em **desvio do poder ou do fim** quando a administração usa os poderes que recebeu com uma finalidade diversa daquela que era a ideia do legislador quando os atribuiu, praticando o ato em violação do elemento vinculado fim. O critério prático para a determinação no fim do ato administrativo é o do motivo principalmente determinante.

O **desvio de poder** pressupõe, portanto, uma discrepância entre o fim legal e o fim real, aquele que foi efetivamente prosseguido pelo órgão administrativo. Para determinar a existência deste vício temos de proceder a três passos:

- Apurar qual o fim visado pela lei ao conferir a certo órgão administrativo um determinado poder discricionário (fim legal);
- Averiguar qual o motivo principalmente determinante da prática do ato administrativo em causa (fim real);
- Determinar se este motivo principalmente determinante condiz ou não com aquele fim legalmente estabelecido. Se houver coincidência, o ato será legal e, portanto, válido. Se, pelo contrário, não houver coincidência, o ato será ilegal por desvio de poder e, portanto, inválido.

O desvio do poder pode ser para prosseguir **outros fins de interesse público** ou **outros fins de interesse privado**. Se o ato praticado prosseguir outros fins públicos, é anulável e o vício sana-se decorrido o prazo de um ano. No caso de o fim prosseguido ser privado, a situação é mais grave e implica a nulidade do ato, não havendo prazo para o vício ser sanado. Este segundo cenário é o aplicável aos casos de corrupção, por exemplo, e gera nulidade, **161 nº2 e**).

Este vício, desvio do poder ou de fim, só é relevante nos casos em que a administração tem várias opções de escolha, isto é, só faz sentido num ato administrativo discricionário. Perante os atos vinculados é irrelevante a razão por trás da decisão, pelo menos do ponto de vista da validade do ato, porque a lei vincula a administração a uma só hipótese legal.

→ **Vícios da Vontade** – O que se passa é que falta um requisito de validade que a lei exige, qual seja o de que os atos jurídicos da Administração provenham de uma vontade esclarecida e livre. São vários os vícios possíveis associados à vontade que impedem a correta ponderação do interesse público, gerando a invalidade do ato administrativo discricionário.

Erro – Imaginemos um ato discricionário que foi praticado com base num **erro**, numa recolha de informações falsa. Neste caso, o órgão estava errado sobre os pressupostos de facto, ou porque se enganou ou porque foi enganado, havendo uma decisão baseada em factos que não correspondem à realidade.

Mesmo desfeito este equívoco e anulado o ato, pode ser praticado um novo ato com o mesmo conteúdo, a única coisa que o órgão tem de fazer é alterar a fundamentação. O erro pode ser sobre os factos, ou sobre o direito se, por exemplo, for usada uma legislação que já não vigora.

Incapacidade acidental – A liberdade de decidir foi viciada pelas condições em que toma a decisão. Ou seja, quem tomou a decisão estava com o raciocínio toldado por alguma razão. O exemplo paradigmático é a embriaguez.

Coação – Quando a decisão não é tomada em liberdade. Pode ser física ou moral.

Também os vícios da vontade só são relevantes nos atos discricionários. Não que seja indiferente saber se existem vícios, mas porque estes não alteram a decisão final, ou seja, com vício ou sem vício, o ato vinculado será válido ou inválido apenas devido à sua conformidade com a lei.

Violação de lei – Todas as opções anteriores são, no fundo, violações da lei, no entanto, neste ponto queremos definir violação de lei como o vício que consiste na discrepância entre o conteúdo ou o objeto do ato e as normas jurídicas que lhes são aplicáveis.

Antes este vício só era associado ao exercício de poderes vinculados, em que a Administração decida coisa diversa do que a lei estabelece ou nada decida quando a lei mande decidir algo. Porém, veio a reconhecer-se que também no exercício de poderes discricionário pode ocorrer um vício de violação de lei.

Em que circunstâncias? Estamos perante violação de lei no exercício de poderes discricionários quando sejam infringidos os princípios gerais que limitam ou condicionam, e forma genérica, a discricionariedade administrativa, designadamente os princípios constitucionais e legais que vinculam toda a

administração. São eles, por exemplo, o princípio da igualdade, o princípio da boa fé, da imparcialidade, da justiça ou da proporcionalidade. O ato pode ser anulado, por violação do princípio da igualdade, por exemplo, se se demonstrar que em situações iguais forma tomadas decisões distintas.

Os atos administrativos discricionários são, como vimos, imunes à intervenção judicial, no sentido em que o tribunal não pode alterar o seu núcleo, a essência da discricionariedade. No entanto, estes atos são muito complexos e incluem vários elementos vinculados que se não forem respeitados podem gerar a anulação do ato pelo tribunal. Ou seja, o tribunal não pode anular o ato com base da discricionariedade, mas pode fazê-lo se este não cumprir algum dos elementos vinculados exigidos.

O Tiaguinho falou ainda de “mitos urbanos” que acabamos de desmentir:

- “A discricionariedade é um poder livre da administração – a ideia de ato como bairro problemático onde a polícia (lei) não entra”.
- “Na discricionariedade todas as escolhas são admissíveis”
- “Só há discricionariedade na estatuição da norma”
- “Toda a interpretação de conceitos é discricionariedade”
- “Na discricionariedade não há controlo judicial”

--Início do volume II do Manual de Direito Administrativo do Freitas do Amaral --

MARCHA DO PROCEDIMENTO

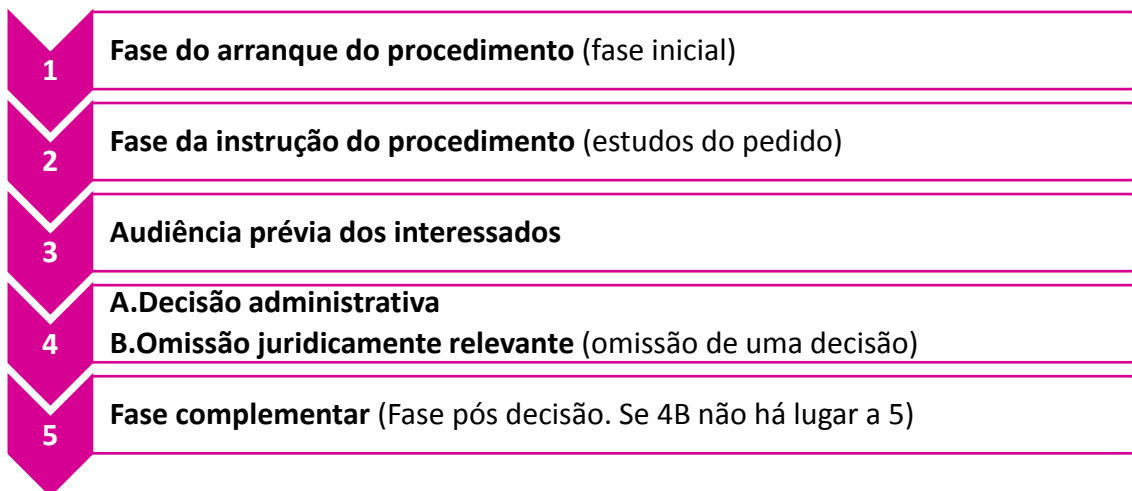
A atividade administrativa, sobre cada assunto, começa num determinado ponto e depois caminha por fases, desenrola-se de acordo com um certo modelo, avança pela prática de atos que se encadeiam uns nos outros, e pela observância de certos trâmites, de certas formalidades e de certos prazos, que se sucedem numa determinada sequência. Chama-se a esta sequência procedimento administrativo.

Podemos então definir o **procedimento administrativo ou marcha do procedimento** como a sequência juridicamente ordenada de atos e formalidades tendente à preparação e exteriorização da prática de um ato da Administração.

A regulamentação jurídica do procedimento administrativo visa, por um lado, garantir a melhor ponderação da decisão a tomar à luz da lei e do interesse público e, por outro, assegurar o respeito pelos direitos e interesses legítimos dos particulares. Nessa medida, as normas que regulam o procedimento administrativo procuram conciliar as exigências do interesse coletivo com as exigências legítimas dos interesses individuais.

Importa não confundir o procedimento administrativo com o processo administrativo. O procedimento é, como já foi dito, uma sequência ou sucessão de atos e formalidades, já o processo é o conjunto de documentos em que se traduzem os atos e formalidades que integram o procedimento.

Depois de apresentado à Administração, com a esperança de que esta defira a decisão, o requerimento percorre cinco etapas de marcha do procedimento que vem prevista no capítulo II do CPA – Procedimento administrativo.



PRAZOS PROCEDIMENTAIS

O prazo entre a entrada do requerimento e a tomada de decisão é, geralmente, de 90 dias. Dentro desse procedimento, o **artigo 86º** fixa o prazo geral de 10 dias para as fases intermédias procedimentais. Os prazos administrativos contam-se apenas em dias úteis, ao contrário dos prazos judiciais, e começam a contar no dia a seguir à notificação, como se lê no **artigo 87º**. O **artigo 88º** fala na dilação dos prazos.

FASE 1 – FASE INICIAL – ARRANQUE DO PROCEDIMENTO

Na fase inicial temos duas alternativas: **procedimentos desencadeados por iniciativa dos particulares**, por exemplo, procedimentos abertos mediante requerimento para obter uma autorização, uma licença, uma pensão, um subsídio, um empréstimo, ou **procedimentos que a Administração toma a iniciativa de desencadear**, por exemplo, o procedimento destinado à realização de uma obra pública, a abertura de um concurso para preencher lugares vagos nos quadros do funcionalismo ou os processos disciplinares.

Esta alternativa da iniciativa vem prevista no **artigo 53º**, quando prevê que o procedimento arranque “oficiosamente” fala da iniciativa da administração, e quando diz que arranca por “solicitação dos interessados” refere-se à iniciativa dos particulares.

Se é a Administração que inicia o procedimento, através de um ato interno, deverá comunicá-lo às pessoas cujos direitos ou interesses legalmente protegidos possam ser lesados pelos atos a praticar no decurso do procedimento e que possam ser desde logo nominalmente identificadas, como prevê o **artigo 110 nº1 CPA**.

Pelo contrário, se é o particular que toma a iniciativa de desencadear o procedimento deverá fazê-lo através da apresentação de um requerimento escrito, ou enviados por correio eletrónico, do qual constem as várias menções indicadas no **nº1 do artigo 102º CPA**. Para que estes pedidos tenham sucesso, os elementos obrigatórios são o nome do particular, o pedido e a quem se está a pedir.

O particular não tem de ter noção dos factos jurídicos em causa, ou seja, ao enviar o requerimento não está obrigado a identificar quais as leis aplicáveis ou a fazer-se acompanhar por um advogado.

Alguns requerimentos exigem um prazo, isto é, existe uma data limite para a sua apresentação. Nestes casos, o requerimento será indeferido se não cumprir o prazo. Antigamente a data que contava era a da receção do documento via correio, o que gerava vários problemas por ser de difícil controlo. No sentido de resolver esta questão, o novo CPA introduziu a alínea b) do nº1 do artigo 104º, uma alteração que faz com que a data limite seja o momento de envio do requerimento por correio, valendo agora o dia e a hora do envio do correio e não da sua receção.

Os interessados podem exigir um comprovativo da entrega dos requerimentos apresentados, segundo o **artigo 106º**, para que, se for necessário mais tarde, possam fazer prova desse ato.

O **artigo 108º nº1** diz que se o requerimento tiver falhas, não cumprindo os elementos exigidos pelo 102º, o particular é chamado a suprir essas falhas. Isto traz ao particular o conforto de ser preferível enviar um requerimento dentro do prazo ainda que incompleto, do que enviá-lo fora do prazo, uma vez que tem oportunidade de completar os elementos mais tarde. Embora possível, estas situações são pontuais, porque enquanto o requerimento estiver incompleto não vai ser decidido, pelo que é do interesse do particular enviar o requerimento completo o mais depressa possível.

No **nº2** a lei salvaguarda a possibilidade de ser a própria administração a suprir as deficiências do requerimento. Deduzimos por isto que o princípio é o do aproveitamento do requerimento que só será liminarmente eliminado, nos termos no **nº3**, se não estiver identificado porque a administração não pode sequer dirigir um pedido de supressão das falhas porque não tem destinatário, ou se o pedido foi ininteligível, caso dos requerimentos não sérios.

Ao receber um requerimento, o órgão da administração deve verificar se está em condições de decidir o conteúdo, o mérito daquele requerimento. A primeira coisa que tem de fazer é ver se é competente para avaliar aquele requerimento. Existem situações em que a administração analisa apenas as falhas formais, não chegando a analisar o conteúdo. O **artigo 109º** prevê quatro questões que prejudicam o desenvolvimento processual:

- **b) caducidade do direito.** Cessaçãõ do prazo de exercício do direito.
EXEMPLO: tenho um ano para pedir uma indemnização, se deixar passar este prazo perco o direito à indemnização.
- **c) ilegitimidade dos requerentes.** Não pode ser um terceiro a apresentar o pedido.
- **d) Extemporaneidade do pedido.** O prazo para apresentar o pedido já passou, pelo que não será avaliado na sua substância.
EXEMPLO: a administração dá-me 10 dias para dizer como quero receber a minha indemnização, não digo nada, por isso recebo em dinheiro.
- **a) incompetência do órgão administrativo.** Quando o particular dirige o requerimento ao órgão errado.

As primeiras três situações apresentadas, previstas nas alíneas b), c) ou d), fazem cessar o procedimento. Diferente destas é o caso da incompetência do órgão administrativo, previsto na alínea a), porque em vez de fazer cessar o processo, deve o órgão incompetente, ao abrigo do dever de cooperação entre administração e particular descobrir qual o órgão competente e reencaminhar o requerimento para o mesmo, informando o particular. Para chegarmos a esta regra temos de fazer ligação entre os artigos **109 nº1 a), 109 nº2 e 41º**.

Pode acontecer que o órgão incompetente envie para outro órgão que também se considera incompetente, tendo este o mesmo dever previsto pelo artigo 41º. O nº2 do artigo 41 diz que a data que conta é a da apresentação inicial do requerimento, isto para salvaguardar os casos em que os pedidos exigem um prazo.

Ultrapassadas essas vicissitudes, o que o órgão competente tem de fazer é estudar o assunto do requerimento e depois decidir. Passando para a etapa 2.

FASE 2 - INSTRUÇÃO DO PROCEDIMENTO

A fase da instrução destina-se a averiguar os factos que interessem à decisão final e, nomeadamente, a recolher as provas que se mostrarem necessárias, **artigos 115 a 120 CPA**.

O **artigo 55** fala da **direção da instrução**. O nº1 diz que quem tem de dirigir o procedimento é o órgão com competência para decidir. Daqui retiraríamos que o diretor do procedimento é o órgão decisório, o que não faria sentido porque o órgão competente para a decisão final não está em condições de tomar as decisões intermédias procedimentais sozinho, delegando essa função de direção num inferior hierárquico como prevê o nº2.

