

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO CONSELHEIRO PRESIDENTE

RUI MOURA RAMOS

- Volume II -



Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos

VOLUME II

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

DIREITO CONSTITUCIONAL APLICADO

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

DIREITO PÚBLICO

VÁRIA: DO DIREITO INTERNACIONAL À HISTÓRIA

2016

Tribunal Constitucional



Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO CONSELHEIRO PRESIDENTE RUI MOURA RAMOS

ORGANIZAÇÃO:

Maria Lúcia Amaral, com a colaboração de Selma Pedroso Bettencourt

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, nºs 76-80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

PAPELMUNDE

Julho, 2016

DEPÓSITO LEGAL

413044/16

Apesar do cuidado e rigor colocados na elaboração da presente obra, devem os diplomas legais dela constantes ser sempre objeto de confirmação com as publicações oficiais.

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO PORTUGAL. Tribunal Constitucional Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos

V. 2: p.- ISBN 978-972-40-6579-3

CDU 34

NAL MEDINA

ÍNDICE

VOLUME II

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Estatuto jurídico-constitucional dos grupos pariamentares na Alemanha e em Cabo Verde – notas comparativas	
ARISTIDES R. LIMA	13
La jurisdicción constitucional en el Perú CÉSAR LANDA	39
Constitutional Justice and Transition in Central and Eastern Europe ENVER HASANI	89
Introdução à Constituição da República da Guiné-Bissau FERNANDO LOUREIRO BASTOS	111
New Zealand's unwritten constitution and the role of its Supreme Court HON SIR JOHN MCGRATH	159
A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria Luís ROBERTO BARROSO	173
Difficult Relations between Constitutional Courts and Supreme Courts: The case of Belgium	213
MARC BOSSUYT Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no âmbito da fiscalização	ZIC
Concreta Concre	227

On the constitutionality of amendments to the Constitution TOMA BIRMONTIENĖ	245
On "A Raging Flood" and "Chaining into Concrete": A Path to the New Law VALERY ZORKIN	271
DIREITO CONSTITUCIONAL APLICADO	
O conceito de recurso ordinário para o efeito do artigo 70.º, n.º 2, da Lei do Tribunal Constitucional. O caso particular dos incidentes pós-decisórios CARLOS FERNANDES CADILHA / MARIA JOÃO BRAZÃO DE CARVALHO	289
	207
O contencioso administrativo na jurisprudência constitucional ESPERANÇA MEALHA	311
Direito de constituir família, filiação e adopção – Notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ESTRELA CHABY ZEVILLE EQUIDO 2000 — ODIO 100 OD DE 2 ADREMO	329
As Últimas Enfiteuses JOÃO CURA MARIANO 10 10 10 10 10 10 10 10 10 10 10 10 10 1	357
GPS do princípio da legalidade penal: uma análise da jurisprudência constitucional LÍGIA FERRO DA COSTA / SELMA PEDROSO BETTENCOURT	
	303
Sistemas de prova: Da irracionalidade à dimensão constitucional das proibições de prova em processo penal	
Internamento compulsivo de portador de anomalia psíquica MARIA JOÃO ANTUNES	423
As alterações do Decreto-Lei n.º 109/2014 ao regime jurídico das farmácias perante do princípio constitucional da proibição do excesso NUNO PIÇARRA	
Direito a constituir família, discurso da igualdade de direitos	
das pessoas com orientação homossexual e a perspetiva aperaloob a	
RE DOS SANTOS RELIGIOS SANTOS RELIGIOS SANTOS RELIGIOS SANTOS RELIGIOS SANTOS RELIGIOS RELIGI	

	INDICE
Tribunal Unificado de Patentes e Constituição RUI MEDEIROS / MARIA MANUEL SIMÕES	487
Direito Internacional Privado	
A propósito de duas decisões dos tribunais portugueses sobre o contrato de trabalho internacional ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES	519
A aplicação internacionalmente ampliada das regras de notariado latino nos negócios imobiliários AFONSO PATRÃO	547
Eficacia de las sentencias extranjeras en Venezuela GONZALO PARRA-ARANGUREN	605
O regime patrimonial do casamento e as sucessões no direito internacional privado europeu – crónica de um desfecho anunciado nuno ASCENSÃO SILVA	629
AW CONTRACTOR OF THE CONTRACTO	
DIREITO PÚBLICO	
Turismo de saúde e a regulação independente ANA PAULA CABRAL	699
As categorias jurídicas no direito administrativo cosmopolita: uma leveza insustentável COLAÇO ANTUNES	723
Idoneidade de membros de órgãos sociais de instituições de crédito. Primus inter pares? A avaliação da sua adequação CRISTINA MÁXIMO DOS SANTOS	761
Algumas considerações relativas à inspecção tributária JOSÉ CASALTA NABAIS	795
O Órgão de Controlo Externo do Financiamento Político – Notas de Estudo Comparado, de Historial e de Reflexão MARGARIDA SALEMA D'OLIVEIRA MARTINS	821
Apontamento sobre o regime da arbitragem respeitante a litígios relativos à formação de contratos públicos MÁRIO AROSO DE ALMEIDA	843

Simplificação e eficiência administrativas na reforma do Estado ama U – Breves reflexões em torno de algumas soluções	
do Código do Procedimento Administrativo RAQUEL CARVALHO	855
O direito administrativo atual: Traços identitários	
sérvulo correia a cocuputo qui anudit a consciond acub ob our la companya de la c	188 opos o cont
a pretexto da agricultura biotecnológica SUZANA TAVARES DA SILVA	903
OPATRÃO ANTONIO MATERIAL MATER	AFONS
Vária: do Direito Internacional à História	
Antecedentes e consequentes do 28 de Maio: O arquivo de Domingos	GONZ
patrimonial do ensamento e as sucessões no direito ariavilO ab actorial privado an oper—cronica de um desfecho OQUARA OINÒTNA	məm 931
O império colonial português: Perspectiva constitucional ANTÓNIO E. DUARTE SILVA	983
Directo Públidèb atraq ab alatta en magarida Asande e a regulação independente	1003
Simulação e reserva mental: uma reconstrução não voluntarista	1053
Metodologia e cientificidade no Direito Internacional Público de associativo de a	
	1067
O sistema de protecção de adultos (incapazes) do Código Civil a basel à luz do artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre a convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência	
GERALDO ROCHA RIBEIRO	
Jurisdição e competência para os processos relativos a crianças	
le Controlo Externo do Financiamento Politico and MAXALA LABASI	
Perspectiva histórico-constitucional dos municípios e dos consórcios intermunicipais na federação brasileira	
JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI CON TRANSPORTA AL OLIVOTA A SOL	
Fontes de direito, ordem jurídica e reconhecimento de operación de sousa e brito	

	ÍNDICE
Recuperação de ativos: questões gerais e modelo legal português JORGE COSTA	1251
Estado de Direito e Islão – <i>Diálogos para uma Primavera</i> PAULO FERREIRA DA CUNHA	1263
Perda de chance processual PAULO MOTA PINTO	1283
O Sherman act e a eponímia das leis VICTOR CALVETE	1325

• More than the control of the second of the control of the con

process of the state of the sta

O direito administrativo atual: Traços identitários

- 1. Dos alvores do Século XIX até aos nossos dias, o Direito Administrativo evoluiu constantemente e em larga escala. O conhecimento desse já longo percurso desde logo nos traz a certeza do caráter efémero da modernidade do Direito Administrativo visto à luz das suas coordenadas atuais. Mas não significa isso, porém, que uma qualquer arbitrária fronteira nos autorize a contrapor um "velho Direito Administrativo" a um "novo Direito Administrativo" como realidades distintas e irredutíveis. Sendo certo que a filtragem operada em ordens jurídicas como a nossa pelas Constituições do Estado de Direito democrático desde logo implicou a eliminação de institutos e normas incompatíveis com os novos padrões, o efeito mais significativo dessas Leis Fundamentais sobre o Direito Administrativo consistiu num impulso modernizador, progressivamente concretizado ao longo das décadas seguintes.
- 2. Se, nos nossos dias, o Direito Administrativo é ainda o mesmo ramo do Direito que foi ganhando autonomia científica e nome próprio ao longo da primeira metade do Século XIX, isso se deve à indubitável permanência do mais estruturante de entre os seus traços identitários. As soluções legislativas parcelares poderão ter conhecido múltiplas inovações e, até por vezes, processos de involução. Mas sempre se vem mantendo a marca nuclear do Direito Adminis-

^{*} Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado, "Sérvulo & Associados. RL".

trativo como sendo aquele ramo do Direito através do qual se visa a consecução da compatibilidade entre, por um lado, a efetivação do interesse público por órgãos legitimados e habilitados por lei e, pelo outro, o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos afetados individual e concretamente por atos de poder.

