

Nada temais, estudantes de direito administrativo:

Qualquer que seja o Futuro [– passar ou chumbar a Administrativo, acrescentamos -], haverá sempre noites de luar, a serra de Sintra e o Tejo a correr para o mar! [E a Rainha a reinar!]

José Hermano Saraiva

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

Nada temais, estudantes de direito administrativo:

Qualquer que seja o Futuro [– passar ou chumbar a Administrativo, acrescentamos -], haverá sempre noites de luar, a serra de Sintra e o Tejo a correr para o mar! [E a Rainha a reinar!]

José Hermano Saraiva

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

# P.S.: escrito à luz do antigo A.O., porque o Tiago Jorge quis muito que assim fosse.

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

DE: **TIAGO** JORGE, JOÃO **DUARTE**

Sebenta “tiago duarte”
de direito administrativo

**2017/2018 - 1º Semestre - Mário Aroso de Almeida // Vera Eiró**

Sebenta “tiago duarte”
de direito administrativo

**2017/2018 - 1º Semestre - Mário Aroso de Almeida // Vera Eiró**

Sebenta “tiago duarte”
de direito administrativo

**2017/2018 - 1º Semestre - Mário Aroso de Almeida // Vera Eiró**

Sebenta “tiago duarte”
de direito administrativo

**2017/2018 - 1º Semestre - Mário Aroso de Almeida // Vera Eiró**

Sebenta “tiago duarte”
de direito administrativo

**2017/2018 - 1º Semestre - Mário Aroso de Almeida // Vera Eiró**

Sebenta “tiago duarte”
de direito administrativo

**2017/2018 - 1º Semestre - Mário Aroso de Almeida // Vera Eiró**

Sebenta “tiago duarte”
de direito administrativo

**2017/2018 - 1º Semestre - Mário Aroso de Almeida // Vera Eiró**

Sebenta “tiago duarte”
de direito administrativo

**2017/2018 - 1º Semestre - Mário Aroso de Almeida // Vera Eiró**

Índice

[Índice 1](#_Toc533593731)

[I. Administração Pública e Direito Administrativo 4](#_Toc533593732)

[1. Direito Administrativo, Administração Pública e Função Administrativa 4](#_Toc533593733)

[2. Direito Administrativo e formas da Administração Pública 5](#_Toc533593734)

[3. Âmbito de aplicação do direito administrativo 7](#_Toc533593735)

[*3.1.* *Direito Administrativo aplicável às pessoas colectivas de direito público e às pessoas colectivas de direito privado* 8](#_Toc533593736)

[*3.2.* *Direito administrativo aplicável às pessoas colectivas de direito privado* 8](#_Toc533593737)

[II. Organização administrativa e recursos da administração 10](#_Toc533593738)

[1. Administração Estadual e Administração Autónoma 12](#_Toc533593739)

[1.1. Administração Estadual 12](#_Toc533593740)

[1.2. Administração Autónoma 14](#_Toc533593741)

[*1.2.1.* *Administração regional e local* 14](#_Toc533593742)

[*1.2.2.* *As Associações públicas e instituições de ensino superior públicas* 16](#_Toc533593743)

[2. Formas de administração indirecta 17](#_Toc533593744)

[*2.1.* *Institutos públicos* 17](#_Toc533593745)

[*2.2.* *Empresas públicas* 18](#_Toc533593746)

[*2.3.* *Fundações públicas* 20](#_Toc533593747)

[3. Administração Independente 21](#_Toc533593748)

[4. Relações interorgânicas e intersubjectivas: hierarquia, delegação, superintendência, tutela 21](#_Toc533593749)

[5. Disposições relevantes acerca dos órgãos colegiais (CPA) 26](#_Toc533593750)

[III. Princípios gerais da actividade administrativa 26](#_Toc533593751)

[1. Conceitos Fundamentais (interesse público, vinculação e discricionariedade) 27](#_Toc533593752)

[2. Princípio da legalidade 29](#_Toc533593753)

[3. Princípio da proporcionalidade 30](#_Toc533593754)

[4. Princípio da igualdade 31](#_Toc533593755)

[5. Princípio da imparcialidade 32](#_Toc533593756)

[6. Princípio da Boa-fé 34](#_Toc533593757)

[7. Princípio da Justiça e razoabilidade 34](#_Toc533593758)

[8. Princípio da responsabilidade 34](#_Toc533593759)

[9. Princípio da Boa Administração 35](#_Toc533593760)

[10. Princípio da eficiência 35](#_Toc533593761)

[IV. Procedimento Administrativo 37](#_Toc533593762)

[1. Enquadramento: aspectos funcionais e estruturais do procedimento administrativo 37](#_Toc533593763)

[2. Espécies de procedimentos administrativos 38](#_Toc533593764)

[3. Sujeitos do Procedimento Administrativo 40](#_Toc533593765)

[4. O responsável pela direcção do procedimento 41](#_Toc533593766)

[5. A conferência procedimental 42](#_Toc533593767)

[6. Estrutura do procedimento: iniciativa, fase preparatória, audiência dos interessados, fase constitutiva e fase complementar ou de integração de efeitos 44](#_Toc533593768)

[V. Regulamentos 55](#_Toc533593769)

[1. Conceito de regulamento – regulamento e acto administrativo 55](#_Toc533593770)

[2. Fundamento do poder regulamentar: lei e regulamento 56](#_Toc533593771)

[3. Titularidade do poder regulamentar 57](#_Toc533593772)

[4. Forma e publicidade dos regulamentos 58](#_Toc533593773)

[5. Classificação dos regulamentos: regulamentos de execução e regulamentos independentes 58](#_Toc533593774)

[6. Relações entre regulamentos 60](#_Toc533593775)

[7. Procedimento dos regulamentos 61](#_Toc533593776)

[8. Eficácia dos Regulamentos 63](#_Toc533593777)

[9. Invalidade dos Regulamentos 64](#_Toc533593778)

[10. Caducidade e revogação dos regulamentos 66](#_Toc533593779)

[VI. Acto administrativo 66](#_Toc533593780)

[1. Conceito e categorias de actos administrativos 66](#_Toc533593781)

[2. Tipologia de efeitos dos actos administrativos 67](#_Toc533593782)

[3. Força jurídica e execução do acto administrativo 68](#_Toc533593783)

[4. Invalidade dos actos administrativos 70](#_Toc533593784)

[5. Revogação e anulação pela administração dos actos administrativos 75](#_Toc533593785)

[VII. Contractos Administrativos 82](#_Toc533593786)

[1. O contracto no contexto do Direito Administrativo: regimes da contratação pública e regimes substantivos dos contractos 82](#_Toc533593787)

[2. Direito europeu dos contractos públicos 84](#_Toc533593788)

[3. Direito da contratação pública 87](#_Toc533593789)

[*3.1.* *Princípios da contratação pública* 87](#_Toc533593790)

[*3.2.* *Tipologia dos procedimentos de formação dos contractos e critérios de escolha* 88](#_Toc533593791)

[4. Regimes substantivos dos contractos 90](#_Toc533593792)

[*4.1.* *Âmbito da figura do contracto administrativo* 90](#_Toc533593793)

[*4.2.* *Principais categorias de contractos administrativos* 90](#_Toc533593794)

[*4.3.* *Regime da invalidade dos contractos* 94](#_Toc533593795)

[*4.4.* *Contractos administrativos de colaboração: execução e poderes do contraente público de conformação da relação contratual* 96](#_Toc533593796)

[*4.5.* *Modificação e extinção dos contractos* 101](#_Toc533593797)

[VIII - Responsabilidade pelo exercício da função administrativa 103](#_Toc533593798)

[1. Responsabilidade por actos de gestão pública e por actos de gestão privada 103](#_Toc533593799)

[2. Repartição de responsabilidades entre a Administração e os seus agentes 105](#_Toc533593800)

[3. Responsabilidade por facto ilícito e culposo 107](#_Toc533593801)

[4. Responsabilidade por falta do serviço *(faute du service)* 108](#_Toc533593802)

[5. Responsabilidade pelo risco e pela imposição de sacrifícios 109](#_Toc533593803)

[6. Morosidade da justiça – responsabilidade civil do Estado? 110](#_Toc533593804)

[IX - Garantias administrativas 111](#_Toc533593805)

[1. Garantias administrativas: em especial, a reclamação e os recursos administrativos 111](#_Toc533593806)

[2. Garantias contenciosas (remissão) 119](#_Toc533593807)

[X - Sistemática do CPA 119](#_Toc533593808)

# I. Administração Pública e Direito Administrativo

## Direito Administrativo, Administração Pública e Função Administrativa

**Direito Administrativo:** Ramo do direito que disciplina, por um lado, a organização da Administração Pública e, por outro, o quadro das relações jurídicas que se estabelecem no âmbito do exercício da função administrativa (relações jurídicas administrativas – relacionamento dos cidadãos com as instituições públicas). É o mesmo que dizer que o Direito Administrativo institui a máquina e define o modo como esta funciona/vai funcionar.

Etimologicamente, administrar é gerir certos meios tendo em conta a prossecução de determinados fins. A palavra é usada, também, para definir o(s) organismo(s) que desenvolve(m) essa actividade. Ora, a sociedade necessita de ser administrada. A partir do momento em que os Homens vivem em sociedade, sentem necessidades que decorrem dessa circunstância: organizar os sectores da segurança, educação, saúde, etc. Estas necessidades, de bem-estar moral, social e material, passam a ser assumidas como colectivas, públicas. Como tal, a comunidade chama a si a respectiva satisfação. É isso, já, a **administração pública** – sistema organizado de satisfação de necessidades públicas. A afectação de recursos humanos e materiais de que a comunidade dispõe em ordem à satisfação (concreta, regular e contínua) das suas necessidades.

Esta tarefa é encetada por um conjunto de entidades integradas por um vasto conjunto de serviços públicos – **Administração Pública** (com maiúsculas).

Pode dizer-se que o conceito enverga dois sentidos distintos, sendo que o primeiro – administração pública com minúsculas – se reporta ao seu **carácter** **material/funcional** de satisfação das necessidades públicas. E, neste sentido, administração pública liga-se intimamente com **função administrativa** (fazer administração pública); o segundo sentido da expressão tem que ver com a questão organizativa (**sentido orgânico**) – **Administração Pública** – através da qual se faz referência ao sistema complexo de pessoas colectivas que são instituídas para desempenhar tarefas de administração pública (com minúscula – sentido material), ou seja, exercer a função administrativa.

Tendo o Direito Administrativo, como vimos, uma **dupla função**, é, pois, possível dividi-lo em **dois grandes sectores de normas**:

1. **Normas de Direito Administrativo organizatório/orgânico** – a parte de **Direito estatutário** do ramo: normas que disciplinam a organização da Administração Pública (instituindo entidades públicas que a integrem, determinando a estrutura orgânica dessas entidades, regulando o modo próprio de funcionamento dos respectivos órgãos). As entidades são instituídas e reguladas pelo legislador, porquanto é o **poder político** que, em cada momento, define o que se considera serem necessidades públicas e o modo pelo qual devem ser satisfeitas. Primeiro, no plano constitucional; depois, no plano da produção legislativa ordinária.
2. **Sector de normas que disciplinam as relações jurídicas** que se estabelecem no âmbito do exercício da função administrativa – relações jurídicas administrativas. São deste tipo a maior parte das normas de Direito Administrativo. D. Freitas do Amaral apelida-as de **normas relacionais**. Regem as relações entre a administração pública e os particulares. Exemplos: o próprio CPA, normas que regulam os termos do exercício dos poderes de autoridade da Administração, instituindo os instrumentos de actuação jurídica de que ela pode lançar mão e estabelecendo os fins a prosseguir e porventura o conteúdo das medidas a adoptar; normas que impõem deveres, sujeições ou limitações específicas à Administração; etc…

História: Durante o Estado Novo, o direito administrativo não era relevante - era dominado pelo funcionalismo público. A prática administrativa era quase inexistente – regras arcaicas (dos anos 30, 40). A partir da C1976, deu-se uma revolução na prática administrativa (complementada com a entrada de Portugal na CEE e o primeiro CPA (1991/92). A tarefa essencial do Direito Administrativo a partir daí: consagrar e garantir os Direitos Fundamentais dos cidadãos perante a Administração Pública. Este é um factor do Direito Administrativo que não desaparecerá, muito embora o carácter político das suas decisões.

1. Direito Administrativo e formas da Administração Pública

Vimos que o Direito Administrativo institui as entidades públicas que compõem a Administração Pública. Contudo, isto só corresponde em parte à verdade, na medida em que estas pessoas colectivas de direito público não são as únicas entidades que o Direito Administrativo organizatório institui e regula. Com efeito, existem, cada vez mais de há umas décadas a esta parte, nas sociedades ocidentais, fenómenos em que o Estado ou outra entidade pública opta por criar entidades privadas, incumbindo-as directamente de gerir (afecta-lhes) recursos públicos para prosseguir a satisfação de necessidades públicas, em vez de instituir pessoas colectivas de direito público para o efeito – substituem o Estado/a entidade pública. Estas entidades colectivas de direito privado fazem, assim, também, administração pública em sentido material – exercem função administrativa.

Nota: podem ser entidades privadas criadas propositadamente para o efeito ou o carácter privado resulta da privatização formal de entidades públicas.

Deste modo, a função administrativa passou a obedecer a um **modelo misto** – as tradicionais pessoas colectivas de direito público passam a coabitar com pessoas colectivas também públicas, materialmente falando, mas que assumem formas de Direito Privado, praticando a denominada **administração pública sob vestes privadas/em forma privada**.

Atenção: as entidades que praticam administração pública sob vestes privadas podem não obedecer ao direito administrativo organizatório – têm figurino próprio, que advém do direito privado. É o direito privado que lhes define normativamente a respectiva estrutura orgânica e o modo próprio de funcionamento dos seus órgãos.

**Assim:**

**Administração pública em sentido estrito** – conjunto das pessoas colectivas de direito público

***Modelo Misto***

**Administração pública sob vestes privadas** – conjunto de pessoas colectivas de direito privado. Materialmente administração pública

Administração pública em sentido amplo/função administrativa:

Razões para o adoptar deste modelo: *o fenómeno a que, nas sociedades ocidentais, se assistiu da instituição de uma vasta Administração Pública (…) foi o resultado de uma concepção geográfica e historicamente determinada sobre o que a comunidade entendeu serem necessidades públicas e sobre o modo pelo qual entendeu que elas deviam ser satisfeitas. As opções que, nessa matéria sejam efectuadas, em cada comunidade e em cada momento histórico, dependem do entendimento que, nesse contexto, prevaleça sobre a questão de saber se, em que medida e por que meios, a comunidade deve tomar nas suas mãos a satisfação de necessidades colectivas, através da instituição de entidades criadas para a satisfação dessas necessidades* [manual do prof. M. Aroso de Almeida].

O fenómeno da administração pública sob vestes privadas interessa à Ciência do Direito Administrativo do ponto de vista da caracterização dos **termos em que se processa o relacionamento** que se estabelece entre estas entidades privadas e o Estado/outras entidades públicas que sobre elas exerçam poderes de controlo. Trata-se de matéria de fronteira entre o direito público e o direito privado: o regime por que se regem as entidades privadas no seu relacionamento com o Estado é definido pelo direito privado. Deste modo, por exemplo, o Estado intervém como accionista na vida das sociedades comerciais em cujo capital participa (é o direito privado que reconhece poderes aos accionistas).

Atenção: o **exercício de funções públicas por privados** **não é o mesmo** que **administração pública sob a forma privada**.

1 – Actividade da Administração Pública em sentido estrito que não é exercício da função administrativa;

2 – Exercício da função administrativa pela administração pública em sentido estrito

3 – Exercício da função administrativa que não é feito pela Administração Pública em sentido estrito, mas por entidades privadas

**Súmula:**

**3**

**2**

**1**

**3**

1 – Administração Pública

2 – Função administrativa

## Âmbito de aplicação do direito administrativo

Os conceitos de Administração Pública e função administrativa estão intimamente relacionados, o que não significa, porém, que sejam indissociáveis:

* Nem toda a actividade que é desenvolvida pelas entidades que integram a Administração Pública corresponde ao exercício da função administrativa, o que implica que nem todas as relações jurídicas que envolvem a Administração Pública são reguladas pelo Direito Administrativo:
* O direito administrativo só disciplina as actividades que a Administração Pública desenvolve no exercício da função administrativa (das pessoas colectivas de direito público com funções administrativas). A presença da Administração Pública não é um requisito necessário para que exista uma relação jurídica administrativa, na medida em que pode haver relações jurídicas administrativas entre dois ou mais particulares sem qualquer presença da Administração Pública. O direito administrativo já não disciplina a actividade dos órgãos da Administração Pública quando estes actuem como se de sujeitos privados se tratassem. Neste caso, as relações jurídicas que estas entidades estabelecem regem-se pelo ramo de direito privado adequado à natureza dessas relações (reconhece-se que as pessoas colectivas de direito público gozam do direito privado dentro dos limites que decorrem do princípio da especialidade). Contudo, no art. 2.º/3 CPA define-se que mesmo estas actividades de gestão privada estão sujeitas à aplicabilidade dos princípios do Direito Administrativo e dos preceitos constitucionais desenvolvidos pelo CPA – designadamente, em primeiro, princípios gerais da actividade administrativa e, em segundo, direitos fundamentais. Ou seja, estas duas vertentes vinculam as pessoas colectivas de direito público em todas as suas facetas de actividades, quer no exercício da função administrativa, quer como sujeitos ao abrigo do direito privado. A esta parte, a opinião do prof. M. Aroso de A. vai no sentido de que estes princípios (de direito administrativo e de direito constitucional) só são chamados a intervir para “temperar as soluções que resultariam da estrita aplicação do direito privado”. Aqui, a doutrina alemã fala em *direito privado administrativo*: aplicação do direito privado tendo em conta os princípios gerais do direito administrativo e vinculação das entidades em causa aos direitos fundamentais.
* A função administrativa não é exclusivamente exercida pelas entidades que integram a Administração Pública, o que implica que nem todas as relações jurídicas reguladas pelo direito administrativo envolvem a Administração Pública.
* Exemplos: casos de delegação de poderes públicos em entidades privadas, que podem resultar directamente da lei – caso das Federações com estatuto de utilidade pública desportiva, em que o Estado delega poderes públicos de regulação e disciplina – ou de contracto de concessão.

### *Direito Administrativo aplicável às pessoas colectivas de direito público e às pessoas colectivas de direito privado*

O CPA reconhece, no Art. 2.º n. º4, como Administração Pública (**em sentido estrito)**:

* Os órgãos do Estado e das regiões autónomas que exercem funções administrativas a título principal;
b) As autarquias locais e suas associações e federações de direito público;
c) As entidades administrativas independentes;
d) Os institutos públicos e as associações públicas.

O n.º 2 precisa que apenas a Administração pública em sentido estrito está sujeita ao regime em matéria orgânica da Parte II do CPA e também só ela está globalmente vinculada ao respeito pelos princípios gerais da actividade administrativa, mesmo no âmbito das suas actuações de gestão privada;

Do n.º 1 deste artigo inferimos que certos órgãos públicos como o P.R., as Assembleias e os respectivos Presidentes ou os Tribunais Superiores e os respectivos Presidentes (órgãos que não integram a A.P., mas que também praticam, esporadicamente, actos administrativos) ficam igualmente obrigados a observar, na prática desses actos, os princípios gerais da actividade administrativa e as normas do CPA que estabelecem o regime do procedimento administrativo e do acto administrativo – exemplo: quando têm função administrativa ao adquirirem cadeiras, livros, etc.

 Do n.º 3 resulta que os princípios gerais e preceitos constitucionais são aplicáveis à actividade de gestão privada (quando as pessoas colectivas de direito público actuam como *meros* sujeitos privados) e não apenas quando utilizem instrumentos de direito privado para a satisfação imediata de necessidades públicas no exercício da função administrativa.

### *Direito administrativo aplicável às pessoas colectivas de direito privado*

Em relação às pessoas colectivas de direito privado, cumpre recordar que a função administrativa pode ser por estas exercida, quando tenham sido incumbidas de tal missão. Logo, esta categoria de pessoas colectivas fica submetida, no plano funcional, à aplicação de normas de direito privado quando tal aconteça. Ficam submetidas às normas que disciplinam os termos do exercício da função administrativa de cujo exercício estão incumbidas e as relações jurídicas em que, no âmbito desse exercício, tomam parte. Isto é: actuam ao abrigo de normas de direito administrativo na medida em que é em normas de direito administrativo que encontram o fundamento para o exercício da sua actividade. Tal é o que está disposto no n. º1 do Art. 2.º.

Assim, as pessoas colectivas de direito privado só não estão submetidas ao regime orgânico da Parte II, uma vez que já estão submetidas, nos termos deste n.º1, a todo o restante regime do CPA (princípios gerais, procedimento e actividade administrativa – os princípios gerais de direito administrativos têm de ser genericamente aplicáveis a toda a actividade materialmente administrativa = **aplicabilidade do direito administrativo enquanto direito comum da função administrativa**, o que reflecte a **política de permeabilização do direito privado pelo direito administrativo**).

Deste modo, e de acordo com o Art. 148.º do CPA, também uma entidade privada pode emitir um acto administrativo, desde que este produza efeitos externos.

De acordo com o Prof. Aroso de Almeida, quando pelas entidades privadas, investidas de poderes públicos por delegação de entidades públicas, sejam celebrados contractos para a satisfação imediata de necessidades públicas no exercício da função administrativa, aquelas estão obrigadas a respeitar o disposto no n. º3 do Art. 2.º do CPA. Seria incoerente de outra forma, uma vez que estes contractos se identificam antes, de acordo com a doutrina alemã, como *contractos privados administrativizados*.

* *E isto porque, embora sejam celebrados por entidades privadas, os contractos em causa são celebrados dentro de um âmbito de actuação em que essas entidades, por actuarem como se fossem entidades públicas, se encontram submetidas a um regime de equiparação às entidades públicas que compreende a aplicabilidade do regime do n.º 3 do Art. 2.º do CPA* [manual do prof. M. Aroso de Almeida].

Entidades administrativas privadas – criadas directamente pelo Estado, ou por outras entidades públicas para prosseguirem a satisfação de necessidades públicas. Mas não deixam de ser entidades privadas, na medida em que obedecem a um modelo de estruturação orgânico regulado por normas de direito privado e o seu direito estatutário é de âmbito privado. Exemplo paradigmático: sociedades comerciais.

**DL 133/2013, de 3 de Outubro** – estabelece o regime geral do sector público empresarial. Adopta um conceito amplo de empresa pública, que compreende tanto pessoas colectivas de direito público (entidades públicas empresariais – EPE) como pessoas colectivas de direito privado – as S.A., por exemplo.

O diploma qualifica as EPE como uma categoria de pessoas colectivas de direito público, sujeitas a um regime específico quanto à respectiva criação, transformação, fusão ou cisão. Portanto, só estas são objecto de normas de direito administrativo organizatório. Pelo contrário, as outras empresas públicas são sociedades comerciais, cuja constituição, transformação, fusão ou cisão se processa nos termos e condições previstos no Código das Sociedades Comerciais (direito privado). Embora não correspondendo a um tipo organizatório de direito administrativo, estas entidades administrativas privadas não deixam de estar submetidas, no plano funcional, às normas de direito administrativo.

Por último, há casos de privados que não têm por prática exercer funções administrativas, mas acabam por estar sujeitos ao direito administrativo, por entender-se adoptarem, em certas circunstâncias, condutas reguladas por normas de direito administrativo, ficando submetidas à previsão do art. 2º/1 CPA. Exemplos: todos nós! Quando temos de pedir uma licença para construir uma casa, por exemplo. Outros: um estabelecimento de ensino privado. O Estado regula este tipo de ensino, portanto reconhece os graus de ensino das escolas privadas, por exemplo. A escola privada quando emite o diploma ao aluno pratica um acto administrativo porque a questão está regulada pelo direito administrativo – *é como se* exercessem poderes públicos no exercício da função administrativa; outro exemplo: regras de contratação pública que também vinculam privados.

Estando estas questões reguladas pelo art. 2º/1 CPA, é claro que devem observar as regras procedimentais devidas, enunciadas no artigo. Exemplo: o acto equiparado a administrativo da escola privada tem de observar princípios como o da igualdade ou imparcialidade, bem como estar sujeitos ao respectivo regime substantivo, em domínios como o da invalidade, revogação, impugnação, …

Existem ainda alguns processos de contratação de privados que são equiparados às entidades públicas e, por isso, sujeitos ao mesmo regime do CPA. É o que sucede no Art. 7.º e seguintes, e 275.º do CCP em que, em função do preenchimento de certos requisitos, contractos subsidiados celebrados por entidades não adjudicantes são submetidas a regras de contratação pública. Por isso mesmo, elas vêem-se obrigadas a actuar ao abrigo das normas de direito administrativo.

# II. Organização administrativa e recursos da administração

É o legislador que determina a organização e o funcionamento da administração pública, por meios de actos administrativos, como nos indica o art 267º CRP.

Organização da Administração Pública:

**ESTADO**

**Administração Estadual**

**Administração Directa**

**Administração Indirecta**

**+**

**Administração Autónoma**

Existe administração pública integrada no Estado e não integrada no Estado – autónoma. Estabelecem-se relações entre a administração autónoma e a administração estadual - casos em que um município não pode decidir sozinho porque se estão a tratar fins de especial relevância pública.

A administração pública (a sua organização) é um instrumento do poder político, o que leva a que seja muito volátil. O número de ministérios, o número de institutos públicos, … está constantemente a alterar-se ao sabor das escolhas políticas.

**Princípio da Legalidade e Princípio da Competência** - estas entidades públicas só podem actuar nos limites da lei. É a grande diferença entre o direito público e o direito privado: no direito público, em que se encaixa o direito administrativo, só se age se houver lei - o contrário no direito privado – só se proíbe se houver lei expressa nesse sentido.

Direito público – *o que não se permite tem-se por proibido*

Direito privado – *o que não se proíbe tem-se por permitido*

Logo, esta organização administrativa não pode resultar se não da lei – em sentido amplo (nunca de jurisprudência ou de doutrina).

Quatro elementos da Organização Pública:

1. o grupo humano, pessoas
2. estrutura, forma particular de relacionamento entre os vários elementos
3. papel determinante que os representantes da colectividade detêm no modo como se estrutura a organização
4. finalidade, satisfação de necessidades colectivas predeterminadas

Nota: a natureza jurídica da organização está a perder relevância. Portanto, estes elementos são suficientes para dizermos que é organização pública e administração pública (mesmo que se trate de entidade de natureza privada).

Atenção: a personalidade jurídica não é factor determinante no sentido de estarmos ou não na presença de organização pública. Temos organizações publicas sem personalidade jurídica. Exemplos: ATA, algumas unidades orgânicas de universidades, …

A Administração Pública tem três elementos:

1. pessoas jurídicas colectivas (exemplos: FDUNL, Entidades reguladoras)
2. órgãos (exemplos: ministros das várias “tutelas”, Câmara Municipal)
3. serviços públicos (exemplos: Direcções Regionais)

Nota: Ministérios são serviços com estatuto especial – têm, quase, personalidade jurídica (mas não têm!) - são equiparados a pessoas jurídicas, para muitos efeitos. Têm personalidade judiciária - podem-lhes ser imputadas acções judiciais.

Órgãos - figuras a quem a lei atribui competências. Ministro da Tutela - órgão; Ministério correspondente - serviço.

Debaixo do serviço do Ministério (cada Ministério tem a sua hierarquia – debaixo de cada Ministério existe a chamada Administração Directa, *infra* 1.1.), há outros serviços: Direcções gerais (órgão - Director de serviços).

**Pessoas jurídicas colectivas** - criadas por iniciativa pública para assegurar a prossecução de interesses públicos. São, por isso, submetidas a deveres públicos. Estas pessoas jurídicas dispõem, muitas vezes, de poderes que não são equiparáveis às relações que se estabelecem entre particulares: podem expropriar, praticar actos administrativos dando ordens aos particulares, licenciar actividades, etc. É algo diferente do que seria uma relação entre particulares. Apesar de terem estes poderes, têm também deveres diferentes dos particulares – estão vinculadas aos princípios gerais da actividade administrativa, ao respeito pelos direitos fundamentais, etc. (*v.* art. 2.º/1 e 3 CPA).

Dentro destas, temos um grupo que é anterior ao Estado – as autarquias locais; depois outro grupo criado por decisão política do estado – ministérios, etc. Outras, ainda, correspondem à associação de interesses - ordens profissionais, por exemplo.

Nota: Lei do Governo que estabelece *a priori* quais as atribuições do Governo e de cada ministério e respectivos ministros e secretários de Estado. Primeiro, temos a lei orgânica do Governo (actualmente, DL 251-A 2015) e, depois, a lei orgânica de cada ministério. Cada ministério tem uma lei orgânica que define quais os serviços sujeitos a relação de hierarquia, independência ou tutela relativamente a esse ministério.

* A personalidade jurídica é critério para ser organização pública?

A questão da natureza jurídica da pessoa (se é pública ou privada) está a perder a sua relevância. Hoje muitas organizações públicas têm personalidade jurídica privada tais como associações, fundações e sociedades. Existem inclusive organizações públicas não dotadas de personalidade jurídica, tais como a Autoridade Tributária e Aduaneira ou as unidades orgânicas da Universidade de Coimbra. Assim, conclui-se que o conceito de organização pública não comporta qualquer referência à personalidade jurídica, muito menos à personalidade jurídica pública.

## Administração Estadual e Administração Autónoma

### Administração Estadual

Pode ser exercida por órgãos e serviços do próprio Estado - **administração directa** - ou por pessoas colectivas distintas do Estado - **administração indirecta ou instrumental**.

O exercício da função administrativa compete, em primeira linha, ao Estado. Cumpre, no entanto, notar que a expressão “Estado” é polissémica. De entre as diferentes acepções que lhe correspondem na linguagem jurídica, o vocábulo é aqui utilizado na chamada acepção organizatória, para designar um aparelho orgânico que, no intuito de assegurar a coesão de uma comunidade humana fixada num determinado espaço territorial e de dar corpo a um projecto de vida em comum, desenvolve actos de direcção dos comportamentos dos membros dessa comunidade e presta serviços de interesse público. Nesta acepção, o Estado é, assim, a principal pessoa colectiva pública existente na ordem jurídica portuguesa e desempenha a função administrativa através de um amplo conjunto de serviços, constituído por funcionários e agentes dependentes do Governo.”. Assim, de **acordo com o Art. 199.º da CRP, al. d), o Governo exerce um poder de direcção (relação de hierarquia) sobre a Administração directa do Estado e um poder de superintendência (relação de superintendência e tutela) sobre a Administração indirecta do Estado.**

Os poderes que se exercem na administração directa são mais intensos porque não há pessoas jurídicas autónomas a intermediar; e dentro da administração estadual são muito mais intensos do que, depois, na relação com a administração autónoma (princípio da autonomia municipal, por exemplo, constitucionalmente consagrado).

**Administração Directa** - Órgãos e serviços sujeitos à hierarquia do Governo. Debaixo de cada ministério temos administração directa, sobre a qual o ministério exerce poderes de hierarquia **(Administração Subordinada)**. Entidades como uma Delegação de Saúde ou uma Direcção Regional não são órgãos administrativos, são serviços de um determinado Ministério (conforme a Lei Orgânica do Governo). A administração subordinada subdivide-se em (Lei 4/2004, art. 11.º/4):

* Administração central (abrange todo o território nacional, independentemente de o órgão possuir unidades orgânicas desconcentradas);
* Administração periférica (quando é apenas sobre uma porção de território, mas continuamos nas relações de hierarquia). Circunscrição: área territorialmente demarcada. Dentro da administração periférica, temos a administração periférica interna vs. externa (ex: embaixadas e consulados – Lei 4/2004, art. 11.º/5)

Entidades desconcentradas (administração directa – desconcentração; administração indirecta - descentralização) que têm competência territorialmente demarcada (CCDR – Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional, Direcções Regionais, etc.) - o que releva, aqui, é a sua esfera de competência, que se revela desconcentrada; e não onde estão localizadas.

Exemplo: Situação do Infarmed – administração indirecta: não é desconcentração. Mudar a localização da sede não significa que as competências se estão a espalhar. Se se alterar a sede de Lisboa para Faro, sem alteração da delimitação territorial de actuação, não é desconcentração. O Infarmed mantém a sua competência nacional. Quem decidiu foi o Ministro da Saúde - relação de superintendência e tutela. O mesmo não podia acontecer em relação a um município – administração autónoma.

Há exemplos de entidades que não constituem administração subordinada, embora sejam da esfera estadual, como a CNE ou o Provedor de justiça. Escapam a essa hierarquia – **administração independente**.

**Administração Indirecta:** Infinidade de instituições públicas criadas ou pelo Estado (portanto, a função administrativa já não é feita directamente pelo Governo) ou pelas R.A. ou autarquias locais para prosseguir os fins que de outra forma seriam prosseguidos pelo Estado (através dos Ministérios e outros serviços). Muitas vezes, esta administração indirecta materializa-se na personalização de um serviço – um serviço do Estado a quem se atribui personalidade jurídica e ele se descola.

Temos pessoas jurídicas autónomas, com relações de tutela e superintendência com o Estado:

* Personalidade jurídica pública (IPs e EPEs)
* Personalidade jurídica privada (SAs)

### Administração Autónoma

O Art. 6.º CRP promove a descentralização como um alto valor constitucional. É por isso que a administração pública não está organizada apenas na pessoa colectiva Estado. Uma administração puramente estadual, toda ela dependente do governo, seria uma administração centralizada. Adoptou-se um modelo em que se reconhece a existência de outras estruturas dotadas de interesses próprios diferentes dos do Estado, com aparelho próprio para a prossecução desses interesses. É isto que a CRP consagra com as R.A. e as autarquias locais.

**Administração autónoma** - Pessoas jurídicas colectivas não criadas pelo Estado. Pessoas jurídicas que o Estado não criou e que se limitou a reconhecer e dotar de um estatuto jurídico público. Prosseguem interesses próprios das colectividades que as instituíram. As autarquias locais - é este o fenómeno típico, mas integram também outras entidades que não são criadas pelo Estado e que prosseguem interesses próprios - associações profissionais, por exemplo. Ordem dos Advogados, dos Engenheiros, etc.).

### *Administração regional e local*

**Princípio da Subsidiariedade** - os interesses das populações devem ser prosseguidos pelas entidades públicas que se encontram mais próximas dessas mesmas populações. Sem prejuízo da eficiência económica e da solidariedade e igualdade dos cidadãos. Ou seja, tudo o que puder ser resolvido pela autarquia, nestes moldes, deve ficar nessa esfera e não ser extrapolado para a esfera da administração estadual.

**Regiões Autónomas**

Portugal é um **Estado unitário *parcialmente* regionalizado**, porque assenta na autonomia do poder local e na existência de duas Regiões Autónomas. Isto implica que hajam várias pessoas colectivas: Estado, autarquias locais (freguesias e municípios), Regiões Autónomas.

Nas R.A. também há uma administração pública dirigida pelo Governo Regional. E o Estado não interfere com as Regiões nem vice-versa. A nível administrativo, é como se fossem realidade diferentes: as Regiões, neste âmbito, são um “mini-Estado” – descentralização política.

**Autarquias locais**

As autarquias locais são pessoas colectivas estritamente administrativas, não têm poder legislativo como as R.A. Não estão no mesmo patamar do Estado e das R.A., mas, atenção: não há hierarquia porque, por exemplo, o Estado não pode dar ordens à autarquia, não pode mover-lhe um processo disciplinar, etc. – descentralização administrativa. As autarquias locais asseguram a prossecução de interesses comuns tendo em conta a proximidade geográfica da comunidade - **princípio da autonomia local**, consagrado constitucionalmente.

As autarquias locais estão submetidas a **tutela inspectiva** - mero controlo da legalidade por parte do Governo relativamente às autarquias locais (tutela administrativa de legalidade). É inconcebível um Ministro dar ordens a uma Assembleia Municipal. O poder de dar ordens é o poder de direcção que só existe na relação hierárquica. Um Ministro só pode dar ordens aos órgãos e agentes do seu Ministério. Nem sequer pode dar ordens a um qualquer conselho de administração de uma empresa pública, ainda que exerça poderes de superintendência (administração indirecta). Formalmente, não emite despachos a ordenar… *depois, informalmente, já é outra questão*.

Ainda assim, qualquer tipo de poder que o Estado tenha sobre a administração autónoma é somente de inspecção, sendo que qualquer sanção à sua actuação terá que passar pela via judicial, e nunca pela via administrativa, conforme estabelece a Lei n. º27/96, de 1 de Agosto.

*A autonomia do poder local é consagrada em especial intensidade na Constituição, que a erige a limite material de revisão constitucional (Art. 288.º, al. n)) e a assume como um dos elementos estruturantes da organização política democrática do Estado. A democracia local concretiza-se na eleição directa, por sufrágio directo e universal, dos órgãos autárquicos representativos das populações locais. A Constituição também admite, entretanto, no seu Art. 240.º, a realização de referendos, dirigidos a consultar directamente as populações sobre questões de interesse local da “competência exclusiva dos órgãos das autarquias locais* [manual do prof. M. Aroso de Almeida].

A CRP reconhece 3 tipos de autarquias:

* freguesias (de dimensão mais reduzida)
* municípios (autarquia local com existência histórica estável)
* Regiões Administrativas (nunca criadas – “chumbo” em referendo nacional).
* Municípios

Os principais órgãos dos Municípios são (Art. 239.º CRP):

* a Assembleia Municipal – aprova o programa de actividades e o orçamento anuais do Município, fiscaliza a actividade da Câmara Municipal, emite regulamentos (as posturas), estabelece tributos (as derramas) e decide sobre as questões mais importantes;
* a Câmara Municipal executa as deliberações da Assembleia Municipal, gere o pessoal e o património municipais e dirige os serviços municipais;
* Presidente da Câmara Municipal, que preside às reuniões da Câmara e exerce, nos termos da lei, um amplo conjunto de competências próprias.