A regra geral é, pois, a de que **o diretor do procedimento é um delegado do órgão decisório**, isto para não assoberbar os órgãos decisórios com a instrução de numerosos procedimentos. O diretor do procedimento pode, por sua, incumbir um subalterno seu da realização de diligências instrutórias específicas, como se lê o nº3. Assim, a direção de certas diligências instrutórias compete a um subdelegado.

O Tiaguinho diz que esta norma é objeto de críticas porque o correto seria dizer “o órgão competente pode delegar ao inferior hierárquico” de modo a que esta fosse uma possibilidade ou faculdade e não uma obrigação ou dever.

A fase da instrução é largamente dominada pelo **princípio do inquisitório** previsto pelo **artigo 58º**. Se os tribunais são passivos, aguardando pelas iniciativas dos particulares e, em regra, só decidem sobre o que lhes tiverem pedido. Pelo contrário, a Administração é ativa, tem uma natureza inquisitória, gozando do direito de iniciativa para promover a satisfação dos interesses públicos postos por lei a seu cargo. Assim, a Administração não está, em regra condicionada pelas posições dos particulares. Daí que o 58º estabeleça que que a administração possa obter quaisquer informações que ache necessárias procedendo às diligências que ache adequadas. Esta é uma manifestação do **princípio da cooperação da Administração com os particulares**.

No âmbito da instrução, cabe ao diretor da instrução, “averiguar todos os factos cujo conhecimento seja adequado e necessário à tomada de uma decisão legal e justa dentro de prazo razoável, podendo, para o efeito, recorrer a todos os meios de prova admitidos em direito” (**nº1 artigo 115**). E pode determinar aos interessados a prestação de informações, a apresentação de documentos ou coisas, a sujeição a inspeções e a colaboração noutros meios de prova (**nº1 artigo 117**).

Por sua vez, os interessados podem juntar documentos e pareceres ou requerer diligências de prova úteis para o esclarecimento dos factos com interesse para a decisão (**nº3 artigo 116**). De resto, e sem prejuízo do dever de averiguação oficiosa dos factos relevantes por parte da Administração, cabe aos interessados provar os factos que tenham alegado (**nº1 artigo 116**).

Durante a fase da instrução pode ser ouvido o particular cujo requerimento tenha dado origem ao procedimento ou contra quem este tenha sido instaurado. Mas esta audiência não deve ser confundida com aquela a que necessariamente se terá de proceder depois, na terceira fase do procedimento. Nesta segunda fase, tratar-se-á de uma diligência instrutória, enquanto que na fase subsequente, tratar-se-á do exercício do direito de participação ou de defesa.

→ **Pareceres**

Os **pareceres** são um elemento importante na etapa da instrução do procedimento. Estes podem ser emitidos pela administração ou por entidades exteriores à administração e só podem ter no seu conteúdo as questões que forem solicitadas podendo, por isso, ser parcelares. Muitas vezes é o legislador que exige o parecer, mas há outros casos em que o órgão responsável sente necessidade de pedir determinados pareceres. O Tiaguinho diz que o **nº1 do 91º** é meramente explicativo.

Primeiramente, importa perceber se o parecer é **obrigatório** ou **facultativo**. Esta distinção consiste em perceber se a lei exige ou não que a administração faça o pedido de parecer. Depois temos de verificar se é **vinculativo** ou **não vinculativo**. Ou seja, se perante um parecer negativo, se pode continuar o processo. A alternativa entre obrigatório e facultativo não se confunde com ser vinculativo ou não, não estão ligadas.

O órgão administrativo pode não seguir um parecer não vinculativo desde que justifique o porquê de se afastar do parecer. Se, pelo contrário, for vinculativo, a decisão que não o siga será ilegal. Em qualquer um dos casos, vinculativo ou não vinculativo, o parecer tem sempre de ser considerado, a diferença está em ter de ser ou não seguido.

O **nº2** dá-nos a regra geral de que os pareceres legalmente previstos são **obrigatórios e não vinculativos**. Qual é a razão de ser desta regra geral? Uma decisão implica uma ponderação global dos vários interesses públicos envolvidos. Cada parecer vai ser parcelar, vai ter em conta apenas um dos interesses ou uma das áreas em discussão. O parecer ser obrigatório significa que é importante ouvir aquela opinião.

Ser não vinculativo não quer dizer que perca relevância e seja desconsiderado. É não vinculativo para que a decisão se possa afastar de uns pareceres em favor de outros que respondam melhor ao interesse global.

Por maioria de razão, entendemos que os pareceres facultativos serão também não vinculativos. Desta forma, só serão vinculativos os pareceres obrigatórios que a lei determine expressamente. Podem existir, no entanto, casos em que o parecer vinculativo é favorável, mas o requerimento é indeferido. O inverso é que não se pode verificar. Ou seja, os pareceres só são verdadeiramente vinculativos se forem desfavoráveis, funcionando como uma espécie de proibição, se desfavoráveis, ou de permissão, se favoráveis.

O **artigo 92º** trata das questões de forma e de prazos dos pareceres. O **nº1** exige que sejam fundamentados. O **nº2** diz que, quando forem necessários vários pareceres, os pedidos devem ser feitos ao mesmo tempo. O **nº3** fixa o prazo geral de 30 dias úteis para a emissão do parecer (são úteis por aplicação do **artigo 87º**). No entanto, segundo o **nº4**, o prazo pode variar entre 15 e 45 dias quando a regra geral do **nº3** for afastada.

Se não tiver decorrido ainda o prazo, o órgão que solicitou o parecer não pode tomar uma decisão, tem de esperar até ao fim do prazo. Mas se decorrer o prazo e não tiver sido emitido o parecer, o que acontece? *Depende...*

- ➔ Parecer facultativo, não vinculativo → **nº5**
- ➔ Parecer obrigatório, não vinculativo → por maioria de razão aplica-se o **5º**
- ➔ Parecer obrigatório e vinculativo → **nº6**

O **nº5** aplicável aos pareceres obrigatórios não vinculativos e aos pareceres facultativos (que são, como vimos, não vinculativos), estabelece que o procedimento pode prosseguir e a decisão é tomada sem o parecer, quando decorrido o prazo.

No caso de o parecer ser vinculativo, o legislador dá-lhe uma grande importância, pelo que a decisão não possa ser tomada sem a emissão do mesmo. Segundo o **nº6**, as condições previstas são: decorrido o prazo, o órgão que fez o pedido tem 10 dias para interpelar o órgão com competência para dar o parecer, ganhando este segundo mais 20 dias para emitir. Decorridos 20 dias e não emitido o parecer, então o órgão com competência para decidir pode fazê-lo. No CPA antigo esta válvula de escape não era possível, o que permitia o órgão que deveria dar o parecer fazer uma espécie de veto de bolso bloqueando o procedimento.

FASE 3 - AUDIÊNCIA PRÉVIA DOS INTERESSADOS

Quando foi introduzida pela primeira vez no CPA de 1992, o Professor Freitas do Amaral considerou esta etapa procedimental como revolucionária no modo como a administração se relaciona com o particular. Passa assim a existir uma relação mais de cooperação do que propriamente de oposição entre um e outro.

Até aqui, a administração decidia sozinha e o particular era notificado da decisão administrativa apenas quando esta fosse tomada e só aí tinha a possibilidade de reagir, impugnando ou tentando anular. Era uma administração não participada. A introdução da audiência prévia dos interessados veio a criar um mecanismo de grande importância para o particular que pode agir antes de a decisão ser tomada, uma administração participada.

Nesta fase estão presentes dois dos mais importantes princípios gerais: o **princípio da colaboração da Administração com os particulares**, plasmado no **artigo 11º nº1**, e o **princípio da participação**, explanado no **artigo 12º**. Acresce que a audiência prévia é uma evidência do **princípio da democracia participativa**, como se lê no **artigo 267 nº5 CRP**, onde se diz que “o processamento da atividade administrativa assegurará a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito”. É, pois, nessa fase que se concretiza, na sua plenitude, esse específico direito de participação dos cidadãos na formação das decisões que lhes digam respeito.

A audiência prévia dos interessados, consiste numa fase do procedimento administrativo em que é assegurado aos interessados o direito de participarem na formação das decisões que lhes digam respeito. Inclui, em síntese, a **notificação dos interessados sobre o sentido provável da decisão final**, o projeto da decisão, podendo estes pronunciar-se sobre todas as questões com interesse, em matéria de facto e de direito, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos, e ainda a **ponderação dos argumentos e razões apresentadas pelos mesmos em defesa do seu ponto de vista (artigo 121 nº2)**. Ao que se segue a ponderação, pelo instrutor, dos argumentos e razões apresentadas pelos interessados em defesa dos seus pontos de vista.

O objetivo desta etapa é evitar que as decisões sejam tomadas contra a lei ou contra o interesse público. É, teoricamente, mais fácil impedir uma decisão do que revogá-la depois de já estar tomada. A verdade é que do ponto de vista prático esta nova implementação tem-se revelado algo frustrante, dado que a administração se recusa muitas vezes a alterar a sua decisão nesta fase do procedimento, o que leva a que alguns particulares nem façam uso deste mecanismo e aguardem para poder impugnar a decisão. Como forma de evitar esta situação, o legislador impôs à administração que pelo menos veja e comente os argumentos apresentados pelo particular nesta fase, apesar de muitas vezes nem este mínimo se verificar. Nos casos em que o anteprojeto de decisão é favorável aos interesses do particular, não faz sentido sequer que este faça uso do mecanismo de audiência prévia.

É o **artigo 121 nº1** que prevê o direito à audiência prévia do particular. A parte mais relevante deste artigo é a final que estipular que o particular deve ser informado do possível sentido da decisão que o afetará. Este artigo deve ser lido em articulação com o **artigo 122 nº2** que estipula qual o conteúdo que a notificação deve compreender, sendo que não basta à administração anunciar o sentido da decisão, tem de anexar o projeto de decisão e todos os elementos, quer em matéria de facto, quer em matéria de direito, que justifiquem a pré decisão. Isto significa que a comunicação aos interessados do sentido provável da decisão deve ser acompanhada de uma adequada fundamentação, isto é, das razões pelas quais a Administração se inclina para beneficiar ou prejudicar o particular. Até porque se este não conhecer as razões da Administração, nem sempre poderá, na audiência prévia contra-argumentar eficazmente.

Voltando ao **artigo 121**, mas desta vez **nº2**, temos uma enumeração daquilo que os particulares podem fazer nesta fase, nomeadamente pronunciar-se sobre todas as questões de facto e de direito que importem na decisão, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos.

O **artigo 122 nº1** estipula que o órgão responsável pela direção do procedimento concede ao particular a possibilidade de se pronunciar por escrito ou oralmente num prazo não inferior a 10 dias. Contudo, o particular pode pedir alargamento deste prazo, devendo ser bem específico quanto a isso no seu pedido para evitar que haja confusão.

O **artigo 123** dedica-se exclusivamente às audiências orais que hoje em dia estão cada vez mais em desuso. Primeiro porque uma a forma escrita mais prática e segundo porque é mais fácil fazer prova do que foi dito se estiver por escrito.

O **nº3 artigo 121** levanta alguma confusão. Diz-nos o **nº1 artigo 128** que, desde o requerimento até à decisão não devem passar mais do que 90 dias. Ora, conjugando este artigo com o **nº3 do artigo 121**, temos de ter em conta que, nos casos em que haja lugar para a audiência prévia do particular, o prazo do procedimento passa a ser de, no mínimo, 90+10 dias. Durante os 10 dias em que o particular pode exercer o direito de se expressar quanto ao projeto de decisão, a administração não pode continuar com o procedimento. Nos casos em que o particular pede uma dilatação do prazo para exercer o direito de se expressar ou utilizar menos do que os 10 dias previstos, a contagem dos 90 suspende-se durante todo o tempo que o particular usar. Esta exceção deveria estar melhor especificada no **nº3 do artigo 128** que indica o modo como se contam os 90 dias, sendo que deveria conter uma menção ao **nº3 do 121**.

Em ambos os artigos é indispensável fazer a ligação com o **artigo 87º** para que possamos perceber que os prazos se contam em dias uteis.

Por princípio, a formalidade da audiência prévia dos interessados deve ser observada, como se lê no **artigo 121**. Existem, no entanto, algumas situações excecionais em que o diretor do procedimento pode não proceder à audiência dos interessados.

A dispensa em causa é legítima quando se enquadra nos casos do **artigo 124 nº1**:

- **a)** quando a decisão é urgente;
- **b)** os interessados tenham solicitado o adiamento de audiência oral e, por facto que lhes seja imputável, não tenha sido possível acordar uma nova data;
- **c)** nos casos em que a diligência possa comprometer a execução ou utilidade da decisão. **EXEMPLO:** se a administração pretender confiscar documentos, o aviso daria ao particular a possibilidade de os destruir.
- **d)** se o número de interessados for de tal forma elevado que justifique uma consulta pública. Nestes casos, a única diferença é o modo como o projeto de decisão chega aos particulares. **EXEMPLO:** publicar o projeto no site da entidade competente para decidir em vez de notificar individualmente os interessados.
- **e)** estipula que não há audiência quando o particular já se tiver pronunciado durante a fase da instrução do procedimento. O Tiaguinho não concorda com esta alínea.

A lógica desta alínea e) é de que o particular só se deve pronunciar uma vez, o que se afigura errado, dado que, ao intervir na fase da instrução, não está a pronunciar-se sobre o projeto de decisão que naquela fase não existia, só surge posteriormente à instrução. Esta norma é inconstitucional, na medida em que anula o direito que o particular tem de se pronunciar em relação a todo e qualquer assunto com o qual esteja diretamente relacionado.

→ **f)** quando os elementos constantes do projeto conduzirem a uma decisão completamente favorável ao particular. Como já disse, atendendo à finalidade desta etapa do procedimento, não faz sentido que o particular reclame de uma decisão a seu favor. Nas situações em que o particular faça dois pedidos e a administração conceda um e negue o outro, deve haver lugar à audiência prévia apenas no que toca ao pedido que foi indeferido.

O **nº2** deste artigo ressalva que a decisão final deve indicar quais as razões que levaram ao afastamento da audiência prévia do particular. Esta regra pretende evitar que a administração invoque a urgência da decisão para se desculpar no caso de a decisão vir a ser impugnada judicialmente.

A **falta de audiência prévia dos interessados**, nos casos em que seja obrigatória por lei, constitui obviamente uma ilegalidade. Mais concretamente, traduz-se num vício de forma, por preterição de uma formalidade essencial. A falta de audiência produz anulabilidade, como previsto pelo **artigo 163 nº1**.

No entanto, em vez de serem anulados os atos praticados em violação da audiência prévia, estes passaram a ser julgados de acordo com o **princípio do aproveitamento dos atos**. Este princípio consiste na averiguação, por parte do tribunal, dos pressupostos para a tomada de decisão e tem o intuito de perceber até que ponto a audiência prévia poderia ou não inverter o sentido da decisão. Este é um princípio que decorre da ideia de que nem todas as invalidades justificam a anulação do ato administrativo (semelhante ao delegado que pratica os atos sem referir a delegação).

