

O Novo Código do Procedimento Administrativo

Para o Professor Doutor

ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA

**Uma oferta singela dos jovens investigadores
de Direito Público da Escola de Direito
da Universidade do Minho**

O Novo Código do Procedimento Administrativo

**Para o Professor Doutor
ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA**

**Uma oferta singela dos jovens investigadores
de Direito Público da Escola de Direito
da Universidade do Minho**

Coordenação: Isabel Celeste M. Fonseca

Braga – Julho de 2015

FICHA TÉCNICA

Título: O Novo Código do Procedimento Administrativo.
Para o Professor Doutor António Cândido de Oliveira:
uma oferta singela dos jovens investigadores de Direito Público
da Escola de Direito da Universidade do Minho

Coordenação: Isabel Celeste M. Fonseca

Data: Julho de 2015

Edição e Apoio: ELSA UMINHO
Escola de Direito da Universidade do Minho, Campus de Gualtar, Sala 10
4710-057 Braga
elsauminho.com | geral@elsauminho.com

NEDip – Núcleo de Estudos de Direito *Ius Publicum*
Avenida 1.º de Maio, 44, 3.º
4600-013 Amarante
www.nedip.pt | geral@nedip.pt

Impressão: Gráfica Diário do Minho
Rua da Cidade do Porto
Parque Industrial Grundig, Lote 5, Fracção A
4710-306 Braga
www.diariodominho.pt

Arranjo gráfico: Ana Rita Silva

ISBN: 978-989-8783-12-7

Depósito Legal: 395398/15

Tiragem: 300 exemplares

Esta publicação segue as regras do novo acordo ortográfico, salvo indicação contrária a expressa dos autores.
Toda a reprodução desta obra, sem a prévia autorização do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

Índice geral

Prefácio	11
ADRIANA PEREIRA RIBEIRO BRAGA – O (novo) Procedimento Administrativo – Novos instrumentos e novas ferramentas de atuação administrativa: os acordos endoprocedimentais	13
ANA RITA BABO PINTO – A consagração (por defeito) do auxílio administrativo no novo CPA	23
ANA RITA CARNEIRO LUCIANA SOUSA SANTOS RITA BARROS – O princípio da boa administração: grande nau, grande tormenta?	49
ANGELINA TEIXEIRA – Frontispício do procedimento administrativo electrónico	83
CARLOS VILAS BOAS – A anulação administrativa, essa (nova) conhecida (Na Coimbra do Mondego, a sombra da capa deu no chão e abriu em... flores?)	113
CATARINA PATRÍCIA DA CUNHA PINTO – Administração eletrónica: O <i>ex libris</i> (?) do novo Código do Procedimento Administrativo	129
CLÁUDIA FIGUEIRAS – A relação jurídica procedimental: algumas considerações a respeito da sua configuração no novo Código do Procedimento Administrativo	141
CLÁUDIA GARCIA – O novo regime da anulação administrativa. O caso particular do dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo Código do Procedimento Administrativo	165

DIANA COELHO QUINTÃO – Os actos tácitos no novo procedimento administrativo	189
FERNANDO GOMES FERREIRA – Os atos tácitos no novo CPA	203
GRACINDA PEREIRA FERREIRA – A comunicação prévia no novo Código do Procedimento Administrativo	217
ISABEL CELESTE M. FONSECA – O (novo) regime sobre os procedimentos administrativos de execução coerciva: quando a montanha pare um rato... ..	225
JOANA DE MATOS FERNANDES GONÇALVES – O âmbito de aplicação do (novo) Código do Procedimento Administrativo	239
JOÃO DIOGO CARVALHO DA COSTA – As Conferências Procedimentais no Novo Código do Procedimento Administrativo	253
JOSÉ ALBERTO GONÇALVES FIGUEIREDO – O Princípio da Justiça e da Razoabilidade	273
JOSÉ NASCIMENTO PIMENTEL SOARES – Conceito de Interessados	285
MIGUEL FERREIRA DA SILVA – A automatização do procedimento administrativo	301
NUNO MIGUEL MOTA – O princípio da boa administração no novo Código do Procedimento Administrativo – Breves anotações	317
PATRÍCIA PINTO ALVES – “Novo” Código do Procedimento Administrativo: “novas” soluções?	329
PEDRO CRUZ E SILVA – Universo subjetivo de aplicação do Código do Procedimento Administrativo	347