Dentro do município temos também administração directa e indirecta:

* administração directa: diferentes serviços, incluindo os municipalizados (não têm personalidade jurídica, embora estejam em zona de fronteira com a administração indirecta). Exemplo: serviço de transportes públicos em Coimbra.
* administração indirecta: empresas locais. Ou seja, temos empresas públicas do sector empresarial do Estado incluídas na administração indirecta do Estado, e empresas locais inseridas na administração indirecta do município.
* Freguesias

Dois órgãos: a Assembleia de Freguesia e Junta de Freguesia; visam a prossecução dos interesses das comunidades nela radicadas e dispõem de uma amplitude de poderes muitas vezes delegada pelo próprio Município ou actuando em sintonia com este.

* Entidades intermunicipais

A Lei das Autarquias Locais (Lei n. º75/2013, de 12 de Setembro) admite a criação de áreas metropolitanas (de carácter obrigatório) e de comunidades intermunicipais (de adesão facultativa).

**Administração Autónoma de Base Não Territorial**

As pessoas jurídicas de administração autónoma não têm todas uma base territorial. Administração autónoma fundada em relação de proximidade não geográfica:

* Associações públicas - pessoas colectivas públicas (Art. 267.º/4 CRP)

As Ordens e as Câmaras caracterizam-se pelos traços de unicidade – é da natureza da função que lhes cumpre desempenhar que só possa existir uma Ordem ou Câmara para cada profissão – e de obrigatoriedade de inscrição.

* IPSS - pessoas jurídicas privadas incluídas na administração autónoma do Estado de base não territorial.
* Entidades auto-reguladoras - federações desportivas, associações vitivinícolas, etc…. Regulam o comportamento dos próprios associados.
* Instituições de Ensino Superior Públicas

A CRP reconhece às Universidades, nos termos do n. º 2 do Art. 76.º da CRP, um estatuto de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira.

### *As Associações públicas e instituições de ensino superior públicas*

* **Associações Públicas**

As associações públicas são ordens corporativas, o que ficou do Estado corporativo. Entidades constituídas pelos membros da corporação. São entidades a quem a lei atribui personalidade jurídica pública. Integram a administração pública - entidades públicas administrativas.

Há profissões que é de interesse público que sejam reguladas por pessoas que preencham requisitos de imparcialidade, idoneidade, etc. Tal podia ser feito pelo Estado, como acontece noutros países - criando uma direcção geral; o nosso modelo corresponde aos próprios profissionais a regular a sua profissão. Incumbe-se uma associação de desempenhar um conjunto de poderes que são públicos. São exercidos com autonomia pelos próprios profissionais.

Não há poderes de interferência do Estado nestas associações, ou são muito limitados. Não pode dar instruções ou anular actos da Ordem dos Advogados, por exemplo. Quem interfere é o MP e os tribunais. O Governo não pode revogar um regulamento da Ordem dos Advogados – há aqui uma autonomia que resulta desta base corporativa. Coloca-nos no plano da administração autónoma.

* **Entidades Públicas de Ensino Superior (Universidades e Institutos Politécnicos)**

A CRP reconhece-lhes autonomia no plano científico e pedagógico. Logo, também têm um estatuto que é particular. Hoje, há universidades que são IPs e outras que são fundações.

Poderes de intervenção do Estado sobre estas instituições: também aqui há autonomia. Mas é mais complicado: as universidades têm uma ligação ao Ministério da Ciência e da Educação mais estreita e por isso tem havido conflitos entre as Universidades e o Estado devido à autonomia.

Ora:

* Há vários graus de autonomia e de administração autónoma, portanto: começa nas R.A. e acaba nestas instituições públicas.

## Formas de administração indirecta

### *Institutos públicos*

Entidades instrumentais criadas ou pelo Estado, por uma R.A. ou por uma autarquia local para seguirem fins específicos em vez do Estado. Este fixa-lhes objectivos e intervém na respectiva prossecução. Têm estrutura não empresarial (Art. 2.º/1 Lei 3/2004).

Os IP são pessoas colectivas de direito público criadas por acto legislativo, são aplicáveis aos IP todos os princípios e regras aplicáveis a pessoas públicas típicas - aplica-se o CPA. Temos regras especiais sobre os IP nos arts. 45.º e ss. da lei-quadro. A lei enumera finalidades que podem conduzir à criação de institutos públicos (Art. 8.º) e definindo, de maneira geral, que tratam do exercício de actividades que recomendem uma gestão não submetida à direcção do Governo.

Cada instituto tem a sua tutela correspondente (Ministério), que tem poder para nomear ou demitir os gestores ou membros do órgão directivo, definir a orientação geral da sua actividade, aprovar o plano de actividades e orçamento para o ano seguinte e superintender na respectiva actividade, podendo traçar os objectivos a prosseguir através da emanação de instruções genéricas e de directivas (que fixam metas mas não impõem os meios a utilizar), exercer os poderes de tutela que a lei lhe conferir(integrativa: poder de autorizar ou aprovar os actos da entidade tutelada; inspectiva; sancionatória; revogatória e substitutiva) e fiscalizar a legalidade e o mérito do exercício da respectiva actividade.

Os arts. 54º e 53º da lei-quadro dos IP estabelecem que estes podem conceder a entidades privadas num prazo determinado, a prossecução de algumas das suas atribuições e a delegação dos poderes necessários para o efeito.

### *Empresas públicas*

 O conceito nasceu na UE para uniformizar o direito dos E-M. Um conceito funcional que abstrai da natureza formal da entidade.

O DL 133/2013 define dois tipos de unidades empresariais:

* As já referidas Entidades Públicas Empresariais
* Outras empresas públicas (de um modo geral, as SA):
	+ - Personalidade jurídica privada, criadas como sociedades;
		- Criadas nos termos da lei comercial.

**Entidade Pública Empresarial**

A Lei 133/2013 veio esbater a diferença face aos IP. Exemplo: Agência para Modernização Administrativa (AMA), IP – no entanto parte da actividade é desenvolver rede das lojas do cidadão, e dentro desta actividade funciona como AMA EPE - “não há limites à imaginação do legislador”.

Há uma lei para as autarquias locais nesta matéria – lei 50/2012 (regime do sector empresarial municipal). Os municípios criam empresas de capital público para desempenharem tarefas (limpeza, arquitectura, etc.). É um serviço do Município, mas dotado de personalidade jurídica e por isso beneficia de regime empresarial.

O relacionamento do Estado com uma EPE é o mesmo face às S.A, pois a própria lei para ele remete. A grande diferença líquida parece ser a questão de em relação às E.P.E., o capital ter de ser totalmente público.

**Sociedades Anónimas (empresas públicas sob forma societária)**

São criadas pelo Estado ou por pessoas colectivas públicas habilitadas para tal, e regem-se pelo Direito Privado quanto à sua estruturação orgânica

**Classificação das pessoas jurídicas colectivas:**

|  |  |
| --- | --- |
| Com personalidade pública | Com personalidade privada |
| Institutos Públicos (IP) e Entidades Públicas Empresariais (EPE). O que as distingue são, principalmente, os fins que prosseguem: uma EPE tem fins comerciais, lucrativos, ao contrário de um IP – actividades não lucrativas. As EPE têm todas as características de uma empresa: estrutura organizativa que assegura sobrevivência através das suas receitas (supostamente têm receitas próprias; os IP dependem de receitas orçamentais.Contabilidade industrial, não-pública (EPE) vs. contabilidade pública (IP). Os EPE têm órgão próprio de fiscalização.Os IP constituem um conjunto heterogéneo de pessoas colectivas. O legislador não tem definição na lei-quadro dos IP para o que seja um IP – arts. 3º/1 e 2º/1 lei 3/2004.Os IP e EPE podem ser constituídos pelo Estado ou pelos Municípios. Fixam-lhes os objectivos e interferem activamente na sua prossecução. 3 tipos principais de institutos públicos: **de prestação** - destinados a prestar serviços à comunidade (hospitais, por exemplo);**fiscalizadores** - tarefas de controlo, inspecção e avaliação de riscos de determinada actividade (ASAE, por exemplo); **infra-estruturas** - controlo e manutenção das infra-estruturas e do seu financiamento. Aos IP são-lhes aplicáveis todo o acervo de regras que se aplicam às entidades públicas (às EPE só se aplicam certos princípios gerais).Os IP são criados por lei e cada um está adstrito a uma tutela ministerial – art. 45º ss Lei 3/2004. Os IP só devem ser criados se a administração directa for impossível e/ou ineficiente.Relações entre os IP e as pessoas jurídicas privadas (art. 54.º). | Sociedades anónimas - DL 133/2013.Semelhantes às EPE (sector empresarial) mas com personalidade privada – regidas pelo direito privado.Dentro das SA temos umas com carácter especial. São controladas por entidades públicas, têm como accionista maioritário o Estado, apesar de serem entidades privadas, a sua organização e estrutura são privadas.Sociedades anónimas – arts. 24º, 25º e 37º ss. DL 133/2013. Regulam a actividade do Estado enquanto accionista destas entidades não empresariais. O Estado nomeia os administradores da empresa e faz contractos de gestão com esses administradores – fixa os objectivos e as metas a atingir. É por aí que o Estado conduz estas empresas (modelo de direito privado). |

**Súmula (distinção prática entre os IP e as EPE e SA):**

Os IP têm uma relação de maior dependência face ao Governo do que uma EPE ou uma SA. Estão sujeitos à superintendência (aprovação do plano de actividades, do relatório e contas, definição dos objectivos gerais e das metas) do Governo, a uma relação tão intensa quanto a personalidade colectiva distinta permite – o Governo não dá ordens (poder de direcção), mas tanto quanto pode controlar, na falta desse poder, fá-lo.

Quanto às empresas, o Estado designa os órgãos de gestão e controla-as na qualidade de accionista, tomando as decisões nessa qualidade – com o poder de qualquer outro accionista. As decisões são tomadas pelos órgãos de gestão.

A evolução tem sido no sentido de aproximar o regime das EPE com o das SA. Ainda existem alguns aspectos de diferenciação relativamente às EPE, que se sujeitam a algumas regras de natureza pública que não se colocam quanto às SA. Mas não é um regime tão separado aquando do surgimento da lei do sector empresarial do Estado – de qualquer modo, a lei em apreço espelha todas as diferenças de regime e de poderes do Estado face a cada tipo de empresa ou IP.

### *Fundações públicas*

As fundações são institutos públicos que visam assegurar a gestão de um fundo especial cujo capital provém de receitas públicas afectadas a certo fim ou de um património já constituído que se deseja manter e aumentar.

Muito parecidas com os IP. A diferença, segundo Marcello Caetano, é que avulta o aspecto patrimonial e não os meios humanos. É o acervo patrimonial que justifica a criação de fundações.

As fundações públicas de direito privado seguem, em bom rigor, as regras das fundações de direito público, que, por sua vez, seguem as regras dos IP. É um regime estranho. Faltou lógica ao legislador. Não se percebe a lógica da autonomização destas fundações de direito privado.

Distinção:

* Fundações de Utilidade Pública – reconhecido pelo Governo em Conselho de Ministros (exemplo: Fundação Calouste Gulbenkian - não é uma pessoa jurídica pública)
* Fundações públicas - pessoas jurídicas públicas e naturalmente com utilidade pública.
* Fundações público-privadas – não existem, são proibidas apesar de previstas em anexo que deu origem a lei.

De acordo com a Lei 24/2012, Art. 4º, as Fundações podem ter dois tipos de regime: de direito público ou de direito privado. Distinguem-se pela natureza do acto de instituição: público ou privado. Passámos só a ter fundações públicas de direito privado e de direito público, as primeiras seguindo o regime das segundas.

## Administração Independente

Organismos, na grande maioria dos casos dotados de personalidade jurídica, que não se encontram subordinados a poderes de hierarquia, superintendência ou tutela do Governo, e cujos titulares exercem as suas funções com um estatuto de inamovibilidade e em condições de total independência.

Por exemplo Provedor de Justiça, Comissão Nacional de Eleições… estão incluídas na pessoa colectiva Estado, mas exercem a sua actividade totalmente fora do controlo da esfera do Governo.

Em paralelo, mas no mesmo ramo, actuam as chamadas *entidades reguladoras independentes.* Ao longo das últimas décadas foram instituídas diversas entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, incumbidas de exercer a função administrativa de regulação de actividades económicas, que são investidas na titularidade dos poderes de autoridade necessários à criação e implementação de regras, à supervisão das actividades reguladas e ao sancionamento de infracções.Exemplos: ANACOM, ERSE, CMVM…

## Relações interorgânicas e intersubjectivas: hierarquia, delegação, superintendência, tutela

Relações interorgânicas – estabelecem-se entre os diferentes órgãos de administração, que podem ser órgãos de natureza jurídica distinta (órgão de um IP e órgão do Governo, por exemplo) ou da mesma pessoa colectiva (no Município, entre a Assembleia Municipal e a Câmara Municipal, por exemplo). Estabelecem-se entre os órgãos e entre os órgãos e os serviços.

Relações intersubjectivas – relações que se estabelecem entre diferentes pessoas colectivas. No âmbito da relação interorgânica, dentro das pessoas colectivas há a hierarquia administrativa. Traduz-se em relação jurídica que implica um nivelamento vertical, relações de super-ordenação e infra-ordenação. Um nível superior e um nível inferior.

Podemos ter outro tipo de relações jurídicas: **relações jurídicas inter-administrativas** – as que se estabelecem entre diferentes entidades administrativas. São muito importantes, dado que há vários interesses públicos, e várias entidades que prosseguem interesses diferentes, pelo que é preciso conciliá-los. Nesse âmbito, estas entidades estabelecem relações inter-administrativas (art. 68.º/4 CPA).

* **Hierarquia do direito administrativo - hierarquia externa**

O **modelo hierárquico** existe na generalidade das entidades (dentro dos Ministérios, dos IP, ...).

**Relação de hierarquia:**

O poder de direcção, o poder de supervisão e o disciplinar caracterizam as relações de hierarquia. O órgão subordinante detém poderes de direcção (ordens, instruções, conduzir a actuação), inspecção (ir acompanhando, fiscalizando), supervisão (apreciação e intervenção sobre a conduta do subordinado - só não é assim quando a lei determina que o subordinado tem competência exclusiva. Ainda assim, o subordinante tem o poder de anular os actos do subordinado) e disciplinares (aplicar sanções em caso de ilícito) sobre o subordinado, ao qual incumbe o dever de obediência – liga-se o dever de lealdade e de respeitosa representação.

O titular do órgão A tem poderes de direcção, inspecção, supervisão (intervenção e apreciação sobre conduta do subordinado) e disciplinares sobre o órgão B. O órgão B pode tomar decisões que o superior hierárquico – órgão A - pode alterar. No entanto, se as atribuições do órgão B forem de sua competência exclusiva, A não tem poderes de supervisão, mas pode verificar a legalidade dos actos de B e anular esses actos. B tem, enquanto subordinado, dever de obediência.

**Supervisão** - faculdade de confirmar, revogar, anular, suspender, modificar ou substituir os actos praticados pelo subordinado, salvo se o subordinado tiver competência exclusiva sobre determinada matéria, caso onde o superior hierárquico não pode modificar nem substituir o acto – arts. 169º/2 e 3 + 197º CPA. Quando órgão exerça poderes de supervisão sobre outro órgão, o primeiro não pode dar ordens, mas pode actuar sobre actos.

* **Delegação de Poderes**

Sempre que existe hierarquia, o CPA permite delegação de poderes, que pode funcionar dentro da mesma pessoa jurídica ou entre órgãos de diferentes pessoas jurídicas. **Delegação de poderes:** art. 44º. Requisitos do acto de delegação – art. 47º. Poderes do delegante – art. 49º.

É uma figura frequente na administração pública. Um órgão incumbe outro órgão de exercer uma sua competência. Delegação é a decisão que vai permitir a outro órgão exercer a competência do que delega. A partir da delegação, o delegado exerce a competência como se fosse sua. Actua normalmente. Quando se constitui o Governo, são feitas as delegações.

Exemplos:

* os ministros delegam competências nos Secretários de Estado. Estes não têm competências próprias. Apenas as que lhes são delegadas. O Governo, portanto, se assim pretender, pode abdicar das Secretarias de Estado.
* a Câmara é um órgão colegial - conjunto de pessoas que formam a Câmara. Ao longo do tempo tem havido presidencialização dos Municípios (alguma doutrina indica que tal vai contra a CRP, uma vez que a figura do Presidente de Câmara não existe no texto constitucional). A Câmara, o Presidente e a Assembleia Municipal têm, cada um, as suas competências. As competências da Câmara podem ser delegadas no Presidente ou em vereadores (membros da Câmara que não o Presidente). O Presidente também pode delegar em vereadores (as competências que o próprio tem ou que lhe foram delegadas pela Câmara). A questão dos vereadores assemelha-se à dos Secretários de Estado - só têm as competências que lhes são delegadas. Atenção: há competências reservadas à Câmara - matéria disciplinar, aplicação de todas as sanções. (Segundo M. Aroso de Almeida, não faz sentido - há outras competências muito mais importantes, não reservadas à Câmara).

Como funciona a delegação:

* um acto de delegação tem de ser publicado para poder produzir os seus efeitos.
* a delegação tem de ser prevista por lei.
* as competências não estão disponíveis pelos órgãos.
* a lei prevê a possibilidade de delegação, mas não a impõe. Não é um mecanismo obrigatório. Mas quando há delegação, o órgão não se liberta completamente da competência. Porque:
* pode praticar a avocação (chamar a si a competência para decidir num caso concreto). Portanto, o delegante não se liberta da competência.
* o delegante tem o poder de supervisão sobre o delegado (art. 49º CPA) - anular, revogar, substituir.

Portanto, temos o poder *a priori* de agir em substituição do delegado e depois *a posteriori* para anular o acto do delegado. Deste modo, não há transferência de poderes. A competência não passa do órgão A para o B. O órgão B passa, apenas, a ser também habilitado a exercê-la.

O delegante pode intervir sobre a actuação do delegado – tem poder de supervisão, não obstante não estarmos perante relação de hierarquia – Art 49.º CPA: pode modificar, substituir, revogar, anular actos no âmbito da competência que delegou ao delegado.

O mais comum é que a delegação aconteça dentro da mesma pessoa colectiva. E, dentro da mesma pessoa, entre um superior e um subordinado (um Ministro a delegar competências a um director-geral, por exemplo). Mas quando a Câmara delega a um Presidente da Câmara não é bem assim: não há relação entre subordinado e superior. A Câmara delega em um dos seus membros.

Assim, temos:

* delegações em órgãos singulares ou delegações em órgãos colegiais
* delegações em órgãos de pessoas colectivas diferentes. Um órgão integrado na pessoa colectiva A a delegar competências num órgão da pessoa colectiva B, por exemplo. (Não há hierarquia entre pessoas colectivas diferentes, só dentro da mesma pessoa - entre os seus órgãos. Entre pessoas colectivas diferentes, as relações não são nunca de hierarquia. Porque os órgãos da mesma pessoa estão sujeitos a uma relação de proximidade e intimidade muito mais intensa).

Em suma, para a delegação tem que existir:

1. Habilitação legal - art. 44º CPA. O delegante especifica os poderes delegados, os poderes aos quais dá permissão ao delegado que exerça. Menciona a norma que habilita a delegar e a norma que habilita o poder delegado – art. 47º/1 (relaciona-se com o requisito seguinte). As competências não são disponíveis (princípio da indisponibilidade de competências – art. 36º).
2. Feita no órgão certo e os poderes certos.
3. Publicação (a delegação tem de ser publicada. Mesmo que preenchesse os dois requisitos anteriores, se não fosse publicada não era legal) – art. 47º/2.

**Subdelegação de poderes:**

Art. 46.º CPA.

A lei tem de indicar que o Ministro pode delegar no Director-Geral, por exemplo. O Ministro, ao delegar, pode autorizar a **subdelegação** ao Director de Serviços. O acto de delegação é que tem de autorizar a subdelegação.

Outro exemplo: como já mencionado, o acto de subdelegação de competências do Presidente da Câmara no vereador da pasta *x*. O acto de delegação da Câmara Municipal no Presidente, tinha já de conter a possibilidade de subdelegação.

* **Tutela**

A Lei 27/96 disciplina as **relações de tutela**:

* do Estado em relação às autarquias;
* das R.A. em relação às autarquias das R.A.

Entre autarquias locais e Regiões Autónomas/Estado há relações que não existem entre o Estado e as R.A. – parece hierarquia, mas não é hierarquia em sentido técnico, porque os poderes de hierarquia não existem aqui. Há **relação de ascendente**. **Relação de tutela**.

Nas RA são as RA a tutelar as suas AL, tal como o Estado face às AL de Portugal Continental.

A tutela não se presume: cada pessoa colectiva só tem os poderes de tutela sobre a outra que a lei especificamente preveja. Não podemos dizer que, como *esta* entidade tutela *aquela*, terá todos os poderes - só os poderes que a lei previr.

Portanto: quando dizemos que o Estado tutela as autarquias locais, *isso quer dizer o que a lei disser que é*.

Art. 242º CRP - fiscalizar a legalidade. Na prática, não vale muito porque a lei ordinária que regula este artigo (Lei 27/96) só permite inspecções ao funcionamento da autarquia (limita muitíssimo o art. 242º CRP). Não há, por exemplo, poder de anular ou revogar decisões tomadas por órgãos autárquicos pelo Governo.

A tutela só se exerce em termos genéricos, não pode ser caso a caso, um caso específico. Se houver algum caso específico que o Estado ache ilegal (se forem detectadas ilegalidades graves), tem de recorrer ao Ministério Público.

* **Superintendência**

A relação de superintendência entre duas pessoas colectivas públicas confere aos órgãos de uma delas os poderes de definir os objectivos e orientar a actuação dos órgãos da outra.

Estabelece-se entre duas pessoas colectivas das quais uma se encontra, em alguma medida, na dependência da outra – na maioria dos casos, porque foi esta que criou aquela.

Os instrumentos típicos da superintendência são as directivas e as recomendações: aquelas impõem objectivos, mas deixam liberdade quanto aos meios para os atingir; estas são opiniões, acompanhadas de um convite para agir num certo sentido.

Duas pessoas colectivas públicas podem estar simultaneamente ligadas por relações de superintendência e tutela, sobretudo na administração instrumental (IPs).

**Relembrando…**

* Administração Directa – relação de hierarquia (poderes de direcção, supervisão, inspecção e disciplinar/sancionatório).
* Administração Indirecta – relação de superintendência (poderes de superintendência e de tutela)

Algumas leis mais recentes também regulam os poderes que se incluem na chamada função accionista do estado, ou seja, os poderes que uma entidade pública exerce sobre entidades de estatuto privado integrantes da organização administrativa pública. DL 133/2013, de 3 de Outubro; Lei 50/2012, de 31 de Agosto.

O Artigo 38.º do primeiro destes diplomas concede ao Estado os poderes de determinar as orientações da actividade empresarial e de definir os objectivos e os resultados económicos e financeiros, para além das demais competências atribuídas ao titular da função accionista pelo Código das Sociedades Comerciais. No segundo diploma, a competência para aprovar orientações estratégicas pertence ao órgão executivo da entidade pública participante (Art. 37.º, n. º2).

1. Disposições relevantes acerca dos órgãos colegiais (CPA)

**Índice de Artigos**

* + 23º: o local e hora das reuniões são determinados pelo presidente do órgão, na falta de lei, estatuto ou regimento
	+ 24º: ao presidente do órgão compete convocar reuniões extraordinárias
	+ 27º/1: em regra, as reuniões da A.P. não são públicas
	+ 29º/1: quórum de reunião (a maioria do número legal dos membros com direito a voto). Quórum deliberativo (para que o órgão possa decidir) vs. quórum de reunião (quantos devemos estar para reunir).
	+ 30º: proibição da abstenção em funções consultivas;
	+ 32º/1: maioria absoluta exigível nas deliberações.

São os órgãos que manifestam a vontade das pessoas colectivas – mas as decisões tomadas e os actos são imputados às pessoas colectivas. Assim, na dissolução de um órgão, este não deixa de existir, antes pura e simplesmente deixam de haver titulares desse órgão.

Classificação de órgãos segundo critério de actividades:

* Órgãos activos – executivos
* Órgãos consultivos – opiniões
* Órgãos de controlo – fiscalizam
* Órgãos representativos – eleitos
* Órgãos não representativos – cooptação, por exemplo
* Órgãos colegiais – regras para funcionar no CPA (arts. 20º a 25º).

# III. Princípios gerais da actividade administrativa

* Arts. 3º a 19º CPA

## Conceitos Fundamentais (interesse público, vinculação e discricionariedade)

No direito administrativo estamos sistematicamente a procurar harmonizar, por um lado as necessidades da acção administrativa – exercício da função administrativa, mas por outro também as garantias dos particulares – conjunto de normas que garante o controlo da função administrativa, controlo esse que protege os particulares, que lhes garante os interesses. Esse contrabalanço fundamental no direito administrativo (exercício da função administrativa com garantia dos particulares) é um traço característico deste ramo do direito.

Encontramos isso nas normas de direito administrativo e também nos princípios gerais, consagrados no art. 266.º/2 CRP (elenco essencial dos princípios, aprofundado em legislação infraconstitucional, designadamente o CPA – capítulo II, parte I - arts. 3.º e ss. CPA).

Alguma jurisprudência vem avançando que os tribunais só devem sindicar a actuação da administração com base nos princípios gerais da actividade administrativa quando seja evidente a violação desses princípios por parte da administração. Isto é algo criticável, porque os princípios, sendo parâmetro de juridicidade, não carecem de uma violação acrescida para que se possa considerar como sendo fonte de alguma invalidade do acto praticado em violação do princípio. Portanto, basta a mera violação do princípio, tal como é necessária a violação da regra jurídica, para considerarmos inválido o acto administrativo.

**Diferenciação entre regras jurídicas e princípios** - Princípios que consubstanciam padrões de optimização, compatíveis com graus diferentes de concretização. Temos vários e temos que os harmonizar entre si. Segundo os graus de concretização podemos encontrar regras jurídicas. Temos, depois, as regras jurídicas, mais detalhadas e com maior grau de concretização.

**Controlo do respeito pelos princípios gerais da actividade administrativa** – controlo de sentido negativo. O que se exige é uma actuação que não viole princípios. Actuação que não viole o princípio da igualdade e princípio da legalidade, por exemplo. A aplicação dos princípios é nesta ideia de controlo de sentido negativo, tipicamente.

**Art. 3.º/1** – os órgãos da administração pública têm de actuar em obediência à lei e ao direito. Quer dizer que a administração não se segue apenas pela lei (lei e normas regulamentares) mas também pelo conjunto de princípios jurídicos que, para além do que dispõem as regras jurídicas, se reconduzem à ideia de direito e, regem, portanto, a actividade administrativa. Ou seja, a actividade administrativa não está circunscrita, subordinada, a parâmetros de legalidade restrita, mas, para além disso, a parâmetros de juridicidade. Quer isto dizer que os tribunais, quando julgam questões de direito administrativo, têm outros critérios de sindicância que extravasam as normas jurídicas.

Não significa que os princípios tenham de ser aplicados em todas as situações com a mesma intensidade. Os princípios são susceptíveis de ter um grau de concretização variável em função da situação, e o controlo que é feito pelos tribunais a este propósito é mais exigente.

* Interesse público

A prossecução de interesses públicos não pode ser assegurada pela administração pública de qualquer forma: deve respeitar, na medida do possível, os direitos e interesses dos particulares (Art. 4.º CPA).

Os interesses dos cidadãos face ao poder público são assegurados através das seguintes figuras:

* O dever de fundamentação do acto administrativo;
* O princípio da proporcionalidade;
* A tutela jurisdicional cautelar;
* A Provedoria de Justiça
* A problemática da menor vinculação e maior discricionariedade da Administração

*(…) A admissibilidade abstracta de uma posição de superioridade (nesse sentido, de autoridade) da Administração na sua relação com os cidadãos, determinando unilateralmente efeitos (ainda que desfavoráveis) na esfera jurídica deles, justifica-se pela circunstância de a actuação administrativa ser precedida de uma decisão legislativa substancial, isto é, de ser, genericamente, uma actividade de aplicação da lei. De facto, nos sistemas do continente europeu, a lei fixa previamente e em abstracto as condições de realização do interesse público, constituindo assim, para a comunidade, uma caução de democraticidade e de racionalidade, e, para os cidadãos, uma garantia de previsibilidade e de segurança.*

*A admissibilidade do poder de decisão unilateral da Administração também se justifica pelo facto de a actividade administrativa estar sujeita a um controlo judicial aposteriorístico, garantido por um direito de impugnação dos cidadãos, que assegura o cumprimento das condições estabelecidas pela lei e, nos espaços discricionários, o respeito pelos princípios jurídicos que regem as actuações públicas.*

Ou seja:

*A auto-legitimação da Administração e da actividade administrativa: quer da legitimidade democrática própria que agora tem de reconhecer-se ao poder administrativo, quer da legitimidade que resulta de procedimentos abertos à participação de particulares interessados* [manual do prof. João Caupers e da prof.ª Vera Eiró].

Como a atribuição de poderes discricionários à administração é tal, coloca muito mais riscos ao respeito pela democraticidade e racionalidade das decisões e, relativamente aos cidadãos, a garantia da previsibilidade e da segurança. Dada a sua manifesta liberdade de actuação, desvinculada da lei porque esta simplesmente lhe dá muito maior liberdade, a legitimidade da sua decisão acaba por ser posta em causa - porque não decide conforme o critério de justiça da comunidade (pelo menos aquele que hipoteticamente deveria estar contido na lei) mas antes um putativo critério de justiça casuístico.

As entidades reguladoras ficarão muito menos susceptíveis a um escrutínio judicial, uma vez que os tribunais só poderão aferir da sua conformidade de actuação com a lei. Ora, se a lei lhe dá tamanha liberdade de actuação, mais rarefeito se torna o controlo jurisdicional.

As entidades reguladoras não têm legitimidade democrática, mas antes tecnocrática (ocupam o lugar porque nomeados pelos líderes políticos e, supostamente, por causa das boas capacidades para desempenhar o cargo em causa). Assim, prevalece o princípio da competência sobre o democrático, o que poderá gerar alguma controvérsia.

## Princípio da legalidade

 Ponto chave do direito administrativo. Uma entidade administrativa só pode actuar quando possuir norma habilitante que lhe confira tal poder. A competência não se presume, não se deduz, tem de estar expressamente prevista na lei. Nas normas orgânicas vamos encontrar as normas habilitantes. Consubstancia-se na ideia de que os órgãos da administração pública só podem agir nos **limites da lei e com fundamento na lei**. Esta precede, habilita e baliza o comportamento da administração. A primeira coisa de que temos de nos preocupar é “Qual é a norma habilitante?, quais são os limites que a norma habilitante estabelece?” - completamente diferente do que encontramos no direito privado. A regra geral é eu poder fazer tudo conquanto que a minha actuação não esteja proibida. No direito administrativo só posso actuar se uma lei me permitir a actuação, e apenas até às fronteiras que essa lei estabeleça. O princípio da legalidade aplica-se a toda a actividade administrativa (produção de actos, regulamentos, contractos, …), mesmo que seja uma actuação que implique atribuir uma vantagem a um particular – administração prestadora. Não é apenas quando a administração imputa prejuízos aos particulares.

Mesmo os poderes de superintendência e tutela estão limitados pelo princípio da legalidade. A condição para se exercer poderes de superintendência e tutela é, para além de norma habilitante, o limite da lei, portanto não se pode contrariar o que está na lei. O exercício do poder regulamentar pressupõe a vinculação da administração – não se pode através de acto administrativo violar o regulamento administrativo que a mesma entidade aprovou.

Efeitos que resultam deste princípio: efeitos negativos – a administração pública está proibida de violar a lei. Se o fizer, os actos praticados são inválidos – consequência jurídica desfavorável que resulta da violação da lei; efeitos positivos – os actos administrativos são tidos por legais, até que um tribunal decida em contrário. Há, então, uma presunção de legalidade da actuação da administração. Importante para se perceber a lógica da impugnação dos actos administrativos – se alguém não concordar, tem de recorrer a tribunal.

Excepções ao princípio da legalidade: estado de necessidade (art. 3.º/2 CPA). Polémica doutrinária, entre duas posições principais. Por um lado, há quem entenda que o estado de necessidade legitima efectivamente actuações ilegais da administração pública (Freitas do Amaral); por outro, está-se perante uma legalidade excepcional (Marcelo Rebelo de Sousa, Vera Eiró, João Caupers). É uma questão sem grande relevância prática.

O legislador tem deixado muito por definir na lei habilitante, normas pouco detalhadas, concretizadas, o que dá muita margem para a administração poder produzir regulamentos e actos administrativos. Isto torna difícil o controlo dos regulamentos ou actos administrativos, abrindo espaço para os princípios gerais. O que não é bom porque, como vimos, os princípios gerais têm graus de concretização desiguais entre si.

O que acaba de se referir, aliado aos abundantes conceitos indeterminados introduzidos pelo legislador resultam numa erosão do princípio da legalidade. Tal tem, contudo, que ver com o que a comunidade pretende em cada momento. Hoje em dia dá-se muita relevância ao que a administração pode fazer pelos cidadãos, não era assim no século XIX.

## Princípio da proporcionalidade

Consagrado no art. 266.º/2 CRP, concretizado no art. 7.º CPA. A ideia de proporcionalidade leva-nos, automaticamente, ao conceito matemático de comparação de duas grandezas. Enquadrando o conceito no direito administrativo, as grandezas em causa são os benefícios decorrentes da actuação administrativa e os prejuízos que dela podem resultar. O que fazemos é ponderar. Tipicamente pensamos numa tripla vertente que tem de estar cumprida para se pensar que o comportamento não é contrário ao princípio da proporcionalidade. São os três testes da proporcionalidade. Fazemos a comparação com base neste triplo teste:

* necessidade/exigibilidade – condição indispensável de prossecução do interesse público;
* adequação – o comportamento administrativo tem de se adequar à prossecução do interesse público visado;
* proporcionalidade em sentido estrito.

Importante perceber que este juízo resulta do art. 7.º/1 CPA, porque dele subjaz uma visão subjectivista (“direitos subjectivos”) relacionada com o terceiro teste, isto é, o número 2 do artigo parece remeter, em termos literais, para uma aplicação do critério da proporcionalidade em sentido estrito apenas quando estejam em jogo interesses privados, contudo, esta é uma interpretação demasiado restrita da norma e, portanto, aplicar-se-á também a situações de interesses públicos. Tanto os actos administrativos como os contractos e os regulamentos estão abrangidos pelo princípio da proporcionalidade.

Estamos a aferir coisas diferentes com estas três vertentes. Exemplo: existe um incêndio nuns arbustos ao lado da Faculdade. A Faculdade desliga a água para guardar para apagar o incêndio e a água da piscina do hotel mais próximo é também mobilizada para esse fim. Primeiro teste: era necessário apagar o incêndio? Sim. Segundo teste: é adequado o conjunto de meios mobilizado para apagar o incêndio de pequenas proporções? Se calhar não, podíamos ter usado um extintor. Chumba o teste. Mas vamos pensar que era um descampado e a única água que existia era a da piscina – passava no segundo teste. Terceiro teste: e se deixássemos o incêndio? Era um descampado… não iria trazer grandes prejuízos. Ou seja, **neste critério, o que temos de fazer é ponderar os custos e benefícios**. Qual foi o custo público e privado de eu utilizar toda a água da piscina do lado e qual foi o benefício que daí resultou. Se eu utilizar a água do hotel implica *estes* custos; se eu nada fizer terei *estes*. Quais serão os prejuízos mais gravosos? Para ter a certeza de que não estou a violar o princípio da proporcionalidade, tenho de estar certo de que cumpro estes três requisitos.

## Princípio da igualdade

Os arts. 13.º e 266.º/2 CRP, concretizados no Art. 6º CPA, estabelecem o princípio da igualdade e da não discriminação, em rigor. Não concretiza o que é o princípio da igualdade: situações iguais são tratadas de forma igual; mas a igualdade não é meramente formal - situações diferentes são tratadas de forma diferente, na medida da diferença; não há igualdade na ilegalidade (não encontramos este detalhe na lei, resulta de desenvolvimento doutrinário), isto é, nunca é base de comparação uma situação de ilegalidade (exemplo: não posso dizer que tenho direito a um qualquer tipo de prestação da Administração porque o meu vizinho também teve, se essa situação tiver sido ilegal). Quer dizer que a base de comparação não pode ser uma situação de anti-juridicidade, a base de comparação para tratar de forma diferente uma situação diferente e igual uma situação igual. A dificuldade está em perceber se as situações são semelhantes ou diversas, dado que a objectividade desta diferenciação depende sempre dos valores perseguidos pelo ordenamento jurídico.

“Não há igualdade na ilegalidade” – Apenas para viabilizar o princípio da igualdade no caso concreto, não podemos atropelar o princípio da legalidade, uma vez que seria criar uma espécie de princípio da precedência que permitiria multiplicar as decisões ilegais. Muito embora, naquele caso concreto, pudesse até proteger-se o princípio da igualdade. Em casos de poderes vinculados da administração, não vale de nada invocar o princípio da igualdade (somente contra a lei que vincula em si, se for caso disso, e não contra o acto em si), pois a administração limita-se a seguir os pressupostos da lei, “faz as contas”, e o resultado final é o que dita a lei.

O princípio da igualdade, bem como o da proporcionalidade servem de limite aos poderes discricionários da administração (art. 152º/d) CPA). Dever especial de fundamentação dos actos administrativos quando a administração esteja a decidir de forma diferente daquilo que seja a prática habitualmente seguida. Pretende-se controlar algum eventual desrespeito ao princípio da igualdade.