Para a prossecução do interesse público - ou seja do conjunto de fins normativamente assumidos pelas comunidades políticas de base territorial para a atividade a desenvolver pelos seus órgãos e pelos de outros entes sob sua influência dominante - impõe-se a adoção de soluções de tipo organizatório e funcional. Tais fórmulas distinguem-se daquelas que modelam juridicamente o inter-relacionamento de particulares nos quadros da família, da propriedade e do mercado. Em ambos os planos organizatório e funcional, subsistemas de normas jurídicas administrativas regem o poder-dever de prosseguir o interesse público sob legitimação, habilitação competencial e escrutínio democrático no quadro de relações jurídicas com os destinatários dessa atuação. Mas o respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares molda, por seu turno, a materialidade dos efeitos jurídicos constituídos no exercício do poder público de conformação de situações individuais e concretas e influencia as soluções de concordância prática para as colisões entre interesses públicos e interesses privados merecedores de proteção. Além disso, os direitos e interesses legalmente protegidos beneficiam de garantias procedimentais e processuais aptas a proporcionar-lhes efetividade. É este o âmbito próprio do Direito Administrativo, mais fácil de descrever do que de sinteticamente definir.

3. De todo o modo, é a compatibilização entre a necessária consecução do interesse público e o respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos aquilo que singulariza a essência do Direito Administrativo. Tal essência consolidou-se logo a partir das primeiras décadas do Século XIX, como súmula explicativa do exercício jurídico de poderes públicos não legislativos e não jurisdicionais no conjunto dos Estados Constitucionais.

Os institutos do Direito Administrativo, as suas fórmulas de composição de interesses, os seus conceitos, a sua terminologia, o seu afinamento dogmático variam no espaço e no tempo. O elenco e, sobretudo, a graduação prioritária das tarefas administrativas evoluem, permitindo que, em relação a períodos mais ou menos longos, se distingam modelos como os da administração restritiva e da administração prestadora. No entanto, o Direito Administrativo de cada fase traz no seu bojo toda uma série de elementos provenientes de estádios anteriores. Novos enquadramentos sistémicos, aprofundamentos teóricos e utilizações antes não imaginadas para figuras pré-existentes proporcionarão alcance revigorado a contributos de fases pretéritas. Mas a sua continuidade reflete sem

dúvida a permanência do traço identitário essencial do Direito Administrativo, do mesmo passo que desmente a ocorrência de ruturas drásticas entre épocas totalmente distintas. Emplio, como como en escolar en e

- 4. Ao dissertar sobre traços identitários do Direito Administrativo atual, importa que a respetiva escolha se processe de acordo com critérios objetivos. Afigurou-se razoável atender para tal qualificação a três parâmetros:
 - 1 Contributo do traço em questão para a coerência sistémica do Direito
 - do Direito Administrativo Geral e dos Direitos Administrativos especiais;
 - 3 Testemunho prestado por esse traço quanto ao trajeto evolutivo do Direito Administrativo.

Com base na presença destes parâmetros, parece defensável a seguinte lista de traços identitários do Direito Administrativo atual:

- a) Constitucionalização; de mais a control de proposition de la constitucionalização; de mais a control de la control de l
- b) Papel matricial do princípio do Estado de Direito democrático;
 - c) Asseguramento da coerência por uma rede de princípios;
 - d) Recomposição dos perfis da função administrativa;
 - e) Incremento da transversalidade da estrutura organizatória;
 - f) Renovação da dogmática das formas jurídicas típicas;

 - g) Perspetiva relacional;
 h) Perspetiva procedimental;
 i) Reforço da efetividade da tutela jurisdicional;
- Cosmopolitização.

Os limites quanto à extensão do presente estudo impõem que nos circunscrevamos a alguns de entre esses marcos identitários.

5. O primeiro dos traços identitários do Direito Administrativo atual - e um seu traço central e irradiante - é o da constitucionalização do Direito Administrativo.

Durante longos períodos através do Século XX, o Direito Administrativo foi teorizado e aplicado quase sem interação com o Direito Constitucional. Sob regimes autoritários, essa caraterística ganhou compreensivelmente nova força, devido ao arbítrio deixado ao legislador ordinário para organizar o relacionamento entre os poderes públicos e os cidadãos. Isso não sucedeu, porém, apenas sob a égide de regimes não democráticos. Permanece gravada na memória dos administrativistas a máxima de Otto Mayer, após a queda do regime monárquico na Alemanha: "O Direito Constitucional passa e o Direito Administrativo permanece". Fundador da teoria geral alemã do Direito Administrativo, Otto Mayer construiu-a em torno do conceito de ato administrativo. A utilização do método da jurisprudência dos conceitos permitia edificar um regime geral através de nexos lógico-formais próprios deste instituto, que representavam, sem necessidade de outro fundamento, um modo de auto-limitação do poder estatal. E o papel da Constituição circunscrevia-se a submeter a Administração às normas do Direito legislado¹. Algumas décadas mais tarde, em França, Georges Vedel, afirmando embora a natureza da Constituição como "base necessária das regras cujo conjunto compõe o Direito Administrativo", reconhecia criticamente a solução de continuidade que a teoria clássica do seu país, alicerçada numa conceção auto-suficiente de "serviço público", criara entre os principios constitucionais e o Direito Administrativo².

Este panorama alterou-se radicalmente graças ao impacto de constituições de forte conotação axiológica e orientadora, surgidas ao longo da segunda metade do Século XX. Foi, ainda nos finais dos anos 40, primeiramente o caso dos textos constitucionais italiano e alemão e, mais tarde, por ordem cronológica, do português, do grego, do espanhol e do brasileiro, entre outros. No âmbito de Constituições como estas, o Direito Administrativo transforma-se, de acordo com a frase lapidar de Fritz Werner, em 1959, em "Direito Constitucional concretizado". Essas Constituições enunciam direitos fundamentais dos cidadãos perante a atividade e a organização administrativas, elencam tarefas administrativas nos mais diversos planos da vida social, desenham linhas básicas da estrutura organizatória (compreendendo os direitos de autonomia das comunidades territoriais infra-estaduais), estabelecem garantias no procedimento e no processo administrativo. A constitucionalização age como fator de transparência, racionalidade e coerência do Direito Administrativo enquanto sistema normativo3. E, a esse propósito, o papel eminentemente determinante cabe a princípios aos quais a Constituição empresta fundamentalidade. Nas últimas décadas, os textos constitucionais surgidos no "arco euro-atlântico de Estados constitu-

¹ Cfr. Deutsches Verwaltungsrecht, I, 3² ed., Munique: Duncker & Humblot, 1924, prefacio e pp. 55s. ² Cfr. Les bases constitutionnelles du droit administratif, in: Laubadère / Mathiot / Rivero / Vedel, Pages de Doctrine, II, Paris: L.G.D.J., 1980, p. 129.