RICARDO HERMANY GUILHERME ESTIMA GIACOBBO – Princípio da participação local no novo Código do Procedimento Administrativo Português: uma análise a partir do direito social de Gurvitch	363
RITA ISABEL DE SOUSA COSTA – Algumas nótulas sobre o acolhimento da e-procedimentalização no Novo Código do Procedimento Administrativo	381
RUI DUARTE ROCHA – Um novo Paradigma na Execução do Acto Administrativo... <i>Perhaps Oui, Perhaps Non!</i>	401
RUI POLÓNIA DE SOUSA – O Renovado Código do Procedimento Administrativo	413
SANDRA DE AZEVEDO PEREIRA – O regulamento administrativo. O regime substantivo e procedimental – O novo CPA e as suas implicações no procedimento regulamentar	421
SUSANA GONÇALVES ANA LUÍSA CASTRO FERREIRA VÂNIA ISABEL VICENTE GRILO – <i>A e-Procedimentação</i> e a e-Contratação Pública	437
TERESA MARIA DIAS PEREIRA – A execução do ato administrativo	453
TIAGO SÉRGIO CABRAL – Administração Electrónica: Confidencialidade e Segurança	467
VÍTOR MANUEL MIRANDA NOVO – O fim (?) da nulidade por natureza no novo Código do Procedimento Administrativo	481
Nota de Homenagem da UNISC e dos investigadores estrangeiros ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira	495

Prefácio

Como “nenhum dever é mais importante que a gratidão” (Cícero), a presente coletânea não tem a pretensão de se apresentar como uma obra científica no convencional sentido da expressão, mas apenas como um contributo para o enaltecimento de um sentimento de Gratidão em relação a um reconhecido Pensador, Académico e Professor.

O Professor Doutor António Cândido de Oliveira influenciou decisivamente o percurso e o pensamento dos jovens investigadores que se dispuseram a dar o seu contributo a esta obra por via de um texto singelo, mas sinceramente dedicado. Tal influência radicou, não apenas no ascendente científico e pedagógico demonstrado pelo Professor – onde se destacam particularmente os impulsos para a autonomização do Direito das Autarquias Locais –, mas também na sua inegável capacidade de intervenção cívica e, principalmente, no *humanismo* das suas palavras e atuações.

O caminho de aprendizagem no Direito, de amadurecimento pessoal e de cidadania de todos estes jovens investigadores de Direito Público da Escola de Direito da Universidade do Minho cruzou-se com o do Professor Doutor António Cândido de Oliveira dentro da Academia e fora dela, em tantos eventos científicos e textos por si escritos. E, desde então, na memória do coração de todos eles ficou a Gratidão (e a Amizade): “os nossos amigos fazem parte da nossa vida”, escreveu Raïssa Maritain. Mas não só: eles alargam-na, conspiram para que se torne luminosa e autêntica, oferecem-lhe leveza e profundidade, purificam-na com verdade, temperam-na com humor, insistem que ela é feita de futuro. “Os amigos testemunham ao nosso coração que há sempre caminho e que nenhum caminho será demasiado longo” (José Tolentino Mendonça).