Violação do princípio da igualdade – não implica, necessariamente, um juízo subjectivo. Basta ver que duas situações iguais não foram tratadas da mesma forma, por exemplo. E pode ter sido por erro, não pressupõe má-fé ou imparcialidade.

## Princípio da imparcialidade

Às vezes é difícil marcar fronteiras claras entre princípios, mormente entre este princípio e o princípio da igualdade. Apesar disso, procuram alcançar realidades diferentes, ponderam questões diferentes. Está consagrado no art. 266.º/2, concretizado no art. 9º CPA. Diferença entre imparcialidade e igualdade – princípio da igualdade, estamos sobretudo a olhar para o processo decisório, na decisão; enquanto que no princípio da imparcialidade estamos a pensar no procedimento, no caminho tomado para chegar à decisão, no modo como foi tomada a decisão e não no conteúdo da própria decisão.

Em rigor posso ter uma decisão que viole o princípio da imparcialidade e não o princípio da igualdade. Exemplo: pretendo celebrar um contracto de prestação de serviços. E em vez de lançar um concurso público, convido entidades para me apresentarem propostas e, dentro dessas, convido a sociedade que é do meu pai. E na minha tomada de decisão pondero essa circunstância. Essa pode até ter sido a melhor proposta, mas tomei em consideração um interesse que “não interessava nada”, interesses para além daqueles que eram relevantes. A decisão final até nem violou o princípio da igualdade, mas ao chegar à proposta tomei em conta interesses que não devia ter tomado – violei o princípio da imparcialidade.

Atenção, temos que perceber que é normal as pessoas terem relações, temos é de incidir sobre relações que sejam mais intensas, que vão para além da relação normal do conhecimento (relação social normal - colegas de faculdade, de trabalho, …). E essa relação tem de ter impacto na decisão tomada. Não é necessário haver uma violação gravosa, a relação é que tem de ser especialmente intensa (entrosamento ou inimizade).

Ser imparcial é não ter em conta factores que são irrelevantes para a tomada de decisão pela administração. Ou seja, tomar em conta todos os interesses relevantes, e só os que são relevantes – “todos e apenas”.

A violação da imparcialidade dá origem a decisões desiguais. Questões mais comuns que podem gerar problemas de imparcialidade têm sido conformadas no âmbito legislativo – regras do CPA que pretendem evitar situações arriscadas, em que, à partida, há um risco maior de haver violação do princípio. Regras que concretizam situações que devem ser evitadas, porque se não forem, à partida, cairemos na violação do princípio da imparcialidade.

**Exemplo de violação do princípio da imparcialidade:** Temos várias fases no procedimento administrativo: fase inicial, fase de instrução, fase da tomada de decisão. Fase da instrução do procedimento – leva-se ao processo todos os elementos relevantes para a decisão final. A instrução pode partir do órgão ou agente da administração pública (pede pareceres, esclarecimentos, etc.), ou o próprio particular a levar ao procedimento elementos que considere úteis para a tomada de decisão. Se a decisão do órgão tiver aspectos discricionários, o titular pode sindicar com legitimidade a violação do princípio da imparcialidade nesta decisão (o órgão não teve em conta nenhum parecer, por exemplo).

**Garantias da imparcialidade**: Art. 69º a 76º CPA. Situações que o legislador indicou como de potencial violação do princípio da imparcialidade. Exemplo: se a pessoa em causa é meu marido, à partida eu quero favorecer essa pessoa com a minha actividade [*atenção: exemplo da professora Vera, e não dos autores da sebenta… :))*]. Estabelece o art. 69.º que tanto a Administração como entidades privadas com função administrativa não podem intervir quando… - alíneas do artigo. Mas estas situações não esgotam o tema da imparcialidade.

Em certos casos, com alcance limitado, as regras contidas nos artigos referidos podem ser invocadas como fundamento directo de invalidade do acto.

Da ideia de imparcialidade, o legislador foi extraindo uma série de competências: já não é aplicar o princípio, mas as normas específicas. E, já não é, portanto, e em rigor, violar o princípio, mas normas que previnem o risco evidente de parcialidade – são as garantias da imparcialidade. É muito mais objectivo do que invocar o princípio da imparcialidade.

Outro conjunto de regras de natureza procedimental que ajuda a garantir o princípio da imparcialidade e evitar decisões que possam ser consideradas parciais – dever de fundamentação (art. 152.º CPA – concretização do princípio da proibição do arbítrio), de forma cabal completa e clara, dos actos administrativos. Nessa fundamentação, conseguimos identificar quais as razões que levaram *aquele* órgão a actuar *daquela* forma.

*Quid juris* quando um Presidente fica impossibilitado, em virtude do preenchimento dos requisitos das regras de garantias de imparcialidade, de decidir e a função era exclusiva sua? Isto aplica-se aos órgãos singulares, os órgãos colegiais não relevam porque poderão tomar a decisão sem a presença do membro em causa. Qual a solução? Substituição ou suplência – arts. 42.º e 43.º CPA.

Situações de impedimento são aquelas em que, uma vez preenchidas, os órgãos ficam impedidos de tomar decisão através de regra nesse sentido; situação de **escusa** é diferente. O órgão, na medida em que possam duvidar da imparcialidade da sua decisão, pede para não decidir sobre a matéria em questão. Art. 73.º/1 CPA. Quanto às situações de suspeição, partem do próprio interessado, que duvida de que o titular do órgão, ou o órgão colegial, se for esse o caso, tenha a imparcialidade necessária para tomar a decisão em causa – art. 73.º/2. As regras sobre escusa e suspeição relacionam-se com as garantias de imparcialidade.

Em síntese: **o princípio da imparcialidade procura evitar que a prossecução do interesse público se confunda com a prossecução de qualquer interesse privado.** A administração pública não deve favorecer nem prejudicar especialmente qualquer privado.

## Princípio da Boa-fé

Importado do direito administrativo italiano, encontramo-lo consagrado no art. 266.º/2 CRP, concretizado pelo art. 10.º CPA. Não apresenta especificidades face à boa-fé do direito privado. A administração não pode adoptar comportamentos desleais, tendo de estabelecer, com os particulares, relações de confiança. Confiança no particular de que a situação vá ser decidida num certo prazo, indicadores de que a administração vá cumprir a sua função. Se a administração for num sentido contrário àquilo que sempre disse, o seu acto pode ser considerado inválido.

Existe a necessidade de garantir que a administração é confiável, que os particulares confiem na administração. Este princípio da boa-fé tem uma aplicação limitada, portanto temos de ter muita certeza de onde estamos para saber se podemos aplicar a boa-fé, tendo em conta o princípio da legalidade.

**Requisitos da boa-fé:**

* situação de confiança, que se vá decidir, e decidir num certo prazo (“eu decido daqui a três meses” – não pode ser, não há verdadeiros indícios de que vá decidir);
* justificação (não há justificação se a administração insistir num licenciamento ilegal de algo, por exemplo);
* investimento (na situação de confiança que foi criada – reuniões diversas com a entidade administrativa, a decisão é legal e, portanto, leva que o particular contraia financiamento para daqui a 3 meses – prazo – para garantir que leva avante o negócio, portanto investiu).
1. Princípio da Justiça e razoabilidade

Se houver violação do princípio da igualdade, há violação do princípio da justiça. É difícil arranjar espaço autónomo para estes princípios. Art. 8º CPA - traduz a ideia de que a actividade administrativa está condicionada por critérios de justiça material. Qualquer decisão que fira critérios de igualdade, proporcionalidade, imparcialidade... fere a justiça.

Trata-se de darmos critério interpretativo das normas jurídicas e valorização própria do DA – para nos guiar em espaços de discricionariedade. Não há enunciação clara sobre o princípio da justiça e razoabilidade.

Violação dos outros princípios – densificação do que é a justiça – e, depois automaticamente, após a violação desses princípios – há violação do princípio da justiça e razoabilidade.

## Princípio da responsabilidade

Resulta do artigo 22.º da CRP, em conjugação com o art. 16.º CPA - “a administração responde pelos danos causados pela sua actividade” – não é imune às consequências da sua actividade na esfera jurídica dos particulares. Quando a AP tem actos ilícitos que causam danos aos particulares, é responsável por danos causados. Quando a sua actividade leva a aumento do risco - situações de responsabilidade objectiva – também é responsável. Analisaremos este capítulo, com maior detalhe, adiante (*infra,* VIII).

Esta ideia é enunciada no artigo 16º CPA – mas existe diploma próprio que regula a responsabilidade civil do Estado e pessoas colectivas públicas (RREEP – Regime da Responsabilidade do Estado e demais Entidades Públicas, Lei 67/2007, de 31 de Dezembro).

Não existe, portanto, a figura do *the king can do no wrong* (ou do *rex non potest peccare* [só para parecermos mais intelectuais, ideia do Tiago Jorge]). Os danos resultantes de actividade ilícita são imputáveis, resulta obrigação de indemnizar.

## Princípio da Boa Administração

Princípio relevante do procedimento administrativo. Art 5º CPA – conceito de eficiência (distinto de eficácia). É uma especificidade face a outros princípios – dos outros tiramos deveres de adopção de condutas negativas de não violação, este implica adopção de condutas positivas, dado que impõe condutas à administração pública, mas entende-se que não podem ser sindicados pelos tribunais (na vertente da eficiência) sob pena de violar a separação de poderes.

1. Princípio da eficiência

 O tribunal administrativo não pode fazer este controlo. Deve distinguir-se juízo de defensabilidade jurídica (cabe aos tribunais) e alternativa mais eficiente (cabe à administração). Esta consagração do princípio da boa administração veio dar relevância à dimensão económica da actividade administrativa. Os tribunais não se podem substituir à administração no juízo de escolha da melhor alternativa administrativa. Os outros princípios servem como critério de sindicância das decisões da administração pelos tribunais; este não, porque tem que ver com o mérito que, muitas vezes, está dependente de opções políticas.

Excepção: os tribunais administrativos podem sindicar o princípio da eficiência em questões de comparabilidade subjectiva. Exemplo: duas alternativas que proporcionem a prossecução efectiva do interesse público nos mesmos moldes, sendo que a primeira custa *x* e a segunda *x + 2*, e a Administração optou pela segunda.

* **Balanço**

Estes princípios servem de critério na tomada de decisões discricionárias administrativas – as decisões têm aspectos vinculados e discricionários cujo equilíbrio depende de situação para situação e do enquadramento legal.

Em aspectos em que a administração está vinculada, não é necessário sindicar princípios gerais da actividade administrativa nem apontar decisões de casos análogos. Basta dizer que se a lei determina que é assim, tem de ser assim.

Neste sentido, em áreas de discricionariedade: a administração pode deferir ou indeferir mediante as circunstâncias, critérios, razões, motivos, etc., mas tem de fundamentar – dever de fundamentação (art. 152.º CPA). A administração só pode usar o poder discricionário quando a lei lho confere.

O Tribunal pode controlar acções discricionárias? Somente na medida em que estas respeitem ou não os preceitos legais adstritos a essa decisão; caso contrário, incorrem em violação do princípio separação de poderes.

Critérios de sindicância do exercício do poder discricionário? Que critérios podem os tribunais usar para controlar o exercício da função administrativa dentro do exercício do poder discricionário/aferir a validade da acção?

* princípios gerais da actividade administrativa;
* situações de erro grosseiro ou manifesto.

Ou seja, a actividade da administração, em áreas de discricionariedade, quando inválida, só é controlada por tribunais quando a acção viola princípios ou comete erros grosseiros ou manifestos. Contudo, o Tribunal de contas pode avaliar uma decisão do município, por exemplo, baseado na eficiência/economicidade. Critério de administração, fora do exercício de poder judicial. Fronteira difícil de traçar.

* **Princípio da decisão (art. 13º CPA)**

 Implica, também, que os tribunais podem se possam substituir à administração, corrigindo a sua decisão, ou tomar a decisão por ela, atendendo aos critérios já referidos. De que modo?

* **Actuação vinculada da Administração:** não existe uma substituição *stricto sensu* de um acto administrativo por um “acto judicial”. O que acontece é que o tribunal administrativo em causa vai lançar uma **acção de condenação à prática do acto** legalmente correcto (era só “fazer as contas”).

Nota: o CPTA prevê, no momento executório do acto, uma emissão judicial do título executivo em substituição da Administração quando esta se mostre faltosa.

* **Actuação discricionária da Administração:** O tribunal tem de preservar o núcleo central de discricionariedade da administração. A actuação tem de ser feita nas margens - situações tão flagrantes que até os juízes têm de intervir (“qualquer um vê” - nunca situações de conformação propícias à polémica, pontos discutíveis). Se não for assim, se a situação não for de:
	+ - violação dos limites dos poderes de valoração da administração,
		- dos princípios gerais da actividade administrativa, ou
		- de erro manifesto ou grosseiro

tem-se por inadmissível que um juiz venha substituir alguém especializado para decidir.

Não podemos dizer que há questões fora do controlo dos tribunais. Não se pode é substituir juízos subjectivos (da administração) por outros juízos subjectivos (do tribunal – sendo certo que este não está mais habilitado a emiti-los do que a administração. Terá, certamente, menos capacidade técnica). Está é incumbido de aplicar a lei.

# IV. Procedimento Administrativo

## Enquadramento: aspectos funcionais e estruturais do procedimento administrativo

*Sem prejuízo da possível existência de situações de estado de necessidade, em que a urgência na tomada de decisão não permita a regular instrução do procedimento, a generalidade das decisões da administração, e, em particular, dos seus actos administrativos e regulamentos, é o produto de um procedimento administrativo, isto é, de uma «sucessão ordenada de actos e formalidades» (Art. 1.º, n.º1, do CPA) que são realizados em ordem à produção e operatividade da decisão.* [manual do prof. M. Aroso de Almeida].

A crescente tendência para a redução do conteúdo regulador das normas que disciplinam a substância da actuação administrativa, ou seja, o grande aumento do grau de discricionariedade nas decisões, *levou a que viesse a ser crescentemente reconhecida a importância do procedimento, não só como instrumento de racionalização da actividade decisória da Administração, mas também como instrumento de legitimação da Administração.*

*O procedimento administrativo desempenha várias funções: visa permitir o esclarecimento e ponderação dos dados de facto e dos interesses que devem ser tidos em conta na tomada de decisões; visa assegurar a coordenação da actuação e intervenção dos vários órgãos (e entidades) administrativos envolvidos; visa proporcionar aos interessados a possibilidade de fazerem valer as suas razões* [idem].

* **Procedimento administrativo**

A “Decisão” é o resultado final do procedimento administrativo, que se poderá revelar num regulamento, acto administrativo ou contracto. Quanto mais livre é a tomada de decisão (quanto maior for a vertente discricionária da administração), mais importante é o procedimento e as regras procedimentais, porque vão permitir verificar se foram ouvidos os particulares, se foram cumpridos os prazos de decisão, etc… Na fase da instrução temos, então, um amplo campo em que, cumpridas as regras procedimentais, vamos ter uma maior garantia sobre a decisão formulada.

O tribunal pode apreciar o cumprimento do procedimento, das regras que são imperativas de natureza procedimental. O tribunal verifica se a administração percorreu todos os passos que tinha de percorrer.

A lei é cada vez menos detalhada – dá margem ampla à administração para aprovar regulamentos ou actos administrativos. Por aí se antevê necessária a procedimentalização da actuação da administração. Existe uma tendência legislativa para regular cada vez menos, sobretudo em relação aos regulamentos administrativos. Não se estabelecem as balizas, sobretudo nos regulamentos independentes. Assim, só se controla a legalidade tendo em conta os princípios gerais e o erro grosseiro ou manifesto. E na vertente discricionária podemos controlar através do cumprimento ou não das regras do procedimento administrativo.

Se a decisão não é vinculada, vamos ter procedimento ritualizado, transparente, sindicável, para termos a certeza que foi a melhor decisão possível. Sem procedimento, dificilmente regularíamos a situação.

As Regras Procedimentais vão permitir verificar se foram ouvidos particulares, se foi feita toda a prova que devia ter sido feita, etc.

No procedimento administrativo temos duas dimensões diferentes:

* dimensão objectiva - garantir melhor prossecução possível do interesse público;
* dimensão subjectiva – particulares surgem como sujeitos do procedimento administrativo. Garantias dos particulares, os seus interesses e direitos legalmente protegidos, nessa prossecução do interesse público.

**Processo administrativo** (art. 1º/2). Suporte do procedimento administrativo, se for físico é o dossiê com informação relativa ao procedimento; tendo em conta a informatização, hão-de ser os ficheiros informáticos. Conjunto de ficheiros que traduzem e integram todos os actos praticados no procedimento. Conjunto documental de todos os documentos produzidos no âmbito do procedimento.

 A língua base do procedimento administrativo é a língua portuguesa – art. 54º CPA.

 Para os contractos, as regras procedimentais do CPA só se aplicam subsidiariamente – porque há o CCP que se aplica ao procedimento de formação da decisão administrativa que tem como resultado final a celebração de um contracto publico ou administrativo.

**ATENÇÃO:** Processo Administrativo pode ter outro significado à luz das regras de contencioso administrativo – também pode ser conjunto regras e princípios que regulam processo em tribunal.

## Espécies de procedimentos administrativos

Que tipos de procedimento existem? Multiplicidade e flexibilidade de procedimentos. E temos procedimentos também especiais, matérias que têm procedimento próprio (exemplo: licenciamento urbanístico), em que o CPA se aplica apenas subsidiariamente. Portanto, o CPA regula o procedimento geral.

Podemos classificar os procedimentos administrativos em função de diferentes critérios:

* em função da iniciativa, podemos ter **procedimentos de iniciativa pública/oficiosa** (procedimento oficioso – são as entidades públicas que dão início a determinado procedimento. Exemplo: procedimento dirigido à emissão de um acto administrativo de demolição do edificado – é o município que inicia este procedimento). Não há um nome específico para este acto jurídico, temos de analisar em concreto. Toma apenas o nome genérico de acto de iniciativa (oficiosa) do procedimento; ou **procedimento de iniciativa particular**, em que é o requerente, particular(es), que tem a iniciativa de iniciar o procedimento (exemplo: emissão de uma licença de construção – o particular apresenta um requerimento - o acto de iniciativa do procedimento, *per si -* dirigido à CM).
* Temos procedimentos que podem ser decisórios ou executivos. **Decisórios** visam a tomada de uma decisão administrativa, portanto o resultado final que se pretende é o da produção de uma decisão administrativa; **executivos** têm a finalidade de assegurar a projecção e a produção de efeitos de uma decisão administrativa. Posso ter um procedimento em que o resultado final é a emissão de uma licença de construção – é um procedimento decisório; um procedimento executivo acontece quando a entidade pública emite uma ordem e essa ordem não é cumprida – eu depois posso iniciar um procedimento para execução daquela ordem.
* A este propósito faz-se também a distinção entre os procedimentos de primeiro grau e os de segundo grau. **Procedimentos de primeiro grau** – os que incidem pela primeira vez sobre uma determinada situação; **segundo grau** – os que incidem sobre decisão administrativa já tomada (exemplo: acto administrativo já praticado, por exemplo a licença de construção. No âmbito da construção da obra, percebe-se que afinal pretende-se alterar profundamente o projecto. Dou inicio a um procedimento de segundo grau que é um procedimento de alteração da licença de construção. Peço à CM que se pronuncie sobre um acto administrativo que já praticou – licença de construção inicialmente emitida. Portanto, vou ter um procedimento que vai versar sobre um acto administrativo já praticado.) Situações: alterações de actos administrativos, revogações, anulações, … A administração pronuncia-se sempre pela segunda vez.

Os procedimentos administrativos não têm, à partida, uma tramitação especialmente rígida na lei. Podemos achar que é estranho por termos um CPA, mas na verdade os procedimentos não têm um modelo muito fixo, apenas alguns passos e fases que obrigatoriamente têm de ser seguidos, que se destinam a assegurar:

* que a administração tem todos os dados de que necessita para poder decidir (até para preencher o princípio da imparcialidade);
* e que um particular tem garantias de defesa num procedimento administrativo, sobretudo quando a decisão lhe diz respeito.

Isto materializa-se em regras de instrução que permitem à administração decidir bem, e regras que permitem ao particular poder intervir, participar e ajudar a administração também a decidir.

Existem procedimento especiais que são mais detalhados. O que estudamos nesta cadeira é um mais flexível e versátil. Quanto maior detalhe há no procedimento, é um indício que mais espaço livre de regulamentação existe. Portanto, o procedimento vem limitar a margem discricionária.

Temos no CPA normas relevantes a propósito desta flexibilidade do procedimento (**princípio da adequação procedimental** – art. 56.º CPA). É uma flexibilidade que permite ao órgão responsável pela direcção do procedimento adequá-lo à realidade material, fáctica que subjaz ao procedimento administrativo. Normas contidas nos arts. 55º, 56º e 57º CPA. Regras muito importantes no que respeita à flexibilidade procedimental e à capacidade que podemos ter de manejar o procedimento, adequando-o ao contexto. Estas regras não constavam do anterior CPA, mas já se aplicavam ao abrigo dos princípios gerais da actividade administrativa. Regras fundamentais para a segurança jurídica.

**Acordos endoprocedimentais** (Art. 57º CPA) - Situações em que os sujeitos do procedimento, **o particular e a entidade pública, celebram um contracto, nos termos do qual regulam o procedimento**, uma vez que é amplo e flexível. Regulam, p. ex., prazos de decisão, instrução do procedimento, qual o tipo de decisão proferida, … - exemplo: execução de contractos administrativos – execução de um contracto de concessão. O concedente, a entidade pública, pode resolver o contracto com fundamento no interesse público. Mas, antes, faz um acordo com a empresa em que estipula que, antes da resolução, a empresa vai tentar financiar-se na banca.

Tudo isto para dar segurança jurídica ao procedimento. Se a administração não cumprir esses acordos, pode ser processada. Mesmo com uma mudança de direcção política, a administração continua a estar vinculada, pelo que teria que actuar conforme o acordo endoprocedimental, revogando-o ou alterando conforme previamente acordado. Aí dá-se início a procedimentos de segundo grau. Mas pode ter de se indemnizar os particulares se as alterações influírem em direitos constituídos.

Mas podemos ir mais além, podemos regular o exercício do poder discricionário, nos termos do art. 57º/3. Portanto, nas situações de resolução com fundamento em interesse público, pode acordar-se com o concedente quais as situações que justificam resolução. Não se prescinde do poder discricionário, antes se baliza, se determina a forma como se vai preenchê-lo.

## Sujeitos do Procedimento Administrativo

Quem são os intervenientes do procedimento administrativo? Os sujeitos do procedimento são titulares de situações jurídicas substantivas que podem ser afectadas pelo conteúdo de decisões tomadas no âmbito do procedimento administrativo. Decisão em sentido impróprio – pode ser um acto administrativo ou um regulamento administrativo.

**Titulares de situações jurídicas activas** – situações jurídicas activas procedimentais. Situações que lhes permitem intervir no procedimento, é o que legitima determinado sujeito a participar no procedimento. Logo, nós, apenas por sermos cidadãos, não podemos participar em todos os procedimentos, só naqueles em que detenhamos estas situações jurídicas activas procedimentais. Esta situação pode existir seja porque o titular tem um interesse efectivo num procedimento em concreto (exemplo: vamos aos serviços académicos da Faculdade pedir equivalência a uma cadeira. Damos início a um procedimento administrativo, mas os únicos sujeitos desse procedimento sou eu e a Faculdade. Os meus colegas não são, aqui, titulares de uma situação jurídica activa procedimental, não têm nada a ver com o assunto. Mas se o que estiver em causa for uma situação que implica interesses ambientais relevantes, por exemplo – **interesses difusos** – pode acontecer que mesmo num procedimento de iniciativa particular, podem surgir como sujeitos do procedimento, outras pessoas que não o requerente.

**Contra-interessados** – pessoas que têm interesses contrários ao sujeito do procedimento, e que entram, também, no procedimento. Porque estão em causa várias matérias, que suscitam **interesses difusos**.

**Interesses contrapostos** – o meu procedimento pode afectar outras pessoas, que também são titulares de situações jurídicas. Essas pessoas também devem poder tomar parte no procedimento.

Os interesses contrapostos dão origem a procedimentos multipolares – não temos um procedimento unívoco de particular vs. entidade demandada; pelo contrário: situação em que há vários interesses em presença, e todos têm de confluir no procedimento.

O CPA utiliza uma expressão importante para percebermos o que nasce com o início do procedimento – relação jurídica procedimental, em que existem sujeitos procedimentais, que são titulares de situações jurídicas no âmbito dessa relação (Título I, Capítulo II do CPA – arts. 65.º e ss).

Elenco dos sujeitos da relação jurídica procedimental - art. 65.º CPA. Norma que tem de ser lida em conjunto com outras:

* Dentro do Art. 65.º temos, na alínea a), os sujeitos da administração pública; nas restantes alíneas, os particulares.
* Art. 68.º vem justificar a qualidade de sujeito na relação jurídica procedimental (legitimidade procedimental).

**Interesse directo** – interesses próprios; interesse difuso ou colectivo – ambiente, ordenamento do território, urbanismo, qualidade de vida. Não há interesse individualizado, de vida em sociedade, que legitima a intervenção do particular.

## O responsável pela direcção do procedimento

Art. 55.º CPA – responsável pela direcção do procedimento. Quem é a pessoa responsável pelo procedimento? Relevante tendo em conta o princípio geral da administração electrónica. Temos uma administração muito assente em plataformas electrónicas e sistemas electrónicos. (Muitas desvantagens: alta probabilidade de se perder algo na comunicação jurista que conhece o procedimento vs. programador informático que programa o sistema; e desactualização).

Em relação à responsabilidade pela direcção do procedimento, deve haver delegação num inferior hierárquico (art. 55.º/2 CPA) do poder de dirigir o procedimento administrativo. Alteração importante – o legislador do Código de 2015 quer, em princípio, que essa delegação aconteça. Porque é que o legislador quis isto? **Imparcialidade.** Se a instrução for feita por alguém que não vai ser quem vai decidir, esse alguém estará menos propenso a tomar em consideração interesses que não devem ser tomados. O contacto que o órgão tem com o procedimento é nulo. Isto é relevante para a questão dos acordos endoprocedimentais – a delegação estende-se a estes âmbitos, ou seja, o órgão instrutor do procedimento vai, ele próprio, celebrar os acordos endoprocedimentais, ao invés da entidade competente para emitir a decisão final.

Ideia-chave:

o procedimento, em princípio, não é conduzido pelo órgão competente para decidir. O órgão competente assume a proposta do instrutor como sua se a homologar. É como se tivesse sido ele a fazer todos aqueles juízos.

* **Garantias de imparcialidade**

Uma vez identificados os sujeitos procedimentais, temos de ter a certeza se não há nenhum sintoma de parcialidade na relação jurídica. Portanto, vamos analisar os sintomas, de acordo com os arts. 69.º a 76.º CPA.

Temos duas situações: os sujeitos não podem interagir nos termos daquela relação jurídica procedimental – **impedimento** (causas de impedimento: alíneas do art. 69.º/1); ou não há inviabilidade, mas é preciso garantir a possibilidade de haver **escusa**, pedido de dispensa de intervir em procedimento – usos e suspeições, a participação pode ser excluída por iniciativa do próprio titular do órgão – escusa; iniciativa do cidadão – **suspeição**, nos termos do art. 73º CPA.

**Escusa** – a entidade/titular do órgão não quer decidir em determinada matéria;

**Suspeição** – situações em que é o terceiro a levantar dúvidas sobre a imparcialidade da pessoa ou órgão em causa, indicando que não deve decidir.

Os impedimentos resultam de situações taxativamente tipificadas na lei. Mas referem-se a relações jurídicas em concreto, isto é, para nos decidirmos pelo impedimento temos de ver quem são os sujeitos da relação jurídica que estamos a tratar. No Art. 73.º, as situações de escusa taxativamente tipificadas, impõem-se imperativamente. Depois, existe a possibilidade da escusa *ad hoc*.

## A conferência procedimental

Tomadas de decisão em situações em que há várias entidades públicas chamadas a decidir: procedimentos administrativos que impõem a participação destas entidades. Ao abrigo do anterior CPA, estas situações funcionavam mal. Pretendeu-se criar um contexto favorável a uma só decisão numa só voz. Assim, com o novo CPA, surgiram as **conferências procedimentais**, uma das grandes novidades. É uma figura que vem do direito do urbanismo. Precisamente porque é na forma como utilizamos o solo que encontramos muitos interesses públicos, por vezes divergentes. Instrumento de promoção da boa administração. Conferências procedimentais mais não são do que reuniões. Isto parece absolutamente simples e evidente, contudo não existia (pelo menos na letra da lei) até 2015…

Trata-se de concretizar o exercício em comum ou conjugado das competências de diferentes órgãos da administração pública. A sua realização visa promover a eficiência, a economicidade e a celeridade da actividade administrativa (concretização do princípio da boa administração) – art. 77.º e ss. CPA.

Temos conferências procedimentais que dizem respeito a um único procedimento, e conferencias procedimentais que dizem respeito a diferentes procedimentos, mas conexos. Ou umas que se dirigem à tomada de uma só decisão ou várias decisões conjugadas.

1. Temos uma **primeira modalidade** que é dirigida à tomada de uma única decisão final. A conferencia é integrada pelo **órgão competente à tomada da decisão e pelos órgãos da administração competentes para a tomada de pré-decisões**. Exemplo: o IAPMEI vai emitir uma licença de exploração industrial. Para a emitir, necessita de ouvir a APA, que tem de emitir um **parecer**. Esse parecer é um acto administrativo pré-decisório. Posso ter uma conferencia procedimental entre o IAPMEI e a APA, em que a APA dá o seu parecer e o IAPMEI, em função do parecer da APA, decide. **São pareceres consultivos**.

Art. 77.º/5, em ligação com o art. 79.º/7 CPA - Quando há a conferencia procedimental, o titular do órgão que comparece representa oralmente a vontade do órgão que representa. Há, depois, a mera possibilidade de a reduzir a escrito (num prazo de oito dias).

1. Temos **outras modalidades** de conferência procedimental – art. 77º/3. Situação em que **várias entidades têm competências decisórias**. Não se trata de um parecer consultivo, são **actos administrativos** praticados por entidades.

O que é que acontece aqui? Temos a situação dos procedimentos conexos - sempre diferentes entidades com competência decisória autónoma. Posso ter 2 situações diferentes:

* a conferência é feita, e nesse âmbito, é tomada uma decisão conjunta – todos os participantes tomam a decisão, o acto é praticado por todos, é o caso da conferencia deliberativa;
* ou então, situação em que todos decidem ao mesmo tempo, mas cada um pratica a sua decisão. O acto administrativo é a junção de vários actos administrativos portadores de várias decisões. Isto tem muita relevância, sobretudo para efeitos de impugnação do acto (só estou contra uma decisão, mas tenho de impugnar o acto na sua totalidade. Na fundamentação tenho de explicitar isso, mas vou praticar uma acção administrativa contra todas as entidades que praticaram o acto).
* **Conferências deliberativas (primeira situação)** – consolidação da actuação administrativa. Exercício conjugado das competências decisórias dos órgãos participantes, com o propósito de alcançar um único acto complexo, substituindo os vários actos administrativos autónomos que seriam praticados se não tivesse existido a conferência. Art. 77.º/3. a) CPA.
* **Conferências de coordenação (segunda situação)** – conferencia instrutória, na qual os actos a praticar por cada órgão participante conservam a sua autonomia. Art. 77.º/3. b) CPA. Prática por cada participante de actos administrativos autónomos.

As conferências procedimentais dependem de acordo endoprocedimental, previsão específica em lei ou regulamento, ou em contracto inter-administrativo a celebrar entre estas entidades administrativas autónomas – art. 78.º/1 CPA. O acto que institui a conferência procedimental terá que prever uma série de assuntos, tais como previstos no art. 78.º/3 CPA.

Temos ainda que:

* Conclusão da conferência procedimental – art. 81.º CPA. Pode acabar com a prática do acto (art. 81.º al. a)) ou caducidade (art. 81.º al. b)).
* Em situações excepcionais, pode solicitar-se uma conferência para tentar alcançar algum acordo.

## Estrutura do procedimento: iniciativa, fase preparatória, audiência dos interessados, fase constitutiva e fase complementar ou de integração de efeitos

Tipicamente, apresentamos o procedimento dividido em três fases: **iniciativa**; depois, já no início do procedimento, **instrução** – preparação da decisão; **constitutiva** – tomada da decisão. Estrutura tripartida, presente, normalmente, em todos os procedimentos.

Em algumas situações, depois da fase constitutiva, é necessário, para que a decisão produza os efeitos, para que se possa considerar eficaz, uma **fase complementar ou integrativa**. Em que se garante o cumprimento de algumas formalidades ou passos procedimentais.

1. Fase da iniciativa
2. Fase da instrução
3. Fase constitutiva
4. Eventualmente, fase integrativa

 Portanto, temos desde o momento 0, onde nada existe, até à decisão que se pode materializar num acto administrativo, ou regulamento, ou contracto.

* **Iniciativa**

Primeira fase: arranque do procedimento. Procedimentos de iniciativa pública ou privada – quando pensamos num de iniciativa pública, se a entidade tem competência para decidir, temos um **impulso processual autónomo**. A própria entidade que tem competência para decidir dá impulso ao procedimento (**procedimento autorizativo autónomo** - o órgão desencadeia o procedimento porque é competente para a decisão final; **procedimento autorizativo heterónimo** - o órgão em causa não tem poder de decidir, pelo que vai solicitar ao órgão com competência para decidir naquela situação que inicie o procedimento. O pedido vincula o órgão competente – a menos que seja um pedido que recaia sobre competências que extravasam o órgão receptor do pedido, por hipótese. Aqui fala-se em **impulso processual heterónimo**, em que é outra entidade pública que solicita à entidade competente para decidir, o início do procedimento. Exemplo: uma EPE necessita de uma autorização do secretário de Estado – é uma entidade pública que comunica com outra entidade pública e solicita o início do procedimento.)

**Nota:** no procedimento autorizativo heterónimo existe, igualmente, a figura do requerimento – do órgão interessado na decisão dirigido ao órgão competente para decidir.

Em ambos os casos é necessário cumprir o art. 110.º/1 CPA. As pessoas que possam ser lesadas pelo procedimento têm de ser identificadas e notificadas, logo desde o seu início. Relaciona-se com o balanço entre a necessidade de garantir todos os interesses relevantes para a decisão e o conhecimento de todos os sujeitos (terem conhecimento do procedimento e dele poderem participar).

Procedimentos de iniciativa particular iniciam-se a **requerimento** dos interessados. O primeiro acto é o requerimento. Este requerimento, tenta-se que seja o mais simples possível. Temos de pensar que o CPA não vai ser usado apenas por advogados ou juristas, não é suposto que as exigências do CPA correspondam a dificuldades técnicas que imponham a intervenção de advogados. Os requerimentos devem poder ser apresentados por qualquer pessoa, sem intermediação de algum advogado.

Exemplos de requerimento: quando pedimos à Câmara Municipal para afixar um anúncio publicitário em algum sítio. Dirigimo-nos à C.M. e dizem-nos “preencha este formulário” – isto não é mais do que indicarem-nos a elaboração de um requerimento. O CPA tem regras sobre o que deve constar no requerimento - art. 102º/1 CPA.

Se, no requerimento, se fizer menção a dados de comunicações electrónicas, significa que a partir desse momento, as notificações feitas ao requerente podem ser feitas por esse meio (email) – art. 63º CPA. Balcão único electrónico – art. 62.º. Se dou nota do meu email no requerimento, tenho de a ele estar atento porque posso vir a ser por aí notificado (importante para questões de prazos, por exemplo).

Forma de apresentação dos requerimentos – art. 104.º CPA. Importante o nº 1, para determinar em que data foi praticado o acto. É essencial determinarmos em que data o requerimento deu entrada. Exemplo: licenças de exploração no âmbito do recurso hídrico (furos). Se quisermos transaccionar, transmitir, a licença – vamos vender a casa. A transmissão da licença tem de ser previamente comunicada à APA, antes de se vender a casa. É essencial perceber em que data deu entrada o requerimento na APA para perceber se houve ou não incumprimento nesta situação.

Modos de entrega dos requerimentos: entrega em mãos (alínea a)) – vale como data da apresentação a sua entrega; carta registada (alínea b)) – vale a data do registo postal; envio por fax ou mail (alínea c)) – vale a data de envio; apresentação oral do requerimento (alínea e)) – só quando a lei o permite.

Art. 104.º/2 CPA - Alteração importante: Antes de 2015, mesmo enviando o requerimento por mail, era necessário enviá-los até às 17h, em dias úteis, porque os serviços fecham. Actualmente, com os mails, podem ser apresentados independentemente da hora. Também do dia, por exemplo: feriados ou fins de semana. Relevante para a contagem dos prazos.

O Art. 103.º CPA deve ser lido em conjugação com o art. 41.º. Se eu estiver em Trás-os-Montes e tiver de entregar um requerimento à CMVM, mas entregar à junta de freguesia local, essa junta vai entregar oficiosamente o requerimento à CMVM. Isto veio alterar a situação do código anterior, que onerava o titular do conhecimento do órgão competente. Os órgãos limitavam-se a devolver os requerimentos, e, entretanto, os prazos já tinham passado. Agora, onerou-se completamente a administração. A partir do momento em que o órgão está abrangido pelo CPA, o titular fica completamente desonerado. Esta, contudo, é uma situação que pode originar abusos por parte dos titulares.

Há situações em que o órgão precisa de algum tipo de autorização para decidir - **Procedimento autorizativo autónomo**. Procedimento de iniciativa pública, heterónimo, e é um procedimento que acresce ao procedimento inicial, diferente desse. É apresentado o requerimento, e sobre o requerimento vai recair o despacho inicial do serviço. Nota: A administração comunica através de **ofícios** – as **missivas** enviadas entre a administração pública. As decisões, sejam finais ou intermédias, usam a designação de **despacho**.