Regra geral, todas as formalidades impostas pela lei são essenciais e o desrespeito pelas mesmas leva à invalidade do ato administrativo. O que acontece na prática é que a doutrina, a jurisprudência e o novo CPA invocam o **princípio da degradação das formalidades essenciais**, isto é, são formalidades impostas pela lei que, no caso concreto, não se revestem de uma importância muito significativa. O importante aqui é perceber até que ponto é que as formalidades em causa poderiam influenciar o sentido da decisão, alterando-o: se sim, o ato deve ser anulado, se não, deve ser aplicado o princípio do aproveitamento dos atos. É o **nº5 c) artigo 163º** sobre o regime geral da anulação dos atos administrativos, que ressalva este princípio.

FASE 4 – DECISÃO ou OMISSÃO

O normal é que exista uma decisão expressa, mas há casos em que passado o prazo não há uma decisão, mas sim uma omissão juridicamente relevante. A decisão não é o ponto final porque caso seja contrária à vontade do particular, este tem dois meios possíveis de reação: **impugnação judicial** e **impugnação administrativa**.

- A **impugnação judicial** é sempre possível. O que pode variar é a intensidade dos poderes do tribunal que dependem da decisão em causa, não podendo este querer substituir-se à administração. Tal como vimos no caso dos atos discricionários, não se podem usar poderes judiciais para administrar.
- A **impugnação administrativa** pode ser por **recurso** (recurso hierárquico, recurso tutelar, recurso para delegante e recurso para o órgão colegial) ou por **reclamação** que difere dos recursos por ser dirigida ao próprio órgão que praticou o ato e não a um diferente. A primeira opção nem sempre é possível porque pode não haver lugar a qualquer tipo de recurso, já a reclamação para o autor do ato é sempre possível. (A este tema voltaremos mais tarde)

Princípio da imparcialidade

Só sabemos que uma decisão prossegue corretamente o interesse público se conseguirmos garantir que o titular é imparcial ponderando apenas o interesse público e não os seus interesses privados.

Quando há uma decisão temos então de perceber quem é o autor do ato e se é possível que este tenha algum motivo particular para decidir de determinada forma. O ministro não é amigo ou dono de nada, mas a pessoa que ocupa o cargo de titular pode ser e é isso que temos de averiguar. A regra é que sempre que exista algo que sugira violações do **princípio da imparcialidade**, seja contra ou favorável, o titular deve ser afastado da tomada de decisão. As questões relativas à imparcialidade estão no artigo **69º** e seguintes.

As situações vêm previstas em duas listas: a primeira vem no **artigo 69 “casos de impedimento”** e a segunda no **artigo 73 “fundamentos da escusa e sujeição”**. A ideia era as situações da primeira lista serem mais objetivas e as da segunda mais subjetivas. O Tiaguinho acha que as duas listas deveriam ser transformadas numa única.

Nos casos previstos no **artigo 69º**, os titulares não podem decidir. Nos casos do **artigo 73º**, os titulares devem pedir dispensa (escusa), **nº1**, e se não o fizerem pode qualquer interessado exigir que o titular seja afastado, **nº2**. Ao fim ao cabo, ambos os artigos vão dar ao mesmo: o titular não decide.

Existem ainda situações em que o caso concreto não está previsto nestas alíneas, mas há algum motivo que leva a que seja mais correto afastar o titular. Neste caso entramos ao regime regra da parte final do **nº1 artigo 73**. As listas são exemplificativas, não cobrem todos os casos.

B. OMISSÃO

É preferível ter uma decisão de indeferimento do pedido do que não ter qualquer decisão. Em relação à decisão há possibilidade de impugnar, quanto à omissão o particular via-se de mãos atadas porque a lei só previa meios de reação perante uma decisão expressa. Isto era insustentável e foi necessário atribuir valor ao silêncio da administração.

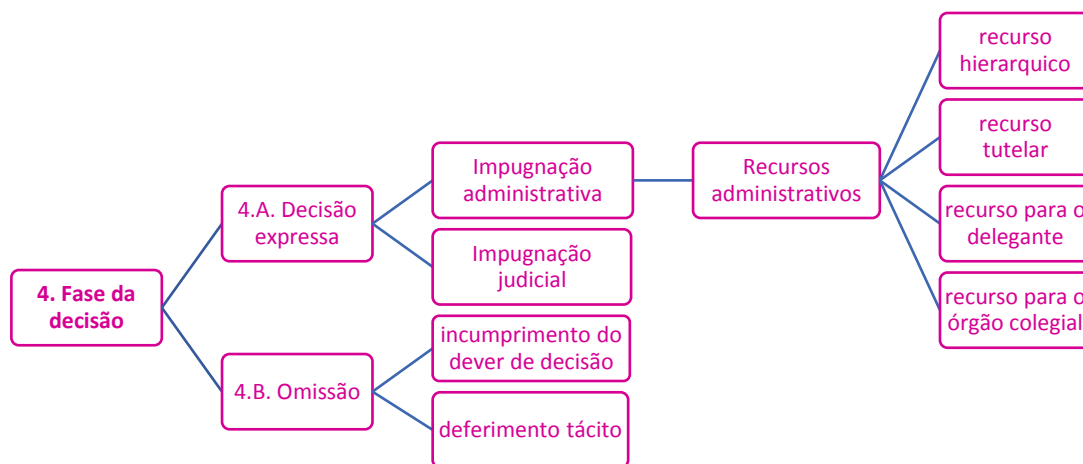
Há agora duas possibilidades, podemos estar perante o **incumprimento do dever de decisão** por parte da administração ou perante um **deferimento tácito**. Esta segunda hipótese será abordada mais à frente, concentrando o estudo agora no incumprimento do dever de decisão.

Incumprimento do dever de decisão

O dever de decisão, previsto no **artigo 13º**, obriga os órgãos a pronunciar-se sobre todos os assuntos da sua competência. Podemos conjugar este artigo com o **artigo 128º nº1** que indica o prazo legal de 90 dias decidir. Em princípio, a falta, no prazo legal, de decisão final sobre pretensão dirigida a órgão administrativo competente constitui incumprimento do dever de decisão, conferindo ao interessado a possibilidade de utilizar os meios de tutela administrativa e jurisdicional adequada, como se lê no **artigo 129**.

Há, no entanto, exceções que não implica o dever de decidir. Imaginemos que um particular apresenta sistematicamente um requerimento que já foi anteriormente indeferido. O **nº2 artigo 13º** é uma “cláusula anti malucos”, porque afasta o dever de decisão se um mesmo particular fizer o mesmo pedido com os mesmos fundamentos com menos de 2 anos de distância. Este artigo diz que o particular perdeu o direito à decisão liberta administração de ter de indeferir várias vezes o mesmo pedido, podendo esta fazê-lo se bem entender (se os titulares dos órgãos mudarem, por exemplo). É, por isso, importante realçar que não proíbe o particular de pedir nem proíbe a administração de decidir, apenas lhe dá o direito de não o fazer.

Fase da decisão em síntese:



Impugnação judicial

Até há uns anos, as pessoas que não tinham nenhuma decisão concreta da administração não podiam recorrer aos tribunais porque simplesmente não tinham nada para apresentar. Usava-se a expressão “indeferimento tácito” para caracterizar o incumprimento do dever de decisão, entendendo-se que o silêncio da administração passado um determinado prazo, deveria ser entendido como um ato tácito de indeferimento e particular podia reagir como se tivesse havido uma decisão de indeferimento, recorrendo aos tribunais com ato administrativo ficcionado.

Esta situação era muito estranha e criava problemas. Pelo que submeter os casos aos tribunais deixou de depender das decisões administrativas, mas dos requerimentos dos particulares.

Isto para que todos consigam reagir à omissão sem ter de “inventar uma decisão fictícia”. Deste modo, o tribunal já não analisa apenas a decisão ou a omissão (decisão fictícia), mas sim os requerimentos dos particulares e confronta-os com a lei, condenando a administração a deferir ou indeferir os pedidos.

No caso de ter existido decisão a sentença é dupla - **anulação e condenação** - anula a decisão desfavorável e condena a administração a diferir o pedido do particular. Se pelo contrário, não tiver havido decisão administrativa não há sentença de anulação porque não há nada para anular, mas há uma sentença de condenação.

O que importa realmente ao particular é a condenação. A estas sentenças a lei chama **sentenças condenatórias ao ato devido**. O Tiaguinho diz que o facto de os tribunais agora analisarem os pedidos e ajudarem a construir a solução para o particular constitui um enorme avanço.

Esta atuação é diferente consoante o ato devido seja vinculado ou discricionário. No caso das decisões vinculadas, o tribunal diz exatamente qual é o ato a cumprir e a administração não tem opção. No caso dos atos discricionários, o tribunal não pode dizer exatamente qual é a decisão concreta que a administração tem de cumprir, mas pode afunilar as opções para a tomada de decisão e exigir a fundamentação devida.

O incumprimento do dever de decisão vem previsto no **artigo 129º** do CPA que diz que perante uma omissão de um requerimento apresentado ao órgão competente e decorrido o prazo, pode o interessado agir como se tivesse uma decisão expressa, isto é, tem a possibilidade de impugnar junto da administração ou junto dos tribunais.

CPTA – Código do Processo dos Tribunais Administrativos

A secção II do CPTA trata da **condenação à prática do ato devido**. O **artigo 66 nº2** estabelece que quando um particular impugna uma decisão, o tribunal analisa o requerimento, isto é, analisa a pretensão do interessado e não a decisão expressa da administração. Se o particular tiver razão na sua impugnação, o tribunal vai anular a decisão administrativa e condenar a administração a praticar o ato devido.

O **artigo 71** diz o que é que o tribunal pode fazer. No **nº1** lê-se que se se tratar de um caso em que existiu uma omissão ou o ato foi indeferido, o tribunal não se limita a anular o ato, mas pronuncia-se sobre o requerimento apresentado pelo particular, impondo o ato devido. O **nº2** diz que nos casos que envolvam poderes discricionários e que há várias soluções legalmente possíveis, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar, apenas explicitar quais as questões vinculadas associadas à decisão.

Prazos para impugnação judicial

- **58 nº1 b)**, o prazo para o particular se dirigir ao tribunal para a anulação de um ato administrativo é de 3 meses;
- **69 nº2**, o prazo para o particular pedir a condenação é de 3 meses;
- **69 nº1**, o prazo que se aplica aos casos de inércia da administração, porque há apenas condenação, é de 1 ano.

Assim sendo, os primeiros dois artigos conjugam-se para estabelecer o prazo de impugnação de decisões expressas e o terceiro é para as omissões. Concluímos que o prazo para **impugnação judicial de decisões expressas é de 3 meses**, enquanto que o prazo para a **impugnação judicial de uma não decisão, omissão, é de 1 ano**.

NOTA: O prazo para a impugnação administrativa nos casos de omissão, prevista no artigo **187 do CPA**, também é de 1 ano.

E se estivermos perante um caso de omissão e surgir uma decisão expressa?

O que acontece se surgir uma decisão expressa de indeferimento passados os 90 dias?

Como vem fora do prazo, pode o particular fingir que não existiu indeferimento e continuar a ter 1 ano para reagir? Não. Se o particular quiser recorrer e se for dirigir ao tribunal já não pode falar na omissão porque o silêncio da administração foi quebrado. Neste caso, apenas pode impugnar a decisão de indeferimento, pedindo a anulação do ato considerado indevido e a condenação à prática de um ato devido.

Se o facto de a decisão expressa ser emitida fora do prazo não a faz desaparecer e não torna o ato inválido, para que serve o prazo de 90 dias? Os 90 dias úteis são o período de tempo máximo que o particular tem de esperar sem fazer nada. Passado este prazo, a única alteração é que o particular já não está de mãos atadas, já pode reagir. A ideia não é proibir a administração de emitir atos administrativos expressos decorrido o prazo.

Mas se havia uma omissão e passamos a ter uma decisão de indeferimento, qual é o prazo que temos para reagir agora? Perante este fim do silêncio, já não estamos perante uma omissão, aplicando-se o regime de reação a uma decisão expressa. Isto significa que temos 3 meses a contar da emissão da decisão para reagir.

Assim sendo, o prazo aplicável a uma omissão deixa de relevar a partir do momento em que passa a existir uma decisão expressa, sendo este prazo de um ano substituído por um de três meses desde o fim do silêncio da administração, independentemente de quanto tempo do primeiro prazo já tenha decorrido.

E se quando surge o ato expresso, já tinham decorrido os 90 dias e o particular já se tinha dirigido ao tribunal pedindo a prática do ato devido? Isto é... **O que acontece se a administração emitir um ato expresso de indeferimento já na pendência de uma ação judicial apresentada pelo particular? O que é que o particular deve fazer?** O que o particular vai fazer é alterar a ação judicial. Para isso tem de fazer um requerimento ao tribunal para ampliar o processo que tinha apresentado, acrescentando à condenação à prática do ato devido, a anulação do ato expresso de indeferimento.

E se o ato expresso emitido já na pendência de uma ação judicial for de deferimento?

No caso em que a decisão expressa é favorável, o particular vai desistir da ação judicial porque esta deixa de fazer sentido.

Ultrapassada a questão do incumprimento do dever de decisão, resta-nos falar do deferimento tácito.

Deferimento Tácito

Em situações excepcionais, o silêncio da administração durante o período legalmente previsto corresponde a um deferimento tácito, ou seja, vale como se existisse uma decisão expressa de deferimento do requerimento. Estamos, claramente, perante uma exceção ao regime regra anteriormente estudado.

Embora muitas vezes se pense que é algo vantajoso para o particular, um deferimento tácito não vale mais do que um deferimento expresso, não é mais forte. Isto porque se for ilegal é igualmente anulável, ou seja, se a decisão tácita for ilegal, a administração vai pedir ao tribunal para anular o ato ficcional tal como faria com um ato real, com um deferimento expresso.

A grande diferença entre o deferimento tácito e o expresso é que o particular do segundo caso tem uma decisão expressa para apresentar se for necessário fazer prova da sua autorização no cenário de uma inspeção, por exemplo. Já o primeiro não é tão simples. O particular que tenha de fazer prova da sua autorização e tenha um deferimento tácito a seu favor tem de:

- apresentar o requerimento;
- provar que a administração não decidiu no prazo de 90 dias;
- e juntar ainda a lei que prevê que a situação em causa implica um deferimento tácito.

Isto é claramente mais complicado do que ter um simples documento com uma decisão expressa para apresentar. É por esta razão que, nos casos de deferimento tácito, o que acontece muitas vezes é o particular solicitar à administração uma declaração sobre a decisão tácita. No entanto, importa realçar que este documento é uma mera declaração e particular não passa a dispor de uma decisão expressa.