Isabel Celeste M. Fonseca
Joaquim Freitas da Rocha
Ana Rita Silva

O (novo) Procedimento Administrativo – Novos instrumentos e novas ferramentas de atuação administrativa: os acordos endoprocedimentais

*Adriana Pereira Ribeiro Braga**

Sumário: Introdução. 1. O novo Código do Procedimento Administrativo. Introdução e generalidades. 2. Os acordos endoprocedimentais no CPA. 3. O regime jurídico dos acordos endoprocedimentais. 4. A administração paritária e os acordos endoprocedimentais. 5. Conclusões e Bibliografia.

Introdução

O novo Código do Procedimento Administrativo (CPA) anuncia-se como um novo momento na relação entre a Administração Pública e os cidadãos. Aliás, no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que o aprova, afirma-se que várias propostas contidas no diploma “irão transformar profundamente o modo de funcionamento da Administração Pública nas suas relações com os cidadãos, como é o caso do novo regime das conferências procedimentais”.

Poder-se-á dizer que é intenção proclamada do legislador caminhar no sentido de uma Administração paritária, o que não significa a constituição de uma relação jurídica administrativa em que Administração e cidadão são iguais, mas sim em que ambos obedecem à mesma lei. Simultaneamente, pretender-se-á criar uma Administração mais eficiente. É neste contexto duplo de aproximação da Administração ao cidadão e de procura de uma Administração mais eficiente que surgem os acordos endoprocedimentais.

Os acordos endoprocedimentais serão acordos a que Administração e cidadão chegarão dentro da disponibilidade da lei para a estruturação de um processo ou para a composição de ato administrativo. Neste sentido, a sua positivação é uma inovação deste Código, embora haja quem já visse nos anteriores “acordos informais”

* Jurista e Mestranda em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

uma penumbra deste instituto, mas a realidade é que era mesmo uma penumbra muito ténue, uma vez que esses acordos não davam qualquer garantia jurídica, nem a Administração, nem ao cidadão, e, com a informatização dos processos daquela, muitas vezes os automatismos enviavam notificações ou decisões aos administrados exatamente contrários ao acordado e não haveria forma legal de tal impedir tais contradições entre o informalmente acordado e a burocracia da máquina administrativa.

Versa, então, este trabalho sobre os acordos endoprocedimentais contidos no artigo 57.º do novo CPA e que são uma aplicação prática da adequação procedimental contido no artigo 56.º do mesmo Código.

O trabalho está dividido em quatro partes, após o que se segue uma curta conclusão. Tentou-se definir o conceito de acordo endoprocedimental, integrar o seu regime jurídico e integrá-lo ao princípio da adequação procedimental, bem como enquadrá-lo no conceito mais vasto de administração paritária que aqui se segue.

1. O novo Código do Procedimento Administrativo. Introdução e generalidades

O Decreto-Lei n.º 4/ 2015, de 7 de janeiro, aprovou o novo Código do Procedimento Administrativo. Vem este Código na sequência daquele que vigorava desde 1991 e que materializava o preceito constitucional contido no atual artigo 267.º, n.º 5, que prescreve que o “processamento da atividade administrativa será objeto de lei especial”.

Este novo Código, segundo PEDRO COSTA GONÇALVES, tem como grandes inovações: “a eliminação de referencial orgânico nas noções de ato e de regulamento administrativo e da figura das «nulidades por natureza», a adoção das distinções entre revogação e anulação administrativa e entre suplência e substituição, bem como a adoção dos conceitos de relação jurídica procedimental e de recursos administrativos especiais”¹. Estas novidades não evitaram que PAULO OTERO fosse muito crítico acerca das várias soluções preconizadas pelo novo Código. Na realidade,

¹ PEDRO COSTA GONÇALVES, «Algumas alterações e inovações “científicas” no novo Código do Procedimento Administrativo», in CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO, *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 47.

este autor vê várias inconstitucionalidades mais ou menos aparentes e alerta para a “desprocedimentalização” da atividade administrativa que considera de duvidosa validade jurídica. Escreve PAULO OTERO que o legislador “fez agora um retrocesso no grau que já estava a ser executado de disciplina do processamento da atividade administrativa”, acrescentando que se trata de uma “marcha atrás” na implementação ou execução do preceito constitucional (...) que (se) traduz (n)uma situação de inconstitucionalidade”².