³ Cfr. Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 374 e 375; Walter Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, Munique: C.H. Beck, 1982, pp. 6 e 7; Schmidt-Assmann, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsrechtnd, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, Munique: C.H. Beck, 2006, p. 243 e 244; Marcelo Rebelo de Sousa / Salgado de Matos, Direito Administrativo Geral, I, Lisboa: Dom Quixote, 2004, pp. 68 e 69; Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45; Paulo Otero, Manual de Direito Administrativo, I, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 334 e 335.

cionais" caraterizam-se pelo pendor marcadamente principialista⁴. E o filtro administrativista permite destacar, de entre uma complexa rede de valores, bens e princípios constitucionais, aqueles que, por seu turno, constituem hoje a ossatura do Direito Administrativo. É, desde logo, o caso dos princípios estruturantes da atividade administrativa: a legalidade ou juridicidade, a prossecução do interesse público, a igualdade, a imparcialidade, a boa fé e a publicidade. Como seria natural em face da multiplicidade dos princípios da "Constituição Administrativa", nota-se a tendência para englobar diversos de entre eles, revestidos de maior afinidade, em princípios nucleares, encarados como resposta sincrética a necessidades de reforma e propostas de mudança. Não se trata de princípios hierarquicamente superiores a outros, mas, antes, de asserções axiológicas suscetíveis de decomposição em diversas outras que, correspondendo à mesma ideia retora, a direcionam sobre diferentes situações típicas da atividade administrativa. É o caso do princípio da boa administração, ainda hoje em diferentes estádios de sedimentação consoante as ordens jurídicas⁵. No artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sob o valor constituído pela boa administração, são agrupados, ainda que a título apenas exemplificativo, três direitos que relevam do devido procedimento administrativo equitativo: os direitos de audiência, de acesso à informação procedimental e à fundamentação das decisões. Adivinha-se, desta forma, o atingimento, nos ordenamentos jurídicos da Europa continental, de uma nova fase em que exigências ou garantias, atomisticamente antes enunciadas em diferentes momentos pelo legislador ou pelo juiz, passarão a ser assumidas como concretizações de um princípio irradiante, dinamizado por um mesmo imperativo de tratamento justo dos particulares participantes no procedimento administrativo.

6. A par, porém, da consolidação, na atualidade, de novos princípios nucleares do Direito Constitucional Administrativo, mantem-se o papel estruturante de um outro princípio, bem mais antigo. Refiro-me a um segundo traço identitário do Direito Administrativo contemporâneo, que consiste no papel matricial do princípio do Estado de Direito Democrático. Convém no entanto notar desde já que, se o Estado de Direito é um conceito axiológico proveniente do Século

⁴ Cfr. Rui Medeiros, A Constituição Portuguesa num Contexto Global, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 101.

⁵ Cfr. Efstratiou, Der Grundsatz der guten Verwaltung als Herausforderung an die Dogmatik des nationalen und europäischen Verwaltungsrechts, in: Trute / Gross / Röhl / Möllers, Algemeines Verwaltungsrechtzur Trag fähigkeit eines Konzepts, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 281 s, em particular, 301 a 305. ⁶ Cfr. Sérvulo Correia, Administrative Due or Fair Process: Different Paths in the Evolutionary Formation of a Global Principle and of a Global Right, in: Anthony / Auby / Morison / Zwart, Values In Global Administrative Law, Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2011, pp. 343 a 351.

XIX, ele nos surge hoje muito remoçado, não apenas graças ao aditamento e aos desenvolvimentos da componente democrática, mas também à modernização da ideia de Direito que a ele desde o início presidiu⁷.

Assumindo implicitamente a visão Kelseniana da essência do Estado como fenómeno jurídico⁸, a Constituição Portuguesa proclama a natureza da República como "Estado de direito democrático" (artigo 2º). Não podemos curar aqui da complexa história deste conceito normativo central⁹, nem da maneira como o preceito constitucional em causa lhe preenche o conteúdo, sempre, aliás, em termos incompletos, visto que a força irradiante e o contexto sistémico o enriquecem em termos que a letra do preceito-chave por si mesma não revela. A tal propósito, aquilo que interessa é aderir à conclusão de um autor brasileiro, quando escreve que o conceito de Estado Democrático de Direito constitui "um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria (geral) da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente" do constitucionalismo desempenha hoje um papel matricial do Direito Administrativo.

Os dois núcleos deste princípio dualista são indissociáveis. Sem a legitimação democrática do legislador, o Estado poderá ser Estado de legalidade, mas não será Estado de Direito. Mas, sem estruturação jurídica adequada do procedimento de escolha dos agentes políticos e dos meios da sua atuação, ficará em causa a genuidade de uma alegada representação do povo no exercício dos poderes públicos¹². Ora, tanto o núcleo dos direitos subjetivos e do Direito objetivo como o núcleo da Democracia se desdobram em vertentes identitárias do Direito Administrativo. Porque o Estado é de direito, os órgãos da Administração Pública devem respeitar e promover na parte que lhes cumpre os

⁷ Cfr. Jorge Reis Novais, Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 32 a 42.

⁸ Cfr. Hans Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, (trad. por Charles Eisenmann da 2ª ed. da *Reine Rechtslehre*), Paris: Dalloz, 1962, pp. 378 s.

^o Cfr. Marie-Joële Redor, De L'État Légal à L'État De Droit, Paris: Economica, 1992; Jorge Reis Novais, Contributo Para Uma Teoria Do Estado De Direito, Coimbra: Almedina, 2006; Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, pp. 263 a 396.

¹⁰ Cfr. Marcos Augusto Maliska, Comentário ao Art. 1º, I, in: Gomes Canotilho / Gilmar Ferreira Mendes / Ingo Wolfgang Sarlet / Lénio Streck, Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 116.

¹¹ Cfr. Gomes Canotilho / Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, I, 4⁸ ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 204.

¹² Cfr. HABERMAS, Faktizität und Geltung, 3^a ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, pp. 168 e 169, entre outras.

direitos fundamentais e outros direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não podem agir contra legem e carecem, para atuar, de competência de fonte normativa. Por outro lado, a organização administrativa há-de ser arquitetada pela via normativa. Mas porque o Estado se não contenta com uma legalidade formal, antes se assumindo como democrático, a administração tem de apoiar-se em mecanismos de legitimação democrática, ao passo que, ao alcance dos cidadãos, existam meios de participação administrativa institucional e procedimental. Acresce que a Administração se encontra sujeita a múltiplas formas de responsabilidade democrática, conceito este através do qual se pretende o impossível, ou seja, proceder a uma tradução fiel do termo "accountability"13. Cumpre sublinhar que, nos nossos tempos, o controlo da opinião pública sobre o exercício da função administrativa constitui uma vertente fundamental do princípio democrático, princípio estruturante do Direito Constitucional e, por osmose, também do Direito Administrativo. A responsabilização democrática traduz-se na exigência de uma dupla postura por parte da Administração: sujeição, através da transparência e da participação, ao escrutínio dos cidadãos e colaboração ativa com tal escrutínio, fazendo o razoavelmente exigível para do seu lado o possibilitar. A responsabilidade democrática ou "accountability", transversal ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo, vem constituindo, no seio deste último, um instituto delineável através de uma rede de situações jurídicas substantivas, organizatórias, procedimentais e processuais. Perante a dificuldade de delimitar hoje em dia o âmbito organizatório da Administração Pública enquanto elemento definitório da área própria do Direito Administrativo, a sujeição à responsabilidade democrática constitui, segundo tudo indica, uma nova base do conceito institucional de Administração Pública¹⁴.

7. Sem prejuízo do papel dominante do princípio do Estado de Direito Democrático na geometria das coordenadas do Direito Administrativo da atualidade, sobra ainda espaço para um seu autónomo traço identitário assente na especificidade do papel dos princípios como cimento de coesão sistémica e padrão decisório.

Não nos referimos apenas ou principalmente à figura, velha mas ainda pertinente, dos princípios gerais de direito ideados pela jurisprudência administrativa para, com eficácia infra-legislativa mas supra-regulamentar, preencher

¹³ Cfr. Mulgan, "Accountability": An Ever-Expanding Concept?", in: Public Administration, Vol. 78, No. 3, 2000, p. 555.