A iniciativa pode culminar numa decisão de indeferimento liminar (requerimento anónimo ou ilegível) – art. 108.º/3 CPA; despacho de aperfeiçoamento – se não cumprir todos os requisitos do art. 102.º/1. Faz-se de duas formas: oficiosamente – aperfeiçoado pela própria entidade pública (na lógica de que o particular não é jurista) – art. 108.º/2; se não for possível, mediante convite ao requerente – art. 108.º/1.

Princípios gerais da actividade administrativa aqui presentes: princípio da boa-administração, mas sobretudo princípio da colaboração – traduz esta premissa mais prática de que o direito administrativo não é reserva dos juristas. Em todas as relações que se estabelecem com a administração, os titulares não carecem de representação específica de um advogado ou jurista. Este princípio aponta no sentido de que a administração deve promover as condições, para a tomada de decisões sobre o mérito das pretensões apresentadas pelo requerente. É dizer que a administração não se pode escudar em formalismos para não tomar decisões. Princípio *favor actionis*/*pro actione*. Não é o mesmo que dizer que a administração se substitui ao particular nem que as normas procedimentais deixam de ser aplicadas. É apenas dizer que sempre que a administração pode corrigir, deve fazê-lo.

Esta primeira fase do procedimento encerra-se com o saneamento do procedimento, com uma decisão nos termos do art. 109.º CPA – decisão de saneamento do processo (“limpar” o processo, para que só fiquemos preocupados com as questões substantivas). Há questões que podem prejudicar o conhecimento final. Portanto, para garantir, até, o princípio da boa-administração, é importante que essas questões sejam identificadas no início do procedimento, e depois que constem da decisão de saneamento do processo, para que sejam resolvidas logo. Se não, só no final é que se apercebe que o prazo já passou, ou o titular não tem legitimidade para apresentar o requerimento, ou qualquer outro problema… (situações previstas no art. 109º/1). Se o pedido é extemporâneo, que se indique logo, na apresentação do requerimento, que o é.

***Decisão preliminar do procedimento – saneamento do requerimento***

* **Fase preparatória/de instrução**

Procede-se à recolha e tratamento dos dados indispensáveis à decisão. Podem ser procedimentos complexos que implicam fases de instrução complexas; ou procedimentos muito simples – emissão de uma certidão. Quase que se passa da iniciativa para a decisão. Depende da situação de facto.

A direcção desta fase é atribuída ao órgão com competência para emitir a decisão final (art. 55.º CPA), com delegação *obrigatória* no inferior hierárquico.

Na fase da instrução assumem particular relevo dois princípios gerais: **princípio da legalidade** que vai condicionar as diligências pela entidade responsável pela direcção do procedimento; **princípio do inquisitório** – princípio geral do procedimento administrativo (art. 58.º CPA). Relacionado com os princípios gerais da actividade administrativa – princípio da boa administração, eficiência, imparcialidade, … Para permitir decisões sobre a substância, confere-se liberdade à entidade administrativa de, ao abrigo do princípio do inquisitório, fazer diligências no sentido de esta tentar perceber melhor qual a realidade subjacente ao requerimento apresentado.

Em matéria de prova, o CPA inclui diversas regras e princípios, integrados nas normas dos arts. 115.º e ss. De todas, destaca-se o dever geral de averiguação (art. 115.º/1 CPA).

**A (des)propósito…**

Temos actos administrativos e regulamentos administrativos. Portarias, despachos. Uma coisa é a matéria, outra é a forma. Um acto administrativo assume normalmente a forma de **despacho** (é a forma usada para divulgar a decisão); regulamento administrativo **portaria**. Os ofícios normalmente contêm actos administrativos, ou notificação de actos administrativos. Mas pode também acontecer que no despacho encontremos normas regulamentares e na portaria actos administrativos. Portanto, quando vemos que um Ministro aprova uma portaria, não podemos deduzir automaticamente que se trata de um regulamento administrativo, pode conter uma decisão individual e concreta e não um conjunto de normas gerais e abstractas. É apenas regra geral.

Art. 116.º/1 CPA – atribui o ónus da prova aos interessados. Mitigado pelo dever geral de averiguação oficiosa (art. 115.º/1) e também pelo princípio do inquisitório (art. 58º). Mas quem fica prejudicado é o particular se não apresentar prova. Se um interessado dá início a um procedimento e requer a prática de um acto para que lhe seja deferida determinada pretensão, esse sujeito não corre o risco de não provar os factos que alega.

O particular não necessita de dar prova de elementos que a administração já tenha em seu poder – art. 116.º/2. Uma inovação no âmbito da reforma de 2015.

Que tipo de diligências de prova podem acontecer no âmbito do procedimento administrativo? Diligências instrutórias – para termos percepção da realidade. Caso da poluição do Tejo: que tipo de poluição está a acontecer, como está a acontecer, …

Tipos de diligências instrutórias: solicitar pareceres às entidades, exames, vistorias, inspecções. São actuações bastante intuitivas – o que posso fazer no contexto do caso concreto? Exames, vistorias, inspecções, avaliações, peritagens cujo objectivo é apreensão e compreensão da realidade – têm em comum a circunstância de exigir conhecimentos especializados, por isso devem ser feitos por peritos. Significa que não é feito pelo responsável pelo procedimento, mas é esse responsável que determina a acção. Art. 91.º e ss. CPA.

Depois: pode haver recolha e apreciação de documentos; audição de pessoas no âmbito da instrução do procedimento (não dos interessados) …

**Nota**: diligências instrutórias solicitadas pelo interessado não cumpridas – se decorrerem da lei, há vício no procedimento. Caso contrário, se o interessado provar que a Administração deveria ter atendido aos factores em causa, há violação do princípio da imparcialidade (não há garantias de que a decisão não seria diferente se se tivessem em conta aqueles factores). Há procedimentos de tal modo regulados que não há espaço de conformação da Administração e, com isso, esbate-se o princípio do inquisitório. Não se podem pedir coisas a mais nem coisas a menos. Não se pode dirigir a uma entidade sem se dirigir a outra. Exemplo flagrante: contratação pública. Se se o fizer, violam-se os princípios que presidem à contratação pública (igualdade de oportunidade de acesso aos contractos, não discriminação, concorrência, etc.). O mais normal é a lei exigir “uma coisa ou outra” - “um parecer aqui, uma vistoria ali...”. Sendo certo que a audiência dos interessados é inexoravelmente imprescindível.

* **Os pareceres**

A propósito dos pareceres, há vários tipos: obrigatórios (quando a lei exige que sejam pedidos para a tomada de decisão) ou facultativos (quando a decisão de os pedir foi livremente tomada pelo órgão instrutor, não sendo necessários por lei) – art. 91.º/1.

Os pareceres podem ser vinculativos ou não vinculativos (se as conclusões do parecer tiverem de ser acatadas pelo órgão decisor ou não). Se a decisão for contrária ao parecer vinculativo, é inválida. Falta de parecer obrigatório também resulta em invalidade.

A esta parte, cumpre distinguir dois conceitos. Pareceres que consubstanciam:

* Pré-decisões: pré-determinam o que vai ser decidido; ou
* Decisões parcelares: decidem uma parte da decisão final

O parecer e a vistoria costumam ser qualificados como actos instrumentais – praticados durante o procedimento, contribuem para a decisão, mas não são a decisão. Um parecer nada decide.

Contudo, quando se trata de um parecer obrigatório vinculativo, podemos considerá-lo um acto administrativo *per si.* Porque esse parecer se constitui como a “decisão que decide como se vai decidir”.

Quanto a esta qualificação, atendendo aos requisitos do art. 148.º CPA, parece que apenas o factor da eficácia externa oferece mais resistência. Nesse âmbito, o parecer vinculativo obrigatório equivalerá a um acto administrativo e não instrumental quando advém de pessoa colectiva distinta. Se o parecer for interno, fica difícil de o qualificar como acto administrativo.

Este tipo de pareceres pode ser impugnado – mais uma característica que os aproxima dos actos administrativos. O CPTA (Código de Processo dos Tribunais Administrativos) estabelece, algures, que podem ser impugnados actos administrativos **e aqueles que, não sendo a decisão, obrigam a que se decida em determinado sentido**.

Lógica: o parecer vinculativo só indirectamente vincula o particular, mas, tanto este como o órgão que o emite, devem poder ser discutidos em tribunal pelo particular. Caso contrário, acabaria por acontecer que tanto o particular como a entidade que emitiu a decisão meramente formal iriam “bater” na entidade que emitiu o parecer.

Pode acontecer que a entidade vinculada impugne o parecer quando esteja contra a decisão, considerando que a entidade que emitiu o parecer não a deixou decidir como pretendia. O parecer só pode ser **anulado** por:

* **A entidade que o emite**
* **O tribunal**

Quando não se diz nada sobre a natureza do parecer? Temos uma regra supletiva – art. 91.º/2. Consideram-se **obrigatórios e não vinculativos** – é obrigatório pedir parecer, mas não é obrigatório segui-lo.

Ou seja, um parecer, em regra, não é vinculativo - a lei tem de o indicar para que seja vinculativo. O parecer vinculativo é mais um pressuposto do acto. Nessa medida, se não houver o parecer naquele sentido (favorável), não se pode deferir.

**Um parecer vinculativo obrigatório é requisito do procedimento porque é obrigatório; e é pressuposto da decisão porque é vinculativo.**

A lógica do parecer vinculativo é encarregar uma parte da relação jurídica procedimental da verificação do preenchimento dos pressupostos do acto de deferimento. Mas se a resposta for sim, a decisão pode não ser favorável se a entidade que ficou a cargo de analisar o preenchimento dos restantes pressupostos se decidir em sentido contrário.

Mesmo quando sejam vinculativos, o art. 92.º fala em “solicitar” os pareceres. Em bom rigor, o que é obrigatório é pedi-los e não tê-los. Portanto: se a entidade administrativa não pediu há vício; se pediu e não há parecer pode não haver vício do procedimento. Pelo contrário, se a administração pedir o parecer e, depois, inviabilizar a sua recepção, configura, na mesma, um vício do procedimento.

A situação mais comum é existirem **pareceres obrigatórios vinculativos se** forem **desfavoráveis**. Exemplo: licenciamento urbano. O parecer em Lisboa é obrigatório e vinculativo quando desfavorável! Mas se se disser que se pode construir, o município não é obrigado a acatar a decisão prévia da entidade gestora do aeroporto de Lisboa. Porque, se repararmos, esta entidade só está preocupada com questões de perturbação aérea. Há outras questões em jogo – gestão racional do solo, por exemplo. Mas quando a decisão é contrária ao parecer, há um dever especial de fundamentação (art. 152.º/1 al. c)).

Pareceres emitidos fora de prazo – muitas vezes as entidades não emitem os pareceres dentro de prazo. Essa emissão está sempre sujeita a prazo (art. 92.º/4 – 15-45 dias – como se conta este prazo? Apenas dias úteis, a não ser que os prazos sejam superiores a seis meses[[1]](#footnote-2) - art. 87.º/c)). O prazo pode ser estabelecido pelo órgão instrutor. Se não houver prazo especialmente estabelecido, há supletivo de 30 dias úteis – art. 92.º/3 e 4 CPA.

Art. 92.º/5 – o procedimento prossegue, pode haver decisão, sem parecer obrigatório não vinculativo se este não tiver sido elaborado dentro do prazo, salvo disposição em contrário.

No caso de um parecer obrigatório vinculativo, o procedimento só prossegue se se der uma segunda oportunidade à entidade que emitir o parecer – art. 92.º/6. O responsável pela direcção do procedimento, excedido o prazo para emissão do parecer, interpela o órgão competente no prazo de 10 dias. Se ainda assim, ao cabo de 20 dias, não houver parecer, avança-se sem este.

Exemplo: parecer obrigatório e vinculativo emitido fora de prazo, com conclusões desfavoráveis que se reportam a aspectos vinculados do acto – a entidade administrativa que está a decidir não pode deixar de seguir as conclusões do parecer, por causa do conteúdo das decisões, que sublinharam um aspecto vinculado do acto. Portanto, acto administrativo que não siga o parecer obrigatório vinculativo não é inválido por isso, mas porque a própria matéria em causa viola a lei. Logo, se a decisão desfavorável se reportar a um elemento vinculado do acto, o parecer, mesmo emitido fora de prazo, tem de ser tido em conta.

**Procedimentos que terminam com decisão final tácita** – mero decurso do tempo tem efeitos, resulta em acto administrativo. O silêncio produz efeitos. Podemos ter deferimento tácito no caso *supra*? Sim, a decisão pode é ser inválida porque viola um aspecto vinculado da lei – não há parecer, mas não impede a formação da decisão tácita. Pode haver lei especial a estabelecer que, não havendo decisão sobre o parecer, este é favorável.

Nota: os procedimentos não resultam apenas em actos constitutivos de direitos… exemplo: poluição no Tejo. O Ministério do Ambiente suspendeu a licença administrativa que tinha sido atribuída – iniciou um procedimento para decisão de suspensão de acto anteriormente praticado. Este é um procedimento de segundo grau, como já sabemos.

* **Audiência dos interessados**

Fase posterior à instrução: pensada para permitir a participação dos interessados nas decisões que lhes digam respeito. Princípio da participação dos interessados na formação da decisão administrativa. Esta participação pode acontecer em qualquer fase do processo - começa logo no início: o cidadão pode dar início ao processo com a apresentação do requerimento, como sabemos. Mas o local-chave para o concretizar do princípio da participação dos interessados na formação da decisão administrativa é a fase da audiência dos interessados, nos termos do art. 121.º CPA, em que se estabelece este direito.

**Audiência prévia procedimental (e não processual)** - Regra geral, a audiência realiza-se no tempo da instrução, quando a entidade já recolheu todas as provas de que precisa. Já formulou o projecto de decisão (parte-se desse princípio pela letra do art. 122.º/2, 1ª parte CPA) e ouve os interessados sobre aquele projecto de decisão.

Todos os prazos relacionados com a audiência prévia, determinam a suspensão do prazo do procedimento (121.º/3 CPA).

Não pode ser tomada uma decisão desfavorável sem conferir audiência prévia ao interessado. O interessado pronuncia-se em momento útil, em momento em que já haja projecto de decisão num sentido que não lhe seja favorável. **No plano sancionatório, a falta de audiência gera a nulidade do acto** (art. 161.º/2 al. d) CPA) – considera-se que se viola o direito de defesa (estendido do processo penal a todos os procedimentos sancionatórios) e, portanto, ofende-se o conteúdo essencial desse direito que é um direito fundamental, consagrado constitucionalmente (art. 32.º CRP). Nos restantes procedimentos, a falta de audiência prévia gera **anulabilidade**.

Art. 100.º e 121.º - o código prevê audiência prévia quer para regulamentos quer para actos - mesmo em procedimentos normativos, atinentes à formação de um regulamento administrativo.

Diferença entre suspensão e interrupção do prazo: a interrupção do prazo implica que o prazo se volte a contar, *ab initio*, a partir do evento que determinou a interrupção do prazo; a suspensão implica contar o prazo até ao evento que determinou a suspensão, vigora, entretanto, a pendência desse evento, retomando-se, no fim, a contagem do prazo (a partir do dia em que se tinha suspendido). É muito importante perceber quando há suspensão do prazo ou interrupção.

Qual o evento que determina a suspensão do prazo*?* No caso da audiência dos interessados, quando há notificação – art. 122.º CPA. O órgão responsável pela direcção do procedimento decide se a audiência se processa de forma escrita ou oral. Não é uma escolha livre ou arbitrária, tem de ser em função das especificidades e da adequação ao acto que vai ser praticado

Audiência oral – art. 123.º.

Art. 122.º - **prazo mínimo para audiência prévia** – 10 dias. Pode haver regimes especiais de maior ou menor prazo. Muito importante o *princípio da proporcionalidade*, porque em função da complexidade da decisão, pode ser adequado ou não dar 10 dias úteis. Pode ser um período temporal mais do que suficiente; ou manifestamente insuficiente, desproporcionado face à complexidade da decisão em causa, aos elementos instrutórios levados ao processo. Pode ser sindicada esta duração da audiência prévia com fundamento nos princípios gerais da actividade administrativa.

A notificação tem de ser completa: fornecer o projecto de decisão e os demais elementos necessários para que os particulares possam conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, indicando as horas e o local em que o processo pode ser consultado – art. 122.º/2 CPA.

O órgão instrutor pode dispensar a audiência dos interessados – elenco taxativo no art. 124.º CPA. Entende-se que é uma situação excepcional. Inutilidade da audiência (a entidade vai dar aquilo que o interessado quer, por exemplo), impossibilidade de fixar nova data para a audiência, urgência da decisão, …

A audiência pode existir mesmo que não haja instrução no procedimento. Não acontecia no CPA antigo – pressupunha a fase de instrução. Mas pode haver procedimentos tão simples que não necessitem de instrução… O CPA actual só refere que a audiência tenha de ser realizada antes da decisão final.

Regras para audiência dos interessados especificamente em relação ao procedimento de formação de regulamentos administrativos – art. 100.º CPA.

A propósito da audiência dos interessados, há uma discussão polémica na doutrina: falta de audiência prévia é causa de invalidade do acto e do regulamento. Mas sob que modalidade? Há quem entenda que a falta da audiência dos interessados gera decisões nulas e outros defendem que esta falta gera decisões anuláveis. A posição de ambos os professores vai no sentido de que gera anulabilidade do acto. Professores como Sérvulo Correia ou Paulo Otero entendem que estas decisões importam a nulidade, na medida em que a audiência prévia corresponde a um direito fundamental atípico de natureza análoga aos DLG (direito subjectivo público de participação procedimental). Isso significaria que teriam de ser actos que ofendem o conteúdo essencial de um direito fundamental, e, por isso, actos nulos, nos termos do art. 161.º, n. º1 al. d) CPA (nulidade é o regime de excepção do CPA; anulabilidade é o regime supletivo). A jurisprudência é praticamente unânime no sentido da anulabilidade.

Art. 100.º - A audiência dos interessados, relativamente aos regulamentos administrativos, ocorre relativamente aos **interessados que como tal se tenham constituído no procedimento**. Quando estão em causa interesses difusos, a forma de garantir que há participação dos interessados naquele procedimento de formação do regulamento é através da **consulta pública** (art. 101.º CPA). É publicada em DR ou na publicação oficial da entidade pública. O interessado reage por escrito nos 30 dias úteis seguintes.

Consequência de não haver consulta pública neste âmbito: pode determinar a invalidade do regulamento. “No regulamento, não falamos tanto em anulabilidade ou nulidade. Estes aspectos afectam a validade do acto formal. A questão é por aí.” – prof. Mário A. de Almeida.

**Em conclusão:**

O que é que acontece à audiência prévia, à pronúncia dos interessados? O que tem a entidade administrativa de fazer relativamente a essa pronúncia?

O que tem de fazer é ponderar a denúncia. Não precisa de dar razão, mas ponderar. Na fundamentação da decisão, tem de explicitar que analisou a pronúncia, e que entendeu que não fazia sentido, se for esse o caso. Não pode não atender à renúncia, simplesmente. Tem de perceber se o interessado tem - ou não - razão. Caso contrário, equivale à violação do direito de audiência prévia. O dever de fundamentação (art. 152.º CPA) engloba também, então, a ponderação da pronúncia dos interessados em sede de audiência prévia.

* **Decisão**

Última fase do procedimento – decisão: fase constitutiva da resolução do procedimento. Começa com um relatório do responsável pela direcção do procedimento, porque não é a mesma pessoa que vai decidir – art. 126.º. A decisão que pode ser um acto administrativo ou regulamento administrativo – art. 127.º CPA.

*Regras gerais sobre extinção do procedimento* – arts. 93.º, 94.º e 95.º CPA. O procedimento extingue-se com a decisão final (decisão expressa), ou mediante quaisquer outras causas previstas naqueles artigos: desistência do pedido ou renúncia dos interessados aos direitos que pretendiam fazer valer (art. 131.º), deserção dos interessados (art. 132.º), falta de pagamento de taxas ou despesas (art. 133.º/1), acto tácito de deferimento (art. 130.º/1 – a existência desta figura decorre de previsão legal ou regulamentar).

Inutilidade superveniente (art. 95.º CPA) – situações em que o decurso do tempo produz efeitos, nomeadamente ao nível da inutilidade da decisão. Quando o órgão competente para a decisão verifique que o objecto da decisão se tornou impossível ou inútil, o procedimento é declarado extinto.

Em qualquer destas decisões (extinção por caducidade, inutilidade superveniente, etc.), **a administração não deixa de ter de notificar os interessados**.

**Prazos para o procedimento cessar mediante decisão final:**

**N**o caso do acto administrativo, tratando-se de procedimento de iniciativa particular, 90 dias úteis (art. 128.º/1). Estes 90 dias são prorrogáveis, por, no máximo, mais 90 dias. Em caso de procedimento oficioso, 180 dias – art. 128.º/6. Estes prazos são relevantes: ou há decisão tácita ou incumprimento (violação) do dever de decidir, o que abre portas para acção em tribunal.

É o caso quando, decorridos os 90 dias, ou os 180 dias, não haja decisão. Isto não quer dizer mais do que, em regra, a Administração não decidiu dentro do prazo. Se não há decisão no tempo devido, há incumprimento do dever de decisão, e o particular pode, por isso, propor acção judicial contra a Administração (para além dos meios de tutela administrativa – reclamação para o órgão faltoso, ou recurso hierárquico para o superior do órgão em causa – meios explorados *infra*, IX). O interessado também pode recorrer quando a administração decidiu e ele achar que o seu acto foi ilegal - pede, portanto, que a administração proceda a uma nova acção (se houver superior hierárquico, também se pode recorrer a este para proceder à queixa).

Deixou de existir a figura do **indeferimento tácito** - só servia, no CPA anterior, para o particular poder ter um acto impugnável em tribunal.

Era previsto quando não havia meios de reacção contra o incumprimento do dever de decidir (não havia acto, ou regulamento para impugnar). A lei, para dar resposta a esta situação, veio instituir que eu posso presumir indeferida a minha pretensão em caso de silencia indevido da Administração. O interessado é que tem essa faculdade de ficcionar o acto para poder reagir contra o acto negativo, de omissão. Num contexto em que só se podia reagir contra actos administrativos - se a administração não diz nada, o interessado ficava paralisado. Só se previa a possibilidade de reagir perante respostas.

Logo, o interessado “faz de conta” que tinha resposta, para “fazer de conta” que indeferia. “Faço de conta” que há acto, que o impugno, que incorreu em vícios, o tribunal “faz de conta” que existe o acto e “faz de conta” que o anula.

Hoje não é assim, o art. 129.º CPA veio substituir o indeferimento tácito. Devemos, antes, condenar à prática de um acto! A figura do indeferimento tácito desapareceu desde a lei de reforma do processo em 2002.

**Atenção**: nas situações previstas no art. 130.º, a ausência de decisão da Administração não consubstancia incumprimento do dever de decidir, devendo tomar como deferidas as suas pretensões o interessado – **deferimento tácito**.

Art. 134.º - comunicações prévias. Novidade. Resulta de um regime que se espalhou a partir do Direito do Urbanismo, tem a ver com a iniciativa legislativa do licenciamento zero. O procedimento administrativo inicia-se com uma mera comunicação prévia à entidade administrativa de que se vai iniciar nova actividade. Não é necessário mais nada. Encontramos isso, agora, em muitas actividades económicas. Tem que ver com a morosidade dos procedimentos de licenciamento; ou a actividade em causa não justifica o procedimento. O particular dá entrada da comunicação e fica onerado com o cumprimento das regras aplicáveis àquela actividade – a administração faz controlo sucessivo, fiscaliza, inspecciona o cumprimento das regras por parte do particular. É o interessado que comunica que preenche os pressupostos. Mas não significa que o particular pode fazer o que quer; tem de cumprir as regras, e a entidade pode fiscalizar a viabilidade da situação em causa tendo em conta o enquadramento legal aplicável.

Isto não se aplica em situações complexas, que podem implicar risco grave para a comunidade. Está pensada para as situações menos exigentes, com pouco impacto, e, sobretudo, previsíveis.

O número 2 do artigo estabelece um figurino um pouco distinto. Comunicação prévia com prazo – comunico, espero um prazo, pago as taxas e começo; no número 1 é comunicar e começar. É uma solução intermédia no nº2. Comunico, mas tenho de aguardar.

A ausência de pronúncia do órgão competente não dá origem ao deferimento, como está patente no n. º3, apenas o autoriza a continuar, desonerando-se a administração de qualquer responsabilidade pelo acto.

* **Fase complementar ou de integração de efeitos**

Na maioria das vezes, a decisão é tomada e encontra-se perfeita: está estruturalmente completa, corresponde ao modelo de procedimento previsto. Não é necessário cumprir mais nenhuma formalidade para que a decisão possa produzir efeitos (à excepção do pagamento das taxas).

Em alguns casos, são necessários actos seguintes à decisão para que possa produzir efeitos:

* Regulamento administrativo: é aprovado, seguiu todos os trâmites procedimentais, mas só produz efeitos depois de publicado (art. 139.º). Relativamente ao acto administrativo, só vai estar perfeito na medida em que seja notificado (art. 114.º).
* Acto administrativo: se o acto for de publicação obrigatória (se a lei o determinar) a publicação é um requisito de eficácia, conforme o art. 158.º. A notificação, pelo contrário, não é requisito de eficácia do acto, mas de **oponibilidade**. O acto sujeito a notificação pode produzir alguns efeitos, só não produz relativamente à pessoa que tenha de ser notificada, mas não foi (nunca ou ainda), conforme o art. 160.º.

# V. Regulamentos

## Conceito de regulamento – regulamento e acto administrativo

A distinção entre regulamento e acto administrativo é relevante porque temos regras de procedimento diferentes.

Não é fácil a distinção, em primeiro lugar pela forma. O *nomen* do resultado do procedimento não é relevante, porque a administração pode denominar como quiser a decisão, o que interessa é o seu conteúdo. Isto é, por eu chamar despacho à decisão, não quer dizer que seja um acto administrativo.

Temos de “ir lá”, de facto, pelo conteúdo da decisão. **Distinção entre regulamento e acto**: o regulamento apresenta um carácter normativo enquanto que o acto apresenta um carácter individual e concreto.

Regulamento administrativo - 3 elementos:

* Natureza normativa, por contraposição à natureza individual e concreta do acto;
* Carácter jus-público, ligado aos interesses colectivos que o regulamento visa prosseguir;
* Produção de efeitos externos (exclui regulamentos com eficácia meramente interna no âmbito da actividade da entidade que os produz);

Este poder normativo é de segundo grau, assente sempre em regulação legal. As entidades administrativas só podem aprovar regulamentos se tiverem habilitação legal para o fazerem (Art. 136.º/1 CPA).

Exemplo: regulamento aprovado pela ERSE. Só são aprovados se haja norma legal – resulta dos estatutos da ERSE e dos diplomas que a instituem. Se não tivermos norma legal habilitante, o regulamento é inválido. Importante porque eu tenho, normalmente, regulamento administrativo que pode produzir efeitos imediatos, ou então necessitar de um acto administrativo que determine a produção de efeitos – o regulamento, nesse caso, por si só, não produz efeitos. Se este regulamento administrativo tiver capacidade de produção de efeitos imediatos, posso directamente impugnar judicialmente este regulamento (a norma) com fundamento da sua ilegalidade dada a ausência de base legal habilitante. Se o regulamento não produz efeitos imediatos, espero pelo acto administrativo para impugná-lo com fundamento na invalidade da norma regulamentar que permitiu a prática do acto administrativo. O facto de faltar a base legal habilitante no regulamento é fundamento de invalidade desse regulamento.

## Fundamento do poder regulamentar: lei e regulamento

Os parlamentos *não foram concebidos nem estruturados com o objectivo de produzir normas com a rapidez, quantidade e tecnicidade exigidas pelas sociedades contemporâneas. As leis dos Parlamentos tendem, por isso, a ser esquemáticas, não podendo ir, muitas vezes, para além do mero enunciado de grandes linhas e princípios. E, neste contexto, os regulamentos, normas mais ágeis e polivalentes do que a lei, aparecem como a única forma de a Administração Pública poder prosseguir com eficiência e justeza os interesses públicos, sobretudo em áreas em que a dinâmica da sociedade não se compadece com os inevitáveis entraves do procedimento legislativo parlamentar.*

*Pode, assim, dizer-se que o reconhecimento ao executivo da titularidade de poderes normativos autónomos, a que, um pouco por todo o lado, se assistiu ao longo do século XX, fez com que os regulamentos se transformassem nos instrumentos operativos por excelência em que assenta o quotidiano da vida jurídica dos Estados modernos*.

*Admite-se, entretanto, a existência de domínios específicos de reserva da administração, em que os únicos poderes normativos que podem ser exercidos são os poderes regulamentares (…) Esses domínios específicos dizem respeito às:* [manual do prof. M. Aroso de Almeida]

* Regiões Autónomas;
* Autarquias Locais
* Ordens Profissionais
* Universidades Públicas*.*

Por força do princípio da legalidade, é na lei que o regulamento conhece a sua legitimidade.

## Titularidade do poder regulamentar

Competência regulamentar: o órgão mais importante a este capítulo é o Governo. Os seus regulamentos assumem diferentes formas: **regulamento independente** assume, sempre, a forma de decreto regulamentar; **regulamento não independente** – portarias, despachos, resoluções do Conselho de Ministros, etc. Estes são os mais típicos.

Procedimento de formação dos regulamentos: a CRP é silente nesse aspecto. A única excepção, talvez seja aquela que estabelece, nos termos do art. 112.º/6, que um regulamento/independente possa ser aprovado pelo Governo e, sendo aprovado, reveste a forma de decreto regulamentar. E têm procedimento mais exigente, carecendo sempre de referenda ministerial e promulgação presidencial, portanto estão sujeitos à fiscalização política do PR (art. 134.º al. b) + art. 140.º/1 CRP). Vão, também, a aprovação em Conselho de Ministros, tratando-se, como se trata, de uma forma mais solene.

O regulamento administrativo encontra-se regulado em especial nos arts. 97.º e ss do CPA. Temos fases do procedimento, tal qual acontece com os actos. E essas fases não são distintas, o que acontece é que têm algumas especificidades.

Que outros órgãos possuem poder regulamentar?

* As ALR, que emitem **decretos regionais** – arts. 232.º/1 e 227.º/d CRP. Os Governos Regionais, que emitem **decretos regulamentares regionais**. (Ou seja, as ALR regulamentam concorrencialmente a legislação de âmbito regional e, em exclusivo, as leis emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para si o poder de as regulamentar). Os regulamentos das R.A. são publicados em 1ª Série no D.R.
* Autarquias locais – a Assembleia de Freguesia e a Assembleia Municipal;
* o Conselho Metropolitano das Áreas Metropolitanas; o Conselho Intermunicipal.
* Administração Independente: órgãos dirigentes das entidades reguladoras
* Administração Indirecta: órgãos dirigentes dos institutos públicos, das EPE
* Administração Autónoma: órgãos dirigentes das associações públicas. Publicados em 2ª série do D.R.

…nos termos das respectivas leis orgânicas – é necessária lei orgânica a instituir esta competência.

Nota: As posturas municipais são regulamentos municipais. Mas, normalmente, os Municípios designam-nos precisamente por regulamentos municipais.

## Forma e publicidade dos regulamentos

Lei 74/98 – “Lei formulário”. Estabelece o processo de aprovação dos decretos-leis, mas também regras fundamentais como a entrada em vigor dos diplomas, as *vacatio legis*, o que é publicado em DR e em que série.

Os despachos normativos têm de ser publicados na 2ª série, o que significa que um regulamento aprovado por despacho simples, não normativo, pode não figurar no DR – dificuldades quanto à qualificação.

A este propósito, podemos ter:

1. **Despachos normativos** – publicados na 2ª série do DR. À partida conterá um regulamento. Mas atenção, a substância prevalece sobre a forma no Direito Administrativo. O despacho normativo pode ter escondidos actos administrativos. Se isso acontecer, aquele(s) acto(s) normativo(s) “encavalitado(s)”, para ser válido, tem de ter sido precedido de determinado procedimento (o procedimento concebido para o acto administrativo), podendo ser impugnável junto dos tribunais administrativos. Isso tem relevância. Não se altera a sua forma de aprovação apenas por ser “enxertado” num diploma com normas regulamentares.
2. **Despachos simples** – à partida, inclui actos administrativos, mas pode incluir também normas regulamentares. É necessária cautela na análise, já que, como sabemos, é o conteúdo que leva a melhor, nunca a forma.

**Nota:** podemos ter um despacho repleto de normas, à partida, regulamentares, mas se essas “normas” não tiverem conteúdo normativo externo (estatutos de uma entidade), trata-se de um despacho simples e não normativo.

* Regulamentos do Governo e das R.A. – 1ª série do D.R.
* Regulamentos das associações públicas (Ordens Profissionais, p. ex.) – 2ª série D.R.

## Classificação dos regulamentos: regulamentos de execução e regulamentos independentes

Art. 136.º/2 – o regulamento deve indicar expressamente as leis que visa regulamentar. No caso de regulamentos independentes, as leis que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua aprovação. Assim, concluímos pela existência de dois tipos de regulamentos:

1. Regulamentos de desenvolvimento/de execução - que vêm desenvolver algo já pré-estabelecido na lei; são da competência do Governo nos termos do art. 199.º/c CRP, que a pode delegar – regulamentos necessários à boa execução das leis;
	1. Há quem subdivida em regulamentos de execução *stricto sensu* (aqueles que são absolutamente fundamentais à exequibilidade da lei regulada) e os regulamentos complementares (os que pormenorizam leis, mas que não são um seu factor de exequibilidade).
2. Regulamentos independentes - cuja matéria não está previamente estabelecida (tem de haver, na mesma, norma legal habilitante). Regulamentos inovadores, pois vêm inovar na disciplina jurídica que introduzem. Estes regulamentos só podem ser aprovados por alguns órgãos. (art. 112.º/6 e 7 CRP + art. 136.º/2 CPA).
	1. Regulamentos autónomos – de carácter semelhante aos regulamentos independentes. Produzidos pelas entidades que compõem a Administração Autónoma.

Art. 136.º/3 – definição do CPA para regulamento independente.

**Distinção com base no critério do objecto:**

1. Regulamentos de organização – regulam a forma de organização de um determinado aparelho ou órgão administrativo (exemplo: Conselho Pedagógico da Faculdade – tem um regulamento de organização que regula o seu funcionamento).
2. Regulamentos de funcionamento – incidem sobre os métodos de actuação de órgãos e serviços públicos
3. Regulamentos de polícia – operam restrições às liberdades individuais.

Qual, então, a diferença entre um regulamento independente e uma lei? Por vezes, torna-se críptica a distinção. Não há critérios fixos.

Os dois critérios normalmente propostos para diferenciação da lei e do regulamento, quando os aplicamos ao regulamento independente, tornam-se frágeis:

* contraposição de princípios gerais com desenvolvimentos – não funciona em todos os casos, porque há normas enquadradas em leis que são bastante detalhadas, mais desenvolvidas, mas não perdem a natureza jurídica legal; por outro lado, temos regulamentos administrativos que não vêm detalhar, desenvolver nenhum regime legal, como é o caso do regulamento independente. Logo, este critério não funciona sempre.
* a lei inova e o regulamento não inova, antes desenvolve a lei. Mas só funciona para os regulamentos de desenvolvimento, porque o regulamento independente, em rigor, inova. Para além de podermos ter lei que não inove.

Qual é, então, o último reduto da distinção? Critérios orgânicos e formais: só a AR, o Governo e as ALR é que detêm o poder legislativo; só as ALR, as Assembleias Municipais e o Governo detêm poderes regulamentares. O único regulamento que a AR aprova é o seu regimento. Portanto, tudo depende do órgão que vai emitir o diploma.

Nota: O Governo emite leis e regulamentos (**leis – Decretos-leis**; **regulamentos – Decretos regulamentares**).

Exemplo: como distinguir um diploma da A.R. sobre a matéria *x*, que vem inovar, introduzindo um regime legal dessa matéria *x*, de um outro diploma do Governo que não vem detalhar norma legal alguma, introduzindo, ao invés, uma disciplina inovadora na matéria *y*? Critério orgânico-formal – a A.R. não pode aprovar regulamentos, somente leis. Portanto, sabemos de antemão que o diploma da A.R. é uma lei; pelo lado do Governo, chegaremos à conclusão de que se trata de um regulamento, mais que não seja pela forma como foi aprovado, ou pela sua publicação.

 Interesse prático da distinção entre lei e regulamento? **Procedimento, processo e critérios de validade**. Há regras próprias de processo, procedimento e validade do acto administrativo, não aplicáveis ao regulamento. Há também critérios específicos de aprovação de leis (não resulta de um procedimento administrativo), que são diferentes dos de um regulamento. Os critérios de validade de uma lei também são diferentes dos do regulamento. Uma lei inválida é inconstitucional; um regulamento inválido é ilegal e/ou inconstitucional. Posso impugnar a validade de um regulamento ou de uma norma regulamentar nos tribunais administrativos; tal não acontece com uma lei – posso até suscitar a inconstitucionalidade de uma norma legal num tribunal administrativo, mas quem vai decidir, em última instância, é o Tribunal Constitucional.

Os regulamentos de desenvolvimento podem assumir diversas denominações: despachos, portarias, regulamentos, posturas (municipais), avisos. É indiferente. Temos é de analisar as normas que o compõem para ver se são regulamentares (a substância prevalece sobre a forma, como sabemos).

Atenção: uma portaria pode conter um acto administrativo, mas também um regulamento. Esse regulamento aprovado pela portaria tem, contudo, de ser sempre de desenvolvimento. Nunca independente. **Os regulamentos independentes têm de assumir sempre a forma de decreto regulamentar** – art. 112.º/6 CRP.