No entanto, FAUSTO DE QUADROS, que presidiu à Comissão que elaborou este Código, apresenta, naturalmente, uma opinião diferente e aponta para uma norma que pretende tornar a Administração Pública mais eficiente, económica e célere, mais democrática, mais transparente, mais isenta e imparcial, mais séria e mais simplificada, salientando também que o Código se passa a aplicar a toda a atividade administrativa, mesmo de outros Poderes do Estado e de entidades privadas, tornando-se muito mais exigente quanto aos princípios que vão passar agora a reger toda essa atividade³.

O mesmo FAUSTO DE QUADROS⁴, a propósito do projeto de Código, chama a atenção para a introdução de uma matéria nova na Parte III, epigrafada como “sujeitos do procedimento”, que é definida por uma conceção relacional da atividade administrativa. E é dentro dessa atividade relacional que surgem os acordos endoprocedimentais, objeto deste trabalho. Estes acordos densificam os princípios da boa administração e da colaboração com os particulares e constituem um contrato público sobre o exercício de poderes públicos⁵.

² PAULO OTERO, «Problemas constitucionais do novo Código de Procedimento Administrativo», in CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO, *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 15.

³ FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do Projeto de Código de Procedimento Administrativo», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto 2013, p. 129.

⁴ FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do Projeto de Código de Procedimento Administrativo», *op. cit.*, p.132.

⁵ FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do Projeto de Código de Procedimento Administrativo», *op. cit.*, p. 132.

2. Os acordos endoprocedimentais no CPA

Os acordos endoprocedimentais estão previstos no artigo 57.º do CPA que determina:

“1 – No âmbito da discricionariedade procedimental, o órgão competente para a decisão final e os interessados podem, por escrito, acordar termos do procedimento.

2 – Os acordos referidos no número anterior têm efeito vinculativo e o seu objeto pode, designadamente, consistir na organização de audiências orais para exercício do contraditório entre os interessados que pretendam uma certa decisão e aqueles que se lhe oponham.

3 – Durante o procedimento, o órgão competente para a decisão final e os interessados também podem celebrar contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento”.

Face ao artigo 57.º, parecem existir dois tipos de acordos endoprocedimentais: aqueles que dizem respeito ao procedimento e aqueles que dizem respeito à decisão final.

Temos assim dois tipos de acordos, aqueles referentes ao procedimento e aqueles referentes à substância. Poderemos falar então em acordos endoprocedimentais *tout court* e acordos endoprocedimentais de natureza substantiva.

Quanto aos acordos relativos ao procedimento, haverá que realçar os aspetos que se seguem:

a) Aplica-se no âmbito da discricionariedade procedimental, isto é, apenas naqueles procedimentos para os quais a lei não defina as formas e caminhos a seguir;

b) Trata-se de um acordo apenas relativo ao procedimento e não à decisão. Isto é, não é uma decisão por acordo, mas apenas um convénio quanto à forma para se chegar à decisão;

c) Esse acordo tem que ser realizado por escrito;

d) O acordo tem efeito vinculativo; depois de convencionado opera como se fosse a lei para o processo daquela decisão;

e) Exemplo de acordo sobre o procedimento é a “organização de audiências orais para exercício do contraditório entre os interessados que pretendam uma certa decisão e aqueles que se lhe oponham”.

Além do exposto, o n.º 3 do mesmo artigo admite que, no decurso do próprio procedimento, se possa celebrar um contrato que determina total ou parcialmente o conteúdo do ato administrativo a praticar no termo do procedimento, sendo que esse conteúdo deve estar na esfera do poder discricionário da administração.