¹⁴ Cfr. Sérvulo Correia, Contencioso Administrativo E Responsabilidade Democrática Da Administração, in: Paulo Otero / Fernando Araújo / João Тавоrda da Gama, (Org.), Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 596 e 605.

vazios do Direito escrito através de orientações comuns surpreendidas na base de preceitos com forma escrita¹⁵.

Sob uma visão analítica, aquilo que caracteriza o princípio como norma distinta da regra é uma diferença qualitativa na forma de aplicação: os princípios constituem imperativos de otimização, ou seja, de observância do seu sentido deôntico na máxima medida permitida pelas realidades jurídicas e fácticas. Ao passo que, quando aplicáveis, as regras o devem ser integralmente, os princípios sê-lo-ão apenas, designadamente, enquanto outros princípios com eles colidentes ou regras que mereçam a primazia a isso se não opuserem. A colisão entre princípios é solucionada através de um raciocínio de ponderação entre os interesses por eles cobertos no caso concreto através da identificação de uma relação de precedência. A precedência meramente parcial de um dos interesses em jogo conduz à construção de uma fórmula de concordância prática lo.

A especificidade do papel dos princípios no campo do Direito Administrativo prende-se, em primeiro lugar, com o modo próprio da sua aplicação pelos órgãos da Administração no exercício da discricionariedade e da margem de livre avaliação. Mas tal especificidade salienta-se também graças à adequação de muitos princípios para refletir a essência dualista do Direito Administrativo enquanto instrumento de eficiência na concretização da utilidade pública e de simultânea garantia dos direitos e interesses legalmente protegidos.

8. A essência própria da aplicação dos princípios pela Administração explica-se pelo modo como muitos deles conferem natureza normativa ao interesse público ou, melhor, aos múltiplos interesses nos quais se desmultiplica o interesse público que, por imperativo constitucional, a Administração deve considerar a meta de toda a sua atividade.

A visão funcional da atuação administrativa resulta precisamente da sua indissociável conexão com fins de interesse público¹⁷. A deverosidade da prossecução administrativa do interesse público converte-o em princípio estrutu-

¹⁵ Sobre a menor relevância, nos nossos dias, de uma conceção de princípio exclusivamente baseada numa teoria das fontes, v.: Matthias Ruffert, Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, P. 1135; Rüthers / Fischer / Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 6³ ed., Munique: Beck, 2011, p. 446.

¹⁶ Cfr. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 3³ ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, pp. 75 a 90; David Duarte, A Norma De Legalidade Procedimental Administrativa, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 129 ss.

Observam Wolff / Bachof / Stober que a prossecução do interesse público constitui um princípio estrutural não escrito de todas as modalidades de atividade administrativa (Cfr. Verwaltungsrecht, I, 11^a ed., Munique: Beck, p. 416). Mas, no Direito português, ele tem expressão escrita no artigo 266^a, n^a 1, da Constituição.

rante do Direito Administrativo. E, como cada um dos interesses públicos em que se desdobra o são por força de uma enunciação constitucional ou legislativa, também eles se revestem da natureza de princípios, já que também aí a presença de um mandado de otimização é incontestável. Mandado, nem que não seja por força do imperativo constitucional de prossecução do interesse público em geral. Otimização, visto que, por definição, o fim abstrato se não satisfaz definitivamente graças às suas sucessivas consecuções casuísticas e que a sua plena realização, quando vista apenas à luz das coordenadas de cada momento, se mostra praticamente impossível devido à necessidade de a compaginar com a observância de outros fins, desde logo os respeitantes ao equilíbrio das finanças públicas.

Sob a sua natureza de princípios, os interesses públicos vão estar presentes na ponderação que dita o sentido do exercício da discricionariedade administrativa e vão parametrizar exigências de adequação dos juízos de avaliação e prognose pelos quais a Administração preenche previsões formuladas pelas normas através de conceitos jurídicos indeterminados. Uma vez que se trata da configuração principiológica de interesses públicos levados à formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, a sua densificação compete à Administração e não ao juiz, ao contrário do que sucede em outros ramos do direito perante situações de colisão entre princípios ou de necessidade de os prosseguir através de juízos de avaliação ou prognose. Só assim não sucederá em Direito Administrativo quando se tratar de princípios com a natureza de direito fundamental. A restrição destes é prerrogativa do legislador, não podendo constituir, no domínio da programação e execução das tarefas administrativas, matéria de escolhas e avaliações cujo sentido não seja determinado por lei.

9. Avulta no entanto também uma segunda particularidade do impacto dos princípios no âmbito do Direito Administrativo, a qual consiste no caráter reforçado da sua função sistematizadora.

Trata-se desde logo de uma consequência da constitucionalização, porquanto um considerável número de princípios de Direito Administrativo tem hoje dignidade constitucional. A unidade da Constituição confere a esses princípios o papel de fator de coerência como pólos de um sistema axiológico.

Mas não é apenas por essa razão que se diferencia qualitativamente, entre o Direito Administrativo e outros ramos do Direito, a operacionalidade dos princípios enquanto ferramentas sistémicas de interpretação, preenchimento das lacunas e berço da criação de novas regras. No Direito Administrativo, a incoerência facilmente brotaria da dialética entre função eficientista na gestão da coisa pública e função garantista de direitos e interesses, ambas elas ínsitas na

identidade deste ramo do direito. Mas é aí que intervem um papel equilibrante dos princípios. Assim sucede, em primeiro lugar, no quadro da formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, graças à ponderação entre aqueles princípios que dão moldura a interesses públicos. Por essa forma, não se acomodam, porém, apenas interesses públicos colidentes no caso concreto, pois que se gizam também as fórmulas de reposição equitativa das situação subjetivas submetidas à imposição de sacrifício.

Mas o contributo dos princípios para a coerência do ordenamento jurídico administrativo afirma-se por vezes ainda com maior nitidez. É aquilo que sucede quando, no próprio princípio, se conjugam as duas lógicas finalísticas. Pense-se, por exemplo, no princípio da participação do interessado no procedimento administrativo, que, simultaneamente, serve a eficácia da tutela do particular e a qualidade objetiva da decisão. Ainda um exemplo, a par de muitos outros possíveis, nos é dado pelo princípio da proteção do co-contratante pelo contraente público: quando, se resguarda o co-contratante contra a violação por terceiros de vínculos jurídico-administrativos, salvaguarda-se igualmente o interesse público na boa execução do contrato.

Por outro lado ainda, a seriação analítica dos princípios do Direito Administrativo geral e de cada Direito Administrativo especial permite delimitar com maior precisão a substância incompressível dos tecidos axiológicos do núcleo normativo comum e dos subramos e impede que a especialidade destes últimos se transforme em causa de rutura do traçado sistémico de conjunto.

Também importa não esquecer o relevo dos princípios centrados em interesses públicos no desenho das tarefas administrativas. As tarefas constituem uma categoria conceptual da teoria geral do direito administrativo que merece ser construída a partir das alíneas d) a h) do artigo 9º da Constituição. Tarefas não se confundem com atribuições, nem com interesses públicos. O conceito de atribuições tem um alcance principalmente organizatório. E, por si só, o fim de interesse público, muito embora estabeleça uma meta, não dispõe quanto ao modo de a alcançar. É o desempenho da tarefa que obriga à programação de políticas administrativas a nível nacional, regional ou local.

políticas administrativas a nível nacional, regional ou local.

As alíneas d) a h) do artigo 9º da Constituição não esgotam o elenco das tarefas administrativas, limitando-se a salientar aquelas que, pela sua essencialidade, merecem ser consideradas como valores constitucionais. A par delas, outras são delineadas a nível da legislação ordinária ou da programação administrativa. O que caracteriza a tarefa é o dever de prosseguir certo ou certos fins de interesse público através da organização de meios adequados.