Se uma decisão expressa de indeferimento vier depois de ultrapassado o prazo em que o requerimento apresentado implicaria um deferimento tácito, esta decisão não pode ser ignorada. Perante o indeferimento expresso, o que o particular tem de fazer é, aplicando o regime regra, impugnar a decisão no prazo de três meses. Esta decisão de indeferimento não pode, no entanto, ser visto como uma decisão do requerimento apresentado porque a decisão a este requerimento foi o deferimento tácito.

Como é que devemos interpretar o indeferimento expresso posterior à decisão tácita se a administração não pode indeferir um requerimento que já foi decidido? Esta decisão expressa deve ser vista como uma revogação da decisão tácita e não uma decisão ao requerimento. O que o tribunal vai fazer é, em primeiro lugar, perceber se o deferimento tácito é válido ou inválido, se for inválido prevalece o indeferimento expresso. Isto mostra-nos que a decisão tácita só pode ser afastada por motivos de legalidade.

A administração pode sempre suspender os efeitos de um deferimento tácito alegando a sua ilegalidade, gerando a anulação da decisão tácita. O problema não é esse porque isto até é relativamente simples. O problema é nos casos discricionários.

Os atos discricionários não devem ser alvo de deferimento tácito porque nestes casos é necessário alguém ponderar o interesse público e sendo a decisão tácita, nenhum membro da administração analisou o documento nem o interesse público.

Como já sabemos, os tribunais não podem julgar o mérito, apenas a legalidade, logo não podem invalidar o ato pelo interesse prosseguido. Desta feita, o deferimento tácito não deve coexistir com atos discricionários porque isto implicaria a existência de atos válidos, mas altamente prejudiciais para o interesse público.

Requisitos para o silêncio equivaler a deferimento tácito

1. Visto que é uma exceção à regra, a lei tem de o dizer expressamente. Se a lei não o evidenciar, o silêncio corresponde ao incumprimento do dever de decidir e não a deferimento tácito.
2. É necessário que o prazo legal para a administração decidir já tenha passado.
3. É necessário que o requerimento tenha sido apresentado perante o órgão competente para decidir. Isto não quer dizer que o particular tenha apresentado o requerimento ao órgão competente, mas sim que o requerimento chegou ao órgão competente, mesmo que por intermediário de outros. O prazo só começa a contar aquando da receção pelo órgão com competência para decidir.

Como é que é formado o deferimento tácito?

O **artigo 130**, sobre o deferimento tácito, é uma exceção ao artigo 129, sobre o incumprimento do dever de decisão. O novo CPA veio alterar o anteriormente estabelecido, na medida em que o que é agora relevante não é saber se o ato foi praticado ou não dentro do prazo certo, mas saber se o particular foi ou não notificado dessa decisão e qual a data dessa notificação. Daí que o **nº1 artigo 130** fale agora em “notificação da decisão final”.

O **nº2** vem explicitar o nº1, estipulando que a notificação deve ser enviada até ao primeiro dia útil seguinte ao fim do prazo da decisão. Esta necessidade de evidenciar a notificação ao particular foi uma novidade do novo CPA para suprimir a possibilidade de a administração ficcionar uma data diferente para escapar ao deferimento tácito.

EXEMPLO: O final do prazo da decisão era dia 10 de janeiro, a decisão data dia 7, mas a notificação só entrou no correio dia 14 e chegou ao particular no dia 16. A data que conta é a do dia 14, porque é a do envio da notificação. Sendo esta data posterior ao primeiro dia útil seguinte ao fim do prazo da decisão, a decisão expressa não vigora e há deferimento tácito.

Estamos sempre perante três datas: a da decisão, a do envio da notificação e a da receção da notificação. A data da decisão torna-se irrelevante porque é difícil de controlar, pode ser manipulada; a data da receção também o é porque depende dos correios; a data do envio da notificação é a mais segura e de mais fácil confirmação.

VEJAMOS DOIS CASOS:

- O senhor A apresentou um requerimento. A decisão expressa, tomada passados 85 dias, **foi enviada para o correio no 91º dia** e chegou ao particular no 97º dia. A notificação foi expedida a tempo, pelo que não há deferimento tácito.

→ O senhor B apresentou um requerimento cuja decisão expressa, também tomada passados 85 dias, **foi enviada para o correio no 93º dia** e chegou ao particular no 94º dia. Neste caso, apesar de a decisão ter a mesma data que a do senhor A e ter chegado ao particular mais cedo, há deferimento tácito porque a notificação do ato não foi expedida até ao primeiro dia útil depois do prazo.

Importa ainda realçar que esta alteração só relevante nos casos de fronteira, próximo do fim do prazo legal. O legislador é muito cauteloso quanto às regras do deferimento tácito porque implica uma alteração do ordenamento jurídico.

No nº3 diz-se que o prazo se suspende quando o procedimento for parado por razões imputáveis ao particular e termina quando há uma decisão expressa.

NOTA: A parte final do nº3 é de difícil compreensão. A expressão “interrompe” é normalmente utilizada para uma pausa/suspensão do prazo. Neste caso, deveria estar escrito que o prazo “termina” com a decisão expressa e não que “interrompe”.

Quando é que o período em que o processo esteve parado pode ser imputado ao particular?

Imaginemos um particular pede para fazer um prédio e a administração pede que junte ao requerimento uma planta num certo prazo. Há três cenários possíveis:

Caso 1) O particular apresentou um requerimento com tudo o que era obrigatório por lei. A administração pediu documentos suplementares, ao abrigo do 117º, num prazo de 10 dias e o particular respondeu fornecendo estes documentos dentro do prazo que lhe foi pedido.

Neste caso, o nº3 não se aplica porque não foi por culpa do particular que o processo esteve parado. O pedido de documentos num certo prazo e a resposta do particular são vicissitudes próprias do procedimento, não tendo este de se suspender. O prazo é que 90 dias, exatamente para incluir este tipo de situações.

Caso 2) O particular apresentou um requerimento com tudo o que era obrigatório por lei. A administração pede documentos suplementares, ao abrigo do 117º, num prazo de 10 dias e o particular respondeu fornecendo esses documentos, mas demorou 20 dias a fazê-lo.

Neste caso, o procedimento ficou suspenso durante os 10 dias correspondentes ao incumprimento do particular, ou seja, aos dias que este se atrasou relativamente ao prazo que a administração deu. Aplicamos o nº3 do 130, sendo o período de suspensão de 10 dias.

CASO 3) O particular não apresentou todos os documentos legalmente necessários quando fez o requerimento. Quando a administração pede os documentos em falta, fá-lo ao abrigo do artigo 108º.

Neste caso, não há suspensão do prazo porque o prazo ainda não começou a contar. O prazo para o deferimento tácito só começa a contar quando a administração tiver toda a informação necessária para estar em condições de decidir.

Em jeito de conclusão, podemos dizer que as condições da produção do ato tácito são:

→ que o órgão da Administração competente seja legalmente solicitado por um interessado a pronunciar-se num caso concreto, **artigo 130 nº1**

→ que o órgão tenha, sobre a matéria em causa, o dever legal de decidir através de um ato administrativo, **artigo 13º nº2**

→ que tenha decorrido o prazo legal, contado nos termos do artigo 87º, sem que haja sido tomada uma decisão expressa sobre o pedido, **artigo 128 nº1, 2, 3, 4 e artigo 230 nº2 e 3.**

→ e que a lei atribua ao silêncio da Administração, durante esse prazo, o significado jurídico de deferimento.

A. DECISÃO EXPRESSA – ATO ADMINISTRATIVO

Quando um procedimento administrativo culmina com uma decisão expressa, culmina com um **ato administrativo**. Ato administrativo é o ato jurídico, unilateral, praticado no exercício do poder administrativo por um órgão da Administração ou por outra entidade pública ou privada para tal habilitada por lei, e que traduz a decisão de um caso considerado pela Administração, visando produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta. Este conceito vem definido no **artigo 148** do CPA.

O **conteúdo** do ato administrativo é a substância da decisão voluntária em que o ato consiste, incluindo os efeitos jurídicos por ela visados. Fazem parte do conteúdo do ato administrativo, a **decisão principal**, tomada pela Administração e as **cláusulas acessórias**, porventura acrescentadas pelo autor do ato.

Há que distinguir o conteúdo principal do conteúdo acessório do ato. O primeiro, necessário, é aquele que permite identificar o ato administrativo. O segundo, facultativo, consiste nos elementos que a Administração pode, suplementarmente, acrescentar aos elementos que correspondem ao conteúdo principal, como forma de melhor ajustar este á satisfação de um dado interesse público concreto.

No conteúdo facultativo incluem-se as cláusulas acessórias do ato administrativo, previstas pelo **149º**. O **nº1** aplica-se às decisões discricionárias e o **nº2** aplica-se a situações vinculadas.

Nos atos discricionários a decisão depende da ponderação do interesse público. Se considerarmos que certo deferimento não é bom para o interesse público devido a uma consequência negativa dessa decisão, faz sentido exigir ao particular que faça algo no sentido de corrigir essa consequência negativa, tornando a ponderação do interesse público favorável à sua decisão.

Por outro lado, não faz sentido exigir contrapartidas para emitir uma decisão vinculada. Daí que o **nº2** diga que isto só é possível quando i) a lei o preveja ou ii) nas situações em que o particular ainda não preencheu todos os requisitos para uma decisão favorável.

São várias as cláusulas acessórias possíveis: condição, termo, modo ou reserva. A palavra reserva neste contexto tem de ser alvo de estudo. **Reserva** é um dos casos em que, segundo o **artigo 167 nº2 d)**, é possível revogar o ato administrativo. Na altura em que pratica o ato, pode a administração incluir uma cláusula acessória, reservando o direito de o poder revogar mais cedo do que seria suposto. Mesmo sendo um ato válido e favorável ao particular, é possível que a administração venha invocar esta reserva e o particular não se pode recusar.

O CPA enumera, de forma sistematizada, no **artigo 151**, o conjunto de **menções obrigatórias** do ato administrativo. Estas são as referências ou indicações que devem constar do ato praticado sob forma escrita, para melhor o identificar e esclarecer.

Da leitura deste preceito decorre que há cinco menções que a lei exige em todo e qualquer ato administrativo: a indicação do **autor** do ato, a identificação dos **destinatários**, o **conteúdo** da decisão, a **data** da decisão e a **assinatura** do seu autor.

Há, por outro lado, três menções que só são exigidas quando for caso disso: a menção da **delegação** ou subdelegação de poderes (quando exista), a enunciação dos **antecedentes de facto** que estiveram na origem da prática do ato administrativo (quando relevantes), e a **fundamentação da decisão** (quando exigida por lei).

A finalidade deste conjunto de exigências legais é tripla:

- Permitir uma correta identificação de cada ato administrativo;
- Facilitar a respetiva interpretação, pela enunciação de todos os dados dos quais se possa extrair, com suficiente clareza, o sentido e alcance do ato;
- Proporcionar aos particulares afetados os elementos de informação necessários à organização da sua defesa perante eventuais ilegalidades.

Dever de fundamentação – artigo 152º

Nem todos os atos administrativos têm de ser fundamentados, como se percebe da leitura do **artigo 151º nº1 d)**. No entanto, os atos, na sua maioria, têm de ser fundamentados. Sempre que há uma contraposição de interesses, a administração tem o dever de fundamentar a decisão, especialmente aquelas que negam o pedido do particular. Por outras palavras, o dever de fundamentação é exigível sempre que a decisão seja lesiva de interesses do particular, **152 nº1 c)**.

Outras vezes, o dever de fundamentação não é por ser desfavorável ao particular, mas porque o órgão da administração decidiu num sentido diferente do que tinha feito anteriormente e tem de o explicar à comunidade, **152 nº1 d)**.

O mesmo se aplica às reclamações ou recursos, independentemente do seu sentido ser ou não oposto ao anterior, **152 nº1 b)**.

Esta ideia de fundamentar decisões, independentemente de ser contrária ou a favor à vontade do particular, em que a administração se afasta do anteriormente decidido, está muito presente no artigo 152, alíneas b), c), d), e). O Tiaguinho diz que falar nos pareceres na alínea c) é só estranho porque é possível termos um parecer desfavorável, mas uma decisão favorável.

Artigo 152 nº1 em síntese:

Devem ser fundamentados os casos...

- na **alínea a)**, atos primários desfavoráveis;
- na **alínea b)**, as decisões das reclamações e dos recursos administrativos;
- na **alínea c)**, os atos de indeferimento, bem como os que discordem de parecer ou de informação ou proposta dos serviços;
- na **alínea d)**, os atos contrários à prática habitual;
- na **alínea e)**, os atos secundários, que têm de ser sempre fundamentados, independentemente de serem ou não desfavoráveis. Até porque, se forem favoráveis para alguns destinatários, poderão ser desfavoráveis para outros.

Dispensa de fundamentação

O **nº2** salvaguarda a dispensa de fundamentação dos **a)** atos de homologação de deliberações tomadas por júris e das **b)** ordens dadas pelos superiores hierárquicos aos seus subalternos em matéria de serviço e com a forma legal.

Os vários membros do júri analisam todas as propostas e fazem uma deliberação para apresentarem a melhor proposta através de um relatório. Homologar é como pôr um carimbo, é concordar com o relatório do júri. O que a administração faz ao homologar é transformar a deliberação numa decisão, num ato administrativo, não tendo de fundamentar porque o relatório do júri é a fundamentação em si mesmo. Ou seja, os atos de homologação de deliberações não têm de ser fundamentados porque as deliberações dos juris já o são. É extremamente raro, mas é possível a administração contrariar a deliberação dos juris. Nesse caso, não homologa o seu relatório e terá de fundamentar.

Por outras palavras, no caso da **alínea a)**, a justificação da dispensa de fundamentação reside na natureza específica do ato de homologação, que, incorpora e absorve o ato homologado. Já que este tem de ser fundamentado, a homologação apropria-se dessa fundamentação e torna-se, assim, automaticamente fundamentada.

No caso da **alínea b)**, a razão é diferente. A fundamentação aqui, a existir, não seria dirigida a terceiros, mas apenas ou sobretudo ao subalterno. Ora, a autoridade hierárquica do superior deve poder ser exercida sem necessidade de dar explicações ao subalterno.

Os requisitos da fundamentação – artigo 153º

A fundamentação não tem de ser redigida pelo órgão com competência para decidir. É possível a fundamentação ser expressa por alguém que não a administração, como pelos júris no caso anteriormente exposto. Se, por exemplo, um ministro indefere um pedido usando a fundamentação de uma informação de serviços, tem de enviar essa mesma informação junto da decisão ao particular.

A fundamentação tem de preencher os requisitos previstos pelo **artigo 153º**:

Em primeiro lugar, tem de ser **expressa**, ou seja, enunciada de modo explícito no contexto do próprio ato pela entidade decisória.