Neste caso, já estamos no estabelecimento de um ato administrativo por acordo entre público e privado. Indubitavelmente, esta norma poderá ter um alcance revolucionário em termos de ato administrativo, no sentido de este deixar de ser um ato derivado do *ius imperii*, mas algo surgido de um acordo⁶. Desta forma, a questão da unilateralidade do ato ficará em crise e este poderá ser um aspeto interessante.

A sustentação axiológica deste preceito do CPA surge imediatamente antes no artigo 56.º, epigrafado como “princípio da adequação procedimental”. É o seguinte o teor desse artigo:

“Na ausência de normas jurídicas injuntivas, o responsável pela direção do procedimento goza de discricionariedade na respetiva estruturação, que, no respeito pelos princípios gerais da atividade administrativa, deve ser orientada pelos interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão”.

É esta norma, ao dar poderes na ausência de normas injuntivas – e, portanto, podendo afastar normas de outra natureza – ao responsável administrativo para a estruturação do procedimento, que permite a existência do acordo endoprocedimentais. Desta norma surge um amplo poder discricionário para o administrador, em termos de procedimento, o que lhe permitirá acordar com o particular e criar um caminho comum, mas também há o perigo de excessiva discricionariedade em nome da eficiência e celeridade, e neste aspeto este princípio pode ser mais prejudicial aos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos do que benéfico.

⁶ FREITAS DO AMARAL (*Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 231 e ss.) define ato administrativo como “acto jurídico unilateral praticado, no exercício do poder administrativo, por um órgão da Administração ou por outra entidade pública ou privada habilitada por lei, e que traduz a decisão de um caso considerado pela Administração, visando produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta”, p. 239.

JOANA DE SOUSA LOUREIRO⁷ defende que a introdução do acordo endoprocedimental pelo Código é um dos reflexos da mudança de paradigma que este opera e aponta várias vantagens decorrentes do acordo que aqui se começa por enumerar:

- a) Flexibilização do procedimento;
- b) Aplicação da melhor solução ao caso concreto;
- c) Diminuição da litigiosidade.

Quanto à flexibilização do processo, a autora considera que este se torna mais adaptável às circunstâncias de cada caso, uma vez que os particulares passam a deter uma vontade constitutiva, sendo que, no entanto, tal flexibilidade está sempre limitada pela lei⁸. Naquilo que se refere à aplicação da melhor solução para o caso concreto afirma que “Uma decisão encontrada através da concertação de vontades entre a Administração e o particular será sempre a melhor decisão possível para aquele caso, não só porque, obviamente, não será impugnada (...) mas (...) ao atender-se à vontade do administrado, encontrar-se-á mais facilmente uma solução condizente com o interesse público e privado”⁹.

Finalmente, naquilo que concerne à diminuição da litigiosidade, claro, se o particular participa e acorda, não vai impugnar.

3. O regime jurídico dos acordos endoprocedimentais

Sendo uma figura nova em termos de consagração legal¹⁰, não está claramente estabelecido o regime dos acordos endoprocedimentais. Naturalmente que as principais regras estão estabelecidas no próprio artigo 57.º ou, como escreve JOANA DE SOUSA LOUREIRO¹¹, na fase de formação, aplica-se o regime do artigo 57.º,

⁷ JOANA DE SOUSA LOUREIRO, «Os acordos endoprocedimentais no novo CPA», in CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO, *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 249.

⁸ JOANA DE SOUSA LOUREIRO, «Os acordos endoprocedimentais no novo CPA», *op. cit.*, p. 250.

⁹ JOANA DE SOUSA LOUREIRO, «Os acordos endoprocedimentais no novo CPA», *op. cit.*, p. 251.

¹⁰ Alguma doutrina considera que estes acordos já existiriam sob a forma de “acordos informais”, *vd.* JOANA DE SOUSA LOUREIRO, «Os acordos endoprocedimentais no novo CPA», *op. cit.*, p. 252. No entanto, tal é duvidoso, pois os acordos informais não garantiam qualquer vinculação jurídica e não davam qualquer garantia ao particular, nem à Administração.