Os princípios respeitantes ao dever de prosseguir determinados interesses públicos ganham assim, no quadro do Direito Administrativo, um relevo refor-

çado como diretrizes de ordenação dos meios à luz do imperativo da sua adequação finalística.

10. Um quarto traço identitário do Direito Administrativo dos nossos dias consiste na recomposição dos perfis da função administrativa.

Ao longo da segunda metade do Século XX, a doutrina alemã, logo seguida pela de muitos outros países, trabalhou sobre dois perfis: o da "administração restritiva" (Eingriffsverwaltung) e o da "administração de prestação" (Leistungsverwaltung). O primeiro perfil abarca o conjunto dos atos administrativos e atos materiais através dos quais se restringem quaisquer situações jurídicas subjetivas ativas de particulares, a começar, naturalmente, pelos direitos e garantias fundamentais. Sob a ideia de administração de prestação, incluem-se pelo seu lado todas as atividades jurídicas e materiais através das quais são garantidas e melhoradas as condições de vida dos cidadãos, quer num plano de relação individualizada, quer mediante iniciativas e organizações empresariais, de natureza pública ou mista, dirigidas à produção de bens e serviços de interesse geral¹⁸.

Através destas fórmulas intencionalmente sincréticas, cobrem-se realidades complexas, que, em grande medida, se interpenetram. Importa referi-las aqui por via daquilo que se convencionou chamar "crise do Estado social" ou do "Estado-Providência" e dos seus reflexos nos perfis da função administrativa. Esta crise foi-se tornando virulenta já ao longo do último quartel do Século XX, em particular na Europa ocidental e central. As suas causas são múltiplas, podendo salientar-se o acentuado envelhecimento da população, o encerramento ou deslocalização de muitas empresas tradicionais incapazes de suportar a concorrência num mercado globalizado, a contradição entre a renitência ao pagamento de impostos e a apetência pela obtenção de benefícios suportados pelo erário público, o alargamento contínuo do emprego público como processo de luta contra o desemprego e meio de satisfazer clientelas partidárias.

A esta situação foi-se procurando responder – no meio de muitas incertezas e de acirrada controvérsia política – por medidas de contenção dos encargos sociais, redução dos quadros de servidores públicos, privatização e desregulação.

As incertezas quanto à essência de um novo perfil da função administrativa refletem-se na pluralidade das suas designações doutrinais: administração orientadora, infraestruturante, garante, reguladora ou incentivadora entre outras¹⁹. Nalgumas destas vertentes de um novo perfil de função administrativa,

¹⁸ A título de exemplo, cfr.: Koch / Rubel / Heselhaus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3ª ed., Munique: Luchterhand, 2003, p. 5; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18ª ed., Munique: C.H. Beck, 2011, pp. 6-10.

¹⁹ Cfr. Неіко Faber, Verwaltungsrecht, 4² ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 1995, pp. 168-170; VIEIRA DE ANDRADE, Os poderes de cognição e de decisão do juiz no quadro do atual processo administrativo de plena

são patentes as flutuações. Ao desmantelamento do aparelho empresarial da Administração correspondeu inicialmente um incremento da regulação, entendida como nova modalidade de atuação administrativa, simultaneamente caraterizada pela intervenção de agências ou autoridades administrativas independentes e pela estatuição de regras para a atividade económica, destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos²⁰. Mas, se o âmbito da regulação se alargou por virtude da sua extensão às atividades privatizadas, interveio em contraciclo, inicialmente nos Estados Unidos da América e no Reino Unido, um movimento a favor da desregulação, visando minimizar a interferência do Estado no funcionamento dos mercados.

F

 Γ

d

a

a

i:

c

ć

e

a

F

C

C

ć

C

A crise global, iniciada no sistema financeiro norte-americano em 2008 e que ainda hoje não chegou ao seu termo, veio porém fazer redescobrir as insuficiências da "invisible hand"²¹. Em países como a Irlanda, Grécia ou Portugal, a Administração Pública foi convocada a uma atividade intensa na execução dos programas de "bail-out", negociados com a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, e na recapitalização de instituições financeiras cuja insolvência poderia desencadear efeitos sistémicos devastadores.

Sem prejuízo de sobreposições parciais, não se identifica com a figura da regulação um outro enfoque da função administrativa na atualidade que, desenvolvido por um setor muito operante da doutrina germânica, é olhado com atenção a partir de outros quadrantes da "comunidade aberta dos administrativistas". Refiro-me ao conceito de "Steuerung", mais uma vez uma ideia-força

jurisdição, in: Cadernos de Justiça Administrativa, nº 101 (Setembro – Outubro de 2013), p. 40; Wolff / Bachof / Stober, Verwaltungsrecht, I, cit., 1999, pp. 54-60.

²⁰ Cfr. Ruffert, Begriff, in: Fehling / Ruffert (eds.), Regulierungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 346; Vital Moreira, Auto-Regulação Profissionale Administração Pública, Coimbra: Almedina, 1997, p. 34. Altamente reveladora do elevado grau de indefinição que ainda rodeia a introdução da figura da regulação como instituto específico no Direito Administrativo de matriz francesa é a obra de Laurence Calandri, Recherche Sur La Notion De Régulation En Droit Administratif Français, Paris: L.G.D.J., 2008. Baseando-se no seu Direito nacional, a Autora define regulação como uma função exercida por órgãos aos quais a lei confere competência especializada, através de atos inominados de conteúdo exortatório (de convite à adoção de certas condutas), gerados em procedimentos informais e revestidos de efetividade graças à aceitação dos destinatários, facilitada pela participação destes nos procedimentos (pp. 354-382, nomeadamente). Mas a circunstância de, em muitos casos em diversas ordens jurídicas (a começar pela francesa), os órgãos de regulação possuírem competência para a emissão de verdadeiros regulamentos e de atos administrativos justifica que se duvide quanto à justeza do estabelecimento de um âmbito tão estreito para a regulação como instituto jurídico-administrativo.

²¹ Cfr. Giulio Napolitano, The role of the State in (and after) the financial crisis: new challenges for administrative law, in: Rose-Ackerman / Lindseth, Comparative Administrative Law, cit., pp. 579, 588 e 589.

para a qual se não encontra facilmente uma tradução para uma língua românica que não traga consigo alguma perda da vitalidade inicial. Adotamos, à falta de melhor, as equivalentes expressões de *função diretiva*, ou *capacidade diretiva da administração*, propostas pelo Professor de Barcelona, José Esteve Pardo²². Aquilo que se pretende significar é que, perante a complexidade da sociedade atual – marcada pelo seu caráter crescentemente pluralista e pela muitas vezes imprevisível e rápida evolução dos contextos tecnológico e económico-financeiro –, avultam os limites à previsão legislativa de todas as situações carecidas de conformação pública, bem como se multiplicam os défices de execução das estatuições normativas. O número crescente de áreas da vida social confiadas à auto-regulação decorre da consciência da necessidade da desconcentração de pólos de decisão, a fim de que a proximidade com os problemas e a participação dos interessados permitam certos afinamentos das políticas administrativas fora do alcance do legislador.

Como conceito analítico, a "Steuerung", ou seja, o real exercício de uma função diretiva ou orientadora pela administração, requer um exame científico dos efeitos recíprocos entre sujeitos, objetos, meios e instrumentos do enquadramento jurídico da sociedade pela administração. Significa-se com isto a necessidade de uma metódica para a determinação dos efeitos das normas jurídicas-administrativas, legislativas e regulamentares, e dos atos e contratos através dos quais se lhes dá aplicação. Para evitar aquilo que se teme esteja a ser um crescente desligamento entre o Direito formalizado nas normas jurídicas e nos atos que as concretizam e o modo como os interesses são satisfeitos ou ignorados na prática, torna-se necessária uma metodologia jurídica particularmente atenta aos efeitos conexos e interdependências das medidas e àquilo que, em prol da respetiva efetividade, se deve pedir aos sujeitos da função orientadora da administração em relação aos meios postos à sua disposição²³. Sublinha-se a este propósito a necessidade de uma maior interpenetração dos estudos do Direito Administrativo e da Ciência da Administração.