Em segundo lugar, a fundamentação tem de consistir na **exposição, ainda que sucinta, dos fundamentos de facto e de direito da decisão** que foram tomados em consideração e quais as questões de direito aplicadas ao caso. A ideia não é convencer o particular, mas sim esclarecê-lo, fornecendo o raciocínio que está por trás de cada decisão.

Em terceiro lugar, a fundamentação tem de ser **clara, coerente e completa**. Será, pois, ilegal a fundamentação que for obscura – não permitindo apurar o sentido as razões apresentadas –, contraditória – não se harmonizando os fundamentos logicamente entre si ou não conformando aqueles com a decisão final –, ou insuficiente – não se explicando por completo a decisão tomada. Daí que o **nº2** estabeleça que a decisão mal explicada, explicada de modo obscuro, de modo contraditório ou insuficiente, se tem como não fundamentada.

Consequências da falta de fundamentação

Se faltar a fundamentação num ato que deva ser fundamentado, ou se a fundamentação existir, mas não corresponder aos requisitos exigidos pela lei, o ato administrativo será ilegal por vício de forma e, como tal, será anulável, **artigo 163 nº1**.

FASE 5 - FASE COMPLEMENTAR - NOTIFICAÇÃO DA DECISÃO

A **fase complementar** é aquela em que são praticados certos atos de formalidades posteriores à decisão final do procedimento: registos, arquivamentos de documentos, sujeição a controlos internos ou a aprovação tutelar, visto do Tribunal de Contas, publicação no Diário da República ou noutra jornal oficioso, entre outros.

A decisão é a resposta concreta, a **notificação** da decisão é simplesmente o envio desta mesma decisão ao particular. O normal é o órgão competente praticar o ato e uma secretária comunicar a decisão ao particular. Sobre este tema, o CPA tem um novo artigo, o **artigo 113**, mas o Tiaguinho acha o **artigo 114** mais importante.

Os atos administrativos devem ser notificados ao particular independentemente de serem favoráveis ou desfavoráveis. O **114 nº2 a)** dita que as notificações incluem o texto integral do ato administrativo, o que remete para o **151º**. O particular tem direito à decisão e não se deve contentar com uma mera transcrição ou uma informação.

Uma vez que o particular só passa a conhecer a decisão depois de notificado, é a notificação que marca o início da eficácia do ato administrativo. Neste aspeto, importa distinguir os atos favoráveis dos desfavoráveis porque o regime aplicável é diferente.

A partir do **artigo 156** percebemos que as decisões favoráveis ao particular podem ter efeitos retroativos. Já as decisões desfavoráveis não, só podendo ser oponíveis ao particular a partir da sua notificação, como nos diz o **artigo 160**.

VALIDADE E EFICÁCIA DO ATO ADMINISTRATIVO

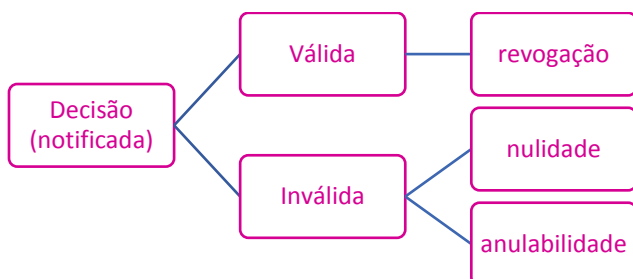
A **validade** é a aptidão intrínseca do ato administrativo para produzir os efeitos jurídicos correspondentes ao tipo legal a que pertence, em consequência da sua conformidade com a ordem jurídica. Sendo uma aptidão para produzir efeitos, a validade tanto pode coincidir com a produção efetiva e atual dos efeitos visados pelo ato, como a não produção de quais efeitos. No primeiro caso, o ato é válido e eficaz, enquanto que no segundo, será válido, mas ineficaz.

A **eficácia** é, deste modo, a efetiva produção de efeitos jurídicos pelo ato, a projeção na realidade da vida dos efeitos jurídicos que integram o conteúdo de um ato administrativo.

A lei formula, em relação aos atos administrativos em geral, um certo número de requisitos. Se não se verificarem em cada ato administrativo todos os requisitos de validade que a lei exige, o ato será **inválido**. Se não se verificarem todos os requisitos de eficácia exigidos pela lei, o ato será ineficaz.

A **invalidade** de um ato será, pois, a inaptidão intrínseca para a produção de efeitos, decorrente de uma ofensa à ordem jurídica. E a **ineficácia** será, por seu turno, o fenómeno da não produção de efeitos num dado momento, qualquer que seja a sua causa. Esta pode, realmente, ser a invalidade do ato, a sua suspensão (administrativa ou jurisdicional), a falta de um requisito de eficácia, ou outro.

Uma decisão pode ser válida ou inválida e isto terá consequências. Mesmo sendo válida, pode ser revogada. Já se for inválida será nula ou anulável dependendo dos casos.



INVALIDADE – ANULABILIDADE E NULIDADE – artigos 161 e ss.

Um ato administrativo que viola a lei é um ato administrativo ilegal. A ilegalidade foi durante muito tempo considerada como sendo a única fonte de invalidade. Entendia-se que todo o ato administrativo ilegal era inválido. A única fonte de invalidade seria, pois, a ilegalidade. Hoje, porém, não é assim. É possível termos atos inválidos, mas podem não ser atos ilegais. Há outras fontes de invalidade como a ilicitude ou os vícios da vontade.

Os vícios do ato administrativo podem ser de **usurpação de poder**, por **incompetência**, **vício de forma**, **violação da lei** ou **desvio de poder**. Os primeiros dois correspondem à ideia de ilegalidade orgânica, o terceiro corresponde à ideia de ilegalidade forma e os últimos dois correspondem à ideia de ilegalidade material.

ANULABILIDADE

No nosso ordenamento jurídico, a regra geral é de que um ato inválido é anulável. Retira-se do **artigo 163** que a anulabilidade se aplica quando a lei não preveja qual a consequência. Há duas exceções à anulabilidade:

- A primeira exceção é a dos casos dos atos que sofrem de vícios que não chegam a ser graves o suficiente para serem anuláveis. São os previstos no **nº5 do artigo 163**, que dizem respeito ao princípio do aproveitamento do ato.
- Por outro lado, há atos que sofrem de vícios mais graves, tão graves que a anulabilidade não é suficiente, sendo por isso aplicável o regime da **nulidade**, **nº1 do artigo 161**. A maior diferença entre estes regimes é o prazo. A anulabilidade tem um prazo e se o ato não for anulado o vício sanar-se-á, já a nulidade pode ser invocada a qualquer altura e o vício não pode ser sanado.

Regime da anulabilidade

O ato anulável, embora inválido, é juridicamente eficaz. Isto significa que produz efeitos jurídicos como se fosse válido até ao momento em que venha a ser anulado. No entanto, o **artigo 163 nº2**, salvaguarda a possibilidade de, aquando da anulação, os efeitos produzidos serem destruídos retroativamente.

A anulabilidade é sanável. Quer isto dizer que o ato anulável, se não for objeto de anulação dentro de um certo prazo, acaba por se transformar num ato inatacável.

Enquanto a administração pode e deve anular um ato administrativo sem que ninguém lhe peça, já os tribunais só o podem fazer quando solicitados para tal, daí que a competência judicial não esteja prevista no **nº4 do artigo 163**, mas sim no **nº3**.

É possível o afastamento legal do efeito anulatório, nos casos previstos pelo **nº5 do artigo 163**. São três os cenários:

- O conteúdo do ato anulável não possa ser outro, por o ato ser de conteúdo vinculado ou a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível – aproveitamento do ato administrativo;
- O fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via – princípio da degradação das formalidades essenciais em não essenciais;
- Se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo.

O reconhecimento de que o ato é anulável determina, em princípio, a sua anulação. Quer isto dizer que temos uma **sentença constitutiva** que altera a realidade jurídica destruindo os efeitos. Já se se tratar de um ato nulo temos uma **sentença declarativa** porque se declara que o ato nunca produziu efeitos jurídicos. Por outras palavras, o ato nulo é declarado nulo, o ato anulável é anulado.

NULIDADE

Quais são os vícios tão graves que implicam a nulidade dos atos? (ver p.368 vol. II)

O nº1 artigo 161 diz que são nulos os atos que a lei preveja expressamente essa forma de invalidade. O nº2 faz uma listagem, que, segundo o Tiaguinho, não está bem identificada. Ao conter a palavra “designadamente” o legislador está a dizer que este é apenas um elenco exemplificativo, quando deveria ser taxativo, para que a exceção fosse de clara aplicação.

→ A incompetência

A **alínea b)** considera nulos os atos relativos a uma matéria estranha às atribuições da pessoa coletiva onde o autor está integrado. Nestes casos estamos perante o **vício da incompetência** que consiste na prática, por um órgão administrativo, de um ato incluído nas atribuições ou na competência de outro órgão administrativo. Por outras palavras, para que haja incompetência é necessário que o órgão administrativo que praticou o ato invada a esfera própria de outra autoridade administrativa, mas sem sair do âmbito do poder administrativo.

- **EXEMPLO 1.** Um ato praticado, pelo presidente do instituto português do ambiente criando um subsídio para o desenvolvimento agrícola que seria da competência do instituto da agricultura, é nulo.
- **EXEMPLO 2.** Se a Câmara Municipal praticar um ato da competência da Junta de Freguesia, o ato é nulo porque um órgão da pessoa coletiva, município, praticou um ato de outra pessoa coletiva, a freguesia. Por outro lado, se a Câmara Municipal praticar um ato que seria da competência da Assembleia Municipal, já não é nulo porque estamos dentro da mesma pessoa coletiva, município, pelo que os dois órgãos prosseguem as mesmas atribuições.

A mesma regra é aplicável ao Estado?

Sim. No entanto, quando falamos do Estado, não estão em causa atos praticados por uma pessoa coletiva diferente da competente para tal, mas por um ministério diferente com atribuições diferentes. Isto porque dentro da pessoa coletiva Estado, cada ministério corresponde a um conjunto de atribuições diferentes e não a uma pessoa coletiva diferente. Ou seja, a regra da prossecução das mesmas atribuições mantém-se, a diferença é que a pessoa coletiva é a mesma. Assim sendo, dentro do Estado temos dois casos possíveis:

- Se quem pratica um ato que está fora da sua competência, mas que pertence à competência de outro órgão da mesma pessoa coletiva, ou se pertence ao mesmo ministério, partilhando as mesmas atribuições do órgão competente, trata-se de **incompetência relativa** e leva à **anulação**, artigo 163 nº1.
- Se o órgão administrativo pratica um ato fora das atribuições da pessoa coletiva ou do ministério a que pertence, estamos perante um caso de **incompetência absoluta** que gera **nulidade**, artigo 161 nº2 b).

Por último, há que ter em consideração a possibilidade de **incompetência em razão do lugar**. Há incompetência em razão do lugar quando um órgão administrativo invade os poderes conferidos a outro órgão em função do território. Se, por exemplo, a Câmara Municipal de Sintra tomar deliberações relativas a matérias da competência da Câmara Municipal de Cascais.

→ Usurpação de poder

Quando um órgão de um ministério pratica um ato para o qual era completamente incompetente, não se trata de usurpação de poderes, em linguagem jurídica. A usurpação de poderes implica sair do âmbito do poder administrativo, violando o princípio da separação de poderes. Isto seria, por exemplo, se um tribunal praticasse atos administrativos, ou um ministro emitisse uma sentença ou fizesse uma lei sozinho. é quando um órgão cruza as linhas da separação de poderes.

A **usurpação de poder** é, assim, o vício que consiste na prática por um órgão administrativo de um ato incluído nas atribuições do poder legislativo, do poder moderador (presidencial), ou do poder judicial, e, portanto, excluído das atribuições do poder executivo. A usurpação de poderes gera **nulidade** ao abrigo do **artigo 161 nº2 a)**.

→ O desvio de poder

A **alínea e)** prevê a **nulidade** dos atos que padecem do, já aqui analisado, vício do **desvio de poder para fins de interesse privado**. Como vimos, desvio do poder consiste no exercício de um poder discricionário motivado por outro interesse que não o visado pela lei. Este outro interesse pode ser um outro interesse público ou um motivo de interesse privado. Falamos em desvio de poder por motivo de interesse privado quando o órgão administrativo não prossegue um fim de interesse público, mas um fim de interesse privado por razões de parentesco, de amizade ou de inimizada com o particular, por motivos de corrupção, entre outros.

Outros são os casos previstos pelas outras alíneas e que geram nulidade. Como os **atos que careçam em absoluto de forma legal, alínea g)**. **EXEMPLO:** o órgão pratica um ato por despacho, em relação ao qual a lei exige a forma de portaria ou de despacho.

Regime da nulidade

O **artigo 162 nº1** estabelece que o ato nulo é **totalmente ineficaz desde o início**, não produzindo qualquer efeito jurídico, independentemente da declaração de nulidade.

O **nº2** indica que a **nulidade é insanável**, podendo ser invocado a qualquer momento. O ato nulo não é suscetível de ser transformado em ato válido, o que não quer dizer que não possam ser atribuídos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos, de harmonia com os princípios da boa fé, da proteção da confiança e da proporcionalidade ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente associados ao decurso do tempo. Funcionando o **nº3** como uma espécie de válvula de escape para esse efeito.

EXEMPLO: A diretora de um hospital foi nomeada para um cargo que legalmente não existia. Exerceu esse mesmo cargo durante um longo período e foi remunerada como tal. Mais tarde veio a descobrir-se que o dito lugar não existia e o ato que lhe dava competências para agir era, por isso, nulo. Juridicamente falando, o correto seria apagar tudo, apagar todos os efeitos daquele período, mas no mundo real é impossível fingir que aquela situação não existiu, até seria muito injusto fazê-lo. É exatamente para dar resposta a estes casos que surge esta válvula de escape que permite a manutenção da situação, funcionando como uma espécie de usucapião. O prazo para essa manutenção prevalecer é, tradicionalmente, de 10 anos.

Um ato nulo pode ser impugnado a todo o tempo, isto é, a sua impugnação não está sujeita a prazo. A nulidade pode ser **declarada**, também a todo o momento, com efeitos erga omnes pelos tribunais administrativos ou pelos órgãos administrativos competentes para anulação administrativa. No primeiro caso, a declaração jurisdicional de nulidade constitui o objeto de uma ação administrativa especial de impugnação de ato administrativo. Portanto, quando se vai a tribunal impugnar um ato nulo, aquilo que o tribunal faz é declarar a sua nulidade. No segundo caso, a declaração administrativa de nulidade constitui, por ela própria, um novo ato administrativo dirigido a reconhecer perante todos que o ato a que tal declaração se refere é nulo e que, por isso mesmo, não produz quaisquer efeitos.

RATIFICAÇÃO, REFORMA E CONVERSÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

O fenómeno da **sanação** consiste precisamente na transformação de um ato ilegal num ato inatacável contenciosamente. Isto pode acontecer pelo decurso do tempo ou por um ato administrativo secundário que visa a sanação da ilegalidade de um ato administrativo anterior.