¹¹ JOANA DE SOUSA LOUREIRO, «Os acordos endoprocedimentais no novo CPA», *op. cit.*, p. 257.

enquanto que, na fase de execução, as regras substantivas que regulam a relação contratual são as que constam da Parte III do Código dos Contratos Públicos, justificando-se tal devido à natureza de contrato público que o acordo endoprocedimental terá.

Em rigor, o regime jurídico desdobra-se nas seguintes normas básicas:

- a) O acordo tem que ser legal, entendendo-se tal com o facto de o objeto do acordo ter de ser admissível por lei;
- b) O acordo tem de ter um objeto materialmente admissível¹², não contendo com normas imperativas da administração;
- c) O acordo tem de ser escrito;
- d) O acordo é vinculativo.

Naturalmente que estes são aspetos que constituem um ponto de partida para a definição de um regime que será um labor a ser desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência.

4. A administração paritária e os acordos endoprocedimentais

É PEDRO MACHETE, atual Juiz Conselheiro no Tribunal Constitucional, quem desenvolve em Portugal, em termos dogmáticos, o conceito de administração paritária como correspondendo a uma mudança de paradigma das relações entre Administração Pública e cidadãos, trazida pela densificação da Constituição de 1976¹³. Considera este autor que “À subordinação dos cidadãos ao poder do Estado, sucede a subordinação deste e daqueles ao direito”¹⁴ e como o indivíduo não pode ser visto como um súbdito do Estado, mas como um sujeito de direito com um estatuto constitucional originário, a sua relação com o Estado constitucional e com a Administração, também ela submetida à lei, é uma relação jurídica paritária¹⁵. Assim, a administração paritária quer dizer que ambos, administração e cidadãos, estão

¹² MARK KIRBY, *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 369.

¹³ PEDRO MACHETE, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Almedina, Coimbra, 2007.

¹⁴ PEDRO MACHETE, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, op. cit., p. 452.

¹⁵ PEDRO MACHETE, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, op. cit., p. 452.

submetidos à lei. E a Administração apenas pode agir dentro dos limites e com os fundamentos que lhe são dados pela lei.

É este o enquadramento do conceito de administração paritária, que procura substituir o antigo paradigma de administração superior ao cidadão, numa relação de poder. Na administração paritária, esta só pode exercer os poderes jurídicos que lhe estão cometidos por lei e tem de estar subordinada a esta.

Deste modelo, não se pode retirar que não haja lugar ao exercício de poderes públicos, que toda a atividade administrativa tenha de ser realizada de modo consensual, não se trata da criação de situações de equilíbrio¹⁶, mas sim da necessidade de fundamento legal para a atividade da administração.

No entanto, e este é o ponto importante, não sendo obrigatória, nem a regra, a consensualização da relação entre Administração e cidadão, o facto é que fica aberto espaço para, dentro da lei, se proceder a essa consensualização e, na realidade, a introdução do acordo endoprocedimental abre as portas para a realização da paridade administrativa, não em termos estritamente legalistas e formalistas, como defendia MACHETE, mas de uma maneira substantiva.

Aliás, é apontado a este Código a virtualidade de apresentar como uma das novidades mais importantes a consagração do procedimento administrativo como um espaço de cooperação de diversas entidades¹⁷.

E é neste âmbito que deveremos enquadrar os acordos endoprocedimentais.

¹⁶ PEDRO MACHETE, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, op. cit., p. 458.

¹⁷ PEDRO MACHETE, «A correlação entre a relação jurídica procedimental e a relação substantiva – Uma primeira leitura das normas do novo Código do Procedimento Administrativo sobre a participação dos interessados no procedimento administrativo», in CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO, *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 441.