11. Um quinto traço identitário do Direito Administrativo contemporâneo consiste na assunção de uma perspetiva relacional.

Na visão clássica, herdada do Século XIX e que, em muitas ordens jurídicas nacionais, perduraria até à segunda metade do Século XX, o Direito Adminis-

²² Cfr. La nueva relación entre Estado y sociedad – Aproximación al transfondo de la crisis, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 165s.

²³ Cfr. Schmidt-Assmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht Als Ordnungsidee, Berlim: Springen, 1998, pp. 18 ss; Vosskuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Asmann / Vosskuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, cit., pp. 20 s.

trativo era entendido como sendo apenas o Direito da administração, na aceção de direito do exercício do poder administrativo.

O cenário altera-se no entanto com as primeiras constituições democráticas no pós-Segunda Guerra Mundial. O regime dos direitos fundamentais em textos constitucionais como os da Itália e da Alemanha torna claro que estes direitos já não correspondem apenas a meras esperanças, aspirações, ideias, impulsos ou, até, a mera retórica política²⁴, que já se não trata, enfim, de asserções constantes de "Preâmbulos" de natureza jurídica mal definida²⁵, pois que, pelo contrário, se afirmam agora como direitos subjetivos justiciáveis. Ora, ainda que os direitos fundamentais se não resumam a meras posições jurídicas subjetivas, visto possuírem simultaneamente a natureza de normas jurídicas objetivas colocadas no plano cimeiro da Ordem Jurídica²⁶, a sua natureza dual exclui uma visão meramente normativista do ordenamento jurídico administrativo e impõe uma reconstituição do estatuto jurídico do administrado no quadro do Direito Administrativo²⁷.

Tudo isto não significa que a vertente relacional expulse a vertente normativista, afaste a prossecução do interesse público como característica identitária do Direito Administrativo, ou conduza ao absurdo de retirar ao Direito Administrativo a feição de Direito da Administração Pública. A relação é jurídica por ser conformada por normas, ou seja, por fazer parte de uma *ordo ordinata* pelo Direito²⁸. Por outro lado, se o Direito Administrativo não é apenas o Direito da realização do interesse público, também não é um Direito votado tão só aos interesses privados. Ele é, sim, um Direito cujos mecanismos visam e permitem equilibrar a realização do interesse público com o respeito pelos legítimos interesses individuais²⁹. Por fim, a natureza jurídica-administrativa das relações

tradiciones e la capación de específica de la composição de la composição de la composição de la composição de

²⁴ Cfr. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6³ ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 377.

²⁵ Cfr. Rivero/Mouтouн, Libertés Publiques, I, 93 ed., Paris: Thémis, 2003, p. 75.

²⁶ ROBERT ALEXY, Theorie der Grundrechte, 3² ed., Frankfurt am Main, 1996, pp. 55, 473 e 474.

²⁷ Cfr. Masing, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, cit., pp. 1-30.

²⁸ Cfr. Achterberg, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung – Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie, Berlim: Duncker & Humblot, 1982, pp. 31, 102 e 117.

²⁹ É aquilo que, por exemplo, preceitua a Constituição da República Portuguesa, no nº 1 do artigo 266º: "A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos". Não parece, pois, que, nos nossos dias, o conteúdo do regime jurídico-administrativo se possa caracterizar pela sistemática e absoluta supremacia do interesse público sobre o privado. Não se pode, em primeiro lugar, inferir que exista uma constante colisão entre os dois tipos de interesses. No âmbito de uma aproximação entre Estado e sociedade, avulta a ideia do "Kooperative Staat", o Estado que estabelece fórmulas de colaboração com os destinatários das normas jurídicas e que "doseia" o Direito Administrativo substantivo por forma a

ordenadas por este ramo do Direito significa sempre que elas se prendem com o exercício da atividade administrativa e que, na grande maioria dos casos, um dos seus sujeitos pertence à Administração Pública em sentido orgânico. Isso não impede, porém, a existência de relações jurídicas administrativas entre particulares, sobretudo em áreas dos Direitos Administrativos especiais sujeitas a regulação de atividades económicas envolvendo múltiplos interessados³⁰.

Outras modalidades de relações jurídicas administrativas importantes para a dogmática administrativa contemporânea são as relações jurídicas multipolares ou poligonais e as relações jurídicas inter e intra-administrativas. O respetivo estudo permite projetar luz sobre realidades administrativas até há pouco quase desconhecidas, equacionar de forma mais esclarecida os interesses aí em confronto e aperfeiçoar e desenvolver os regimes normativos, bem como extrair novas utilidades das práticas a seu propósito desenvolvidas³¹.

A par de outras, duas razões avultam para sublinhar o préstimo da relação jurídica administrativa como instrumento de programação e aplicação do Direito.

Por um lado, ao contrário da decisão ou do contrato administrativo, que constituem um ato jurídico cristalizado no momento da sua prática, a relação jurídica por aqueles constituída ou modificada tem natureza diacrónica, prolongando-se pelo tempo subsequente e sendo analisável quanto ao seu histórico. Ela cola-se muito mais eficazmente às realidades mutáveis, permitindo uma sua visão integrada.

Por outro lado, a conformação administrativa de situações da vida envolve o plano material e o plano procedimental, que, sobrepondo-se e entrecruzando-se por vezes, se não confundem, permitindo uma análise relacional dualista, mais precisa e eficiente. Esta dualidade pode converter-se em trilogia quando a situação passa a ser debatida em tribunal, pois que, com as relações jurídicas administrativas substantiva e procedimental, se vem conjugar uma relação jurídica processual.

deixar aos particulares espaços de autodeterminação (Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, cit., p. 204; Susanne Baer, "Der Bürger" im Verwaltungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, pp. 231 s.). Mas, em situações de colisão entre interesse público e interesses privados não resolvidas por soluções normativas injuntivas, a margem de livre decisão deixada ao aplicador administrativo pela textura aberta da norma requer, por força de comando constitucional, a feitura de ponderação dos interesses públicos e privados colidentes, com observância, nomeadamente, dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança.

³⁰ Cfr. Bernhard Raschauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena-Nova Iorque: Springer, 1998, p. 587.

³¹ Sobre o "programa normativo multipolar" e o "mandato de conformação multipolar", v.: PAES MARQUES, As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 287s.

12. Um sexto traço a merecer especial destaque na caracterização do Direito Administrativo contemporâneo consiste na centralidade da perspetiva procedimental. de discusse de la constitui de la constitui hoje procedimento administrativo constitui hoje

um instituto jurídico que merece ser considerado como eixo fulcral do Direito Administrativo na medida em que interage com praticamente todos os outros elementos estruturais deste ramo do Direito. É, pois, central, o papel que desempenha na moderna dogmática do Direito Administrativo³². Ele é, por outras palavras, a forma do exercício da função administrativa³³.

Não é assim por acaso que, em ordens jurídicas como a alemã, a espanhola, a italiana ou a portuguesa, os códigos ou leis gerais do procedimento administrativo abrangem na sua incidência todo o funcionamento dos órgãos da Administração Pública sempre que se lhes não sobreponham leis de procedimentos administrativos especiais. Mas ainda pesta última hipótese o procedimentos administrativos especiais.

administrativos especiais. Mas, ainda nesta última hipótese, o procedimento administrativos especiais. Mas, ainda nesta última hipótese, o procedimento geral se aplica subsidiariamente. No dizer expressivo de Javier Barnes, as leis do procedimento geral são, nas suas sucessivas formulações ao longo do tempo, como que uma "pedra de Rosetta", visto revelarem as principais caraterísticas de um direito administrativo num dado momento histórico, permitindo a decifração dos seus princípios e valores básicos³⁴.