Pode acontecer que o órgão administrativo, ao aperceber-se de uma ilegalidade, que tenha cometido, em vez de anular ou declarar nulo o ato anterior ilegal, pretenda “recuperar” esse ato, expurgando o vício que o afetava ou “reutilizar” alguns dos seus elementos, em obediência ao **princípio do aproveitamento dos atos jurídicos**. As modalidades para aproveitar os atos inválidos vêm previstas no **artigo 164** e são a **ratificação, reforma e a conversão**.

Os efeitos da ratificação, da reforma e da conversão vão se repercutir sobre o ato ratificado, reformado ou convertido, sanando os efeitos por ele produzidos, se o mesmo for anulável, ou tratando-se de um ato nulo, produzindo efeitos jurídicos novos, mas com referência ao momento da prática do ato anterior. Por isso, em qualquer daqueles casos e, por definição, **os efeitos da ratificação, reforma e conversão produzem-se *ex tunc***, isto é, retroagem ao momento da prática do ato ilegal anterior.

Só que estes atos configuram uma modificação do ato ilegal, e não uma forma de o extinguir, como na anulação administrativa. Contudo, diz-nos o **nº1 artigo 164** que são aplicáveis à ratificação, reforma e conversão dos atos administrativos as normas que regulam a competência para a anulação administrativa dos atos inválidos e a sua tempestividade.

RATIFICAÇÃO

A **ratificação** é o ato administrativo pelo qual o órgão competente decide sanar um ato inválido anteriormente praticado, suprindo a ilegalidade que o vicia.

O órgão competente sana o vício da incompetência de outro órgão praticando um ato no sentido de dizer “quem devia ter praticado este ato era eu, quem praticou foi um órgão incompetente, mas eu concordo com o ato e teria praticado exatamente igual, pelo que este se deve manter.”

Assim sendo, **ratificar** significa concordar com a decisão praticada pelo órgão incompetente e, portanto, eliminar o vício gerador de invalidade. É um modo a lei prevê para que o órgão competente que não praticou o ato, possa eliminar o vício da incompetência, mantendo o ato.

Contudo isto não é possível em todos os atos. Só os atos anuláveis e não os nulos podem ser objeto de ratificação. Esta regra retira-se do **nº2 do 164** porque quando diz que os atos nulos só podem ser objeto de reforma e conversão, depreendemos que a ratificação é possível para estes. Seguindo este raciocínio, facilmente percebemos que no caso do vício ser a incompetência, só se for relativa é que pode o vício ser sanado.

EXEMPLO: imaginemos um ato praticado por um diretor geral, mas deveria ter sido praticado pelo ministro do mesmo ministério. Aqui, porque partilham as mesmas atribuições, trata-se de uma incompetência relativa, pelo que o ato é anulável e não nulo, logo pode ser ratificado.

Ora, assim sendo, o **nº3** só faz sentido ler nos casos em que há lugar a ratificação. Ou seja, se houver lugar a ratificação pelo ato ser anulável, quem tem poder para tal é o órgão competente para a sua prática.

REFORMA

A **reforma** é o ato administrativo pelo qual se conserva de um ato anterior a parte não afetada pela ilegalidade. Por outras palavras, **reformular** o ato administrativo é sanar o vício, eliminando o motivo de ilegalidade. Não sendo necessário eliminá-lo na sua totalidade, a ideia é eliminar a parte do ato que o torna inválido, reduzindo-o. Imagine-se a redução de uma licença ilegalmente concedida por três anos a uma licença por um ano.

Qual é a vantagem? Sendo o ato reformado, este será válido e manter-se-á eficaz desde o momento em que entrou em vigor, e assim não perdemos tempo a invalidar um ato e a criar um novo que seria no fundo equivalente a este agora reformado.

CONVERSÃO

A **conversão** é o ato administrativo pelo qual se aproveitam os elementos válidos de um ato ilegal para com eles se compor um outro ato que seja legal. Ou seja, **converter** é transformar o ato inválido noutro ato que seja válido.

Diferentemente daquilo que se passa com a reforma, a conversão implica a “transfiguração” do ato jurídico. Se por exemplo a licença para a construção de um hotel é inválida. A solução pode passar por converter a licença hoteleira numa licença de restauração, para um restaurante.

REVOGAÇÃO OU ANULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Quando um órgão administrativo pratica atos expressamente destinados a **extinguir** os efeitos ato anterior, quer fazendo cessá-los para o futuro que, destruindo-os desde o momento da prática do ato, estamos do domínio da **revogação** e da **anulação administrativa** previstas pelo **artigo 165**.

A **revogação** é o ato administrativo que decide extinguir, por razões de mérito, conveniência ou oportunidade, no todo ou em parte, os efeitos de um ato administrativo anterior, como se lê no **nº1**. Por sua vez, o **nº2** estabelece que a **anulação** é o ato administrativo que, fundado na invalidade de um ato administrativo anterior, se destina a destruir os seus efeitos. São, por isso, diferentes os fins prosseguidos por cada um dos tipos de ato.

No caso da revogação, o fim é a melhor prossecução do interesse público atual tornada possível e conveniente mediante uma reapreciação do caso concreto, para o que será necessária a cessação dos efeitos jurídicos do ato anterior.

No caso da anulação administrativa, o fim é a reintegração da legalidade violada, através da supressão do ato que a ofendeu.

A revogação e a anulação administrativa pertencem à categoria de dos chamados atos secundários, ou atos sobre atos. Na verdade, os seus efeitos jurídicos recaem sobre um ato anteriormente praticado, não se concebendo a sua existência desligada desse ato preexistente.

O conteúdo de tais atos é a extinção dos efeitos jurídicos produzidos pelo ato revogado ou, melhor, é a decisão de extinguir esses efeitos. O respetivo objeto é sempre o ato revogado ou anulado, justamente porque se trata de ato secundário, sendo a decisão de o extinguir um dos mais importantes “atos sobre atos”.

É fundamental sublinhar que a revogação e a anulação são, elas mesmas, atos administrativos, sendo-lhes aplicáveis as regras e princípios característicos do regime jurídico dos atos administrativos.

ATOS INSUSCETÍVEIS DE REVOGAÇÃO OU ANULAÇÃO ADMINISTRATIVA

Existem casos em que a revogação ou anulação administrativa não podem ter lugar, nem lógica nem juridicamente, porque, pura e simplesmente, não há efeitos jurídicos sobre os quais possam recair os efeitos do ato revogatório, ou porque o ato que se pretende revogar não é, por lei, revogável. Estão previstos no **artigo 166** e são fundamentalmente três os casos em que se verifica a referida impossibilidade.

→ **os atos nulos** (é declarada a sua nulidade) – **166 nº1 a)**

→ **atos anulados contenciosamente** – **nº1 b);**

→ **atos revogados com eficácia retroativa** – **nº1 c).**

Só faz sentido anular um ato revogado se este não tiver eficácia retroativa, porque o contrário não traria nada de novo.

Se está em causa a extinção ou destruição dos efeitos jurídicos de um ato administrativo anterior, bem se compreende que essa pretensão ou vocação do ato revogatório ou anulatório não possa incidir sobre atos que, por natureza, não estão em condições de produzir quaisquer efeitos jurídicos, como é o caso dos atos nulos.

Nos dois últimos casos estamos perante atos cujos efeitos já foram destruídos. Não havendo efeitos jurídicos sobre os quais possa recair o ato revogatório ou anulatório.

CONDICIONALISMOS APLICÁVEIS À REVOGAÇÃO

O **artigo 167** não estabelece um regime único de revogação idêntico para todos os atos administrativos. Há atos livremente revogáveis, atos de revogação proibida previstos no nº1 a) e c), bem como atos de revogação condicionada, nº1 b) e nº2.

→ Atos livremente revogáveis

A regra geral, que se extrai do **nº1 do artigo 165** em articulação com as regras em matéria de iniciativa e competência do artigo 169, é de que os atos administrativos são livremente revogáveis.

→ Atos de revogação proibida

Se a proibição da revogação não for acatada, o ato revogatório padecerá irremediavelmente de violação de lei, por ilegalidade do seu conteúdo. São fundamentalmente duas as situações previstas pelo **nº1 artigo 167**.

→ Por um lado, os órgãos administrativos não devem revogar aqueles atos que tenham sido praticados no exercício de poderes vinculados ou em estrita obediência a uma imposição legal, sob pena de praticarem uma revogação ilegal;

→ Por outro lado, os órgãos administrativos também não devem revogar, sob pena de ilegalidade, os atos administrativos válidos de que resultem para o seu autor obrigações legais ou direitos irrenunciáveis.

→ Atos de revogação condicionada

O **nº2** da mesma disposição reporta-se aos **atos constitutivos de direitos**, definidos no **nº3** como atos administrativos que atribuem direitos subjetivos novos, ampliam direitos subjetivos existentes ou extinguem restrições ao exercício de um direito já existente.

Assim, de acordo com a lei, esses atos atribuíram posições jurídicas subjetivas de vantagem a particulares. A partir desse momento, as pessoas a quem tais posições jurídicas foram conferidas têm o direito de poder confiar na palavra dada pelos órgãos administrativos e têm de poder desenvolver a sua vida jurídica com base nas posições jurídicas de que são legalmente titulares. Daí que estes atos só sejam revogáveis verificadas determinadas condições.

A tendencial irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos traduz a aplicação do princípio da confiança em relação aos atos administrativos. Pelo contrário, os atos não constitutivos de direitos são livremente revogáveis justamente porque não tendo criado para ninguém interesses dignos de proteção legal, não há que ter em conta a proteção da confiança. O mesmo se diz dos atos precários.

Segundo o nº2, estes atos só podem ser revogados em quatro situações:

→ **alínea a)** na **parte do ato administrativo desfavorável ao particular.**

EXEMPLO. A reitoria emite um primeiro ato que autoriza a AE a usar um espaço, mediante um certo pagamento. Mais tarde revoga esse mesmo ato na parte da renda, fazendo-a desaparecer. É possível porque é a parte do ato desfavorável.

→ **alínea b)** quando **todos os beneficiários manifestem a sua concordância** e não estejam em causa direitos indisponíveis. Acontece quando os particulares dão o seu consentimento para a revogação de um ato que lhes era favorável, porque têm garantia de que outro, também favorável, o irá substituir.

→ **alínea d)** com fundamento em **reserva de revogação**. Nestes casos está prevista, desde o início a possibilidade de a administração revogar o ato antes do prazo. O que o particular tem é um direito precário, pois é suscetível de ser revogado pela administração, se verificadas determinadas circunstâncias específicas previstas no próprio ato administrativo. No caso de isto acontecer, não se prevê qualquer tipo de indemnização que beneficie o particular. Este critério deve ser articulado como o artigo 149º sobre as cláusulas acessórias.

→ A **alínea c)**, nova no CPA e polémica, diz que podem ser revogados os atos que deixam de ser favoráveis para o interesse público, se cumpridos certos critérios. Prende-se, deste modo, com a garantia da prevalência do interesse público.

O motivo que levou à criação desta alínea foi a emissão de atos favoráveis aos particulares, por períodos longos, em que se considera que os interesses válidos e vantajosos para o interesse público prosseguidos na altura da decisão, sofreram alterações posteriormente.

Um ato poder deixar de ser considerado válido para o interesse público porque o interesse público evoluiu ou porque quem tomou a decisão já não exerce esse cargo, mudando os olhos de quem avalia a situação. O Tiaguinho diz que a redação desta lei não é a melhor.

A ideia era fazer prevalecer o interesse público face ao interesse do particular. No entanto, o que o legislador fez foi introduzir dois tipos de fundamentação para o um ato deixar de ser considerado válido para o interesse público:

- ou porque **na superveniência surgiram conhecimentos técnicos e científicos**
- ou porque se deu uma **alteração objetiva das circunstâncias de facto.**

Ora, por vezes a mudança do interesse público não entra em nenhum destes dois requisitos. Aliás, esse foi exatamente o caso do Terreiro do Paço que antes era um parque de estacionamento. Não houve uma alteração objetiva das circunstâncias nem surgiram conhecimentos técnicos e científicos. Daí que o Tiaguinho ache que se devia falar diretamente na **alteração objetiva ou subjetiva do interesse público**, tal como se fez com os contratos que podem desaparecer se se provar que, do ponto de vista do interesse público, deixam de ser vantajosos.

Esta alínea c) deve ser ligada com os números 4 e 5.

O **nº4** estabelece que nos casos em que a administração queira revogar uma licença com base na alínea c), esta tenha um prazo de um ano para proferir a revogação, a contar do momento em que reconhece que algum dos dois requisitos foi preenchido. Contudo, este prazo pode ser estendido por mais dois anos, se fundamentado. A ideia é dar tempo a quem vai sair prejudicado para se adaptar e talvez corrigir o problema para não perder o ato que lhe é vantajoso.

Como vimos, o pensamento é o de que o interesse público deve prevalecer ao do particular. Visto que o interesse público beneficia todos, este deve ser sustentando também por todos, naquilo a que chamamos socialização dos custos do interesse público. O **nº5**, ainda em relação à alínea c) do nº2, estabelece que os beneficiários de boa fé do ato revogado tenham direito a ser indemnizados pelos prejuízos e lucros cessantes que advenham da revogação por um bem maior. Não vale a pena ler depois do “mas”, porque remete para dois regimes diferentes, no entanto, vão dar ao mesmo.

O **nº6** define os **beneficiários de boa-fé** como sendo aqueles que desconheciam sem culpa a existência de fundamentos passíveis de determinar a revogação do ato. O Tiaguinho diz que “este número é ridículo e absurdo” porque se só mais tarde é que o interesse público se alterou, como é que o particular o poderia saber na altura do ato?

EXEMPLO: um ato administrativo concedeu uma licença a um particular em 2010. Em 2017 descobriu-se, mediante uma nova tecnologia, que a atividade autorizada era altamente prejudicial para o ambiente. Ora, se é um facto superveniente, é impossível que o particular soubesse previamente, sendo por isso impossível não estar de boa fé.

EFICÁCIA DA REVOGAÇÃO E DA ANULAÇÃO

O **artigo 171, nº1 primeira parte** diz-nos que a revogação, em regra, apenas produz efeitos para o futuro pelo que só faz cessar os efeitos do ato administrativo para o futuro, é a chamada revogação com eficácia ab-rogatória. Isto porque, no passado, os efeitos foram validamente produzidos. A eficácia da revogação é, por regra, *ex nunc*.

Já o **nº3 primeira parte**, sobre a anulação administrativa, diz-nos que para eliminar todos os efeitos do ato anulado, esta deve, por regra, reportar a sua eficácia ao momento da prática de tal ato, destruindo os efeitos já produzidos por este último no passado, é a chamada anulação com eficácia retroativa. A eficácia da anulação administrativa é *ex tunc*.