Conclusões

Através deste trabalho, procurou-se de forma sumária descrever o regime geral dos acordos endoprocimentais, a sua integração do princípio da adequação procedimental e o enquadramento dentro do conceito mais vasto de administração paritária.

A questão fulcral que resulta é que o acordo fica na disponibilidade legal da Administração Pública e, nessa medida, poderá ser um meio de a tornar mais eficiente e colaborante com o cidadão, mas também, como em todas as situações em que se procura um acordo entre duas entidades com forças diferentes, como manifestamente detêm a Administração Pública e o cidadão, haverá o perigo de o acordo esconder uma imposição unilateral de facto, o que poderá constituir uma diminuição das garantias legais do cidadão. No final de contas, o princípio da legalidade surgiu como uma forma de condicionamento da atividade administrativa no que concerne às suas relações com os particulares e retirar, de algum modo, esse condicionamento poderá constituir uma real e renovada ameaça ao cidadão.

Por isso, esta tensão sempre presente entre cidadão e Administração Pública tem de ser considerada a par com os perigos de uma negociação que pode não ser com “igualdade de armas”. Estas duas ressalvas devem ser acrescentadas, embora se encare a inovação trazida pela possibilidade do acordo endoprocimental como positiva.

Bibliografia

- AMARAL, Freitas do, *Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2013.
- GONÇALVES, Pedro Costa, «Algumas alterações e inovações “científicas” no novo Código do Procedimento Administrativo», in CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO, *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015.
- KIRBY, Mark, *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- LOUREIRO, Joana de Sousa, «Os acordos endoprocedimentais no novo CPA», in CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO, *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015.
- MACHETE, Pedro, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Almedina, Coimbra, 2007.
- _____, «A correlação entre a relação jurídica procedimental e a relação substantiva. Uma primeira leitura das normas do novo Código do Procedimento Administrativo sobre a participação dos interessados no procedimento administrativo», in CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO, *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015.
- OTERO, Paulo, «Problemas constitucionais do novo Código de Procedimento Administrativo», in CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO, *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015.
- QUADROS, Fausto de, «As principais inovações do Projeto de Código de Procedimento Administrativo», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto 2013.

A consagração (por defeito) do auxílio administrativo no novo CPA

Ana Rita Babo Pinto*

Sumário: 1. Introdução. 2. O instituto do auxílio administrativo: uma verdadeira inovação no novo CPA? 3. O instituto do auxílio administrativo no novo CPA. 3.1. A inspiração no regime alemão. 3.2. Regime legal do auxílio administrativo no novo CPA. 3.3. Principais dificuldades do regime do auxílio administrativo no novo CPA. *a)* A existência ou não de um dever de solicitar o auxílio administrativo; *b)* Os órgãos competentes para solicitar e prestar o auxílio administrativo; *c)* O prazo útil; *d)* As alíneas *a)*, *b)*, *c)* do n.º 1 do artigo 66.º do novo CPA; *e)* A responsabilização do órgão prestador do auxílio administrativo. 4. Conclusões.

1. Introdução

Em 2014, mediante autorização legislativa constante da Lei n.º 42/2014, de 11 de julho, o legislador decidiu rever o antigo Código do Procedimento Administrativo (CPA)¹. Desta inicial pretensão de revisão resultou, no final, uma revogação do antigo diploma e a criação de um novo código.

A oportunidade e conveniência da criação de um novo CPA foram já amplamente discutidas em sede própria², pelo que não nos cabe a nós retomar essa questão. Cabe-nos, sim, refletir sobre o novo diploma que, oportunamente, ou não, se encontra agora em vigor.