Cumpre acentuar que, ainda que, em alguns países, o procedimento administrativo possa ter estado ligado na sua génese ao processo judicial, por resultar de uma cisão a partir daquele, ou por o ter inicialmente tomado como modelo de referência, hoje, como escreve Mário Aroso de Almeida, "... o procedimento administrativo não corresponde a uma das formas que pode assumir o

mento administrativo não corresponde a uma das formas que pode assumir o processo, entendido como um conceito moldado a partir do modelo que fornece o processo judicial, mas antes consubstancia o modo específico pelo qual é levado a cabo o exercício da função administrativa"35.

Particularmente significativo a este propósito é o caso do Direito inglês. Com efeito, tendo os tribunais passado a distinguir entre atuação jurisdicional e atuação administrativa a partir dos anos 60 do Século XX, eles desenvolve-

riam de então para cá uma doutrina do procedimento administrativo equitativo i destructivamente de la composition d La composition de la

³² Cfr. Mário Aroso de Almeida, Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 73; JAVIER BARNES, Towards a third generation of administrative procedure, in: Rose-Ackerman / Lindseth, Comparative Administrative Law, cit., p. 336. a deroused the contracted of the contract o

³³ Cfr. Rogério Ehrhardt Soares, Direito Administrativo, Coimbra: João Abrantes, 1978, p. 150; João Gonçalves Loureiro, O Procedimento Administrativo Entre A Eficiência E A Garantia Dos Particulares, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 51.

³⁴ Cfr. Towards a third generation ..., cit., p. 339.

³⁵ Cfr. Teoria Geral do Direito Administrativo, cit., pp. 78 e 79.

(fairness ou duty to act fairly). Esta jurisprudência enuncia requisitos adaptados às caraterísticas da atividade administrativa no domínio do direito de audiência e das salvaguardas de imparcialidade. Tais exigências estendem-se a todas as decisões suscetíveis de produzir efeitos lesivos sobre os direitos ou interesses dos destinatários. Não se limitam, pois, aos casos de restrição da liberdade ou da propriedade, como era próprio do âmbito do velho princípio da natural justice, do qual brotou o due process norte americano, que influenciaria o princípio constitucional brasileiro do devido processo legal na privação de liberdade ou de bens³⁶. As imensas virtualidades do procedimento administrativo não se confinam daquele modo, abarcando pelo contrário todos os casos em que a conformação administrativa de uma situação envolva a compaginação do interesse público com os interesses de particulares individualizáveis.

São múltiplos os papéis do procedimento administrativo que lhe conferem uma posição nuclear na estática e na dinâmica do Direito Administrativo contemporâneo:

- O procedimento assegura, de modo pré-ordenado, racional e sequenciado, a recolha e o processamento de informação pela Administração, a fim de preparar, tomar e (se necessário) executar as decisões administrativas sob forma de regulamento, ato administrativo ou contrato administrativo;
- O procedimento serve de "interface" pré-estabelecido para a colaboração e a comparticipação de várias entidades públicas, órgãos ou serviços na preparação de decisões complexas;
- O procedimento constitui um instrumento de participação democrática, de "accountability" e de legitimação das decisões, graças ao modo como assegura a argumentação a favor das suas pretensões pelos interessados e o acesso destes à informação relevante;
- O procedimento forma a matriz ideal para a realização das operações de ponderação no exercício da discricionariedade administrativa, assegurando os meios e as ocasiões ritualizadas para a deteção dos fatores relevantes presentes na situação concreta e para a sua análise de acordo com princípios fundamentais, como os da igualdade de tratamento, proporcionalidade, proteção da confiança e imparcialidade.

³⁶ Cfr. Paul Craig, Administrative Law, 6,² ed., Londres: Sweet & Maxwell, 2008, pp. 376-416; Galligan, Due Process And Fair Procedures – A Study of Administrative Procedures, Oxford: Clarendon Press, 1996, pp. 327-447; Leyland / Anthony, Administrative Law, 6³ ed., Oxford: University Press, 2009, pp. 342-391; Sérvulo Correia, Administrative Due or Fair Process, cit., pp. 337-343.

13. Sétimo traço identitário do Direito Administrativo contemporâneo

reside na renovação dogmática das formas jurídicas típicas de conduta administrativa; o regulamento, o ato administrativo e o contrato administrativo. Sobre este ponto, tanto haveria que dizer que nos vemos forçados a um apontamento quase telegráfico. Quanto aos regulamentos, aquilo que, muito sumariamente, se pode observar é que, embora certas culturas constitucionais se caraterizem por uma forte prevenção contra eles, a sociedade contemporânea não os dispensa. O papel da lei não é o de tudo prever e tudo disciplinar. A complexidade do tecido social, as rápidas e imprevisíveis mutações económicas e tecnológicas, o grau de especialização extra-jurídica requerido em muitas áreas de normação não são compatíveis com a composição dos parlamentos e o modo pautado do seu funcionamento. Por outro lado, são muitas as pessoas coletivas de base territorial desprovidas de poder legislativo e negar-lhes competência regulamentar equivaleria a privá-las de autonomia. Por fim, o poder de concretização da lei que hoje se reconhece à Administração não passa apenas pela prática de atos administrativos no exercício de discricionariedade ou de livre avaliação para preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados. A emissão administrativa de

nistrativos no exercício de discricionariedade ou de livre avaliação para preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados. A emissão administrativa de normas jurídicas é, também ela, um modo de responder à textura aberta das normas legislativas³7 em maior conformidade com o princípio da igualdade por força da generalidade dos comandos regulamentares.

À amplitude do poder regulamentar da Administração, contrapõe o legislador a pormenorização dos procedimentos de elaboração, com imposição de formas de participação dos diretamente interessados e de consulta pública. Por outro lado, estende-se com frequência aos regulamentos o dever de motivar através de notas justificativas juntas aos respetivos projetos, e o dever de ponderar, próprio do exercício de discricionariedade, com explicitação dos custos e benefícios das medidas projetadas.

Quanto ao ato administrativo, sobre o qual LAFERRIÈRE e OTTO MAYER fundaram, no Século XIX, a teoria geral do direito administrativo³8, é talvez a figura que, pela relativa estabilidade do seu regime geral ao longo de um século, mais corresponde à quimérica previsão de MAYER sobre a imutabilidade do Direito Administrativo. Mas a sua teorização teve de se adaptar à colocação do ato na dinâmica da relação jurídica administrativa no quadro da constitucionalização do Direito Administrativo e isto sem que, apesar de todo um esforço de reconstrução, se possa concluir pelo completo desaparecimento de défices dogmá-

antidas organizados a como como o como en entre de entre ³⁷ Cfr. Schmidt-Assmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, p. 61 38 Cfr. EDOUARD LAFERRIÈRE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, vols. I e II, Paris: Berger-Levrault, 1887; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I e II, cit:

ticos³⁹. Assim, por exemplo, o desenvolvimento do estudo das relações jurídicas administrativas multipolares conduziu à análise do ato administrativo ambivalente (*Verwalungsakt mit Doppelwirkung*), ou seja, ato de efeitos favoráveis para certo ou certos destinatários e desfavoráveis para outros⁴⁰.

Por outro lado, o fenómeno geral da crescente porosidade entre Direito Público e Direito Privado reflete-se na complexa figura do ato administrativo conformador de relações jurídicas de direito privado⁴¹.

Também a articulação com a essência diacrónica do procedimento conduz à tipificação, no âmbito do Direito Administrativo geral ou de Direitos Administrativos especiais, de atos promessa de ato administrativo e de atos administrativos provisórios, prévios ou parcelares⁴².

O avanço da globalização reflete-se por seu turno no papel crescente dos atos *administrativos transnacionais*, praticados por órgãos de uma Administração Pública nacional mas produzindo os seus efeitos no espaço de organizações regionais, como a União Europeia, ou por força de tratados cujas partes se obrigam mutuamente a reconhecer tais efeitos⁴³.