Quando uma decisão administrativa não contém normas é porque só se aplica a um particular. Mas se contiver uma determinação que abarca uma conduta que tem de ser observada… é um acto individual abstracto? Fica entre o acto e a norma. O código não prevê esta figura. Temos de assimilar esta decisão ou ao acto, individual e concreto, ou à norma (regulamento), que é geral e abstracta.

## Relações entre regulamentos

O art. 143.º/2 al. a) CPA vem regular uma situação difícil de resolver – relações inter-regulamentares. Dois regulamentos administrativos proferidos por entidades administrativas diferentes que possam não ser compatíveis entre si. À partida, temos o princípio geral *lex posterior derrogat lex priori*, mas temos, depois, todas as especificidades a propósito das leis especiais. Aqui, nos regulamentos, temos outras especificidades que se prendem com as **hierarquias entre os regulamentos**, que pode fazer com que um regulamento, mesmo posterior, não seja capaz de derrogar um outro regulamento anterior, e independentemente da sua relação regulamento especial – regulamento geral.

A alínea a) e b) são, em rigor, as únicas que se referem a regulamentos aprovados por entidades distintas. Quando temos relação de hierarquia ou de superintendência, à partida, tal significa a automática invalidade do regulamento aprovado pela entidade hierarquicamente inferior ou sujeita a relação de superintendência quando seja contrário ao regulamento aprovado pela entidade hierarquicamente superior ou superintendente.

Significa que, à partida, os regulamentos do Governo têm primazia sobre os demais – art. 138.º/1, em conjugação com o art. 143.º/2 al. a). Mas, temos um problema: e se for aprovado, por hipótese, um decreto regulamentar por um Ministro que tenha conteúdo antagónico face a uma portaria aprovada por outro Ministro? A norma contida no art. 138.º/3 ajuda-nos a resolver a situação. Estabelece prevalências. Se é indiferente o nome a que chamamos o regulamento administrativo para efeitos de determinação da natureza jurídica, o *nomen* não é indiferente se houver conflito entre regulamentos:

1. Decretos regulamentares
2. Resoluções do Conselho de Ministros com conteúdo normativo
3. Portarias
4. Despachos

Se houver conflito entre, por exemplo, duas portarias? Prevalece a regra geral (lei posterior derroga lei anterior), excepto se se tratar de conteúdo especial (lei especial prevalece sobre lei geral). Mas, nesses casos, uma situação facilitadora será uma aprovação conjunta, pelos ministros que tutelam a situação em causa, da portaria.

## Procedimento dos regulamentos

Regras procedimentais do regulamento – art. 97.º a 101.º CPA. Mas só se vão aplicar estas regras ao procedimento de formação de um regulamento administrativo? Também se vai aplicar o regime geral do procedimento em algumas, outras, matérias (art. 53.º a 95.º CPA) – regras sobre o responsável pela direcção do procedimento, sobre utilização dos meios electrónicos, princípios gerais, …

* **Fase da iniciativa**

No acto existia o requerimento. No caso do regulamento temos especificidade em função da circunstância do regulamento se destinar à produção de normas gerais e abstractas. Podemos iniciar o procedimento através da apresentação aos órgãos competentes de **petições** – art. 97.º/1. Existe um verdadeiro direito de petição. A esta parte, o conceito de interessado está definido do CPA – arts. 67.º e ss. Temos a possibilidade de haver interessados sem que estejam previstos os requisitos do art. 68.º/1 em matéria relacionada com bens fundamentais como a saúde publica, a educação, património cultural, urbanismo, …

Os interessados referidos no art. 97.º/1 vão para além dos referidos nos arts. 67º e 68º CPA. Não estarão apenas em causa interessados na acessão estrita do art. 68.º, mas qualquer interessado considerando o critério da universalidade, à luz do art. 12º CRP. Mesmo não estando previstos os requisitos do art. 68.º, pode dar-se início ao procedimento de formação de um regulamento no âmbito do direito de petição.

**Um direito de petição não é um direito ao regulamento** (até porque o regulamento, tendo carácter geral e abstracto, não vai tocar em interesses particulares, concretos) – tenho direito a pedir à administração que pondere no sentido de elaborar o regulamento (art. 97.º/2). A petição fundamentada é objecto de decisão sobre se se vai iniciar ou não um procedimento administrativo. Se estiver bem fundamentada, a administração é obrigada a atender-lhe. Não necessariamente no sentido de lhe dar razão, mas tem de decidir algo. O direito de petição vincula a administração a informar os interessados acerca do destino dado à petição, bem como da posição que tome sobre a petição. O procedimento de formação do regulamento não se inicia, portanto, com esta petição, mas com o acto da administração de início do procedimento (pode ou não resultar de petição).

Isto é: só existem procedimentos de iniciativa oficiosa no caso dos regulamentos.

É susceptível de abranger vários interessados e sujeitos, como tal, é publicitado online – art. 98.º CPA. Um regulamento que não siga o procedimento necessário é inválido. Se não for publicitado online, temos um vício procedimental. O procedimento pode ser de iniciativa oficiosa, quando não tenha origem em nenhuma petição. Nesse caso, está também vinculado ao art. 98.º.

Podem acontecer acordos endoprocedimentais com outras entidades públicas, em relação à participação dos interessados - como é que esta se vai processar.

* **Fase da instrução**

É necessário recolher dados, instruir o procedimento. Momento em que encontramos actos destinados à identificação e comparação dos vários interesses afectados, ao estudo das questões em causa, à garantia da recolha de todos os pareceres que sejam necessários recolher, para que possa ser feito um **projecto de regulamento**, nos termos do art. 99.º CPA. É nesta fase que a entidade administrativa tem de recolher toda a informação relevante, até para garantir o cumprimento dos princípios gerais da actividade administrativa.

“Ponderação dos custos e benefícios” – âmbito do princípio da eficiência. Atenção: não limita a fundamentação a esta análise. É complementar: devem ser focados outros aspectos – tantos quantos os necessários.

* **Audiência dos interessados**

Nos termos do art. 100.º CPA, é necessário adicionar ao projecto de regulamento elaborado na sequência da ponderação de todos os interesses na fase da instrução, uma audiência prévia aos interessados.

Este direito de audiência processa-se em moldes distintos daqueles estabelecidos no art. 122.º (procedimento do acto administrativo). No primeiro caso, os interessados são aqueles “que como tal se tenham constituído no procedimento” – art. 100.º/1. Ou seja, temos este requisito para que hajam interessados e para que haja notificação aos cidadãos do direito de audiência prévia – o ónus está do lado dos particulares; no segundo, os interessados estão identificados, cabendo ao órgão responsável pela direcção do procedimento a sua notificação.

O art. 100º/3 estabelece casos em que o responsável pela direcção do procedimento pode não proceder à audiência.

Muitas vezes, o regulamento, pelo seu potencial genérico, implica uma consulta pública – art. 101.º CPA. A consulta pública encontra-se pensada para a dispensa da audiência dos interessados em virtude do largo número de interessados ou que a natureza da matéria o justifique, nos termos do art. 101.º/1 CPA.

* **Decisão do procedimento e omissão do regulamento**

Posteriormente, elaboração do projecto final do regulamento e aprovação do regulamento. Coloca-se a questão de saber qual a natureza jurídica do acto de aprovação do procedimento? É um acto administrativo? Não faz muito sentido porque é um acto regulamentar, é um acto dentro do procedimento de formação do regulamento, é um acto que aprova o regulamento e, portanto, constitutivo do regulamento. Portanto, em situação de impugnação, o que se deve impugnar é o regulamento.

Exemplo: Se o órgão não tem competência para aprovar o regulamento, trata-se de um regulamento administrativo aprovado por um órgão incompetente – invalidade do regulamento e não do acto que o fez aprovar (mesmo admitindo que existe um acto administrativo de aprovação do regulamento).

Sem prejuízo da possibilidade de previsão diferente em lei especial, o n. º1 do art. 137.º fixa em 90 dias o prazo para a emissão dos regulamentos necessários para dar aplicabilidade às leis. Caso contrário, (casos de omissão) é conferida aos interessados a possibilidade de requerem tal emissão junto do órgão competente ou de recorrer aos tribunais administrativos – art. 137.º/2 CPA.

## Eficácia dos Regulamentos

A eficácia dos regulamentos depende da respectiva publicação (art. 139.º), entrando em vigor na data neles estabelecida ou, supletivamente, 5 dias após publicação (art. 140.º).

O Art. 141.º proíbe a Administração de atribuir eficácia retroactiva autónoma a regulamentos, o que não impede, naturalmente, a retroactividade de tais regulamentos quando este resulte da própria lei regulamentada.

Art. 141.º/1 - vem proibir a eficácia retroactiva das normas regulamentares administrativas quando sejam desfavoráveis (que imponham deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções, que causem prejuízos ou restrinjam direitos ou interesses legalmente protegidos, ou afectem as condições do seu exercício).

Esta prescrição tem de ser lida em conciliação com o princípio da confiança, ínsito do princípio do Estado de Direito consagrado na CRP (art.2.º). Proíbe leis retroactivas aos particulares quando haja lei desfavorável que viole o princípio da confiança. (Fora isso, temos a proibição da retroactividade da lei penal e da lei fiscal). O princípio da confiança, ínsito ao Estado de Direito, acaba por funcionar como um limite à actividade legislativa e, também, aqui, regulamentar.

Art. 141.º/2 – os efeitos dos regulamentos não podem reportar-se a data anterior à aprovação da lei habilitante. Os regulamentos **favoráveis** (já vimos, quanto aos desfavoráveis, que são absolutamente proibidos de terem eficácia retroactiva) para os respectivos beneficiários podem ser, então, praticados com eficácia retroactiva, desde que não reportem os seus efeitos a data anterior à do início da vigência d alei habilitante.

**Portanto:**

O artigo não pretende proibir simplesmente regulamentos retroactivos. O regulamento retroactivo não pode é ser inconstitucional – não pode violar o princípio da confiança, quando haja confiança, justificada, e investimento nessa confiança; e não se pode reportar a matéria penal ou fiscal.

Art. 142º/1 - quem tem competência para aprovar o regulamento tem, também, competência para o interpretar, modificar ou suspender. Nº 2 – algo que já vinha sido desenvolvido pela jurisprudência e doutrina e foi consagrado no novo código: a ideia de que existe uma **proibição de derrogação singular dos regulamentos**. Isto significa que mesmo a entidade que tem competência para aprovar o regulamento, não pode aprovar um acto administrativo contrário ao regulamento que aprovou. Resulta do princípio da legalidade, aplicável ao acto administrativo, bem como da **auto-vinculação da administração** aos regulamentos por si produzidos. Não pode existir uma modificação unilateral do regulamento através da denominada derrogação por via do acto administrativo. A entidade, se quer modificar o regulamento, poe fazê-lo, mas à luz do procedimento próprio de modificação do regulamento.

## Invalidade dos Regulamentos

Art. 143.º/1 - invalidade de regulamentos desconformes com os princípios gerais e/ou com as normas de direito internacional, da União ou da CRP. Desconformidade com leis ordinárias incluída, evidentemente.

**Nota:** como se teve oportunidade de referir *supra*, tende a não se abordar a questão da invalidade dos regulamentos pela distinção clássica nulidade vs. anulabilidade, pela simples questão de que o regime é algo dúbio, complicado, até, pois que o legislador, até à revisão do CPA de 2015, instituía, para os regulamentos, uma espécie de nulidade atípica (actual nº1 do art. 144.º). A partir da reforma, veio instituir uma nulidade ainda mais atípica (actual nº 2), de tal modo que já pouco – ou nada - se avistam os traços de nulidade. É um regime de invalidade muito atípico, porque as hipóteses de invalidade juntam características de nulidade e anulabilidade - é um **regime atípico**, no geral. E, quando assim é, tanto podemos falar em nulidade atípica como em anulabilidade atípica. Deste modo, fala-se, para evitar discussões, em invalidade, unicamente.

Art. 144.º - Podemos, contudo, insistir na dicotomia e tentar aplicá-la ao art. 144.º CPA. Temos, no nº1, um princípio que é preciso ler com muita cautela. Se só olharmos para a parte inicial do nº1, a modalidade-regra seria a **nulidade atípica**, o que não é verdade.

* Porquê nulidade atípica? À possibilidade de invocação a todo o tempo (característica da nulidade), juntou-se a destruição de efeitos e repristinação (típico da anulabilidade, pois que em nulidade não chegam a haver efeitos para destruir)

O número seguinte estabelece que, na verdade, temos um prazo de impugnação que se aplica às situações de invalidade que resultem de ilegalidade por violação de disposições legais ou regulamentares atinentes a aspectos de forma ou procedimento (parecido com uma **anulabilidade**) – ou seja, não vale a regra da invalidação a todo o tempo no caso de ausência de forma legal ou preterição de consulta pública exigida por lei, por exemplo. Há um prazo de seis meses (contam-se todos os dias - não confundir com o prazo procedimental do art. 87.º al. d)) após a aprovação do regulamento para se suscitar a invalidade.

* Porquê anulabilidade (ou quase-anulabilidade)? Pois que ao regime de nulidade atípica do nº1, se juntou, àquelas, mais uma característica de anulabilidade: a invocação condicionada por prazo.

Art. 144.º/2 - se o regulamento não foi impugnado ou anulado oficiosamente pela Administração naqueles seis meses, não há nada a fazer, a não ser que se trate de ausência total de forma legal (“salvo nos casos de carência absoluta de forma legal”), a sua ilegalidade resulte em inconstitucionalidade (“da qual não resulte a sua inconstitucionalidade”), ou tenha havido preterição da consulta pública, quando seja exigida legalmente (“salvo nos casos (…) de preterição da consulta pública exigida por lei”) – situações em que se regressa ao regime do número 1 do mesmo artigo.

**Ao contrário:**

* **Só aplicamos o nº1 (invalidade invocável a todo o tempo por qualquer interessado, ou declarável a todo o tempo pelo(s) órgão(s) administrativo(s) competente(s)), quando**
	+ - **A ilegalidade formal ou procedimental do regulamento resultar em inconstitucionalidade;**
		- **Exista carência absoluta de forma legal;**
		- **Tenha existido preterição de consulta pública exigida por lei**

É uma situação diferente da do acto administrativo. Situações em que se trata de uma invalidade no que respeita às consequências materiais do vício, mas há prazo para impugnar o regulamento. Um vício procedimental puro e duro não corresponde, aqui, numa parte substancial dos casos, a uma “espada em cima da cabeça” durante todo o tempo para o regulamento, como acontece com o acto administrativo.

**Comunicações entre a Administração: *quid juris*?**

Art. 136.º/4 – inovação do CPA 2015. Circulares ou comunicações que, muito embora não tivessem percorrido o caminho ou procedimento de formação do regulamento, e muito embora parecesse que não estabeleciam propriamente normas jurídicas a que os particulares devessem obediência, a verdade é que consubstanciavam a prática da entidade reguladora, e, portanto, deixavam os particulares numa difícil situação. Porque, não tendo a oportunidade de impugnar propriamente aquele tipo de comunicação, muitas vezes o teor das comunicações afectava o seu posicionamento, ou determinava o acréscimo de obrigações, por exemplo de informação, que não tinham resultado da lei. Portanto, o artigo vem estabelecer que necessitam de lei habilitante, estas situações. Até que ponto o procedimento de formação do regulamento se aplica a estas recomendações? Se encontrarmos normas jurídicas regulamentares, independentemente desse nome que tenham, podem ser considerados regulamentos, e por isso, sujeitos ao procedimento de formação desse tipo de decisão administrativa.

## Caducidade e revogação dos regulamentos

Extinção dos efeitos do regulamento – podem-se extinguir por caducidade (o regulamento está sujeito a uma **condição resolutiva** – uma vez preenchida, o regulamento caduca, deixa de produzir efeitos; **condição suspensiva** – se se verificar, o regulamento nunca chegou a produzir efeitos). Pode existir um **termo** – o regulamento produz efeitos até determinada data; ou a partir de determinada data.

Art. 145.º/2 CPA – se a lei habilitante for declarada inconstitucional ou revogada, o regulamento que a desenvolve caduca. Só não acontece se forem compatíveis com a lei nova. Se a lei nova for pura e simplesmente revogada, sem substituição, o regulamento caduca. Só quando existe substituição é que o regulamento se pode manter, na estrita medida em que as suas normas não sejam incompatíveis com a lei nova.

Da mesma norma decorre que a revogação da lei habilitante não implica a caducidade do **regulamento independente** emanado ao seu abrigo. No entanto, no caso de ter sido introduzida legislação substitutiva sobre a matéria, tem que se proceder à apreciação em concreto da conformidade do regulamento com a nova disciplina legal.

Art. 146.º/3 – no caso de revogação ilegítima do regulamento necessário à execução de uma lei em vigor (de direito nacional ou decorrentes do direito da EU) sem substituição desse regulamento por outro com a mesma função, considera-se que as normas do regulamento de que dependia a aplicabilidade da lei exequenda (ou das normas europeias carentes de execução) continuam a vigorar, para todos os efeitos, até ao início da vigência de novo regulamento, substituto daquele ilegitimamente revogado.

Art. 146.º/4 – Visa impedir a revogação tácita.

# VI. Acto administrativo

## Conceito e categorias de actos administrativos

Principal instituto – aquele que é mais utilizado nas situações entre administração e outros, nomeadamente com particulares. O título que é emitido por uma autoridade pública e que tem efeito jurídico de criar, modificar, extinguir situações jurídicas por si própria, sem necessidade de acordo. Se a administração impõe um dever, o particular fica obrigado a cumprir esse dever – por isso, os actos administrativos assemelham-se à actividade do tribunal; é um título executivo tal como sucede com as sentenças, certifica a existência de um dever, por exemplo.

Definição de acto administrativo – art. 148.º CPA. Actos jurídicos em que haja uma manifestação de vontade, um juízo de valor ao qual o ordenamento jurídico atribua relevância jurídica. Caracteriza-se por:

* **Decisão:** A decisão é um elemento determinante do acto administrativo; existem muitos actos jurídicos, mas que não contém decisões, portanto não são actos administrativos. Actos jurídicos unilaterais (declaração unilateral) através dos quais a administração decide que vão produzir efeitos na esfera jurídica de alguém. São actos de autoridade que se caracterizam pela obrigatoriedade. A administração define o direito a aplicar, impondo-as a outros.
* **Conteúdo** - conferir um direito, impor uma sanção, prescrever um dever, etc.
* **Efeitos externos** – projectam-se na esfera jurídica de outrem. Exemplo: acto que manda proprietário fazer obras, porque o prédio está em mau estado; dar licenças a quem pediu. A administração dirige-se a um particular e dá-lhe o direito ou confere-lhe um dever de fazer algo. Os efeitos transcendem a esfera da entidade que os detém para se dirigirem ao particular. Se for um acto praticado apenas para dentro da administração não tem efeitos externos, portanto não é acto administrativo.
* **Individual e concreto** – diz respeito a esse particular; concreto – dar um direito, tirar um direito, impor-lhe uma obrigação. O regulamento é geral e abstracto, o acto administrativo é individual e concreto;

**Actuação concreta da administração** – Operações materiais, actuações, comportamentos. Funcionamento dos serviços públicos passa em grande parte pelas operações materiais. Não estamos perante actuações jurídicas a não ser que seja cometido algum ilícito.

## Tipologia de efeitos dos actos administrativos

Toda a intervenção da administração na esfera jurídica de particulares está dependente da lei, tem de haver pressupostos – circunstâncias que a lei prevê para que o acto possa ser praticado.

Plano declarativo e plano executório – o acto é uma declaração, determina o direito (pano declarativo). Se não for cumprido avança-se para um processo de execução (plano executório).

* **Actos positivos vs. actos negativos**

**Actos negativos** para os destinatários - a administração decide em sentido negativo face ao que pretendia o interessado. Rejeição do requerimento (não chega a ser analisado) ou indeferimento (acto em que a pretensão é apreciada e não é satisfeita - eu peço uma licença e a Administração diz que não).

**Actos positivos** – deferem as pretensões dos interessados.

* **Actos favoráveis vs. actos desfavoráveis**

**Actos desfavoráveis** - actos impositivos (impõem deveres, obrigações aos particulares);

**Actos favoráveis** aos destinatários – actos constitutivos, por exemplo (constituem na esfera jurídica dos particulares direitos e poderes). Exemplo: A administração constitui na esfera do particular situações jurídicas mediante as quais pode dispor de bens públicos, com a restrição da própria esfera pública (esfera da própria administração) – um particular vê a sua pretensão de instalar uma esplanada na via pública deferida. Isto é, também, um acto de disposição da esfera pública.

**Actos impositivos** – impõem condutas. Se não forem cumpridas? Execução. Só se coloca em relação a actos impositivos - o interesse público só fica assegurado quando o dever for cumprido, logo, é preciso o momento executivo em que tem de se executar se não houver cumprimento. Cumprimento forçado – arts. 176.º e 177.º CPA. Tem de haver notificação do destinatário de avançar para a execução. No sentido de lhe dar ainda uma última oportunidade de cumprir (salvo estado de necessidade – prescinde-se da etapa da notificação).

**Actos de disposição da esfera pública** - Licença de utilização privativa do domínio público - privatizar o domínio publico (por exemplo: concessão de água, de solo). Prossecução de bens públicos para fins privados que o Estado se dispõe conceder por não lhes dar melhor fim.

* **Outras classificações**

**Actos preparatórios/instrumentais** da decisão – não são decisões, mas conduzem a ela (pareceres, estudos…). Um estudo, por exemplo, nada decide. Traduzem-se no exercício da função administrativa. Pode ser pela Administração Pública ou por outra entidade que esteja investida desse poder (concessionário da auto-estrada, por exemplo).

**Actos de 2º grau** - actos que incidem sobre outros actos. Exemplo: acto executório do acto impositivo (**acto de 1º grau**).

## Força jurídica e execução do acto administrativo

* **Eficácia do acto**

Conforme o art. 155.º CPA, o acto administrativo é eficaz desde o momento em que é praticado (emitido), salvo nos casos em que a lei lhes atribua eficácia retroactiva (sendo certo que, de acordo com o art. 156.º/2 al. a), os actos desfavoráveis não têm eficácia retroactiva), ou exija a sua publicação (art. 158.º/1).

O acto, ao ser praticado, pode sê-lo com eficácia condicionada. O acto indica: «a pessoa é nomeada para *este* cargo a partir de 1 de Janeiro de 2019» – o acto só produz efeitos a partir dessa data – os efeitos estão diferidos. Ou determina que o estabelecimento pode abrir ao público, mas só se fizer algumas obras – condição que suspende os efeitos até que se verifique o cumprimento dessa condição.

Temos:

* um termo (que, para a matéria que estamos a tratar, será inicial) ou
* uma condição (que, para a matéria que estamos a tratar, será suspensiva).

O termo tem que ver com um evento futuro, mas certo. A única coisa que se considera certa é o tempo. Termo inicial porque é o termo de que depende o início da produção dos efeitos.

Nota: se o termo for final – «este acto produz efeitos durante um ano», por exemplo.

A condição é, por definição, incerta. Pressupõe incerteza quanto ao seu preenchimento. Na condição suspensiva, os efeitos suspensos ganham vida a partir do momento em que se verifique a condição. No termo inicial não há condição porque nunca há efeitos suspensos, estes iniciam quando se dá o termo.

Nota: condição resolutiva – o acto produz efeitos até que, eventualmente, aconteça a condição, que os faz cessar.

**Classificações:**

Condição resolutiva ou condição suspensiva vs. termo inicial ou termo final. Art. 149.º CPA.

Modo – obrigação acessória. É, contudo, condição de validade de uma licença, por exemplo. A licença confere o direito; o modo prescreve uma obrigação acessoriamente.

* **Oponibilidade**

No caso de actos que imponham encargos ou deveres, aqueles só são oponíveis perante terceiros (só produzem efeitos perante estes) quando sejam devidamente notificados (art. 160.º CPA).

 A existência do acto não pode ser oposta ao destinatário, não pode ser tomada contra ele se não tiver sido notificada. Ninguém pode ser destinatário de um acto que não lhe foi notificado. **Atos que impõem sanções, que retiram algo a alguém, etc**. - a existência desse acto só pode ser invocada contra o particular se houver notificação. Conhecimento pessoal do acto. Enquanto não for notificada, este não tem obrigação de o conhecer. E enquanto não o conhecer, não tem obrigação de o cumprir – o acto não é oponível. A pessoa não está em incumprimento se não for notificada.

Exemplo: um particular, proprietário de um bar, é alvo de uma retirada de licença que lhe permitia ter o seu estabelecimento aberto até às 6h da manhã. O bar, se continuar a funcionar até tais horas, não pode ser sancionado por isso, porque não está a infringir nenhum comando - não foi notificado. Mesmo que saiba que existe o acto em causa, pode ignorá-lo.

* **Actos administrativos executivos**

Isto liga-se com o art. 176.º e ss. CPA. A possibilidade de existência do momento executório do acto administrativo tem de estar prevista em devida lei ordinária para o efeito (art. 8.º/2 DL 4/2015 – mas ainda não existe tal diploma…), pelo que, para legitimar as situações de execução dos actos, temos de recorrer ao art. 149.º/2 do CPA 1991 (“O cumprimento das obrigações e o respeito pelas limitações que derivam de um acto administrativo podem ser impostos coercivamente pela Administração sem recurso prévio aos tribunais, desde que a imposição seja feita pelas formas e nos termos previstos no presente Código ou admitidos por lei.”).

O art. 177.º CPA impõe a separação entre o momento executório e o declarativo. Para existir execução, tem de haver, primeiro, um acto exequendo (art. 177.º/1 CPA), o acto que impõe a execução, um acto de 2º grau, por se reportar ao não cumprimento do acto emitido no momento declarativo, o acto de 1º grau. Esse acto exequendo, para ser oponível, tem de ser do conhecimento do destinatário, isto é, tem de lhe ser notificado (art. 177.º/3).

## Invalidade dos actos administrativos

Regime com muita relevância, porque, como vimos, o princípio da legalidade é em grande medida o instrumento de protecção dos cidadãos face aos poderes da administração. Se a administração comete ilegalidade, isso implica a invalidade das decisões – reacção dos particulares perante a própria administração e os tribunais.

O CPA estabelece um regime muito bem-intencionado, mas muito complexo e de difícil aplicação prática – arts. 161.º a 163.º.

O mais importante não está no código. Este não prevê taxativamente as formas de invalidade. O que resulta do código é, desde logo, que os actos inválidos ou são nulos ou anuláveis. Não é uma originalidade.

A regra é a anulabilidade e a nulidade é excepcional - quando um acto é invalido, por regra é anulável.

O novo código veio tornar bastante mais clara a excepcionalidade da nulidade – art. 161.º/1. Aponta uma série de casos em que há nulidade – nº2. Há muitos outros casos que não estão no código, mas em legislação avulsa. E o legislador não é muito criterioso nesta matéria – não há racionalidade. Por exemplo: no direito do urbanismo “correu-se” tudo a nulidade e, depois, teve de se voltar atrás porque se percebeu que não funcionava bem… (prof. Mário A. de Almeida).

Art 162.º CPA – a nulidade implica que o acto nunca produz efeitos e é invocável a todo o tempo - consequências drásticas. Mas se, na realidade, a administração se comporta como se o acto não fosse nulo… é “difícil”, é preciso solicitar ao tribunal a declaração de nulidade.

Regra geral da anulabilidade – art. 163.º. Porquê? Criar condições para que a administração possa exercer a actividade sem grandes obstáculos; presunção de legalidade - historicamente, séc. XIX; segurança jurídica, estabilização – seria caótico que todos os actos jurídicos pudessem ser sindicalizados a todo o tempo. Acontece assim na grande maioria dos Estados.

É a administração que tem o ónus de provar que os pressupostos da sua actividade estão preenchidos. Não cabe ao particular.

**Competência:**

O órgão actuou ou não actuou no quadro dos poderes que a lei lhe faz corresponder? Quando um órgão pratica um acto que não se inscreve nesse quadro de competências:

1. **Incompetência absoluta** – também denominada falta de atribuições ou **usurpação de poderes** (art. 161.º/2 al. a)). Quer dizer que temos a actuar um órgão que o faz na competência de outro órgão, mas que não pertence sequer a outra pessoa colectiva ou, no caso do Estado, a outro Ministério. A competência nem sequer cabe nas atribuições da pessoa colectiva ou Ministério em que o órgão está inserido. O órgão está a imiscuir-se em competências não suas. Não só lhe faltam competências, como também lhe faltam atribuições. Resulta também em nulidade – art. 161.º/2 al. b) CPA. Actos nulos por serem estranhos às atribuições dos Ministérios ou pessoas colectivas. Exemplo: um Ministro pratica um acto da competência de outro Ministro (cada Ministério chama a si uma atribuição).
2. **Incompetência relativa** – dentro do mesmo Ministério ou da mesma pessoa colectiva. Há incompetência relativa não porque haja falta de atribuições; o que acontece é que um órgão pratica um acto na competência de um órgão ao lado ou acima ou abaixo, mas dentro da mesma pessoa colectiva ou Ministério. Não há tanta gravidade, portanto, temos uma mera anulabilidade.

Isto é diferente da falta de autorização/legitimação para o exercício da competência. Casos em que a lei diz que um órgão só pode exercer uma competência com a autorização de outro órgão. Se aquele órgão quiser exercer aquela competência, tem de pedir autorização. O órgão tem a competência – o órgão competente é ele, mas essa competência só é exercida mediante autorização. Já não é um problema de competência, mas de legitimação do exercício dessa mesma competência. Diferença entre competência dada em abstracto ao órgão e o poder para a exercer em concreto. Exemplo: a Câmara Municipal tem a competência para vender imóveis. Mas aqueles que são vendidos por valor superior a determinado montante têm de passar primeiro pela Assembleia Municipal. Se não houver autorização, temos invalidade, porque o sujeito não está legitimado a exercer a competência.

**Forma do acto:**

Se não houver assinatura não podemos dizer que há acto inválido porque não temos sequer acto - inexistência. Os problemas de forma só começam quando temos acto. Por exemplo, quando a lei impõe forma mais solene – inobservância de uma forma que teria de se verificar. O acto é então nulo por carência absoluta da forma legal (art. 161º/2 al. g)) – é o único caso de nulidade por falta de forma. As outras questões geram apenas anulabilidade.

**Nota:** a lei exige forma específica para o acto, forma essa que não é observada. Exemplo: o acto tem de ser praticado sob a forma de portaria, sendo-o através de despacho simples. Modo de exteriorização do acto, forma exterior.

Falta de fundamentação do acto, ou fundamentação incongruente gera vício de forma – anulabilidade, o art. 152.º impõe este requisito de forma aos actos administrativos. O art. 153.º caracteriza este dever de fundamentação.

Art. 153.º/1 CPA - a fundamentação dos actos administrativos pode ser feita por remissão para os fundamentos de pareceres, informações ou propostas que constituam parte integrante do acto.

Exemplo: quando o Presidente da Câmara diz que concorda com a proposta está a assumir a proposta, concorda com os seus fundamentos - está a homologar a proposta (não é uma expressão muito técnica). Se o órgão assina a proposta está a tomar uma decisão com o exacto conteúdo da proposta – fundamentação por remissão (“concordo” + assinatura, por hipótese).

Informação dos serviços – muitas vezes, as decisões são tomadas sob informação do serviço. É instrumental. Algo produzido para servir de suporte à decisão e que ainda não é a decisão. Algo praticado durante o procedimento.

Isto tem que ver com **ilegalidades externas** – aspectos que não dizem respeito à substância da decisão. Não se está a discutir se a decisão está certa ou errada, estamos a avaliar se o órgão que decidiu é o certo ou errado, se foi o procedimento certo ou errado, se foi a forma certa ou errada.

**Substância do acto** – o acto podia ou não podia ter sido praticado, podia ter-se decidido aquilo que se decidiu?

**Pressupostos do acto administrativo:**

Questão de saber se se preenchiam ou não. É uma questão importante. Está relacionado com o princípio da legalidade e da competência: a lei tem de definir quais as circunstâncias que se devem preencher para que a administração possa ou deva praticar o acto administrativo. Tem de haver norma jurídica – lei ou regulamento – a identificar os pressupostos da actividade administrativa.

Pressupostos não são requisitos que a administração tenha de preencher – diferente, por isso, dos vícios de forma ou do procedimento. É por os pressupostos acontecerem que a administração actua. Os pressupostos são circunstâncias exteriores à administração.

Exemplo: um interessado dirige-se à administração a pedir a licença. Os pressupostos do acto administrativo serão os requisitos que têm de se preencher para se poder conferir a licença (designados na lei). Quem preenche esses requisitos é o particular, é este que demonstra que os preenche, ou que tem de os preencher ou ter preenchidos, e não a administração.

Exemplo de atribuição de pensão de aposentação: o pressuposto para dar é que estejam preenchidos todos os pressupostos; o pressuposto para não dar é que não esteja, no mínimo, um pressuposto preenchido.

SE A, então X; SE **NÃO** A, então **NÃO** X.

Podemos ter um acto anulável porque estando preenchidos os pressupostos em função dos quais a administração devia actuar, não actuou; ou porque, não estando preenchidos os pressupostos, actuou. Em ambos os casos estamos perante falta de pressupostos – para actuar ou para não actuar. Temos então **anulabilidade por falta de pressupostos.**

Distinção em que a lei define os pressupostos de forma objectiva, e, portanto, é objectiva a verificação de que os pressupostos estão preenchidos ou não, e, nesses domínios, diz-se que há vinculação da administração à lei. No caso da aposentação, a lei indica tudo (idade necessária, descontos necessários, etc.) – é, apenas, uma questão de “fazer as contas”.

**Pelo contrário…:**

Há domínios em que os pressupostos são definidos de formas muito genéricas – entramos no âmbito dos **poderes discricionários da administração**. O legislador não quis definir taxativamente. A lei não deixa, apesar de tudo, de cumprir o seu papel na verificação dos pressupostos. O que acontece é que a administração fica incumbida de um **poder amplo de valoração próprio**. De avaliação. A lei confere esse poder à administração, essa tarefa de preenchimento das situações.

A administração, perante os casos concretos, vai ter, pois, de avaliar se se preenchem ou não os pressupostos. Claro que a administração não pode tomar decisões arbitrárias, está balizada pelo pressuposto, mas se o pressuposto é muito aberto, há margem de manobra.

Os tribunais, a esta parte, só actuam se consideram que o preenchimento do pressuposto pela administração não foi de todo razoável (erro manifesto ou grosseiro + violação dos princípios gerais da actividade administrativa). Só quando a decisão for de tal modo inaceitável que não caiba nos termos do pressuposto é que consideramos que há invalidade por falta de pressupostos na decisão.

Se um acto for estritamente vinculado, o que interessa é saber se a administração fez aquilo que a lei estabelecia ou não. Se sim, o acto é valido; se não, é invalido.

Podemos ter, ao contrário, situações em que a administração incorre em erro, tem uma visão errada das coisas, mas apesar de tudo faz o que a lei prescreve. Nesse caso, o erro é irrelevante.

Exemplo: o candidato a pensionista indica que preenche os pressupostos. A Segurança Social verifica, faz mal as contas e não dá a aposentação. Mas a Segurança Social não se apercebeu de que o homem não tinha os descontos necessários. O acto é válido porque, de facto, os pressupostos para dar não estavam preenchidos, embora tendo recusado invocando uma razão que era errada. Tem que ver com a questão de que, aqui, a administração não tem poder de valoração, só tinha de fazer contas, o erro em que incorreu não é relevante – irrelevância da justificação errada (motivação viciada) quando há poder vinculado.

Esta matéria está regulada no art. 163.º/5 al. c) – **não se produz o efeito anulatório** do acto quando, mesmo que não tivesse havido vício, a decisão fosse a mesma.

Outra situação: não há anulação de acto anulável quando o conteúdo desse acto não puder ser outro, em face de ser de carácter vinculado – art. 163.º/5 al. a). Situações, por exemplo, de ilegalidades procedimentais que importem, somente, a anulabilidade, quando se trate de decisão vinculada da administração.

Na maior parte dos casos, a administração não está assim tão vinculada – a administração decide se age ou não age, tem uma margem de apreciação, poderes de valoração próprios para decidir se actua ou não actua. Poderes discricionários. O plano passa dos pressupostos do acto para o conteúdo do acto, da decisão. Se a administração está vinculada, o que é necessário é apurar os factos, e em função dos factos ver se fez o que devia ou não; quando a administração tem poderes de valoração, entramos num domínio mais pantanoso.

Nesses domínios é que intervém, desde logo, uma figura clássica e famosa - o **desvio de poder**. Vem do século XIX.

Há desvio de poder quando a administração, dispondo destes poderes discricionários, desvia esse poder utilizando-o para fins indevidos, não para os fins que a lei pretendia. O acto foi praticado para prosseguir um fim diferente do fim pretendido e visado pela lei.

A dificuldade é provar o desvio de poder, porque, claro, na fundamentação formal do acto, a administração esconde esse desvio de poder. É mais fácil provar o erro manifesto do que o desvio de poder.

Pode haver desvio de poder para fins de interesse público diferentes dos da lei ou para fins de interesse privado (nulo - art. 161.º/2 al. e)). Se o desvio de poder for para fins de interesse privado é considerado mais grave, acarretando, então, a nulidade.