Contudo, o autor do ato administrativo de revogação pode atribuir-lhe eficácia retroativa em circunstâncias excepcionais: quando esta seja favorável aos interessados ou quando os interessados concordem e não estejam em causa direitos ou interesses indisponíveis, **artigo 171 nº1**.

Por sua vez, o autor do ato administrativo de anulação pode atribuir-lhe mera eficácia para o futuro, quando o ato se tenha tornando inimpugnável por via jurisdicional, **artigo 171 nº3**.

Além disso, em princípio, a revogação de um ato revogatório não implica repristinação do ato que fora em primeiro lugar revogado, exceto quando a lei ou o ato de revogação assim o determinar.

QUEM TEM COMPETÊNCIA PARA REVOGAR OU ANULAR UM ATO ADMINISTRATIVO?

O **artigo 169** trata da iniciativa e competência para a revogação ou anulação dos atos administrativos. O **nº1**, diz que a anulação e a revogação dos atos administrativos podem ter lugar por **iniciativa dos órgãos competentes** ou a **pedido dos interessados**. O Tiaguinho considera que deveriam existir dois artigos distintos, pelo que para melhor compreendermos, vamos analisar primeiro a revogação e depois a anulação.

A regra é a de que os órgãos administrativos dispõem da faculdade de, respeitados certos limites, extinguir os efeitos jurídicos dos atos que anteriormente praticaram, desde que os repute inválidos ou inconvenientes.

Competência para a revogação

De acordo com o **nº2**, pode revogar o **autor do ato** ou o seu **superior hierárquico**, desde que não seja um ato em matéria de exclusiva competência do seu subalterno. O **nº4** estipula que os atos praticados no âmbito de uma delegação de poderes, podem ser revogados pelo próprio **delegado/ subdelegado** ou pelo **delegante/ subdelegante**. Daqui se retira a regra de que quem revoga praticou o ato ou está acima de quem o fez.

É importante notar que o **nº4** salvaguarda que este poder só vigora enquanto existir a delegação de poderes porque após a delegação cessar, o subdelegante e o subdelegado já não têm competências naquela matéria, mesmo que sejam atos de revogação da própria atuação. Nesse caso, só o delegante, que tinha delegado a competência, pode revogar o ato, não ao abrigo do **nº4** nem do **nº3** porque já não há delegação, não é autor do ato nem superior hierárquico de quem o praticou, mas ao abrigo do **nº1** por ser o **órgão competente**.

O **nº5** diz que podem revogar também, os órgãos com poderes de superintendência ou de tutela. No entanto, como estudamos anteriormente, a superintendência não permite revogar nem anular, pelo que se deveria falar apenas em poderes de tutela, que esta sim pode ser revogatória e/ou anulatória, e não em superintendência. Neste ponto importa realçar os **poderes de tutela revogatória**.

O **nº6** deve ser afastado da possibilidade de revogação porque este número declara que os atos praticados por órgãos incompetentes podem ser revogados ou anulados pelos órgãos competentes para a sua prática. No entanto, perante a nova terminologia, evidenciada no artigo 165º, só podemos falar de revogação para tratar de

questões de mérito, logo um ato praticado por um órgão incompetente deverá ser anulado e nunca revogado, por esta ser uma questão de invalidade.

Para concluir, a teoria é a de que quem pode revogar o ato é, como vimos anteriormente, o autor do ato (nº2), o superior hierárquico (nº2), o delegante/ subdelegante (nº4), o órgão com poderes de tutela (nº5) ou o órgão colegial. No entanto, este último, o **órgão colegial**, não cabe em nenhum dos números anteriormente expostos, mas é-lhe feita referência no **199 nº1 b)**, sobre o regime dos recursos, podendo, por exemplo, recorrer-se para a Câmara Municipal de um ato praticado pelo Presidente da Câmara municipal. Pelo que podemos concluir que o legislador se esqueceu destes casos quando redigiu o artigo 169.

Competência para a anulação

O **nº1**, comum à revogação e anulação, estipula que a iniciativa para a anulação possa partir do **órgão competente** ou de **interessados**. O **nº3**, aplicável apenas à anulação, é muito semelhante ao nº2 sobre a revogação, dizendo que pode anular o **autor do ato** ou seu **superior hierárquico**. É de notar que, no caso do superior hierárquico, o nº2 já não salvaguarda os casos de competência exclusiva do subalterno, como faz com a revogação. O Tiaguinho diz que quando a lei fala no nº2 em “autor do ato” e depois no nº3 em “órgão que praticou o ato”, pode levar o interprete a pensar que são duas coisas diferentes, quando na realidade é exatamente a mesma coisa, sendo uma incongruência do legislador.

O **nº4**, sobre a delegação de poderes, volta a ser comum para a anulação e para a revogação, podendo o ato ser anulado pelo **delegante/ subdelegante** ou pelo **delegado/ subdelegado**. Também o **nº5** é comum, só que desta vez falamos da competência por parte do **órgão com poderes de tutela anulatória**.

O **nº6**, como vimos anteriormente, só faz sentido na lógica da anulação, podendo o órgão competente anular o ato praticado pelo órgão incompetente. Embora pareça, à primeira vista, uma regra algo óbvia, este artigo é gerador de controvérsia.

- ➔ Nos casos em que não se sabe quem é que é competente para fazer o quê, só o tribunal o pode determinar. O grande problema é que qualquer órgão pode, ao abrigo deste artigo, anular um ato de outro órgão alegando que é competente, mesmo que não tenha qualquer ligação.
- ➔ Outro problema do nº6 é que este número não diz se o próprio órgão incompetente autor do ato pode ou não anular o seu ato. Há autores que consideram que o órgão incompetente pode revogar o ato quando reconhece a sua incompetência, mas outros acham que se o órgão é incompetente para praticar o ato, também o é para o revogar. Apesar do nº6 não responder, podemos recorrer à primeira parte do nº3 que dá ao órgão que praticou o ato a possibilidade de o anular, e respondermos que sim, pode fazê-lo.

Quais os efeitos da revogação e da anulação?

Tanto a revogação como a anulação têm **efeitos destrutivos**. Isto porque não constroem nada de novo, apenas fazem desaparecer determinados atos administrativos.

No entanto, o que acontece normalmente é que a administração quer, não só eliminar o ato, como substituí-lo por outro. Pelo que o regime da revogação é aplicável também aos atos substitutivos, como se retira do **artigo 173**.

CONDICIONALISMOS APLICÁVEIS À ANULAÇÃO ADMINISTRATIVA

A orientação geral da nossa lei é a de que, se o ato é ilegal e anulável, a sua eliminação deve ser mais fácil do que a revogação dos atos válidos. Trata-se, no fundo, de eliminar da ordem jurídica um ato administrativo ilegal, suprimindo assim a ilegalidade cometida e fazendo adequada aplicação do princípio da legalidade.

O **artigo 168** prevê os condicionalismos dos atos anuláveis. Na versão do CPA antigo, este artigo era muito simples, prevendo apenas dois prazos: 3 meses ou 1 ano. O nº1 deste artigo é a regra geral e os outros são exceções. Só estudaremos os números 1, 2, 5 e 6 que são de mais comum aplicação.

Apesar de um ato ser inválido, seria atentatório da tutela da confiança ou da boa fé, que alguém o anulasse passados muitos anos. Até nos casos dos atos nulos há, como vimos, uma válvula de escape para que prevaleça a segurança jurídica, a boa fé, ou mesmo o princípio da proporcionalidade. Tudo isto se coloca a nível temporal.

Segundo o **nº1 do 168**, para que um ato administrativo seja objeto de anulação:

- ➔ O órgão competente tem de o anular no prazo de **6 meses**, a partir do momento em que tomou conhecimento da causa de invalidade.
- ➔ Ao requisito dos 6 meses, temos de juntar uma outra condição: o ato tem de ter sido praticado à menos de **5 anos** para que possa ser anulado.

Isto significa que a anulação pode ser arguida pelo órgão competente dentro de um prazo de 6 meses do seu conhecimento desde que não tenham decorrido 5 anos a partir da data da prática do ato. É assim um prazo duplo porque o prazo de anulação de 6 meses tem de estar dentro dos primeiros 5 anos após a emissão do ato.

EXEMPLO: O ministro só conhece o ato passados 4 anos e 9 meses da sua prática. Dos seis meses que teoricamente teria, já só tem três meses. Isto porque os dois prazos têm de ser compatibilizados e verificados em simultâneo, não bastando a verificação de apenas um deles.

Atenção! No caso de o prazo ser superior a 6 meses, não se contam em dias úteis. No entanto, se o último dia do prazo for um dia não útil, o prazo transita para o dia seguinte. Isto porque se trata de prazos fixados em mais de seis meses, pelo que se aplicam as regras das **alíneas d), f) artigo 87º**.

Este mesmo numero, **1º do 168**, prevê ainda o **erro do agente**. Diz-se erro do agente quando um órgão estava em erro sobre algum pressuposto de facto ou de direito aquando da tomada da decisão. A estes casos é exigido o mesmo duplo prazo, com a diferença de o prazo de 6 meses se começar a contar a partir do momento em que o erro cessa, isto é, em que o órgão se apercebe do erro cometido, mantendo-se a exigência deste prazo ser cumprido dentro do período de 5 anos após a emissão do ato.

O nº1 agora analisado é a regra geral aplicável aos casos de anulação administrativa. A partir do nº2 são exceções.

O nº2 é uma exceção ao nº1, mas é excepcionado pelos números seguintes. Neste caso quando o legislador fala em “atos constitutivos de direito”, fá-lo para se referir a atos que poderiam ser atos constitutivos de direito, mas na realidade não o são, daí que sejam anuláveis. Pelo que esta denominação é um contrassenso terminológicos. O que se deveria dizer era algo como “os atos favoráveis aos particulares”, porque atos constitutivos de direito não são inválidos e os atos aqui em causa são.

Este artigo surge, mais uma vez, para defender a convicção e as expetativas geradas nas esferas jurídica, de quem tem um ato a seu favor, definindo que o ato só é anulável passado um ano a partir da data da sua emissão. Mudando, não só o prazo, mas o critério estabelecido pelo nº1.

Em qualquer um dos casos, nº1 ou nº2, estamos a falar de anulação oficiosa, isto é, anulação por iniciativa do próprio órgão administrativo. Os prazos para a impugnação administrativa pelo particular, através de uma reclamação ou um recurso, são diferentes.

O nº5 estabelece que se o ato a anular administrativamente se tiver tornando inimpugnável por via jurisdicional, tal ato só pode ser objeto de anulação administrativa oficiosa.

Então, se o particular perder o seu direito de iniciativa pelo fim do prazo, o que pode fazer é tentar fazer chegar ao ministro a informação sobre a ilegalidade, para que este anule o ato oficiosamente e não no seguimento de um recurso, porque este já não é possível. O particular nessa situação tem de usar meios informais para alertar a administração que há uma ilegalidade, porque já não o pode fazer formalmente. Pelo que estes prazos devessem estar articulados.

O nº6 protege o particular que tenha feito algo baseado no ato que lhe era favorável e que vai desaparecer por invalidade. Apesar de não poder exigir que o seu direito se mantenha apesar da ilegalidade, pode exigir ser indemnizado pelos danos anormais causados. É uma consequência da tutela da confiança legítima dos beneficiários.

EXEMPLO – Metáfora dos presentes trocados dos filhos do Tiaguinho – O Tiaguinho foi viajar e trouxe um presente para a filha e outro para o filho. No momento da entrega dos presentes, enganou-se e trocou-os. Depois, quando quis desfazer o engano sabendo que os filhos não iam ficar satisfeitos ao abrir os embrulhos tentou trocá-los novamente, mas os filhos já se tinham afeiçoado aos embrulhos que receberam e não queriam trocar. Para corrigir esta invalidade, o Tiaguinho viu-se obrigado a indemnizar os filhos pelos danos anormais causados, levando-os a passear e comprando novos presentes.

A indemnização, prevista por este nº6, é algo novo deste CPA, daí que seja restritiva, aplicando-se apenas aos danos anormais e não a todos os danos. O que dá azo a uma discussão sobre quais são os danos decorrentes da confiança gerada por um ato inválido que devem ser considerados anormais.

IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA – RECLAMAÇÃO E RECURSO

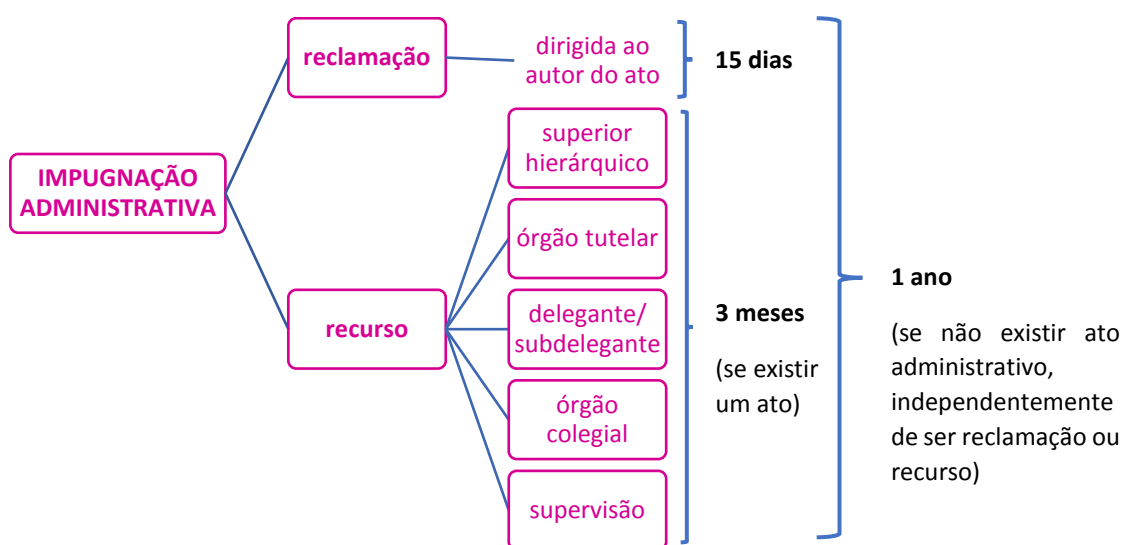
As **garantias impugnatórias** são os meios de impugnação de atos administrativos perante órgãos da Administração Pública. São, deste modo, aquelas em que, perante um ato administrativo já praticado, os particulares são admitidos por lei a impugnar esse ato, isto é, a atacá-lo com determinados fundamentos.

Segundo os **nº1 e nº2 artigo 184**, o particular pode dirigir-se à Administração através de reclamação ou recurso, pedindo a revogação, anulação, modificação ou substituição de um ato administrativo expresso, ou reagindo contra o incumprimento do dever de decidir. Esta segunda possibilidade, a reação à omissão, é nova deste CPA.