Observe-se, por fim, que as políticas de desregulação e desburocratização conduzem com crescente frequência à substituição de atos administrativos autorizativos pela obtenção e tratamento de informação pela Administração, graças à comunicação prévia das iniciativas por parte dos interessados⁴⁴.

No tocante ao contrato enquanto forma jurídica típica de conduta administrativa, é manifesto à escala global o crescente recurso que dele se faz para a conformação de relações jurídicas administrativas. Emprega-se deste modo um instrumento de democratização da administração, graças à participação dos interessados, de estatuição mais ajustada aos contornos da situação concreta e de

³⁹ Cfr. Schmidt-De Caluwe, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, pp. 14 e 286s.; Vasco Pereira da Silva, *Em Busca Do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra: Almedina, 1996, pp. 445 s.

⁴⁰ V., a título de exemplo: IPSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5² ed., Colónia: Carl Heymanns Verlag, 2007, p. 125.

⁴¹ Cfr. Mafalda Carmona, O Ato Administrativo Conformador de Relações de Vizinhança, Coimbra: Almedina, 2011; Guido Greco, Provvedimenti Amministrativi Costitutivi Di Rapporti Giuridici Tra Privati, Milão: Giuffrè, 1977; Mansen, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, Tübingen: Mohr Siebeck, 1994.

⁴² Cfr. FILIPA URBANO CALVÃO, Os Atos Precários E Os Atos Provisórios No Direito Administrativo, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998; João Taborda da Gama, Promessas Administrativas — Da Decisão de Autovinculação Ao Ato Devido, Coimbra: Coimbra Editora, 2008; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, cit., pp. 234s; Vasco Pereira da Silva, Em Busca Do Ato Administrativo Perdido, cit., pp. 461s.

⁴³ Cfr. Schmidt-Assmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, cit., pp. 88-90.

⁴⁴ Cfr. Barnes, Towards a third generation ..., cit., pp. 350-351.

mais fácil aceitação daquilo que, de outro modo, teria lugar através de uma imposição administrativa unilateral. No caso de relações jurídicas administrativas continuadas, o regime geral da execução dos contratos clarifica e facilita a atuação coordenada da Administração e dos particulares⁴⁵.

Nos sistemas nacionais de direito civil, mantem-se a dicotomia entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração. Como já prevíamos em 1987, os contratos de direito privado da Administração, além de cercados de um regime administrativo externo (que passa, designadamente, pela competência, pela disciplina financeira e pelo procedimento administrativo concorrencial quando haja matéria para licitação) tenderiam a evoluir com o tempo no sentido de um regime substantivo comum a toda a contratação pública. Mas acrescentávamos que tal sedimentação seria lenta, de modo a que fosse a experiência a demonstrar em cada momento a medida do desejável⁴⁶. É o que tem acontecido desde então, com a paulatina passagem à categoria de contrato administrativo, graças à submissão ao correspondente regime substantivo, de contratos que, há algumas décadas, ainda não tinham dado esse salto qualitativo. É isso o que, por exemplo, hoje sucede em Portugal com a aquisição de bens e serviços.

Por outro lado, e embora em graus distintos nos Direitos nacionais, é facilmente detetável a multiplicação acelerada de modalidades de contrato administrativo, graças à criação legislativa e à porta aberta deixada pela permissão do legislador quanto à celebração de contratos atípicos. A admissão do exercício das competências administrativas com emprego de contratos sempre que outra coisa não resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer, gerou a prática dos "contratos substitutivos" de ato administrativo. O Código português da Contratação Pública tipifica os contratos sobre o exercício de poderes públicos e, sem excluir outras modalidades, dispõe nesse quadro sobre contratos com objeto passível de ato administrativo e sobre contratos pelos quais o contraente público se vincula a praticar, ou não praticar, um ato administrativo com certo conteúdo (artigos 336º e 337º, nº 2)47.

São, hoje, também em grande número as modalidades de *contratos interadmi-nistrativos*, através dos quais se dá forma jurídica a relações de colaboração e de cooperação entre entidades administrativas⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. GUETTIER, Droit des contrats administratifs, 34 ed., Paris: Thémis, p. 3.

⁴⁶ Cfr. Sérvulo Correia, Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Coimbra: Almedina, 1987, pp. 392-393.

⁴⁷ Cfr. Mark Kirkby, Contratos Sobre O Exercício De Poderes Públicos – O Exercício Contratualizado Do Poder Administrativo De Decisão Unilateral, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

⁴⁸ Cfr. Alexandra Leitão, Contratos Interadministrativos, Coimbra: Almedina, 2011.

Refiram-se por fim as PPPs, fórmulas qualificadas derivando de velhos modelos concessórios. Envolvendo na realidade esquemas tripartidos, tendo por pólos o parceiro público, o privado e o consórcio bancário financiador deste último, esta modalidade de contrato público permite aos Estados fazer construir e pôr ao serviço infraestruturas de grande dimensão sem necessidade de realização de um investimento inicial. Em Portugal, sucessivos governos usaram também este instrumento para a concretização de objetivos keynesianos de sustentação do emprego e lançamento de poder de compra na economia. Não houve, porém, por tempo considerável, a noção da complexidade do project finance subjacente e da necessidade de acautelamento de impactos orçamentais futuros. Uma parte considerável das PPPs foi lançada antes da existência de um regime legal específico. E a primeira legislação ocupou-se sobretudo dos esquemas procedimentais de lançamento, modificação e acompanhamento, mas não também dos requisitos de comportabilidade orçamental. Não terá havido, outrossim, uma clara visão do papel meramente instrumental das PPPs em relação com investimentos, que têm de vir munidos de uma prévia justificação racional que contemple, relativamente aos que se justifiquem, a hipótese comparativa da sua realização direta pelo Estado⁴⁹.

Este exemplo mostra a importância, salientada pelos adeptos alemães da escola da "Steuerung", relativamente a áreas de ponta na evolução do ordenamento jurídico, de uma crescente interdisciplinariedade entre a ciência jurídica e outras ciências cujos conhecimentos se revelam fundamentais para a eficiência dos regimes jurídicos⁵⁰.

14. A par dos tópicos aqui versados, outros mereceriam atenção. De inegável relevância na identificação dos contornos do Direito Administrativo da atualidade, são, por exemplo, as novas facetas da estrutura organizatória da Administração, os parâmetros de efetividade da tutela jurisdicional, a autonomização relativa de múltiplos Direitos Administrativos especiais ou o impacto da globalização sobre os direitos administrativos nacionais. E, também, sobre os temas

⁴⁹ Cfr. Leite Alves, Reflexões Sobre O Regime Legal das PPP, in: Revista de Contratos Públicos, 2012, nº 6, pp. 5s. Como exemplo de reservas quanto às vantagens das PPP's para o Estado v., no Brasil: Maria Sylvia Zanella di Pietro, Parcerias na Administração Pública, 5º ed., São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 159. Sustentando, pelo seu lado, o caráter dispensável do instituto, ao qual nega caráter autenticamente inovatório: Roberto Caldas, Parcerias Público-Privadas E Suas Garantias Inovadoras Nos Contratos Administrativos E Concessões de Serviços Públicos, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 264s. Para um circunstanciado exame do instituto da PPP no Direito brasileiro, v. também: Vernalha Guimarães, PPP-Parceria Público-Privada, São Paulo: Editora Saraiva, 2012. ⁵⁰ Cfr. Schmidt-Assmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, cit., pp. 21-22.

aflorados, quantos não foram os aspetos relevantes aos quais nem sequer foi possível fazer menção!

O Direito Administrativo chegou aos nossos dias enriquecido por uma diversidade e uma profundidade de princípios, conceitos, institutos e teorias explicativas que, há poucas décadas atrás, se não suspeitavam. Manter a atualização é uma dura mas apaixonante tarefa para cada administrativista.

A continue of the continue

- Edm

The property of the property of

110

**Caller

**Alaxa | Control | Contro

GRUPOALMEDINA

ISBN-13: 978-972-40-6579-3