**Resumindo e concluindo:**

Temos quatro tipos de vícios susceptíveis de afectar a eficácia de um acto administrativo:

* Vício extrínseco (ilegalidades externas):
	+ - Vício de forma (exemplo: preterição da fundamentação de um acto administrativo aquando da sua emissão; acto expresso oralmente por órgão singular – nulo por carência absoluta de forma legal).
		- Vício no procedimento (exemplo: preterição da etapa da audiência dos interessados num procedimento de formação de um acto administrativo). Em regra, anulável. Excepto preterição total do procedimento.
* Vícios intrínsecos (conteúdo):
	+ - Vício quanto aos pressupostos em âmbitos de vinculação da Administração (exemplo: o particular não reunia os pressupostos para ter direito à reforma, mas a Administração confere-lhe tal direito - tinha 35 anos de descontos e são precisos 40, por hipótese)
		- Vício no exercício dos poderes discricionários (exemplo: um acto administrativo que consubstancia desvio de poder por parte da Administração para fins privados)
			* + Também em espaços de conformação de poderes da Administração pode haver vício quanto aos pressupostos (exemplo: pena de demissão para um trabalhador que ofenda gravemente um seu colega. Demite-se o trabalhador sem que a ofensa em causa tenha sido grave – erro manifesto -, temos um vício por falta de pressupostos: a ofensa grave era pressuposto para a decisão de demissão; não há ofensa grave, logo não pode haver decisão de demissão)
				+ Vício na escolha do conteúdo – tem que ver com a decisão final (exemplo: naquela situação, pode até admitir-se que a ofensa foi grave, mas a pena foi excessiva porque para ofensas graves também está prevista a suspensão, que era mais correcta naquele caso. Violação do princípio da proporcionalidade.)

## Revogação e anulação pela administração dos actos administrativos

* Arts. 165º e ss. CPA.
* **Revogação**

É utilizada em muitos contextos no direito. Revogar um acto administrativo é parecido a revogar uma lei – fazer cessar efeitos de um acto porque há razões que levam a fazê-lo, mas não são de legalidade, tem a ver com melhor adequação do acto àquilo a que se prefere.

A revogação do acto administrativo faz cessar os efeitos do acto – art. 165.º. Pressupõe um acto cujos efeitos ainda não se esgotaram, porque, caso já se tivessem esgotado, não haveria nada para fazer cessar. Não é possível revogar actos que já esgotaram os seus efeitos, ou cujos efeitos já foram destruídos.

A revogação está sujeita a condicionalismos mais apertados, porque não está em causa reintegrar a legalidade, é actuar sobre um acto validamente praticado, que deu origem a situações validamente constituídas. A revogação pressupõe que a administração não acha que o acto é ilegal, o que acha é que deve por cobro à situação por ele constituída. Que deve fazer cessar os efeitos do acto, a situação a que o acto deu origem. Exemplo: entende-se que não se deve mais permitir que determinada pessoa detenha uma qualquer licença. Compreende-se que a administração tenha um poder mais alargado na anulação porque está a reintegrar a legalidade, quando é revogação está a mudar de ideias, a adoptar um novo entendimento sobre aquilo que decidiu. A questão põe-se sobretudo com actos favoráveis para os destinatários.

A administração só pode revogar actos que estejam na sua disponibilidade – se não tinha o dever de praticar aquele acto (acto vinculado). A lei definia os pressupostos em função dos quais o acto tinha de ser praticado – o acto não pode, então, ser revogado, porque tal revogação é ilegal - a lei impunha que fosse praticado. Art.º 167.º/1. Os actos administrativos não podem ser revogados quando são irrevogáveis.

O pressuposto da revogação é a discricionariedade do acto – o acto está na disponibilidade da administração. A administração pode formular um juízo sobre aquele acto para efeitos de poder determinar que cesse os seus efeitos.

Art. 167.º/3 – muito importante saber se o acto é constitutivo de direitos, se constitui vantagens, se é vantajoso para os destinatários? O conceito de acto constitutivo de direitos é muito amplo. Todos os actos que constituem situações de vantagem para alguém ou limitem ou extingam situações de desvantagem são constitutivos de direitos, a menos que sejam situações que são logo à partida atribuídas como precárias.

Exemplos:

* uma pessoa recebe uma licença para construir uma casa – acto constitutivo de direitos. Estará sujeito ao regime de revogação que se aplica a esse tipo de actos. O titular adquire um direito adquirido só revogável em algumas circunstâncias.
* Outro exemplo: licença para instalar uma esplanada num passeio em frente ao café – atribui uma vantagem, mas é um acto por natureza **precário**. A utilização de bens de natureza pública para fins privados é, por definição, precária. Não há constituição de direitos adquiridos sob domínio público. As licenças que permitem a utilização privativa de bens do domínio publico são sempre precárias – não é a mesma coisa que dar a licença à pessoa para construir uma casa no terreno que é dela.

**Acto precário** – acto administrativo que pode ser revogado pela administração sem atender aos condicionalismos do art. 167.º CPA. Os condicionalismos do art. 167.º visam proteger a confiança dos beneficiários de actos constitutivos de direitos. Mas se não há direito adquirido, como é o caso neste último exemplo, não há confiança constituída.

Art. 167º/2 – os actos constitutivos de direitos só podem ser revogados:

* + alínea a) - na parte em que são desfavoráveis (na parte em que são desfavoráveis não são constitutivos de direitos…);
* alínea b) - com o acordo do destinatário, tratando-se de parte não desfavorável, mas, ainda assim, tem de estar na disponibilidade da administração (a administração convence o particular a renunciar ao direito constituído);
* alínea c) – a superveniência levaria a que, se o conhecimento já existisse quando o acto foi praticado, não pudesse ter sido praticado (preocupação do legislador em não fazer depender os direitos constituídos de uma mera mudança de orientação, de juízos valorativos; critérios objectivos – conhecimentos novos, ou circunstancias novas). “Não poderia” – impraticabilidade objectiva, acima de convicções subjectivas, valorativas. Em função daquilo que a norma pretendia e dos valores em causa, que a administração tem de proteger - se se soubesse na altura o que se sabe hoje, não se poderia decidir naquele sentido, seria de algum modo ilegal decidir assim. No sentido de cumprir a lei, o objectivo da lei, os fins por si visados. A alteração das circunstâncias pode também resultar da atribuição de licenças. A certa altura há tantas licenças atribuídas que tem de se revogar algumas porque se entende que são demasiadas;
* alínea d) – reserva de revogação. Pode introduzir-se num acto administrativo uma reserva, se for de revogação significa que se dá a licença, mas reserva-se a possibilidade de a vir a revogar em função de determinadas circunstâncias que possam surgir. Há acto constitutivo de direitos, só pode ser revogado nos casos previstos pela lei, mas está submetido a esta reserva. A reserva tem uma vantagem: a administração pode fazer juízos de prognose (prognóstico – antever a evolução das situações, acautelar a evolução das situações). Muitas vezes a lei incumbe a administração de fazer juízos de prognose, em função do interesse público. Mas envolve um juízo muito subjectivo – apreciação discricionária da administração. A administração tem de antever o que acontece se decidir desta e daquela maneira (se se der uma licença, que efeitos isso vai ter?). Sobretudo em domínios mais complexos, como o ambiental. É muito útil dar uma licença com uma reserva de revogação – no fundo, explicitar quais as dificuldades, os riscos e os problemas envolvidos (eu dou-lhe a licença, mas se verificar a ocorrência destes riscos, revogo-a). Alternativa que se dá à administração em vez da simples recusa – é mais vantajoso para o privado. A reserva de revogação não é uma pura reserva, é uma reserva em função de certas circunstâncias - a administração tem de especificar na reserva de revogação o que a levou a constituir uma reserva e, se for caso disso, o que a levou a adicioná-la.

No fundo, o art. 167.º tenta conjugar a mudança e a necessidade de tal, com a protecção dos direitos constituídos. É necessário um equilíbrio. Não se pode ir para uma precariedade de todos os actos da administração, mas também não se pode ir para uma situação de protecção fundamentalista dos interesses – porque o interesse público tem, em algumas situações, de se sobrepor e exige o sacrifício desses direitos – por ventura com indemnização. O art. 167.º/5 institui a indemnização para quem, por razões de interesse público, se vê privado de direitos constituídos na sua esfera jurídica (previsto para a alínea c) – é nessa alínea que está prevista a protecção da confiança).

* **Anulação administrativa**

Não é específica do direito administrativo. A anulação pressupõe um acto anterior ilegal, por isso é inválido e a forma de invalidade é a anulabilidade. O acto não é nulo, é anulável. A administração pode proceder ela própria à anulação do seu acto, a chamada anulação administrativa. É fazer exactamente a mesma coisa que faria o tribunal se o particular propusesse acção judicial. Figuras referidas no art. 165º.

A anulação determina a destruição dos efeitos, ou seja, vai incidir sobre os efeitos já produzidos pelo acto, para que as situações constituídas pelo acto fiquem sem efeitos jurídicos que os sustentem e possam ser removidas, se for possível. A administração pratica anulação quando reconhece que praticou acto ilegal, inválido e por isso anulável, e há interesse em anulá-lo para eliminar as situações por ele constituídas.

Exemplo: um funcionário é demitido. Chega-se à conclusão de que esse acto é ilegal. Anula-se o acto e o funcionário é reintegrado. E reintegrado por referência ao momento em que foi demitido. Tem direito a ver ressarcidos os vencimentos que não obteve para que tudo se passe como se passaria se não tivesse sido demitido. Anular não é apenas fazer cessar a situação, é também procurar restituir a situação. Acontece tanto na anulação judicial como na administrativa.

A anulação não envolve grande necessidade de ponderação. Se o acto é ilegal, o que se deve fazer é anular. Não há situações jurídicas dignas de protecção constituídas por actos anuláveis. Quem é beneficiário de um acto ilegal não tem a mesma protecção de quem beneficia de um acto legal – ainda mais um acto ilegal, inválido, anulável que constitui situações de vantagem na esfera das pessoas.

A situação coloca-se de forma diferente face à revogação porque o titular é beneficiário de um acto anulável (passível de ser anulado). **Os actos inválidos são, por definição, precários.** Portanto, também o são as situações constituídas por esses actos. O acto produz efeitos, “mas tem uma espada sobre a cabeça”. A administração pode anular, ou pode ser pedida a impugnação.

Regime regra – art. 168.º/1 CPA. Os actos podem ser anulados no prazo de 5 anos. Prazo bastante longo.

A partir do momento em que se conhece a causa da ilegalidade, há 6 meses para ser a anulado. Se se conhecer ao fim de 4 anos e 9 meses, por exemplo, só se tem 3 meses para anular. Se se descobrir no último dia, o acto não pode ser mais anulado - os 6 meses não acrescem, nunca, aos 5 anos. É um prazo praticado dentro dos 5 anos. É o regime-regra aplicável aos actos não constitutivos de direitos (actos sancionatórios, por exemplo). Não há muitos interesses a proteger se o acto é ilegal e não há beneficiários. Não há muitas razões para impossibilitar a possibilidade de anulação. Apesar de tudo, há prazo, porque anulabilidade sem prazo não é materialmente anulabilidade - a nulidade é que pode ser invocada a todo o tempo.

O art. 168.º distingue, consoante os actos sejam constitutivos de direitos ou não. Faz sentido, porque se um acto não for constitutivo de direitos compreende-se que a sua anulação seja mais fácil. Se ele é constitutivo de direitos, pode haver mais uma vez confiança do beneficiário.

Seja para a revogação, seja para a anulação, não se deve tratar da mesma maneira os actos constitutivos de direitos e os que o não são. Se um acto for constitutivo de direitos, vantagens para os destinatários, não sendo precário, o prazo é de 1 ano – art. 168.º/2. Continua a valer a questão dos 6 meses. Não há, então, muita margem para conhecer a invalidade do acto.

Contudo, há casos em que o acto é constitutivo de direitos, mas o prazo para anular não é 1 ano, mas 5 – art. 168. º/4. Quais os casos?

* alínea a) - Quando não haja boa-fé do beneficiário (quando o beneficiário tenha utilizado artificio fraudulento para benefício do acto – o beneficiário é que deu causa à invalidade do acto, logo compreende-se que não há confiança digna de protecção, aplicam-se os 5 anos);
* alínea b) - acto que constitui direito a obtenção de prestações periódicas (acto que atribui uma pensão, por exemplo. Há situação de efeitos continuados. Em relação a situações desse tipo, entendeu estabelecer-se que em relação ao prazo de um ano ainda pode haver anulação que implica restituição das pensões. Depois de passado um ano, poderá haver anulação apenas com eficácia para o futuro, sem efeitos retroactivos, que apenas faz cessar. Na prática não é bem uma anulação, é anulação atípica, parecida com revogação fundada em ilegalidade. Se passarem os 5 anos, não se faz nada – nem para o passado nem para o futuro).
* Alínea c) art. 168.º/4 – um caso particular. Não prevê em rigor quando é que se aplica, define que se aplica quando a legislação aplicável estabelecer que se aplica. É muito mais para prever o prazo – quando se puder aplicar, o prazo será de cinco anos. Basicamente: quando, nos termos da legislação aplicável, se puder fazer aquilo, o prazo será de cinco anos.

Art. 169.º - os autores dos actos podem sempre revogá-los e anulá-los, dentro dos pressupostos descritos. Depois, temos outros órgãos: o superior hierárquico, se não se tratar de competência exclusiva do subalterno, pode revogar e anular – se se tratar de competência exclusiva só pode anular e não revogar. A lei pode conferir uma competência a um órgão que é subordinado de outro e indicar que é exclusiva – isso significa que só o subordinado pode exercer essa competência. Desse modo, quem não pode praticar também não pode revogar. É, no entanto, necessário que a lei diga que a competência é exclusiva, se a lei não disser que é exclusiva, presume-se que não é exclusiva. O princípio é o de que os superiores partilham as competências dos subordinados. Art. 169.º/2.

Em relação à anulação, entende-se que o superior pode sempre anular os actos do subordinado, porque não está propriamente em causa o exercício da competência, mas do poder de controlo. A anulação não é re-exercer a competência, é **verificar a legalidade**. Entende-se, portanto, que o superior o pode fazer, mesmo em relação a competências exclusivas. Art. 169.º/3.

Quem delega competências (delegante) pode revogar e anular os actos praticados pelo delegado. Com a delegação, a competência não se transfere para o delegado. O delegante conserva a competência, apenas está a ser exercida por outro. É possível recorrer para o delegante – recurso administrativo especial. O delegante, considerando a ilegalidade do acto, anula. Exemplo: secretários de Estado só têm competências delegadas. O interessado pode dirigir-se ao Ministro e pedir-lhe que anule ou revogue o acto do Secretário de Estado. O mesmo se passa com a Câmara Municipal: os actos dos vereadores podem ser recorridos para o Presidente da Câmara ou para a própria Câmara.

**Efeitos:**

Em princípio, a revogação não tem efeitos retroactivos; a anulação tem efeitos retroactivos. É a regra. No entanto, o art. 171º institui que se podem fazer revogações retroactivas e anulações não retroactivas. Quando se diz que a revogação pode ser retroactiva, isso está relacionado com os actos retroactivos. Se o acto é retroactivo, então a sua revogação também o tem de ser. Art. 156.º CPA.

Pelo contrário, uma anulação não retroactiva é um pouco estranha. É até contraditório. Só por razões que tenham que ver com a protecção da confiança ou o tempo já decorrido é que o justificam. É uma anulação limitada. O art. 168.º prevê a situação no caso das prestações periódicas. O art. 171.º/3 tem a mesma lógica – quando o acto já não pode ser impugnado nos tribunais, a anulação só produz efeitos para o futuro. Teoricamente um acto só não pode ser impugnado nos tribunais ao fim de um ano (prazo geral da Lei processual). Na prática, significa que ao fim de um ano se admite que os actos possam não ser anulados com efeitos retroactivos. Como já há o regime do 168º, esta norma acaba por ser superficial.

Revogação e anulação são actos de segundo grau, actos sobre actos, actos que incidem sobre actos anteriores.

* **Acto tácito**

Por regra, os actos administrativos são expressos e não tácitos. Quando são tácitos, corresponde a equivaler-se o silêncio a um acto expresso. É como se a administração tivesse dito que sim expressamente.

Não há forma legal exigida para a formulação do acto administrativo para além da escrita, logo, não há formalismo especial para a prática da decisão. Podemos ter um “rabisco” no canto da folha e isso é já o acto administrativo, porque assume a decisão.

A regra é que são praticados sob forma escrita. A menos que seja um órgão colegial em que a deliberação é tomada oralmente em reunião e se elabora uma acta em que se documenta o que foi decidido. Mas a decisão foi tomada oralmente.

Os actos tácitos não são expressos, não são assumidos por nenhum órgão.

Deferimento tácito: Aplica-se-lhe o regime da revogação, anulação, validade, todas as normas aplicáveis aos actos administrativos. À excepção da notificação, porque não se notificam actos que consistem no silêncio.

Há quem entenda que um acto tácito nunca devia ser válido - é uma figura muito controversa. O que sabemos é que passou o prazo e não se decidiu. A administração, por ventura, até iria emitir a decisão e ia indeferir o requerimento do particular… “produzir actos sem saber é uma coisa que tem muito que se lhe diga” – prof. Mário Aroso de Almeida. Há uns anos, as licenças de construção tinham base em deferimento tácito - deu origem a construções estapafúrdias.

Por outro lado, o deferimento tácito pode servir para obrigar a administração a decidir. Em sentido contrário, significa por o interesse público da comunidade nas mãos dos particulares, porque a administração, não decidindo, implica que se faça o que o particular pretende. Art. 130.º - tem de haver fundamento legal para o deferimento tácito.

* **Existência dos actos**

Existência – variadíssima discussão sobre este problema. Há situações em que os interessados vão a tribunal pedir a declaração de inexistência do acto. O que se faz é ir ao tribunal e pedir que se reconheça que numa determinada circunstância não foi praticado um acto, e, portanto, ele não existe. O tribunal, se der razão ao autor, declara isso mesmo.

A questão que se põe é saber quando é que alguém “se lembra” de ir ao tribunal pedir para declarar que não existe uma coisa… só se pode ir a tribunal quando se invoca uma razão que justifique que se lá vá. Estes casos, se os permitirmos, abrem uma porta que origina situações complicadas… esta questão só se justifica numa situação em que há necessidade de tutela, fundada em dúvida e incerteza que é lesiva e necessita de ser clarificada.

A administração cria uma aparência de existência, e o particular vai a tribunal refutar esse ponto. É uma situação de necessidade de tutela de facto que gera a necessidade de pedir a declaração de inexistência. O que se discute é se foi ou não praticado o acto administrativo. Se se tiver praticado o acto, existe; caso contrário, não existe.

**Condições de existência:**

A forma da deliberação, do acto administrativo é oral se se tratar de um órgão colegial. É necessária uma reunião; se for individual é escrita. Art. 150.º/2 – é necessária acta. As actas servem para fazer prova das deliberações.

Dever de fundamentação – art. 152.º – a maior parte dos actos têm de ser fundamentados, conter uma justificação. **Princípio geral de proibição do arbítrio**. As decisões da administração têm de ser racionais. A administração tem de parar para pensar e elaborar a justificação dos seus actos. Claro que pode mentir na fundamentação…, mas o dever formal fica cumprido. Aspecto importante para distinguir a existência da fundamentação da sua veracidade.

O dever formal é a fundamentação e a sua compreensibilidade (art. 153.º), suficiência, coerência, congruência – requisito formal. Se não houver fundamentação temos desde logo vício de forma e o acto é invalido por essa razão.

Depois, se o que a administração fundamenta não corresponder à verdade, já não tem que ver com a forma, antes com a substância do acto.

Fundamentação de actos orais – art. 154.º. Se a fundamentação não constar da acta, tem de se formular um documento a explicar a decisão, e entregar às partes, se estas o tiverem solicitado.

Os actos administrativos não são normas, são uma decisão concreta, logo, por regra, não têm de ser publicados, a menos que a lei expressamente o indique. Há milhões de actos administrativos praticados todos os dias. Art. 158.º CPA.

# VII. Contractos Administrativos

## O contracto no contexto do Direito Administrativo: regimes da contratação pública e regimes substantivos dos contractos

Adoptamos um conceito amplo de **contracto público**, que compreende todos os contractos que, independentemente da natureza das entidades que os celebrem, são submetidos, pelo menos quanto a algum dos seus aspectos de regime, a normas de Direito Administrativo.

Código dos Contractos Públicos (2008) - na génese da autonomização dos contractos públicos. Este código, em grande medida, transpõe directivas da EU. Vai bastante além do essencial.

Contractos no CPA: não há nada que não esteja em outra legislação. O CPA, nesta matéria, não diz nada de novo. Apenas aponta o “roteiro”.

Art. 200.º CPA – as entidades públicas podem celebrar contractos:

1. De direito privado;
2. Administrativos

O conceito de contracto público compreende os contractos submetidos a regimes específicos de Direito Administrativo, seja por serem submetidos a procedimentos de formação regulados por normas específicas de contratação pública, seja por serem contractos administrativos (quando não sejam submetidos cumulativamente a ambos os regimes). E isto, independentemente da natureza das entidades que os celebrem, podendo um dos outorgantes ser uma pessoa colectiva de direito público, como será a regra, ou, pelo contrário, ambos os outorgantes serem pessoas colectivas de direito privado, hipótese em que o contracto será público por estar submetido a regras de contratação pública ou a um regime substantivo específico de Direito Administrativo. Mas o conceito de contracto público também compreende os contactos de direito privado celebrado pelas pessoas colectivas de direito público, mesmo quando não submetidos a procedimentos de formação regulados por normas de Direito Administrativo (art. 201º./1 CPA).

Art. 202.º/2 – os contractos de direito privado da AP não são contractos meramente privados, pois estão submetidos ao CPA na medida em que este concretize preceitos constitucionais, para além dos princípios gerais da actividade administrativa veiculados.

Existem três grandes categorias de contractos públicos:

* **Os contractos administrativos**: são contractos com um estatuto próprio de Direito Administrativo, que estabelecem com ele uma maior intensidade;
* **Os contractos de direito privado da administração pública**: estão submetidos a direito privado, mas são-lhe aplicáveis normas de DA que concretizem preceitos constitucionais e os princípios gerais da actividade administrativa (Art. 202.º/2 CPA);
* **Os contactos submetidos à aplicação de regimes procedimentais de formação regulados por normas de Direito Administrativo**: os regimes estabelecidos na Parte II do CCP que se conformam com as directivas da UE sobre a matéria e os regimes procedimentais pré-contratuais públicos previstos em legislação especial.

 Entendimento tradicional: Os contractos só não são de direito privado se houver fundamento que os submeta ao direito administrativo (e é isso que está consagrado no art. 200.º CPA). Historicamente, foi assim que nasceram os contractos administrativos – identificar situações em que é necessário o contracto administrativo (excepcionalidade dos contractos administrativos - **critério da administratividade**). A evolução recente, contudo, tem sido no sentido de submeter mais os contractos da Administração ao direito administrativo.

É hoje difícil encontrar contractos da Administração submetidos ao direito privado. Isto retirou espaço ao contracto privado. Esta evolução é marcada sobretudo pelo CCP, que veio alargar enormemente a figura, precisamente, dos contractos administrativos. Veio definir como administrativos a maioria dos contractos da Administração. Os contractos de direito privado tornaram-se residuais. E mais: mesmo os contractos de direito privado estão submetidos a normas de direito administrativo – a entidade nunca se despe completamente das vestes de entidade pública.

Isto corresponde à chamada **dupla administrativização** (Art. 200.º CPA em conjugação com o art. 202.º/2 [a que corresponde o art. 2.º/3 CCP])**:**

* Por um lado – a maioria dos contractos é de direito administrativo
* Por outro, mesmo os que são de direito privado - não o são em exclusivo. Porquê? Art. 202.º/2 CPA - corresponde à ideia de que a Administração deve estar imbuída do espírito de ética e, portanto, não se aproveita da outra parte – ainda que isso possa ocorrer dentro dos limites da boa-fé.

Ao nível, por exemplo, dos contractos de locação e aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, desde que estes sejam celebrados por contraentes públicos, o CCP alargou a estas figuras o âmbito do contracto administrativo.

O art. 280.º CCP vem estabelecer que o regime da Parte III só se aplica aos contractos abrangidos pela Parte II que devam ser qualificados como administrativos, de acordo com os critérios de administratividade que o mesmo preceito estabelece, acrescentando o nº2 do mesmo artigo que os demais contractos administrativos se regem “pela legislação especialmente aplicável, sem prejuízo da aplicação subsidiária do regime da Parte III, quando os tipos dos contractos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa”.

Duas consequências:

* Só estão directamente submetidos ao regime do Título I da Parte III do CCP os contractos administrativos também submetidos aos regimes de contratação da Parte II. Contractos que têm por objecto prestações que estão ou são susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, desde logo, os contractos enunciados no art. 16.º/2 CCP.
* O art. 280.º CCP exclui do âmbito de aplicação da Parte III do CCP a definição do regime aplicável às categorias de contractos que não têm por objecto prestações que estão ou são susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (contractos sobre o exercício de poderes públicos, contractos inter-administrativos). O problema é que não existem regimes específicos para estes contractos, pelo que não pode ser afastada a aplicação do regime do Título I da Parte III do CCP.

Os contractos de aquisição e locação de bens móveis ou de aquisição de serviços, que não sejam contractos de colaboração subordinada, por não envolverem relação duradoura, não podem ficar abrangidos pelo regime do Título I da Parte III do CCP, que tem, precisamente, em vista apenas os contractos de colaboração subordinada.

## Direito europeu dos contractos públicos

*A consolidação da EU como uma comunidade de direito, regida por um vasto conjunto de normas organizatórias e materiais que formam um verdadeiro ordenamento jurídico, permite que hoje se reconheça a existência de um verdadeiro* ***Direito Administrativo europeu*** *– corpo normativo que integra as regras e princípios da Administração e disciplinam matérias de direito administrativo no espaço da União.*

*Se há domínio em que a europeização dos ordenamentos jurídicos nacionais atingiu hoje um ponto tal que é possível afirmar a existência de um verdadeiro direito administrativo comum europeu, tem de ser o da contratação pública* [manual do prof. M. Aroso de Almeida].

Razões:

* Construir um mercado interior europeu
	+ - Para tal:
		- Promover a existência de condições não discriminatórias de acesso aos operadores económicos dos diferentes E-M à adjudicação dos mais relevantes contractos celebrados pela Administração e entidades equiparadas.

Foi sendo desenvolvido, desde os anos 70 do século passado, um enorme esforço de harmonização do direito aplicável em cada E-M aos procedimentos de formação dos contractos públicos = **direito europeu da contratação pública**.

Preenchem o direito europeu da contratação pública, as directivas 2014/23, 2014/24 e 2014/25, bem como um vasto corpo de jurisprudência do TJUE.

O direito europeu da contratação pública é, na verdade, um direito europeu dos procedimentos de formação dos contractos públicos, uma vez que tem recaído sobre esse domínio o esforço de harmonização da EU, pelo que, na parte das relações contratuais (quando o contracto está já celebrado), o direito europeu da contratação pública mantém-se persistentemente neutro, continuando a ser, este capítulo, eminentemente de fonte nacional, do qual os legisladores de cada E-M dispõem de grande liberdade de conformação.

* **Adjudicação de contractos:**

Adjudicam-se contractos, muitas vezes, mediante concurso - abrir um concurso para adjudicar contractos é, mediante concurso e respectivo apuramento de “vencedor”, atribuir a celebração de contractos a algum agente económico, aquele que foi seleccionado em virtude do concurso – art. 73.º CCP.

O concurso para adjudicação de contractos não é mais do que um procedimento administrativo. Segue-se pelas regras do Título II do capítulo II do CPA, na medida em que a decisão final será um acto administrativo, o acto de adjudicação dos contractos.

Júri – nos termos do art. 67.º CCP, o órgão competente para a decisão de contratar deve designar um júri para conduzir o procedimento de formação dos contractos de adjudicação. Sempre composto por número ímpar, mínimo de 3 pessoas.

Nos termos dos arts. 69.º al. b) e d), o júri é competente para proceder à apreciação das propostas das empresas concorrentes, bem como à elaboração dos relatórios de análise dessas mesmas propostas.

Nos termos do art. 76.º CCP, a entidade adjudicante (a Administração ou entidade equiparada que lança o concurso de adjudicação de contractos) fica adstrita ao dever de adjudicar (ao dever de celebrar contractos de adjudicação), uma vez formado o concurso de adjudicação, devendo, subsequentemente, notificar a decisão aos concorrentes. De acordo com o art. 77.º, a notificação deve ser feita em simultâneo.

Neste momento já existe um “concorrente especial”: o adjudicatário. A este, não basta dar-lhe a conhecer o acto de adjudicação, uma vez que, na qualidade de futuro contratante passou a ter determinadas obrigações para com a entidade adjudicante – art. 77.º CCP.

* **Concurso público**

Arts. 130.º a 161.º CCP – “procedimento de iniciativa pública aberto à livre competição dos interessados admitidos a fazer valer a sua pretensão de contratar com a Administração em condições de plena igualdade entre as respectivas propostas, para que aquela possa escolher a que melhor satisfaça o interesse público.

É o procedimento aberto por excelência, porque a ele todos podem concorrer. Dependendo do objecto a contratar, este poderá tornar-se em verdadeira fase de negociação, ou de mera selecção das propostas em apreço.

* **Ajuste Directo**

Modo de celebração de contractos através do convite a uma única entidade para apresentar proposta. Mais de 80% dos contractos públicos são celebrados por ajuste directo.

Prof. M. Aroso de Almeida – *e há que proceder a uma interpretação restritiva dos critérios materiais do ajuste direito, se não a percentagem chegava aos 100%...*

Não existe concorrência, publicidade, transparência, concurso aberto, não discriminação, …

Abaixo de determinado valor, fixado no CCP, pode-se praticar os ajustes que se pretender. Acima de determinado valor, tem de se recorrer aos critérios materiais do ajuste directo.

Exemplo: urgência. Invocada frequentemente. Mas não se pode confundir urgência com imprevisibilidade. As entidades muitas vezes falham no planeamento e depois deparam-se com situações urgentes, mas que não eram imprevisíveis. Se a entidade criou condições para que a situação acontecesse, não há fundamento para ajuste directo.

Outro exemplo: quando o Ministro não cativa a tempo as verbas para os serviços e entidades. A entidade fica em situação de urgência, mas isso não pode caber no ajuste directo. Não era uma situação imprevisível, decorre de incompetência do Ministro.

Arts. 24.º e ss. CCP - critérios materiais para a escolha do ajuste directo como forma de contratar.

* **O escopo do direito administrativo em relação às entidades**
* Quando a entidade se pode qualificar de mão pública, então temos uma entidade materialmente pública, mas isto não basta para que a consideremos como organismo de direito público, abrangido pelo direito administrativo. O Estado pode ter estas entidades a actuar no mercado como um agente económico normalíssimo.

Logo, as entidades:

* têm de ser materialmente públicas, e
* Têm de actuar no mercado como agente público - entidades públicas que não se gerem por puros critérios de racionalidade económica, porque visam outros fins que não o lucro e o melhor negócio. O Estado pode “querer perder” dinheiro.

Atenção: Art. 5.º-A/5 - no âmbito da cooperação horizontal das entidades públicas (contratação *in house*). Saber se a entidade que presta os serviços à outra está numa lógica de mercado – saber se estamos a obter uma prestação que seria igual à obtida no mercado ou não. Exemplo: recorrer a Universidades Púbicas para obter estudos – se se cobrarem preços de mercado, só por ser uma entidade pública, não quer dizer que não se esteja na lógica de mercado.

* Quanto às entidades formalmente privadas detidas por entidades públicas (materialmente públicas), ainda se dá uma margem de dúvida. Há um critério para avaliar quando está no mercado como outra qualquer e, por isso, não fica sujeita à contratação pública:
* Serem entidades que satisfazem necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial - jurisprudência do TJUE + CCP, art. 2.º/2.
* Há uma terceira categoria, as entidades de sectores especiais (empresas das águas, energia, transportes, serviços postais, …).

São especiais porque não há livre concorrência. Os operadores dependem do Estado, não sendo livres nas opções que tomam (ao nível de licenças, ou outro tipo de intervenções). Sectores em que o mercado é rarefeito. As empresas não têm livre acesso - o Estado garante-lhes a continuidade. São, por isso, empresas fortemente condicionadas pelo Estado, logo, correm o risco de serem influenciadas politicamente.

Isto já é suficiente para afirmar que não actuam segundo a lógica de racionalidade económica. O que justifica as regras das entidades de sectores especiais.

## Direito da contratação pública

### *Princípios da contratação pública*

Designadamente nos contractos ditos de *procura pública* em que a iniciativa de contratar parte da Administração. Esta vai ao mercado para analisar quem está disposto a colaborar consigo. Contractos que envolvem o dispêndio de dinheiros públicos e transferência de muitos recursos públicos para as empresas. Portanto, a administração está a atribuir benefícios a privados.

Daí que tenha de obedecer a regras para atingir a **racionalidade nas despesas, a transparência no modo como são contraídas, e a igualdade de oportunidade de acesso aos contractos.** São estes os princípios da contratação pública. Regras que disciplinam os procedimentos de formação dos contractos, que determinam com quem a administração contracta e em que termos o faz.

Neste âmbito, as directivas da EU visam harmonizar os sistemas de contratação pública para concretizar o mercado sem barreiras à celebração de contractos + igualdade de acesso aos contractos. São regras que impõem a adopção de transparência e isenção em todo o espaço europeu.

Tantos nas directivas como no CCP: acima de determinado valor, fazem-se concursos abertos, precisamente para garantir a prossecução daqueles fins.

Os contractos de procura pública (contractos cujo objecto abrange prestações que estão ou são susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado) são directamente referidos no art. 16.º CCP. Este – a concorrência de mercado - é o primeiro e mais determinante critério de delimitação do âmbito objectivo de aplicação da Parte II do CCP.

O procedimento de formação da generalidade destas espécies de contractos é objecto de regulação própria em legislação especial, cujos princípios inspiradores fundamentais são comuns àqueles que presidem ao regime da Parte II do CCP.

A categoria dos contractos cujo objecto abrange prestações que estão ou são susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado deve ser identificada com a categoria dos contractos cujo pressuposto determinante é a necessidade das entidades adjudicantes de obterem bens ou serviços de que carecem, e, portanto, de se dirigirem ao mercado na qualidade de clientes.

### *Tipologia dos procedimentos de formação dos contractos e critérios de escolha*

O direito administrativo com relevância no que diz respeito aos contractos celebrados pela Administração e entidades a ela equiparadas (função administrativa) desdobra-se em dois sectores de normas:

* As que definem regimes conformadores dos procedimentos de formação dos contractos (dimensão procedimental); e
* As que definem o quadro normativo aplicável às relações emergentes dos contractos, às relações contratuais, uma vez celebrados os contractos (dimensão substantiva).

A dimensão procedimental constitui-se em momento anterior à celebração do contracto, regendo o respectivo procedimento de formação. Como é natural, a disciplina geral do procedimento administrativo projecta os seus efeitos em múltiplos aspectos dos procedimentos de formação dos contractos celebrados pela Administração. Por outro lado, em alguns dos sectores em que ela se concretiza, a contratação pública é objecto de regulação procedimental própria.

A dimensão substantiva concretiza a disciplina do direito administrativo conferida, em termos da validade e execução, às relações jurídicas emergentes da celebração do contracto.

É aqui que assenta a divisão entre os contractos administrativos e os contractos de direito privado da Administração - o primeiro é qualificado como administrativo quando as relações jurídicas que dele emergem são primordialmente submetidas a um regime estabelecido por normas de direito administrativo.

Todos os contractos que são celebrados por entidades públicas estão submetidos a um regime procedimental – sendo eles contractos administrativos ou de direito privado. Todos esses contractos têm de ser o resultado de um conjunto de actos jurídicos e formalidades que não podem deixar de ser praticados pela Administração com vista à sua celebração.

Na ausência de um regime específico, os contractos da Administração resultam de procedimentos que se regem pelo regime do CPA relativo ao procedimento comum dos actos administrativos, e isto tanto vale para os contractos administrativos como para os contractos de direito privado.

Os mais relevantes tipos de contractos da Administração são submetidos a regimes de procedimentalização específicos (Parte II do CCP); também existem regimes procedimentais previstos em legislação especial.

Procedimentos concorrenciais – procedimentos abertos à concorrência. Temos um primeiro anúncio, em que a entidade adjudicante publicita a sua intenção de contratar. Típicos nas situações em que a Administração ou entidade equiparada vai ao mercado, sobretudo nos contractos de procura pública (*supra*, 3.2).

A formação do contracto administrativo envolve, em regra, a adopção de um procedimento tendente à escolha do co-contratante e à definição do conteúdo do contracto. Procedimento de 1.º grau, regido pelas disposições da Parte II do CCP. A sua celebração é precedida por um acto administrativo, o *acto de adjudicação*. Temos, assim, a seguinte sequência:

* Decisão de contratar;
* Procedimento pré-contratual;
* Adjudicação
* Celebração do contracto.

O CCP tem algumas normas que se aplicam a todos os procedimentos de formação de contractos públicos. Temos, então, regras gerais de formação do contracto público (ajuste directo, concurso público, convite prévio, procedimento de pronunciação, etc.; e normas especiais que se aplicam a procedimentos mais particulares.

O procedimento inicia-se com a decisão de contratar, que é muitas vezes uma decisão implícita, estando frequentemente associada “no mesmo despacho, às decisões de autorização da despesa e de escolha do procedimento”, a qual compete ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contracto a celebrar (art.36.º/1). Compete ao órgão competente para a decisão de contractar:

* Art.38.º CCP – escolher o tipo de procedimento a adoptar;
* Art. 40.º/2 – aprovar as peças do procedimento;
* Art. 67.º/1 – designar os membros do júri (concurso público);
* Arts. 73.º/1 e 79.º - adjudicar ou não;
* Art. 98.º/1 – aprovar a minuta do contracto;
* Art. 106.º/1 – representar a entidade adjudicante na outorga do contracto.

As **peças do procedimento**, a aprovar logo no início do procedimento são o convite à apresentação de propostas, o **programa do procedimento** - excepto ajuste directo - (regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contracto até à sua celebração - art. 41.º - e que, nomeadamente, determina o critério de adjudicação) e o **caderno de encargos** (cláusulas a incluir no contracto a celebrar).