O **nº3** exige que tanto os recursos como as reclamações sejam deduzidos por meio de requerimentos fundamentados. O fundamento dos pedidos dos particulares pode, como nos diz o **nº3 artigo 185** ser por inconveniência, questões de mérito, pedindo a revogação, ou por invalidade, questões de legalidade, pedindo a anulação.

Ao abrigo do **artigo 185**, os recursos e as reclamações podem ser necessários ou facultativos. No entanto, a regra geral é de que tenham um carácter facultativo e só, excecionalmente, um carácter necessário. No entanto, no **artigo 3º do DL que aprovou o CPA**, está uma espécie de uma tabela das impugnações administrativas necessárias.

Para sabermos qual o prazo que o particular tem para reagir, temos de distinguir os casos em que há um ato expresso dos casos em que há um incumprimento do dever de decisão.



O CPA tem uma boa organização nesta matéria. Há primeiro uma parte das a reclamação, outra para os recursos e depois uma parte para os chamados recursos administrativos especiais.

São considerados recursos administrativos especiais, os recursos tutelares, recursos para o para o delegante ou subdelegante, recursos para o órgão colegial ou recursos para o órgão com poderes de supervisão. A estes casos aplica-se o regime dos recursos hierárquicos com as necessárias alterações.

Reclamação

Chamamos **reclamação** ao meio de impugnação de um ato administrativo perante o seu próprio autor.

O **nº3 artigo 191** estabelece o prazo de **15 dias** para a apresentação das reclamações. Isto para o caso de existir uma **decisão expressa**.

No caso de a reclamação ser contra a **omissão administrativa**, este artigo tem de ser articulado com o **artigo 187** que dispõe que a reação contra o incumprimento do dever legal de decidir pode ser apresentada no prazo de **um ano**.

A administração dispõe de **30 dias** para **decidir a reclamação**, como nos diz o **nº2 artigo 192**.

Recurso hierárquico

O **artigo 193** é muito semelhante ao 184, permitindo a utilização do recurso hierárquico para impugnar decisões expressas ou reagir contra a omissão ilegal de atos administrativos, junto de superiores hierárquicos do órgão autor do ato (ou da omissão).

O **recurso hierárquico** é a garantia administrativa dos particulares que consiste em requerer ao superior hierárquico de um órgão subalterno a revogação ou anulação de um ato administrativo legal por ele praticado ou a prática de um ato ilegalmente omitido pelo mesmo. O recurso tem sempre uma estrutura tripartida:

- **Recorrente** – que é o particular que interpõe recurso;
- **Recorrido** – que é o órgão subalterno de cuja decisão se recorre, também chamado “órgão a quo”, isto é, “de quem” se recorre;
- **Órgão decisório** – que é o órgão superior para quem se recorre e que deve legalmente decidir o recurso, também chamado de “órgão ad quem”, isto é, “para quem” se recorre.

O **poder de decidir recursos** consiste na faculdade de o superior reapreciar os casos decididos pelos subalternos, podendo confirmar, anular ou revogar (e, eventualmente modificar ou substituir) os atos impugnados. O poder de decidir recursos é inerente à relação hierárquica e não carece de formulação legal expressa. O fundamento do recurso hierárquico é a hierarquia.

O prazo para a decisão de um recurso hierárquico depende de este ser necessário ou facultativo. Se for **necessário**, o prazo será de **30 dias**. Se, pelo contrário, seguir a regra geral, isto é, se for **facultativo**, tem o **prazo de impugnação contenciosa** do ato em causa, previsto no **artigo 58 do CPTA**. É de realçar que nos casos em que se recorre a prazos previstos pelo CPTA, a contagem dos dias é diferente.

→ **A quem é que deve o particular dirigir o recurso hierárquico?**

Imaginemos um caso em que a lei atribui uma competência própria ao diretor de serviços e este pratica um ato sob essa competência. Um particular afetado por essa decisão quer recorrer. Deve fazê-lo para o diretor geral ou para o ministro? Isto é, para o superior hierárquico mais próximo, ou mais longínquo do autor do ato?

A lei responde no **artigo 194 n°1** que **o recurso deve ser dirigido ao mais elevado superior hierárquico**, o que, neste caso, seria o ministro. Então e se o particular não conhecia a norma e apresentasse o recurso ao diretor geral? Primeiro o diretor geral deveria rejeitar o recurso invocando a sua incompetência e depois tinha de o enviar para o órgão competente, neste caso, o ministro.

Esta regra faria com que o ministro, sendo o mais elevado órgão de um ministério, tivesse de decidir sobre todos os recursos de todas as decisões de todos os órgãos do ministério. Isto seria insustentável, daí que possa delegar esta função, como prevê a parte final do mesmo número.

O exemplo mais comum é o ministro delegar a competência para decidir os recursos hierárquicos ao secretário de estado, que está fora da cadeia hierárquica dos ministérios. No entanto, no caso raro de o autor do ato coincidir com o órgão delegante com competência decidir o recurso, deverá o superior hierárquico avocar a si este poder.

Ou seja, o particular vai recorrer para o mais elevado superior hierárquico, salvo nos casos em que o esse mais elevado órgão tenha delegado a competência para decidir o recurso hierárquico a outro órgão.

O já analisado **n° 1 do 194** diz que o recurso **é dirigido** ao mais elevado superior hierárquico. Por outro lado, o **n°2** diz que o requerimento de interposição do recurso **é apresentado** ao autor do ato ou ao à autoridade a quem é dirigido que por sua vez terá de remeter ao primeiro. Isto porque o autor do ato tem sempre de comentar o recurso, como se infere articulando este como o **artigo 195**.

Imaginemos um caso em que o autor do ato é o diretor de serviços e o mais elevado superior hierárquico é o ministro. Se o particular entregar o requerimento de interposição do recurso ao ministro este terá de o remeter ao diretor de serviços para que comente o recurso.

Quando recebe o recurso para comentar, o autor do ato tem 15 dias de notificar aqueles que possam ser prejudicados para que tenham oportunidade de se pronunciar sobre o assunto, como nos diz o **n°1 artigo 195**.

Assim sendo, o autor do auto quando recebe o recurso pode:

- ➔ Pronunciar-se sobre o recurso, manter a sua posição e enviá-lo para o superior hierárquico, como prevê o **n°2**;
- ➔ reconhecer que praticou um ato inválido e anulá-lo ou revogá-lo, ao abrigo do **n°3**, informando o órgão competente para conhecer do recurso. Isto se for num sentido favorável ao recorrente, como exige o **n°4**;
- ➔ resolver o problema praticando o ato expresso, se o recurso tiver como base o incumprimento do dever de decisão. Devendo o autor do ato informar o órgão competente para conhecer do recurso bem como o recorrente e os interessados, como estabelece o **n°5**.

A possibilidade destas últimas duas alternativas, anular o ato ou cessar a omissão, fazem com que seja mais eficaz apresentar o recurso ao autor do ato e não diretamente ao superior hierárquico, porque nestes casos o autor do ato corrige a sua posição e não faz sequer sentido o recurso subir.

É ainda de notar que a audiência prévia não está prevista nos recursos.

Reclamação c. recurso

Perante uma reclamação, o autor do ato sente-se, como vimos obrigado a manter a sua posição e não quer ser malvisto pelos seus superiores por alterar algo que decidiu anteriormente. A grande vantagem dos recursos face às reclamações é que quem decide o recurso não está vinculado a qualquer decisão anterior, olhando para a situação sem qualquer constrangimento ou inclinação.

No entanto, o Tiaguinho acha que a essência do recurso está desvirtuada, porque na prática estão-se a transformar os recursos em reclamações, resolvendo recursos através da simples concordância com o comentário do autor do ato sobre o requerimento e não pela análise de todo o processo com o devido distanciamento. O comentário do autor do ato tem de ser visto como algo muito parcial e não pode ser seguido cegamente.

O **nº2 artigo 197** diz que o órgão competente para decidir o recurso não está vinculado ao comentário do autor do ato. Voltando ao exemplo anterior, se o ministro concordar com os argumentos do diretor de serviços, vai concordar com a proposta de decisão e indeferir o recurso, mas se, pelo contrário, decidir deferir o recurso e anular o ato, tem de o fundamentar.

A fundamentação é necessária, apesar de se tratar de um ato favorável ao particular, porque é um caso em que há posições contraditórias na administração e está-se a ir contra uma proposta do autor do ato.

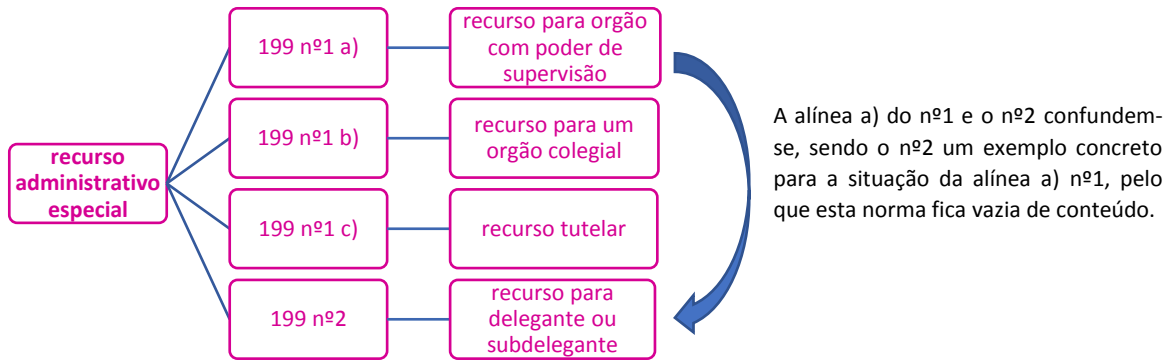
O dever de fundamentação nos casos de posições contraditórios vem previsto na **alínea c) artigo 152**. No entanto, neste caso nem seria necessário invocar a alínea c), porque a **alínea b)** exige fundamentação em todas as decisões de reclamações ou recursos.

O Tiaguinho acha que a alínea b) nem era necessária porque nos recursos ou reclamações só há duas possibilidades: ou a decisão é desfavorável ao particular ou é contra a proposta da decisão, revertendo uma decisão anterior. Ambos os casos já entram na alínea c) por serem casos de posições contraditórias, sendo o recurso e a reclamação exemplos de aplicação dessa mesma alínea. Contudo o legislador quis garantir que não há margem para qualquer dúvida.

Recursos administrativos especiais

Ao contrário dos recursos hierárquicos, os recursos administrativos especiais só existem nos casos em que a lei o preveja por disposição legal expressa, como diz o **artigo 199**. O Tiaguinho diz que o nº2 deste 199º deve ser lida como uma quarta alínea do nº1.

Quais os casos em que pode haver um recurso administrativo especial?



O recurso previsto pela **alínea b)** é o **recurso para um órgão colegial**. O recurso aqui não é para um superior hierárquico, mas para o órgão colegial em que se integra o autor do ato. É, por exemplo, o caso do recurso para a Câmara Municipal de um ato praticado pelo Presidente da Câmara Municipal.

O recurso previsto pela **alínea c)** é o **recurso tutelar** aplicável nos casos em que da decisão de um órgão de um instituto público, caiba recurso para o ministro da tutela. Este artigo fala também da superintendência, mas não devia fazê-lo porque só a tutela motiva o recurso porque a superintendência não possibilita a fiscalização dos atos praticados. Esta alínea tem de ser ligada ao **nº3** e ao **nº4**.

A **alínea a)** diz que se pode recorrer para um órgão da mesma pessoa coletiva que exerça **poderes de supervisão**. Ou seja, seria uma situação em que dentro de uma mesma pessoa, tínhamos dois órgãos, um órgão A que praticou um ato e um órgão B, assumindo que não existia uma relação hierárquica, nem é um caso de tutela nem de um órgão colegial, existe apenas supervisão.

Como sabemos, o poder de supervisão só existe na hierarquia ou na delegação de poderes. Ora, se não podem estar numa relação hierárquica, só nos resta concluir que esta alínea a) está pensada para os casos de delegação de poderes.

Acontece que o caso do delegante e do delegado vem autonomizado no **nº2**. Daí que o Tiaguinho diga que o nº1 a) ficou vazio de conteúdo porque não encontra um caso que preencha esta norma, sem ser o previsto expressamente no nº2. A solução passaria por revogar o nº2, porque autonomiza um exemplo que cabe no nº1 a).

É de notar que no caso de uma delegação de competências, o recurso não é para o mais elevado superior, como no recurso hierárquico, mas sim para o mais próximo, como se lê no **nº2 artigo 199**. Havendo uma diferença estrutural entre estes recursos.

EXEMPLO: um ato praticado por um diretor de serviços. Se o recurso for hierárquico é dirigido ao ministro, mais elevado superior hierárquico. Já se, por cima dessa mesma hierarquia, existir uma delegação de poderes sendo que o diretor de serviços é o subdelegado, o diretor geral é o subdelegante/delegado, e o ministro é o delegante, a relação hierárquica fica congelada. O recurso do ato praticado pelo diretor de serviços enquanto subdelegado deve ser dirigido para o órgão mais próximo na cadeia da delegação de poderes, isto é para o diretor geral como delegado/ subdelegado.

RECURSO ADMINISTRATIVO E RECURSO CONTENCIOSO – PRAZOS

O recurso para o tribunal é sobre a decisão de indeferimento do requerimento inicial e não sobre a decisão de indeferimento do recurso.

O prazo para o recurso contencioso é de 3 meses, tal como o recurso administrativo, o que fazia com que os particulares desistissem do recurso administrativo para não perderem o prazo do recurso contencioso. No sentido de tentar parar com o entupimento dos recursos nos tribunais e fomentar os particulares a fazerem uso dos recursos administrativos, o legislador veio a acrescentar uma norma que diz que o prazo de 3 meses para o recurso para os tribunais fica suspenso enquanto estiver a decorrer um recurso administrativo.

Isto significa que o prazo para o recurso contenciosa congela-se com a apresentação do recurso administrativo e descongela-se com a decisão desse recurso.

Esta solução seria suficiente num mundo ideal. No entanto, sabemos que no mundo real a administração nem sempre decide no prazo que devia ou não decide sequer. E, portanto, se o prazo para o recurso judicial ficasse sempre congelado enquanto o outro recurso não se resolvesse, isto faria com que o particular pudesse impugnar o ato passados, por exemplo, 10 anos, se tivesse sido esse o período que a administração levasse a decidir, ou então ficasse congelado a vida toda se a administração nunca decidisse.

Nenhum dos dois cenários faz sentido. Então o legislador veio a estabelecer que o prazo para o recurso contencioso descongela por uma de duas razões: ou a administração emite uma decisão, ou acaba o tempo para a administração decidir. Assim o prazo não fica guardado, por isso dizer, enquanto não vier uma resposta da administração, porque descongela se esta não responder no tempo devido.

Estas regras vêm previstas no **nº3 artigo 190**. Neste artigo quando se diz “meios de impugnação administrativa facultativos”, está-se a falar de reclamações e recursos facultativos.

-- FIM --