Caso o caderno de encargos implique o pagamento de um preço, aquele deve definir um preço-base, ou seja, o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituam o objecto do contracto (art. 47.º/1). A este preço contrapõe-se o preço contratual: aquele que resulta das negociações, ou da escolha da melhor proposta apresentada, e que deverá ser pago pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituam o objecto do contracto (art. 97.º/1).

## Regimes substantivos dos contractos

### *Âmbito da figura do contracto administrativo*

* Contractos administrativos por natureza, submetidos a um regime de Direito Administrativo;
* Contractos administrativos que a lei qualifica como tal, submetendo-as a um regime substantivo de direito público;
* Contractos administrativos atípicos, que poderiam ser contractos de direito privado (os chamados contractos administrativos com objecto passível de contracto do direito privado) – são administrativos por qualificação das partes, na medida em que a lei admite que as próprias partes o determinem, desde que uma delas seja um contraente público.

### *Principais categorias de contractos administrativos*

* **Quais os tipos de contractos administrativos, historicamente?**
* Empreitada de obras públicas - inscreve-se na categoria dos contractos com prestação de execução prolongada.
* Concessões. Contracto, por definição, de natureza pública. Um dos tipos de contractos de delegação de funções públicas. Inscreve-se na categoria dos contractos constitutivos de relações jurídicas duradouras. Uma entidade concede ao privado a possibilidade de explorar um bem para prosseguir fins públicos. Nunca se utiliza o domínio público para fins privados. O privado substitui-se à entidade pública para perseguir fins que a entidade pública perseguiria (exemplo: concessão da construção e exploração de auto-estradas). No âmbito da concessão, releva fazer destrinças:
* Concessão do bem público - pressupõe que a obra já exista (concessionar a A1 em 2019, por hipótese)
* Concessão da obra pública - o privado vai contribuir para prosseguir o bem público. Não se concessiona o bem porque ainda não existe, concessiona-se a obra. Exemplo: o Estado pretende construir nova auto-estrada, mas está com reduzida margem orçamental - concessiona a obra. Há, nestas situações, um triângulo: o Estado encarrega o privado de concessionar; o banco “entra” com o dinheiro.
* Concessão de serviços públicos - concessiona-se um acervo de meios para prosseguir os fins públicos. Exemplo: concessionar a CP. Implica concessionar máquinas, linhas, pessoal, etc.
	+ - Concessão para montagem do serviço;
		- Concessão de serviço já montado.
* Contractos de aquisição de bens
* Contractos de aquisição de serviços

Eram, tradicionalmente, de direito privado. Apenas administrativos se fossem de fornecimento contínuo. O CCP de 2008 vem, *com a subtileza de uma manada de bisontes* (a expressão é do prof. Mário Aroso de Almeida...), definir que a aquisição de bens e a aquisição de serviços são, também, contractos administrativos. É por isso que, hoje em dia, é difícil encontrar contractos que não sejam administrativos.

Leis avulsas também qualificam outros contractos como administrativos.

Nota: Dos anos 80 do século XX até 2008, admitiam-se **contractos administrativos atípicos**: o contracto pode ser administrativo desde que das suas cláusulas resulte a natureza administrativa do contracto. Regime francês.

Os contractos de concessão de obras públicas e de serviços públicos, tipificados no Título II da Parte II do CCP, fazem parte dos chamados **contractos de colaboração subordinada** (do co-contratante na prossecução das atribuições do contraente público). Associam o contraente privado ao desempenho regular e contínuo de atribuições administrativas do contraente público, dando, desse modo, origem a um vínculo tendencialmente estável e prolongado no tempo de colaboração do privado no desempenho de atribuições da entidade pública contratante. Foi nesse sentido que se construiu, na doutrina portuguesa, esta figura dos contractos administrativos de colaboração subordinada.

Os contractos de concessão que resultam em situação de vantagem para o co-contratante (exemplo: concessão de uso privativo do domínio público) também devem ser qualificados como contractos de colaboração subordinada?

Estes contractos serão contractos de atribuição. Mas o estatuto de subordinação que deles resulta para o co-contratante é um traço distintivo que os separa dos demais contractos de atribuição e os aproxima dos contractos de colaboração subordinada (o art. 408.º CCP acaba por submeter subsidiariamente os contractos de concessão de exploração de bens do domínio público ao regime das concessões de obras públicas e de serviços públicos).

Os contractos de colaboração subordinada têm como factor distintivo a **durabilidade**, pelo que contractos de aquisição de bens e serviços com execução continuada (carácter duradouro - contractos de fornecimento contínuo), assim como os contractos de empreitada para obra pública, devem ser qualificados como contractos de colaboração subordinada. Submetidos, por isso, sem diferenciações, ao Título I da Parte III do CCP.

Quanto à aquisição de bens e serviços de forma avulsa, contractos, portanto, com prestações instantâneas ou de execução imediata, que pressupõem a sua realização num só momento com a consequente extinção, faz sentido que fiquem abrangidos pelo regime dos **contractos de procura pública** (mencionados *supra,* 3.2).

**Outros tipos de contractos administrativos:**

* **Contractos sobre o exercício de poderes públicos** - permitidos pelo art. 200.º/3 CPA e também no CCP (art. 280.º + arts. 336.º e 337.º). Não têm muita tradição entre nós. É uma figura de origem alemã. Com expansão, designadamente, em Espanha, tendo acabado por se desenvolver em Portugal. Está em causa exercer poderes públicos através de contracto - um objecto passível de acto administrativo, contratualiza-se. Exemplo: atribuir licenças através de contracto, para o loteamento urbano. Regulam-se, por contracto, poderes, obrigações, etc. O que se pode fazer por acto administrativo, faz-se por contracto. Outro exemplo: contractos endoprocedimentais (também os exoprocedimentais: quando, ainda não havendo procedimento, o interessado se dirige avulso à entidade). Apesar de tudo, verifica-se uma tendência para a contratualização, para a consensualização - é preferível combinar, estipular ao invés de impor unilateralmente.
	+ - Outra modalidade: a entidade pública compromete-se com o exercício futuro de poderes públicos - **contractos obrigacionais**. A Administração vincula-se quanto aos termos em que procederá ao exercício futuro dos seus poderes. Tenta-se acautelar a evolução futura, designadamente quando esteja em causa a realização de investimentos vultuosos. Art. 337.º/2 CCP – estes contractos extinguem-se por alteração ou impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos.
		- **Contractos regulamentares** – ainda dentro dos contractos sobre o exercício de poderes públicos. Têm por objecto a substituição de um regulamento, para efeito de o editar, com carácter geral e abstracto, regimes normativos aplicáveis a terceiros, que não tomam parte na outorga do contracto, e que importa comparar com figuras próximas, como a dos contractos com efeitos regulamentares, que, não sendo substitutivos de regulamentos, contêm clausulas contratuais de eficácia normativa para terceiros. Exemplo: entidades reguladoras. Exercem os seus poderes de regulação - os poderes pelos quais as entidades se vão ter de reger – por contracto com os regulados (as entidades que integram o sector em causa).
* Contractos de atribuição de benefícios - caso de subsídios ou bolsas. Não estão sujeitos às regras de contratação pública (Parte III do CCP). Porque não temos as entidades a irem ao mercado. Não é uma contratação pública - a prestação principal na compra do bem é a entrega do preço, o correspectivo do bem. Isso não existe num contracto de atribuição de benefícios.
* Contractos inter-administrativos - duas entidades públicas celebram contractos entre si, com vista à prossecução das respectivas atribuições. Muitas vezes tomam o nome de protocolos - é necessária atenção a analisá-los, porque podem não ter valor jurídico. Só aparecem normas sobre isto no CCP. Critério: **têm de ser contractos administrativos, por aplicação dos critérios do art. 1.º/6 CCP, e serem celebrados entre entidades administrativas**. Há, aqui, que distinguir os contractos que poderiam ser celebrados, nos mesmo termos, entre um contraente público e um co-contratante privado, daqueles que apresentam características que os diferenciem intrinsecamente dos demais – formas de cooperação inter-administrativa que só podem ser constituídas entre entidades públicas.
	+ - Diferente de: mecanismos de cooperação no sector público - uma entidade presta bens ou serviços a outra entidade. Prestações que, à partida, estariam reguladas pelo CCP, mas não estão (na parte, apenas, que regula os contractos de procura pública). Exemplo: contratação *in house*/*in house providing* (“providenciar em casa”). É como se tivéssemos um quintal e pudéssemos lá cultivar tudo o que quiséssemos. Comeríamos tudo o que lá cultivássemos às refeições; não precisávamos de ir comprar ao supermercado. Ora, com as entidades públicas pode suceder o mesmo: não são obrigadas a ir ao mercado. Podem ter estruturas internas para produzirem bens de que precisam.
			* + Exemplo – os municípios disporem de serviços internos de recolha e tratamento de lixo, com meios e trabalhadores; ao invés de recorrerem ao mercado para o efeito. Surgiu, depois, a tendência de se criarem empresas municipais para realizarem serviços do género - criam-se pessoas colectivas.
				+ Será que isto está em conformidade com as regras de contratação pública? Criam-se empresas sem as submeter à concorrência.... Mas entende-se que é uma opção de organização interna da entidade, e, por isso, válida.
				+ Ir ao mercado é outra coisa - é externalizar. Uma empresa municipal não é agente de mercado, não está no mercado. Porque só tem aquele cliente, só serve aquele município.
				+ Para o município, recorrer à empresa não é ir ao mercado, é o município «a recorrer a si próprio» = contratação *in house*.
				+ Contudo, a esta parte, há que preencher requisitos – art. 5.º-A CCP: controlo análogo ao que é exercido sobre os próprios serviços da entidade-mãe. Um controlo análogo na medida do possível, uma vez que é uma pessoa colectiva distinta, não se equipara ao serviço, que ainda se encaixa na pessoa colectiva município. Não há hierarquia entre pessoas colectivas diferentes; há controlo, porque, por outro lado, o capital da empresa é totalmente público.

**Conclusão:**

* A figura do contracto administrativo é muito ampla e heterogénea, no nosso ordenamento.
* Nas palavras do professor M. Aroso de Almeida: *O direito administrativo engoliu os contractos todos e, nessa matéria, está empanturrado, está em congestão...* *E, depois, na hora de definir o regime que se lhes aplica é que se vê o mal.*

**Regime do CCP sobre os contractos administrativos:**

Copiou-se o regime unitário do prof. Marcello Caetano - não faz sentido, tendo em conta a profusão, complexidade e heterogeneidade de contractos. O modelo pensado dificilmente se ajusta a um conjunto tão amplo de contractos.

### *Regime da invalidade dos contractos*

Aplicável a todas as categorias de contractos administrativos. Porque não há outro regime. Arts. 283.º a 285.º CCP.

O regime estabelece distinção entre:

* Invalidade própria (arts. 284.º e 285.º), e
* Invalidade consequente (art. 283.º)
* **Invalidade própria:**

Contractos com objecto passível de acto administrativo + contractos sobre o exercício de poderes públicos - Art. 285.º/1 CCP, que remete para o regime de invalidade do acto administrativo - art. 161.º CPA.

Demais contractos – regime de invalidade do CCP (art. 285.º/2).

Resulta do art. 284.º/1 e 2 que, independentemente do contracto que esteja em causa, este sempre será nulo ou anulável se, em relação a ele, ocorrerem circunstâncias que determinariam a nulidade ou a anulabilidade de um acto administrativo.

Exemplo: contracto celebrado por autoridade sem competência para o efeito ou com objecto legalmente proibido – deve interpretar-se a remissão implícita do art. 284.º/1 CCP para o art. 163.º/1 CPA, e a remissão explícita do art. 284.º/2 CCP para o art. 161.º CPA.

Art. 285.º/3 - redução e conversão aplicável a todos os contractos administrativos.

Art. 285.º/4 - não sendo possível a redução ou conversão, e a anulação se revele desproporcionada ou contrária à boa-fé, o efeito anulatório do contracto é afastado por decisão judicial ou arbitral, tomados em consideração os vários interesses presentes. É estranho: porque uma coisa é a invalidade não ser do conteúdo do contracto, outra é o próprio contracto ter ilegalidades e não ser invalidado.

Os contractos também podem ser anuláveis por falta ou vícios da vontade, por aplicação do regime dos arts. 240.º a 257.º do CC, por remissão do art. 284.º/3 CCP.

Atenção: qual o regime de que se fala no art. 285.º/2 - “regime de invalidade do presente Código”. Ora, o CCP não prevê nenhum outro regime de invalidade para além do que consta do próprio art. 285.º - falta, aqui, racionalidade. Quanto à remissão para “o previsto na legislação administrativa”, o preceito é suficientemente genérico para poder ser interpretado como remetendo para os arts. 77.º-A e 77.º-B do CPTA.

* **Invalidade consequente:**

Invalidade que resulta de ilegalidades pré-contratuais. Questão que se coloca em todo o contracto da Administração, que pressupõe procedimento pré-contratual.

Consequências que, para a validade de um contracto, podem resultar da invalidade do acto administrativo em que tenha assentado a sua celebração.

O contracto é nulo ou anulável consoante seja nulo ou anulável o acto administrativo em que se fundou a sua celebração.

Se houver invalidade do acto que “decidiu” celebrar aquele contracto – invalidade consequente. Exemplo: a Câmara Municipal delibera vender um terreno, e vende-o. Mas se esta deliberação for inválida? O problema coloca-se no acto pré-contratual. A CM não pediu autorização à Assembleia Municipal, e estava vinculada a pedir. A venda não foi, por isso, legítima.

Estas situações resultam numa nulidade muito atípica - o contracto é nulo desde que tenha sido judicialmente declarada a invalidade.

Enquanto não for invalidado o acto prévio, a invalidade do contracto está suspensa. A subsistência do acto final está dependente da subsistência do acto anterior. A invalidade do contracto ganha vida, efectiva-se quando o acto anterior é nulo, declarado judicialmente.

A situação aplica-se, nos mesmos moldes, aos contractos anuláveis. A anulabilidade fica dependente de anulação do acto pré-contratual.

O mais recorrente é anular-se, simultaneamente, acto pré-contratual e contracto.

Mas, - art. 283.º/2 e 4 - para haver nulidade ou anulabilidade, é preciso que a ilegalidade do acto pré-contratual seja tal, que o contratante não podia ser o mesmo (alteração subjectiva), ou o conteúdo seria outro (já no âmbito da invalidade própria) - situação semelhante à do acto administrativo (art. 163.º/5 CPA). Meras ilegalidades procedimentais não valem.

Art. 283.º/2 - quase que esvazia as situações de invalidade consequente.

Art. 283.º/4 - o contracto, mesmo que possa ser inválido, não se invalida, tendo em conta as situações previstas na norma. Consequência de *ter sido o dono da obra* [Ministério das Infra-estruturas] *a fazer o CCP* - prof. Mário Aroso de Almeida.

*O regime do art. 283.º está apostado em evitar a todo o custo que os contractos sejam anulados por invalidade consequente, tornando praticamente impossível a ocorrência de efectivas anulações de contractos por razões pré-contratuais* [manual do prof. M. Aroso de Almeida].

Ora, o legislador prevê a mesma situação tanto para a invalidade própria (art. 285.º/4 CCP) como para a invalidade consequente (art. 283.º/4 CCP), como é perceptível. Assume-se, completamente, o propósito de evitar a todo o custo que os contractos sejam anulados, seja qual for a causa que determina a respectiva invalidade.

É assaz preocupante que o legislador prejudique a legalidade estrita, em favor de valores pretensamente superiores, como os interesses dos beneficiários das ilegalidades.

### *Contractos administrativos de colaboração: execução e poderes do contraente público de conformação da relação contratual*

O aspecto mais marcante do regime do Título I da Parte III do CCP reside nos poderes de conformação da relação contratual administrativa que o CCP confere ao contraente público.

Art. 302.º CCP.

6 poderes. Estudamos apenas 5:

* Direcção e fiscalização (arts. 304.º a 306.º)
* Modificação (311.º a 314.º)
* Sancionatório (329.º)
* Resolução (333.º e 334.º)

O art. 307.º/2 CCP estabelece, entretanto, que o exercício destes poderes se processa através da prática de actos administrativos. Quando as declarações do contraente público sobre a execução do contracto revistam a forma de acto administrativo (= poderes exercidos através de acto administrativo), tem de haver impugnação destes actos, dentro dos prazos normais, se o co-contratante não estiver de acordo. Ou seja, a Administração acaba por não poder unilateralmente invalidar o contracto, ou modificá-lo, ou resolvê-lo – art. 307.º/1 CCP.

Nas palavras de Marcello Caetano, contractos da Administração em que estejam presentes estes poderes, estabelecem uma *colaboração subordinada*. Entre as partes, há quem mande e quem obedeça.

* **Poder de direcção**: poder do contraente público de dar ordens sobre a execução do contracto. Emissão de ordens e instruções.
* **Poder de fiscalização**: poder de controlar o modo de execução do contracto, verificação “técnica, financeira e jurídica do modo de execução do contracto”.

Estes dois primeiros poderes são poderes típicos do dono da obra, no âmbito do contracto de empreitada de obras públicas.

Estes regimes só fazem sentido no âmbito da empreitada de obras públicas ou de outros contractos que com este partilhem as características de:

* Contractos de colaboração subordinada (relação continuada)
* Realização de prestações de carácter material, ou que, em todo o caso, o prestador disponha de um grau reduzido de autonomia quanto à respectiva configuração.
* **Poder de modificação**: necessidade de impor modificações à outra parte. Sente-se especialmente em contractos duradouros, em que há a necessidade de ajustar o contracto à outra parte, com o decorrer do tempo. (art. 282.º e 314.º/1 al. b) CCP – direito ao reequilíbrio financeiro nas modificações unilaterais. Reporta-se especificamente às consequências do exercício do poder de modificação unilateral, por razões de interesse público, para o efeito de estabelecer apenas que, quando haja lugar a tal exercício, assiste ao contraente privado o direito à reposição do equilíbrio financeiro do contracto).

Poder de modificar unilateralmente, por oposição à modificação que resulta do acordo entre as partes (estabelece o art. 311.º que os contractos podem ser modificados, com os fundamentos previstos no art. 312.º, por acordo entre as partes, que não pode revestir forma menos solene do que a do contracto) o conteúdo das prestações que a contraparte se obrigou a realizar no âmbito das suas relações contratuais administrativas, desde que respeitem o objecto do contracto e o seu equilíbrio financeiro.

De acordo com o fundamento previsto na alínea b) do art. 307.º/2 e na alínea c) do art. 302.º CCP, **o contraente público só pode exercer o poder de modificação unilateral por razões de interesse público**, que tanto podem decorrer do surgimento de **necessidades novas**, como de uma **nova ponderação das circunstâncias existentes**.

Se a modificação por razões de interesse público pode decorrer de necessidades novas, parece indiscutível que ela pode ser determinada pelo surgimento de circunstâncias novas e, portanto, pela ocorrência de uma alteração de circunstâncias, mas essa alteração de circunstâncias não tem de ser anormal nem imprevisível.

Nota: de acordo com o art. 312.º existe outro fundamento para a modificação do contracto que, verificando-se, a modificação não poderá ser unilateral: **alteração anormal e imprevisível das circunstâncias** (al. a)). O contraente público só pode modificar unilateralmente o contracto se existirem razões de interesse público que o obriguem (al. b)). A modificação por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias será tratada *infra* (*v.* 4.5.).

O art. 312.º CCP estabelece, então, uma distinção entre 2 tipos de alterações de circunstâncias:

* As que, por determinarem necessidades novas de interesse público, legitimam o exercício pelo contraente público do poder de modificação unilateral, nos termos da alínea c) do art. 302.º e do art. 311.º/2 CCP, por razões de interesse público sem terem de ser anormais ou imprevisíveis
* E as que, por não determinarem necessidades novas de interesse público, não permitem sustentar a modificação do contracto por razões de interesse público, mas apenas poderão conduzir a que **as partes modifiquem o contracto por acordo** ou poderão permitir, desde que sejam anormais ou imprevisíveis, a que uma das partes obtenha a modificação judicial do contracto (art. 312º al. a) e 314.º/2 CCP).

Resta indicar que o poder de modificação unilateral é uma derrogação ao princípio clássico *pacta sunt servanda.* Razão: os contractos administrativos, sendo celebrados em ordem à prossecução da satisfação de interesses públicos que devem ser, a todo o custo, salvaguardados, devem ter a capacidade de se adaptarem, quando necessário, à eventual evolução das circunstâncias. Esta é, contudo, umacompressão que, de harmonia com o princípio da proporcionalidade, deve ser mantida dentro dos mais estritos limites (daí o direito ao reequilíbrio financeiro por parte do contraente privado).

* **Poder sancionatório**: poder de o contraente público aplicar sanções à contraparte, previstas para a inexecução do contracto.

Art. 325.º/1, 2 e 4. Art. 333.º. Art. 329.º.

* **Poder de resolução**: poder de rescindir o contracto unilateralmente por razões de interesse público. Ligado especialmente às concessões.

Resolução do contracto – arts. 332.º a 335.º CCP.

Os imperativos de interesse público também podem exigir a resolução do contracto, mediante o pagamento da justa indemnização. Art. 334.º CCP.

O CCP também prevê outra modalidade de resolução unilateral pelo contraente público: a resolução sancionatória, prevista no art. 333.º. Novo poder, que extravasa a tradicional revogação com base no interesse público, de aplicabilidade geral, independente de estipulação contratual.

Ao contrário, contudo, do que parece resultar do art. 325.º/2, não é qualquer falta de incumprimento que confere ao contraente público a opção entre a execução sub-rogatória das prestações de natureza fungível em falta e a resolução sancionatória do contracto. A resolução só pode ter lugar estando em causa a aplicação de uma sanção, num conjunto de situações tipificadas, ou nas alíneas do art. 333-º/1, ou em expressa estipulação contratual.

**Em especial, o poder de modificação unilateral:**

Surge historicamente com uma decisão do *Conseil d’État* (o Supremo Tribunal da jurisdição administrativa em França), no início do século XX.

A modificação, em função da evolução do interesse público, faz sentido em contractos duradouros. Mas esta acaba por não ser transparente - é algo arbitrário, este poder. A modificação não é compatível com os valores que presidem às regras de contratação pública. Os poderes que a Administração não tem na celebração do contracto, acaba por ter, depois, com a modificação.

Exemplo: concessão da exploração do terminal de contentores em Alcântara. A certa altura, prorrogou-se o prazo inicial da exploração para um intervalo de tempo superior ao prazo decidido inicialmente (por hipótese: o prazo inicial da concessão fixava-se em 20 anos; esse prazo foi alargado para mais 30 anos). O que aconteceu, materialmente? Adjudicou-se novo contracto, sem concurso, (ajuste directo) através desta modificação.

Para evitar situações como esta, veio o TJUE impor limites (também o fez o nosso Tribunal de Contas): a modificação tem de ser coordenada com os valores da contratação pública.

Os limites impostos pelo TJUE são explorados num conjunto de directivas da EU datadas de 2014.

No fundo, determinam que para que as razões pré-contratuais façam sentido, temos de limitar a execução dos contractos. Problema: o direito europeu não tem a pretensão nem a legitimidade de regular a execução dos contractos públicos - incursão do direito europeu na esfera dos Estados.

Resposta: o direito europeu apenas se preocupa em garantir os valores que presidem à contratação pública. Para o fazer, teve de ir além do momento pré-contratual.

As directivas mencionadas acabam por ser mais moderadas do que as decisões do TJUE; o legislador nacional, em contrapartida, adoptou uma solução radical na imposição de limites à modificação - foi ainda além do TJUE.

* **Regime geral do CCP de limites à modificação dos contractos**

Art. 313.º (actual redacção - 2017, de transposição das directivas de 2014). Limites à modificação, tanto unilateral (por parte do contraente público) como por acordo entre as partes.

Este regime deve aplicar-se não só a contractos administrativos, mas também a contractos que não tenham essa natureza – dentro, obviamente, daquilo que são os contractos celebrados pela Administração.

O pressuposto de que parte o art. 313.º CCP é o de que, assim como se exige que a celebração de certos contractos pela Administração e entidades equiparadas seja precedida da realização de procedimentos transparentes de selecção do co-contratante, também se devem impor **limites quanto aos poderes de disposição de que gozam as partes nos contractos que venham a ser celebrados na sequência desses procedimentos, de modo a impedir que, durante a vigência dos contractos, as partes os modifiquem no sentido de defraudar as regras de contratação** que impõem às entidades adjudicantes a adopção de procedimentos concorrenciais na selecção daqueles com quem contractam.

Isto é: as mesmas razões que exigem que a celebração desses contractos seja precedida da realização de procedimentos concorrenciais públicos e transparentes também determinam a necessidade da imposição de limites aos poderes de modificação de que gozam as partes nos contractos celebrados na sequência desses procedimentos. Isto decorre das imposições das directivas supramencionadas.

Os limites impostos são **cumulativos**, no sentido de que qualquer deles obsta à modificação do contracto, independentemente do juízo a formular quanto aos demais.

Art. 313.º/1 al. a) - as modificações não podem conduzir à alteração substancial do objecto do contracto.

Art. 313.º/1 al. d) - as modificações não podem originar um aumento total de preço superior a 25% do preço contratual inicial, no caso de serem impostas por **alteração anormal e imprevisível das circunstâncias**; ou a 10% no caso de serem impostas por **razões de interesse público** decorrentes de **necessidades novas** ou de uma **nova ponderação das circunstâncias existentes**.

Nota: Esta é uma lógica que abstrai da razão de ser do contracto administrativo - não é a de canalizar dinheiro para o mercado; mas antes o interesse público. Com este regime, facilita-se a perpetuação de contractos prejudiciais para o interesse público. Um argumento que torna minimamente perceptível este regime: assenta na lógica do “se queres modificar o contracto, vai antes ao mercado para ver se não há opções melhores”.

Art. 313.º/1 al. e) - as modificações não podem alterar o equilíbrio económico do contracto, de modo a colocar o co-contratante em posição mais favorável do que aquele que resultava do equilíbrio inicialmente estabelecido.

Art. 313.º/1 al. b) e art. 313.º/2 - as modificações não podem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência, não configurando tal hipótese as modificações que resultem da natureza duradoura do vínculo contratual, desde que o decurso do tempo as justifique.

Art. 313.º/1 al. c) e art. 313.º/2 - não podem ser introduzidas modificações que, se fizessem parte do caderno de encargos, teriam ocasionado, de forma objectivamente demonstrável, a alteração da ordenação de propostas avaliadas ou a admissão de outras propostas, salvo se essas modificações resultarem da natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo as justificar.

Uma eventual modificação do contracto em violação dos limites do art. 313.º equivale à celebração de um novo contracto por ajuste directo com convite a uma única entidade (*exemplo da página anterior* – terminal de Alcântara).

Ressalva: quando as modificações já vêm previstas no contracto (no caderno de encargos), não se impõe limite algum. Porque essas modificações, supostamente, já foram sujeitas à concorrência (no concurso). Mas as cláusulas em causa têm de ser claras, precisas e inequívocas - art. 96.º/1 al. j).

### *Modificação e extinção dos contractos*

* **Modificação do contracto por alteração das circunstâncias**

O contracto pode ser modificado por duas razões:

* Razões de interesse público (como já mencionado, pp. 95-96) – *necessidades novas* ou *nova ponderação das circunstâncias existentes*.
* Alteração *anormal e imprevisível* das circunstâncias – que ora se aprofunda.

As circunstâncias podem-se ter alterado por razões de interesse público, ou por acontecimento anormal ou imprevisível.

Modificação objectiva do contracto – unilateral, por acordo entre as partes ou por decisão judicial ou arbitral – art. 311.º CCP.

No caso de modificação objectiva do contracto por alteração anormal ou imprevisível das circunstâncias:

o nosso CC, designadamente no art. 437.º, admite, em termos amplos, a relevância de circunstâncias supervenientes no âmbito das relações contratuais privadas, com base em pressupostos que, como é hoje assumido no CCP, são extensíveis ao domínio dos contractos administrativos, sem motivos para especiais limitações, sempre que a base negocial seja posta e causa, por circunstâncias anormais e imprevisíveis não imputáveis a qualquer das partes, em termos suficientemente graves para justificar, de acordo com o princípio da boa-fé, a modificação ou a resolução do contracto.

Em caso de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, não imputável a nenhum dos contraentes, tanto contraente público como contraente privado podem promover a resolução ou modificação do contracto, segundo juízos de equidade (art. 312.º al. a) e art. 314.º/2 CCP); quando a alteração das circunstâncias se pode imputar ao contraente público, o contraente privado tem direito a indemnização ou à reposição do equilíbrio financeiro do contracto (consoante se trate de resolução ou modificação, respectivamente) – art. 314.º/1 al. a) e b).

No que diz respeito ao contraente público, o CCP introduz a importante distinção entre alterações de circunstâncias que podem exigir a modificação do contracto por razões de interesse público e alterações de circunstâncias que podem justificar a modificação do contracto por outras razões, não directamente relacionadas com o interesse público a cuja satisfação o contracto é dirigido, é o que claramente resulta do confronto do nº1 com o nº2 do art. 311.º CCP.

Quando a modificação seja promovida pelo contraente público, temos que distinguir os casos em que ele promova a modificação:

* por razões de interesse público, hipótese na qual pode **impor** a modificação no exercício do poder de modificação unilateral (arts. 311.º/2 e 312.º al. b));
* e aqueles em que ele a promova pelas outras razões referidas (alteração anormal e imprevisível das circunstâncias), hipótese na qual **a modificação apenas poderá ser obtida mediante o acordo da outra parte ou através de decisão judicial**, não podendo ser unilateralmente determinada pelo contraente público, através da emissão de um acto administrativo.

As razões a invocar pelo contraente público, neste último caso, podem ainda ser de interesse público, no sentido de serem próprias da esfera de interesses do contraente público - é provável que o sejam; sucede, contudo, que não são razões que se mostrem directamente ligadas com o interesse público visado pela celebração do contracto em causa e a cuja satisfação se dirige a sua execução.

Exemplo: num contexto de crise, a alteração das circunstâncias faz com que se torne demasiado oneroso para o contraente público suportar os encargos financeiros decorrentes da execução do contracto, em termos de se dever reconhecer que a exigência do cumprimento das obrigações por si assumidas no âmbito do contracto afectaria gravemente a boa-fé. Ora, o contexto de crise está relacionado com o interesse público; é, todavia, um interesse público não directamente relacionado com o contracto em causa.

Em princípio, **a modificação do contracto por alteração anormal e imprevisível de circunstâncias pedida pelo contraente privado não lhe permite obter o reequilíbrio financeiro do contracto**. Em princípio, só é admitida a possibilidade da partilha, entre as partes, segundo critérios de equidade, do anormal agravamento dos custos envolvido no cumprimento do contracto por parte do contraente privado.

Outra situação em que o co-contratante fica igualmente desprovido do exercício do direito de reequilíbrio financeiro dá-se quando a alteração de circunstâncias imputável ao contraente público vá ao ponto de impedir a própria manutenção do contracto, conduzindo à sua resolução – não faz sentido o co-contratante ter direito ao reequilíbrio se o contracto não pode subsistir. O co-contratante tem direito ao seu “sucedâneo”: o direito à justa indemnização devida pelo facto da extinção do contracto.

* **Extinção do contracto**

Capítulo VIII do Título I da Parte III do CCP.

 No caso do co-contratante, este tem o direito de resolver o contracto nos casos enunciados nas cinco alíneas do nº1 do art. 332.º CCP.

 O nº3 do mesmo artigo indica que o direito de resolução é de necessário exercício por via judicial, ou mediante recurso a arbitragem, o que, desde logo, determina que seja o tribunal a verificar o preenchimento dos pressupostos para a resolução.

 No caso do contraente público, o regime é decalcado do da modificação do contracto:

* de acordo com o art. 335.º/1 CCP, tem o poder de resolver o contracto com base na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias;
* nos termos do art. 334.º, tem o poder de resolver o contracto com fundamento em razões de interesse público.
* Na decorrência desse decalcar de regime:
	+ - O contraente público pode resolver unilateralmente o contracto com fundamento em razões de interesse público; não o pode resolver de forma unilateral com base na alteração anormal e imprevisível de circunstâncias (tal como acontece com o regime da modificação do contracto)

 O direito à justa indemnização decorrente da extinção do contracto tem lugar, como prescreve o art. 334.º CCP, quando:

* O contraente público resolve o contracto por razões de interesse público
* A alteração de circunstâncias que conduz à resolução é imputável ao contraente público (quer quando a resolução seja desencadeada pelo co-contratante quer pelo contraente público)

Só a resolução determinada por alteração objectiva de circunstâncias, não imputável a qualquer das partes, não dá, portanto, direito ao pagamento de qualquer indemnização.

# VIII - Responsabilidade pelo exercício da função administrativa

## Responsabilidade por actos de gestão pública e por actos de gestão privada

Responsabilidade civil decorrente de danos resultantes do exercício da função administrativa.

Actual lei – RREEP (Regime da Responsabilidade do Estado e demais entidades públicas). Aprovado pela lei 67/2007, de 31 de Dezembro. Substituiu o DL 48 051, de 21 de Novembro de 1967.

O RREEP vem preencher o art. 22.º da CRP.

Art. 1.º/1 - o RREEP estabelece o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público, no exercício da função jurisdicional, legislativa e administrativa. Sem prejuízo do previsto em lei especial, que prevalece sobre o que se determina no RREEP.

O que é o exercício da função administrativa? Art. 1.º/2 RREEP - “acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”.

O que é que isto quer dizer? Indica que, quando a Administração tem actuação de gestão pública, uma actuação que exprima o exercício da função administrativa, se lhe deve aplicar o regime de responsabilidade civil extracontratual próprio do direito administrativo, o do RREEP; ao invés, quando tem actuações de gestão privada, como está ao abrigo do direito privado, como já sabemos, aplica-se-lhe o regime de direito privado, definido no art. 500.º e 501.º CC.

É por isso que:

* No nosso ordenamento jurídico existe um **regime dualista** de responsabilidade civil da Administração.
* Conduta de gestão privada = art. 500.º e 501.º CC.
* Conduta de gestão pública = RREEP.

Há quem entenda que o regime de direito administrativo deva ser o único aplicável à Administração, mas acabou por não acontecer. O legislador pretendeu deixar algo de fora. Pretendeu deixar a subsistência de dois regimes, apesar do outro (o do CC aplicado à Administração) ter aplicabilidade prática reduzida.

Art. 1.º/5 RREEP – também se aplica o regime de direito administrativo à responsabilidade de pessoas colectivas de direito privado, e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por acções ou omissões. Extensão do regime às entidades de direito privado que e quando exerçam função administrativa. Quando actuem sob “prerrogativas de poder público ou sob a égide de disposições ou princípios de direito administrativo”.

O preceito parece ter de ser aplicado a condutas lesivas adoptadas por entidades privadas, e que o tenham sido ao abrigo de disposições ou princípios de direito administrativo impositivos de deveres ou restrições especiais (por razões de interesse público), de natureza especificamente administrativa, que não se aplicam à actuação das entidades privadas (opinião do professor Mário Aroso de Almeida). Parece fazer sentido, na medida em que imputar um regime pensado para uma actuação de carácter estatal (eminentemente pública) a toda e qualquer actuação, incluindo aquelas que poderiam ser desenvolvidas ao abrigo de normas exclusivamente de direito privado, afigura-se desproporcional.

A ideia é que, para estar em causa aplicação do RREEP a uma pessoa colectiva de direito privado, a actuação dessa entidade tem de ter sido conduzida em termos que permitem afirmar que não seria adoptada por uma qualquer outra entidade privada. Razões de interesse público, que determinam o exercício da função administrativa.

**Evolução:**

A evolução conduziu a que seja difícil encontrar, hoje, actuações das entidades públicas que se encontrem no domínio do direito privado. A tendência foi para se ir reduzindo o âmbito da chamada gestão privada da administração pública. Há quem conteste, até, que a Administração comporte tal vertente de actuação.

Evolução: havia alguns domínios em que havia discussões, zonas de fronteira, mas foram desaparecendo.

Exemplo: responsabilidade por acidentes de viação de entidades públicas – submetida ao regime de responsabilidade civil extracontratual de privados do CC ou ao regime de direito administrativo? No contexto dos trabalhos preparatórios do CC 1966, discutia-se o que devia ser uma coisa ou outra.

A tendência, pois, tem sido para entender que, de um modo geral, o que está ao serviço das entidades públicas é submetido ao regime da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas.

Exemplo: domínio da saúde – um cirurgião comete um erro numa operação e causa danos no paciente. O cirurgião exerce as mesmas actividades, quer esteja a operar num hospital público ou privado. A verdade, no entanto, é que tudo aquilo que é feito no âmbito de um serviço público tem uma ambiência de direito público.

Ou seja, na prática, a gestão privada é um «bem» em vias de extinção, porque nos domínios tradicionalmente apresentados como de fronteira (como os apresentados *supra*), hoje em dia entende-se que se lhes aplica o regime de direito público.

Desde que a actividade seja desenvolvida no âmbito do funcionamento dos serviços da administração pública, presume-se que tem um enquadramento diferente das actividades de gestão privada.

## Repartição de responsabilidades entre a Administração e os seus agentes

O diploma é muito tributário do diploma anterior: grande parte das soluções já vêm do diploma anterior.

Agentes da Administração Pública - titulares de órgãos, funcionários, agentes públicos, trabalhadores ao serviço das entidades, … de um modo geral, ***servidores públicos***.

Arts. 7.º e 8.º – definem quando é constituída em responsabilidade a entidade, ou quando é que responde a pessoa que actuou (o agente concreto que actuou ao abrigo da entidade - o servidor público), ou quando é que existe a chamada responsabilidade solidária - imputável a ambos.

Logo no art. 1.º/3 diz-se que os servidores públicos respondem “por danos decorrentes de acções ou omissões adoptadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício”. Quer isto dizer que, caso contrário, os servidores públicos respondem a título exclusivo, nos termos do regime geral do CC (também lá chegamos através de interpretação *a contrario* do art. 8.º/2 RREEP).

Critério – **responsabilidade funcional**. Se um agente administrativo causa danos fora do exercício das funções, e sem ser por causa dele, a responsabilidade é individual, pessoal, não sendo, por conseguinte, imputada à pessoa colectiva que o agente representa.

Para haver responsabilidade da entidade, é necessário que o ilícito ocorra no exercício das funções, e por causa do exercício da função.

Havendo responsabilidade funcional, a mera negligência do agente não o responsabiliza pessoalmente, mas antes a entidade pública. Exclui-se a actuação com dolo ou negligência grave/grosseira - mas se houver culpa leve, negligência simples, só há responsabilidade por parte da entidade pública (responsabilidade exclusiva - art. 7.º/1 RREEP).

Se, pelo contrário, houver culpa grave do agente, estamos já no quadro da responsabilidade solidária - tanto responde o agente como a própria entidade.

À luz do DL de 1967, só existia responsabilidade solidária quando existisse dolo do servidor público; actualmente, mantém-se o critério do dolo, mas há um outro menos apertado: há culpa solidária quando o facto danoso tenha sido praticado “com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que [o servidor público] se encontrava obrigado em razão do cargo”, ou seja, nos casos em que tenha havido culpa grave ou grosseira - art. 8.º/2 RREEP.

Quando haja culpa grosseira do servidor (e, por isso, responsabilidade solidária), a entidade pública responsabilizada está obrigada a exercer o direito de regresso contra o seu servidor (nos termos do art. 8.º/3 RREEP. Direito de regresso – art. 6.º).

**Direito de regresso** – quando o servidor público tenha actuado com dolo ou culpa grave, embora a responsabilidade seja solidária, se a entidade pública responder perante o lesado, o seu direito de regresso sobre o autor material da conduta lesiva tem por objecto o reembolso total da quantia em que ela tenha sido condenada perante o lesado. Nesse caso, o dever de indemnizar compete ao servidor público que tenha sido o autor material do facto ilícito, implicando que se torne integralmente responsável pelos danos decorrentes da lesão. A responsabilidade solidária da entidade púbica tem apenas em vista assegurar a solvabilidade da dívida ao lesado. Funciona, então, apenas como uma **posição de garante.**

Art. 8.º/4 – uma norma que é um absurdo completo, na opinião do prof. Mário Aroso de Almeida. Se a entidade pública for condenada e for apurada a culpa grave do servidor, o processo prossegue entre a pessoa colectiva e o servidor público, para efectivar o direito de regresso.

O processo continua, agora entre a pessoa colectiva e o agente causador do dano, em ordem a haver exercício do direito de regresso. Espécie de *processo compulsivo*: o que era demandado é obrigado a continuar no tribunal para exercer o direito de regresso.

Nota: a responsabilidade é directamente imputada à entidade pública, que é, de resto, o único sujeito que pode ser demandado pelo lesado, mas o fundamento dessa responsabilidade reside na culpa do servidor público que, em concreto, causa o dano. **Princípio da imputação directa às entidades públicas dos ilícitos cometidos pelos seus órgãos ou agentes.**

## Responsabilidade por facto ilícito e culposo

Os arts. 7.º e 8.º RREEP fazem referência aos pressupostos de que depende a constituição em responsabilidade nesse domínio:

* “acções ou omissões ilícitas” - facto ilícito
* Cometidas ora com “culpa leve” ora com “dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores” aos exigíveis - culpa
* “danos que resultem” dessas acções - danos e nexo de causalidade entre o facto ilícito culposo e os danos.

É nos arts. 9.º e 10.º que se procede à determinação dos parâmetros pelos quais deve ser aferido o preenchimento dos pressupostos da ilicitude e da culpa. Quanto aos pressupostos do dano e do nexo de causalidade, não existe um regime próprio no RREEP, sendo aplicável o regime do CC.

**Ilicitude** – art. 9.º. Adopta-se um entendimento amplo de ilicitude, de inspiração francesa - que também inclui a **culpa**. A norma não deixa de reconhecer que, por vezes, a lesão dos direitos de outrem pode não resultar da específica violação de normas ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou de regras técnicas devidamente formalizadas, mas antes da inobservância, por parte do lesante, dos deveres de cuidado que se lhe impunham. Ao fazer isto, o legislador coloca-se num plano que já pertence à culpa. Ora, quando seja de reconhecer que a lesão de um direito resulta da inobservância de um dever de cuidado, é porque as concretas circunstâncias do caso impunham ao agente a observância desse dever, em termos de se poder e dever formular um juízo de censura, do ponto de vista da culpabilidade, pelo facto de não o ter observado.

O mesmo sucede com a norma do art. 9.º/2. As concretas circunstâncias do caso impunham ao serviço a adopção de tal actuação, em termos de se poder e dever formular um juízo de censura, do ponto de vista da culpabilidade, pelo facto de não a ter adoptado.

O art. 9.º RREEP estabelece, então, dentro da ilicitude, aquela que se constitui através da ilegalidade (“que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica”); uma outra que se materializa pela inobservância de deveres objectivos de cuidado; por fim, as que correspondem às situações de funcionamento anormal do serviço.

Resultado da ilicitude: “ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”.

## Responsabilidade por falta do serviço *(faute du service)*

Regra geral: imputação directa às entidades públicas dos ilícitos cometidos pelos seus órgãos ou agentes.

Coisa diferente é a *faute du service*, a culpa do serviço. Importada pela jurisprudência e doutrina portuguesas de terras gaulesas - construção jurisprudencial do *Conseil d’État.* Mas, em bom rigor, *faute*, no regime francês, não significa culpa; *faute* abrange a ilicitude e a culpa. À falta, pois, de melhor tradução, é melhor falar em falta (do serviço).

Há uma imputação ao serviço - a qualquer serviço de que se trate - ou seja, quem comete o ilícito culposo constitutivo de responsabilidade é o serviço, em virtude do seu funcionamento anormal. Art. 7.º/3 e 4 RREEP.

Esse funcionamento anormal não pode ser imputado à conduta concreta de um determinado servidor público.

Traduz-se em situações em que, como acabámos de ver, ou não é possível individualizar um agente responsável pelo que aconteceu, isto é, a lesão é imputável ao concreto comportamento de um determinado agente, mas não é possível determinar a sua identidade (**falta anónima**), ou o que aconteceu não é propriamente imputável a uma única pessoa, mas ao mau funcionamento de todo um serviço - actuação global, que envolve responsabilidade dispersa por diversos sectores ou intervenientes (**falta colectiva**). Todo um conjunto de circunstâncias e pessoas que contribuíram para que o serviço não funcionasse como devia (**funcionamento anormal do serviço**), porque se funcionasse, aquela situação não podia ter acontecido.

* Pressupostos:
	+ - Há falta colectiva; ou
		- Falta anónima.
		- E os danos decorrentes são imputados a um *funcionamento anormal do serviço*.

Exemplo paradigmático de falta colectiva: omissão de sinalização de trabalhos, obstáculos ou defeitos na via pública. Os casos de omissão são, por excelência, os de falta colectiva, na medida em que com omissão de condutas devidas e consequente funcionamento anormal do sistema, torna-se difícil estabelecer o nexo causal entre os danos e a concreta actuação de determinado agente.

Este não é um regime de responsabilidade objectiva, porque temos juízo de censura - uma situação que é passível de juízo de censura, mas de todo o serviço. *Faute du service.* É uma responsabilidade, se quisermos, directa. Ou seja, transfere-se o foco dos juízos de censura da pessoa, da conduta, para o resultado, para os danos. Culpa objectivada – em função do serviço e do seu modo de funcionamento, e não da pessoa em particular.

Lógica inovadora: responsabilização da Administração enquanto tal, pela sua própria conduta lesiva, sem necessidade da demonstração de que um determinado agente actuou com culpa, mas apenas de que o serviço no seu conjunto funcionou de modo anormal – seja porque não funcionou em absoluto, seja porque funcionou tardiamente, ou ainda porque não cumpriu os padrões de resultado que se previam.

Isto leva a que a Administração não responda apenas pelos danos que resultem de específicas condutas ilícitas e culposas dos seus servidores, mas, de um modo geral, pelos danos resultantes do seu funcionamento que o lesado não tenha obrigação de suportar, dado não serem causados por um serviço que funcione normalmente, de acordo com *padrões médios de resultado* (art. 7.º/4 RREEP).

Esses padrões de rendimento médio devem ser observados nas circunstâncias do caso concreto - padrão objectivo de funcionamento. Poderão considerar-se normas internas do serviço, relatórios relativos a índices de produtividade e quaisquer outros elementos de aferição, não sendo de excluir que se atenda a dados comparativos com serviços congéneres.

## Responsabilidade pelo risco e pela imposição de sacrifícios

* **Responsabilidade objectiva da Administração (responsabilidade pelo risco)**

Responsabilidade objectiva simples – nas relações entre privados são excepcionais e tipificados os casos; em direito administrativo, não é assim – art. 11.º RREEP.

Responder objectivamente é responder independentemente de culpa, isto é, de qualquer juízo de censura sobre a conduta do servidor público, é responder tendo actuado bem ou mal.

Aplica-se no âmbito de serviços considerados perigosos. Nesse quadro, os danos causados são indemnizados automaticamente, independentemente de qualquer formulação de juízo de censura sobre a actuação do servidor. Não há, também, que demonstrar os elementos constitutivos de qualquer juízo de censura. Prova-se o dano, prova-se que é imputável àquela actividade, serviço, … e que essa actividade é considerada perigosa.

Responsabilidade fundada no risco que decorre da objectiva perigosidade social de actividades, coisas ou serviços cuja utilização ou funcionamento normal – isto é, mesmo sem disfunções imputáveis à violação de deveres de cuidado – seja fonte potencial de danos.

Exemplos: utilização de armas e explosivos em manobras e exercícios militares e operações policiais de repressão de tumultos e perseguição de criminosos; vigilância de delinquentes e inimputáveis perigosos em estabelecimentos prisionais e de saúde mental; transfusões sanguíneas em hospitais e outros serviços de saúde; operações de demolições de imóveis; etc.

Caso interessante é o da denominada *culpa in vigilando* - art. 10.º/3 RREEP. Quando a Administração incumpre deveres de vigilância, presume-se que o faz culposamente. Isto influi na responsabilidade objectiva prevista no art. 11.º, uma vez que muitas das actividades da Administração a que está adstrita uma perigosidade social, importam deveres de vigilância. Deste modo, por meio desta presunção (ainda que *juris tantum*) pode evitar-se recorrer à responsabilidade objectiva. Este instituto nasceu jurisprudencialmente.

Exemplo: danos na via pública resultante da queda de uma árvore. A Administração tinha deveres de vigilância, não o fez correctamente, ou, mesmo fazendo-o, presume-se, à partida, a culpa – *culpa in vigilando*. A solução, provavelmente, teria sido semelhante se se aplicasse o regime da responsabilidade pelo risco. Mas o instituto da *culpa in vigilando* servirá sobretudo para imputar responsabilidades à Administração quando não se possa fazê-lo através da responsabilidade objectiva.

**Nota:** polémico. Consideramos uma árvore uma “coisa potencialmente perigosa” (art. 11.º/1)? Não o considerando, torna-se ainda mais importante este instituto. Colmata as situações em que havia deveres de vigilância da Administração, mas a actividade, coisa ou serviço em causa não importava perigosidade social. Presume-se a culpa leve, e constitui-se em responsabilidade a Administração.

* **Responsabilidade pela imposição de sacrifícios**

Art. 16.º RREEP.

* Encargo ou dano
	+ - Especial e anormal (com o qual o particular não contava)
		- Por razões de interesse público
* Indemnização
	+ - Tendo em conta o grau de afectação do conteúdo do direito ou do interesse sacrificado

Exemplo: quando o Estado expropria uma propriedade privada para lá construir uma auto-estrada. Razões de interesse público ditaram um dano anormal, que este não contava, na esfera do particular. Cabe ao Estado indemnizar proporcionalmente ao interesse sacrificado (era a única propriedade do particular? A propriedade servia-lhe de habitação? Etc.).

## Morosidade da justiça – responsabilidade civil do Estado?

Em bom rigor, não configura responsabilidade da administração. Tem que ver com o sistema judicial. Mas aplica-se, por analogia, o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado por facto ilícito culposo da função administrativa. E consagra-se, na norma do art. 12.º RREEP, que estabelece o regime geral, a violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável como um dano ilícito, pelo que resulta em responsabilidade civil do Estado.

A responsabilidade nunca é individual, é sempre da máquina. Porque não há nunca apenas uma pessoa culpada pela morosidade da justiça. Este é um bom exemplo de *faute du service*. Culpa colectiva. Diferente de anónima. A culpa, por hipótese, até pode ser do legislador, ao ter desenhado um processo ineficaz...

Por princípio, o Estado é responsável pelo erro judiciário - art. 13.º. Responde por danos decorrentes de:

* Decisões manifestamente inconstitucionais
* Ou ilegais
* Ou injustificadas, por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto
* Omissão de decisão, como analisado *supra*

Todo o funcionamento da máquina judicial está submetido ao mesmo regime da administração pública, excepto a posição do magistrado judicial e do Ministério Público - art. 14.º RREEP – que “não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções”.

Contudo, quando se prove terem agido com dolo ou culpa grave, o Estado é obrigado a exercer sobre estas figuras o direito de regresso, à semelhança do que acontece com a Administração.

# IX - Garantias administrativas

**Garantias dos particulares**

Divididas em:

* Administrativas
* Judiciais

Que garantias administrativas existem? As que estão presentes no CPA, e uma atípica, relacionada com o Provedor de Justiça.

## Garantias administrativas: em especial, a reclamação e os recursos administrativos

* Art. 184.º CPA. Também designadas de **impugnações administrativas**.

Trata-se das possibilidades que o CPA confere a qualquer particular que se sinta lesado por um acto administrativo, de poder **reclamar** para o órgão que praticou esse acto administrativo, ou então **recorrer** desse acto para o superior hierárquico do órgão que praticou o acto.

O exercício destes direitos prescinde da intervenção do tribunal. Será isto inconstitucional? Eventual violação do art. 268.º/4 CRP - com reclamação necessária mais recurso hierárquico necessário, estamos a atrasar o momento em que o tribunal vai olhar para a situação. Esta circunstância viola o princípio da tutela jurisdicional efectiva? O TC já se pronunciou no sentido da não inconstitucionalidade. O Prof. Vasco Pereira da Silva é o principal defensor da teoria da inconstitucionalidade.

Distinção entre garantias administrativas que pressupõem contacto com quem praticou o acto – reclamação; ou que pressupõem actuação de terceiro que não praticou o acto, mas tem competência para nele interferir, anulando-o, revogando-o, modificando-o ou substituindo-o (excepto se a lei tiver consagrado como exclusiva a competência do subordinado) - o recurso. No âmbito desse recurso, o interessado solicita ao órgão situado no topo da hierarquia que tome posição em relação ao acto praticado pelo seu subordinado.

Exemplo: a professora Vera Eiró recebe uma reclamação sobre a correcção de um exercício no teste, e actua sobre o que ela própria tinha feito nesse engano na correcção do teste – actuou sobre reclamação. Não está sujeita a relação de hierarquia na faculdade, logo não é possível interpor recurso hierárquico da sua decisão. O que é que aconteceria se a professor simplesmente se recusasse a aceder à reclamação? A aluna passava directamente para as garantias judiciais - impugnava judicialmente a decisão da professora.

A reclamação pode consistir numa queixa do interessado, a solicitar a anulação, a revogação, a modificação ou a substituição do acto. Por conseguinte, é comum haver actos que são alterados pelos próprios autores, não existe problema em termos reclamações deferidas ou recursos hierárquicos deferidos, faz parte do procedimento administrativo. As decisões são alteradas para estarem em conformidade com a lei

As entidades administrativas podem tomar decisões em função do enquadramento legal aplicável - decisões de legalidade; ou decisões de mérito. E, no âmbito de uma relação jurídica administrativa, quando haja reclamação, o reclamante pode alegar tanto questões de direito como questões de mérito (estas últimas relacionadas com o exercício de poderes discricionários).

Exemplo: pedimos marcação de aula de dúvidas. A professora marca a aula para a véspera do exame, às 20h, com duração de apenas 15 minutos. Nós reclamamos – não se trata de uma questão de direito (questão legal), porque não está em causa uma obrigação legal (não é obrigatório legalmente haver aula de dúvidas antes dos exames), é uma questão de mérito, relacionada com o poder discricionário da professora de decidir de uma forma ou de outra. E, em função daquilo que argumentamos, a professora pode alterar a hora e o dia da aula.

Nestas situações de questões de mérito, só em caso de erro grosseiro ou manifesto e violação dos princípios gerais da actividade administrativa é que os tribunais podem intervir - numa lógica de recurso judicial, depois da intervenção junto do órgão; ou não – pode recorrer-se directamente aos tribunais, se o recurso ou reclamação administrativos não forem necessários, como veremos adiante. O importante é que quando se trata de questões de mérito, só com aqueles fundamentos é que o tribunal administrativo actua.

Recurso hierárquico existe ou não em função da existência de relação de hierarquia.

 Exemplo: conselho de administração de um IP – não vou ter nunca recurso hierárquico dos actos praticados por aquele órgão, porque está no topo dessa pessoa colectiva; mas se se tratar de um director de serviços, já há relação de hierarquia – já sei que posso interpor recurso hierárquico desta decisão (a par da reclamação, a que posso sempre proceder).

As impugnações administrativas podem surgir como reacções a um acto expresso – recorro de um acto. Mas estas garantias não se aplicam, apenas, a situações em que haja decisão expressa.

Se não tiver havido decisão alguma da administração – a administração tem o dever legal de decidir – também posso reclamar desta não-decisão. Judicialmente, para o superior hierárquico ou mediante reclamação ao órgão faltoso – art. 184.º/1 al. b + nº2 CPA.

Quando são necessárias, o interessado tem obrigatoriamente de utilizar as garantias para poder impugnar judicialmente o acto administrativo. Portanto, é essencial perceber se é facultativa ou necessária, porque pode fechar a porta ao tribunal.

Os recursos e reclamações podem ser necessários ou facultativos – art. 185.º/1 CPA.

Se a lei nada disser em relação à necessidade do recurso ou reclamação, então este presume-se facultativo (art. 185.º/2 CPA). Ou seja, em regra, o interessado é livre de optar por apresentar uma reclamação ou interpor o recurso administrativo que no caso couber, ou, em alternativa, por se dirigir directamente ao tribunal administrativo, sem ter utilizado aquelas garantias administrativas.

Mas como é que se procede quanto o interessado tem (reclamação ou recurso necessário) de reclamar de uma omissão ou recorrer hierarquicamente de uma omissão? É diferente.

Com a reforma do CPA de 2015, a reclamação e o recurso hierárquico deixaram de ter necessariamente por objecto a impugnação de actos administrativos, para poderem a passar a ter também por objecto a reacção contra a omissão ilegal de actos administrativos. Isto liga-se com o desaparecimento, mencionado *supra* (pp. 52-53), da figura, no nosso ordenamento jurídico, do indeferimento tácito.

 Natureza das impugnações – art. 185.º CPA. No âmbito destas omissões, há que explorar três conceitos distintos:

* Impugnação administrativa - reclamação e recurso. O seu objecto é mais amplo do que o da impugnação contenciosa: obtém-se, não apenas a remoção do acto, como também a sua modificação ou substituição por outro.
* Impugnação contenciosa - em sede processual. O acto é anulado, removido. Nada mais.
* Garantia administrativa não-impugnatória - no âmbito de omissões ilegais da Administração. O facto de não se ter praticado qualquer acto leva a que a reclamação ou recurso não tenha carácter impugnatório porque não há nada para impugnar ou substituir. A garantia administrativa em causa, não se destina a anular, revogar, modificar ou substituir um acto já existente, mas antes a obter uma decisão primária, que pela primeira vez defina a situação do interessado. Esta distinção observa-se, por exemplo, nos números 1 e 4 do art. 197.º CPA. Quando está em causa uma omissão, pedimos ao tribunal emissão do acto em falta por parte da entidade, pede-se que esta decida e cumpra o dever de decidir.

Nota: Nas garantias jurisdicionais: acção administrativa de impugnação de actos; ou acção administrativa de condenação à prática do acto devido em caso de violação do dever de decisão. Nas garantias administrativas, não há esta distinção quer se trate de actos ou omissões.

O que interessa é perceber que existem garantias administrativas aplicáveis tanto a actos como ao silêncio ilegítimo da Administração. Se eu não tenho acto, mas devia ter posso reclamar ou recorrer dessa omissão (art. 184.º/1 al. b) CPA). Se eu não o fizer, a consequência é a de perder as garantias jurisdicionais que possam ser aplicadas – no caso de reclamação ou recurso necessários.

Quando o objecto de recurso seja um acto, o que se pode pedir ao tribunal é a sanação, a modificação, a declaração de nulidade, revogação, substituição. O fundamento pode ser tanto relativo a questões de legalidade como de mérito. Naturalmente que o fundamento de anulação ou nulidade tem de fazer parte dos previstos no CPA. Fora isso, os pedidos relacionados com as restantes situações podem não ter que ver com questões de legalidade.

* **Recurso ou Reclamação necessários**

A lei que institua reclamação ou recurso hierárquico necessário tem em vista a prática de acto administrativo, de conteúdo positivo ou negativo, mas também a hipótese de os órgãos terem sido omissos. Ou seja, se houver omissão da decisão, também cabe reclamação necessária ou recurso hierárquico necessário (se a lei se referir a reclamação necessária ou recurso hierárquico necessário, tem de se presumir abarcadas as omissões também).

Não é fácil, por vezes, perceber e qualificar um recurso ou reclamação como necessário. Como tal, o legislador estabeleceu na lei que introduziu o CPA (DL 4/2015) uma solução interessante. Significa que houve preocupação do legislador em tornar mais claras quais as situações em que as garantias administrativas são efectivamente necessárias. Para tornar mais claro face à legislação que tivesse entrado em vigor antes do CPA.

A impugnação é necessária quando comportar a terminologia constante do art. 3.º/1 DL 4/2015 de 7 de Janeiro. Em legislação posterior à entrada em vigor do CPA, o legislador já sabe que tem de fazer esta distinção terminológica.

Quando a reclamação ou o recurso sejam necessários para se poder recorrer a tribunal, para exercer a via jurisdicional, há que esgotar, primeiro, esses meios que o particular tinha ao seu dispor no âmbito das garantias administrativas. Lógica de poupança de recursos e garantia de que se esgotou a possibilidade de acordo entre a administração e o interessado.

**Recursos/reclamações administrativos “graciosos”** (quando o interessado não necessita de recorrer ao tribunal administrativo para ver solvida a sua situação). Por isso, o tribunal só age então em última *ratio*.

Atenção: a impugnação judicial recai sempre sob o acto originário, ainda que modificado por via de reclamação ou recurso.

* **Reclamação**

para o autor do acto, nos termos do art. 191.º CPA.

Art. 191.º/1 – regra geral, é possível reclamar para o autor da prática ou omissão de qualquer acto administrativo, a não ser que lei especial indique o contrário. Reclama-se para o autor do acto ou autor da omissão (quem viola o dever de decidir, no segundo caso).

Qual é o objecto da reclamação do interessado? O acto primário/originário.

Nº 2 - No final da fase das garantias administrativas, o interessado tem novo acto ou nova omissão. Não pode reclamar novamente desse acto ou dessa omissão (a não ser que haja omissão de pronúncia sobre algum dos fundamentos). Ou seja, o interessado reclamou uma vez, e essa reclamação teve determinado resultado.

Nº 3 - se não houver prazo especial para a reclamação, o prazo é de 15 dias (sempre úteis - art. 87.º CPA). Estes prazos são importantes para a fase das garantias jurisdicionais. Porque se o interessado dispõe de uma reclamação necessária, tem de reclamar no prazo legal, mesmo que, depois, não haja decisão nenhuma. Se não reclamar dentro do prazo legal, não pode propor a acção administrativa aplicável.

* **Recurso hierárquico**

 Art. 193.º CPA. O particular reage contra actos e reage contra omissões - é sempre esta lógica. Nº 2 – se não houver prazo especial, temos um prazo de 30 dias úteis - em caso de recurso necessário. A contar da data da notificação aos destinatários a quem o acto deva ser notificado.

Recurso facultativo – prazo geral de impugnação contenciosa do acto: 3 meses, 90 dias. O Ministério Público dispõe de um ano.

Atenção: prazo mínimo (em casos em que a lei estabeleça prazo especial inferior ao da regra geral) para utilização das impugnações administrativas – 10 dias (art. 3.º/2 DL 4/2015).

Art. 190.º – a reclamação de actos ou omissões sujeitos a recurso administrativo necessário suspende o prazo da interposição do recurso. Ou seja, se reclamo de acto administrativo ou omissão sujeita a recurso hierárquico ou especial necessário, o facto de ter reclamado suspende o prazo da interposição do recurso hierárquico, no quadro das garantias administrativas.

Suspensão não é interrupção do prazo. Exemplo: reclamo no 14º dia do prazo - significa que já utilizei 14 dias úteis do prazo de interposição. Quando tiver decorrido o prazo para decisão da reclamação, mesmo que não tenha decisão, volta a contar o prazo de interposição – mais um dia.

Atenção: os prazos para reclamação ou recurso começam a correr a partir de que momento? **Resposta no art. 188.º CPA.**

* **Recursos administrativos especiais – art. 199.º CPA**

Dentro do recurso, temos estes recursos hierárquicos, mas também os designados **especiais**. O recurso especial dá-se quando a lei prevê a possibilidade de o interessado se insurgir contra determinado tipo de acto administrativo perante outro órgão, que não aquele que praticou o acto, nem o seu superior hierárquico. Podemos estar a falar de órgão que detenha poder de superintendência ou tutela sobre o órgão autor do acto, por hipótese. Atenção: se a tutela for meramente de legalidade, o recurso não poderá incidir sobre o mérito do acto, nem conduzir à sua substituição ou modificação. **Exemplo**: recurso de um conselho de administração da Infra-estruturas de Portugal para o Ministro que tutela esse IP, o ministro do MAI. (Antes chamavam-se recursos tutelares).

Quando há relações de tutela, pode haver recurso especial; quando há delegação de poderes – recurso do acto praticado pelo delegado para o delegante; quando haja relação de supervisão; situações em que eu possa recorrer da decisão tomada por um membro do órgão colectivo para o órgão colectivo no seu pleno.

Nota: temos leis ainda a fazer menção à figura anterior que agora se rege por estas regras. São leis aprovadas ao abrigo do CPA anterior. Aplicando-se essa lei actualmente, o que está em causa é o **recurso administrativo especial**, regulado nos termos do art. 199.º CPA. É o caso de anteriores recursos hierárquicos impróprios (actual alínea a) e b) e nº2) ou recursos tutelares (actual alínea c)).

Nota: nós propomos acções judiciais, interpomos recursos, requeremos providências cautelares e reclamamos dos actos.

Portanto, recurso especial quando existe uma relação de:

* Tutela
* Superintendência
* Delegação
* Supervisão
* Órgão colegial

Isto aplica-se, também, por exemplo, às EPE e às SA, mas só quando praticam actos administrativos.

**Súmula:**

Reclamação – sempre

Recurso hierárquico – depende da circunstância de haver, ou não, hierarquia. E o poder do superior hierárquico no processo de recurso depende do tipo de relação que existe entre o superior e o órgão autor da decisão.

Recursos especiais – se a lei expressamente os previr; não basta o CPA. Expressa menção, por exemplo, no acto da delegação.

Temos estas situações reguladas no CPA – secção VI.

Subdividem-se em:

* reclamações facultativas/voluntarias, e reclamações necessárias;
* recurso hierárquico voluntario/facultativo, e recurso hierárquico necessário;
* Recurso especial facultativo/voluntário, e recurso especial necessário
* **Prazos para recurso e reclamação de omissão ilegal**

Prazo em caso de omissão ilegal de actos administrativos, para reclamações ou recursos – um ano (art. 187.º CPA), a contar do termo do prazo para o cumprimento do dever de decisão. Portanto, a norma do art. 193.º/2 CPA só se aplica quando há prática do acto.

Art. 195.º/5 e 6 CPA - em caso de recurso hierárquico interposto a uma omissão de um acto (permitido pelo art. 193.º/1 al. b)), o órgão subordinado pode praticar o acto omitido na pendência do recurso. Em virtude disso, tanto o recorrente como os contra-interessados podem requerer que o recurso prossiga contra o acto praticado, invocando novos fundamentos.

* Qual é o efeito que a reclamação ou recurso hierárquico tem sobre o próprio acto praticado?

**Exemplo:** Imaginemos que a direcção da faculdade expulsa um aluno. Notifica-o da expulsão. E procede a um acto de cancelamento da matrícula. Esse aluno reclama desse acto. Quais os efeitos que a reclamação tem sobre o acto propriamente dito? O aluno é notificado sobre a decisão na véspera do exame. Reclama desta decisão. Pode ou não ir fazer o exame?

Será que a decisão suspendeu os efeitos do acto? Assunto regulado no art. 189.º CPA.

O que acontece ao acto quando haja reclamação ou recurso hierárquico sobre ele?

O artigo indica-nos que as impugnações necessárias suspendem sempre os efeitos dos actos. Por isso, voltando ao art. 3.º do DL 4/2015… alínea c) do nº1. Se for necessário recorrer ou reclamar, o legislador está a dar uma importância acrescida a haver segundo juízo administrativo. Logo, os efeitos do acto suspendem-se.

No exemplo *supra*, a decisão de cancelamento da matrícula não produz efeitos enquanto não houver decisão da reclamação necessária ou do recurso necessário – mas é preciso que a reclamação ou o recurso seja necessário.

Art. 189.º/2 - Decisão de cancelamento da matrícula no dia antes do exame – não há reclamação necessária nem recurso necessário. Mas o aluno ou aluna podem reclamar para a direcção apresentando argumentos no sentido da inconveniência, suportando a suspensão dos efeitos da decisão da direcção - “deixe-me fazer o exame enquanto a reclamação está a ser decidida”. A direcção pode decidir, então, que os efeitos do acto reclamado ficam suspensos. Não está a decidir sobre a reclamação, mas sobre os efeitos que a reclamação tem nos efeitos que o acto produz.

* **Procedimento de reclamação/procedimento de recurso hierárquico**

**Sumário**: deu entrada o recurso, notificam-se os contra-interessados, o autor tem prazo adicional para receber a sua pronúncia e emitir a própria pronúncia. Envia para o órgão com competência para decidir. E só quando o órgão recebe o processo é que começam a contar os 30 dias.

* **Iniciativa** – art. 184.º/3. Começa com um requerimento. Nunca há iniciativa oficiosa, nunca é a própria entidade administrativa a começar uma reclamação ou recurso contra si própria. Posso invocar questões de legalidade ou de mérito. Não é necessária a intervenção de um advogado. Introduzem-se elementos probatórios necessários. Não pode reclamar nem recorrer quem aceitou o acto depois de praticado – art. 186.º/2. O aluno recebe notificação do cancelamento da matrícula e inscreve-se noutra faculdade, por exemplo. Já não pode reclamar nem recorrer da decisão. Se o que esta em causa é uma garantia administrativa necessária, o aluno deixa de a poder usar, e, se não a usa, não pode recorrer para tribunal. É muito importante, este ponto.
* Espécie de fase instrutória. Art. 195.º/1. **O autor do acto notifica os que possam ser prejudicados** (os contra-interessados). O autor do acto ou omissão pronuncia-se – defende a sua posição, diz o que entende sobre aquele recurso. Depois, envia o recurso para o órgão com competência para decidir sobre ele.
* **Art. 198.º/1** – a decisão sobre o recurso hierárquico tem de ser tomada no prazo de 30 dias úteis a contar da remessa do processo ao órgão competente para dele conhecer (quando é que o processo foi remetido ao órgão competente para dele conhecer). Art. 198.º/4 - se houver indeferimento do recurso hierárquico necessário, ou ausência de decisão dentro do prazo de 30 dias, o interessado pode impugnar contenciosamente o acto do órgão subalterno, ou impor ao órgão o cumprimento do dever de decidir, através da abertura, para si, do meio jurisdicional de recurso (no mesmo sentido vai o art. 192.º/3 CPA, no caso da reclamação).

## Garantias contenciosas (remissão)

Acontecem já perante um tribunal administrativo. Num caso patológico. O ideal é termos o procedimento e, depois, a fase das garantias administrativas. Temos procedimento, decisão e depois a execução do acto (ao mesmo tempo, corre a fase das garantias administrativas – o interessado não está satisfeito e reclama e recorre… esta ainda não é uma fase patológica. Mas, por hipótese, continua insatisfeito – começa, aí, a fase patológica - e recorre para o tribunal administrativo. Aí, começamos, já, a estar no âmbito do CPTA - Código de Processo dos Tribunais Administrativos).

O que se faz na fase da garantia administrativa tem um papel determinante para o sucesso da fase jurisdicional. Porque há situações, como vimos, em que a utilização da garantia administrativa é necessária – a lei estabelece que o interessado tem, primeiro, de passar pelas garantias administrativas, para estar habilitado a dispor das garantias judiciais.

Art. 190.º/3 CPA – nos números 1 e 2, regula-se o efeito que as garantias administrativas podem ter umas sobre as outras; o número 3 já vem regular o impacto do exercício de uma garantia administrativa sobre uma garantia jurisdicional. A utilização de garantia administrativa facultativa suspende o prazo de propositura de acções nos tribunais administrativos. Eu posso reclamar ou recorrer, e no momento em que reclamo ou recorro, suspende-se o prazo para propor acção administrativa. Mais uma vez, é uma situação de suspensão do prazo e não de interrupção. O prazo começa a contar, quando reclamei ou recorri, tenho decisão ou omissão, depois, voltam a contar os prazos para propor acção administrativa do ponto em que se suspenderam.

Sendo a garantia administrativa, a suspensão não impede o interessado de propor acções na pendência da impugnação, bem como de requerer providências cautelares. Em caso de reclamação ou recurso facultativo, o legislador dá uma benesse ao particular - “o teu prazo para propor acção não está a correr enquanto estás a resolver a situação...”. Ou seja, mesmo o particular tendo reclamado ou interposto recurso, pode recorrer na mesma directamente para o tribunal, ainda que o prazo esteja suspenso (art. 190.º/4 CPA).

Nota: Todas as impugnações administrativas que têm **carácter necessário**, naturalmente, suspendem, também, o prazo de propositura da acção.

Propomos acção no tribunal sobre o acto originário. E não sobre o que surgiu da reclamação ou do recurso.

# X - Sistemática do CPA

O Código está organizado em 4 partes fundamentais:

1. Parte I - Disposições Gerais (art.1.º-19.º), inclui princípios gerais das actividades administrativas e alguns princípios procedimentais (exemplo: tramitação electrónica)
2. Parte II - Órgãos da Administração Pública (art. 20.º-42.º)
3. Parte III
* Título I - Regime comum (art. 53.º - 96.º) - todo o procedimento administrativo
* Disposições Gerais
* A Relação Jurídica Procedimental
* Sujeitos do Procedimento
* Interessados no Procedimento
* Garantias de Imparcialidade
* Conferência Procedimental – formas particulares que a administração tem para decidir. Exigem por vezes várias pessoas públicas; decisão colectiva. Nova forma de garantir uma decisão colectiva em que intervêm várias pessoas jurídicas. É para que a administração possa decidir de uma só vez numa só vez. Procurou-se juntar todos os que são relevantes para o procedimento numa reunião.
* Direito à Informação – (art. 82.º- 85.º) - concretização do princípio da colaboração com particulares do art. 11.º/1. Regulação mais detalhada. E vamos encontrar mais detalhado o direito de acesso aos documentos administrativos, em que termos nos podemos dirigir a uma entidade administrativa e pedir documentos.
* Dos Prazos – art. 86.º-88.º - o procedimento tem regras próprias para a contagem de prazos, diferentes do processo. No procedimento administrativo aplicam-se os arts. 86/88º, o prazo conta-se em dias uteis, excepto se superior a seis meses. Os prazos são importantes porque são o que nos vai determinar quando há deferimento tácito (quando o decurso do tempo equivale à prática de um acto administrativo), ou quando um particular pode intervir no procedimento, ou é extemporâneo, qual o prazo que se tem para reclamar de actos, etc… o procedimento tem uma contagem de prazos diferentes do processo (são contados em dias úteis. Exemplo: responder no prazo de 10 dias – 10 dias úteis).
* medidas provisórias – art. 89.º e 90.º. Medidas administrativas com carácter urgente. ex: sector da banca – medidas de resolução ao BANIF e ao BES. Não foi dada audiência prévia, por exemplo. Para garantir a utilidade e eficácia da decisão final administrativa.
* Pareceres – art. 91.º e 92.º - Podem ser de diferentes naturezas.
* Extinção do procedimento – art. 93.º - 95.º - como termina o procedimento, quais as regras de extinção do procedimento.
* Título II – Procedimento do Regulamento e do acto administrativo (art. 96.º-135.º)
1. Parte IV - Actividade administrativa (art. 135.º-202.º) - regras sobre os regulamentos e regras sobre os actos administrativos. Garantias dos particulares. Contractos da administração pública.
1. questão do prazo superior a seis meses: é um prazo meramente procedimental, nunca substantivo. Quer isto dizer que só se aplica quando estamos no quadro do procedimento (de formação do acto, do regulamento ou do contracto) e não na fase posterior, já emitida a decisão (em sentido impróprio). Exemplo: temos 6 meses para anular um regulamento, mas só o podemos anular nos dias úteis pela regra do art. 87.º al. d) - FALSO. Para questões de invalidação do acto jurídico já praticado, não entra a figura (procedimental) do dia útil. [↑](#footnote-ref-2)