Neste momento, importa compreender quais são as principais alterações no procedimento administrativo português. E uma delas é, inevitavelmente, a figura

* Mestranda em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

¹ Para uma melhor compreensão do texto, intitularemos de “antigo CPA” o Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, e de “novo CPA” o Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

² A este propósito, veja-se a intervenção de PAULO OTERO, «O significado (político) da “revisão” do Código de Procedimento Administrativo», disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/formacao_cpa.php. Ou ainda MARCO CALDEIRA, «A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015», in CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (Coord.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015, pp. 642 e 643.

do auxílio administrativo³. O legislador português, inspirado pelo regime alemão, decidiu autonomizar um artigo no novo CPA que regula as situações em que um órgão da Administração Pública (AP) pode pedir a intervenção no procedimento administrativo de qualquer outro órgão da AP, por exemplo, quando este último tenha um melhor conhecimento da matéria relevante ou tenha em seu poder documentos ou elementos necessários à preparação da decisão⁴.

Na verdade, esta figura, enquadrada no novo paradigma administrativo que aposta na cooperação e colaboração, quer entre os órgãos da AP, quer entre a AP e os particulares, poderia significar um importante progresso em termos de especialização, sectorialização e eficiência administrativas.

Não obstante, tememos que a técnica legislativa utilizada para consagrar este instituto no novo CPA diminua os efeitos úteis que à partida dele se poderiam retirar. O uso excessivo de conceitos indeterminados, a falta de clareza e a existência de algumas lacunas no regime do artigo 66.º comportam, *per si*, um obstáculo enorme à sua aplicação na atividade administrativa.

2. O instituto do auxílio administrativo: uma verdadeira inovação no novo CPA?

Muitas foram as inovações que o novo CPA trouxe para o nosso ordenamento jurídico. E, quando nos referimos a inovações, podemos certamente exemplificar normas, institutos, figuras que *só agora* foram consagrados no CPA e que até à data nele não tinham sido incluídos. Por exemplo, o princípio da boa administração presente no artigo 5.º do novo CPA, a e-procedimentalização (artigos 14.º, 61.º, 62.º), as conferências procedimentais (artigos 77.º a 81.º), entre outros. No que toca ao auxílio administrativo importa, em primeiro lugar, perceber se a sua consagração é ou não uma *verdadeira inovação* no procedimento administrativo português.

Para respondermos à questão levantada, não podemos ignorar o artigo 92.º previsto no antigo CPA, que nos dizia que “O órgão instrutor pode solicitar a realização de diligências de prova a outros serviços da administração central, regional ou local, quando

³ Consagrada no artigo 66.º do novo CPA.

⁴ Esta é uma tentativa de sucintamente explicar o instituto em causa, sendo certo que ele não foi exatamente assim consagrado no novo CPA, como veremos mais adiante.

*elas não possam ser por si efetuadas*⁵. Na verdade, o órgão instrutor, a par do poder previsto no n.º 3 do artigo 86.º⁶, podia ainda solicitar a colaboração de outros serviços da administração central, regional ou local para a realização de diligências probatórias. Acontece que *“Enquanto em relação àqueles primeiros (aos subordinados), o poder de lhes solicitar a realização destas diligências advém de uma relação hierárquica ou similar, já o poder de as solicitar a outros serviços resulta de uma relação «horizontal», atípica aliás*”⁷. Para além deste artigo 92.º, não podemos esquecer outras disposições do antigo CPA, nomeadamente os artigos 56.º, 57.º, 90.º, 94.º, n.º 2. Todos eles, de uma forma ou de outra, incitam à colaboração entre os órgãos na fase da instrução, incentivando a criação de uma AP mais especializada, sectorial e eficiente.

Consequentemente, não podemos considerar que a consagração desta cooperação horizontal entre os órgãos da AP seja uma novidade no nosso ordenamento jurídico. Aliás, essa perceção teve-a também o legislador no ponto 9 do preâmbulo do novo CPA, *“O artigo 92.º do anterior Código é eliminado porque, na realidade, ele respeita ao auxílio administrativo, mas apenas no âmbito demasiado restrito da realização de diligências de prova*”⁸.

No entanto, o modo como isso estava previsto no CPA de 1991 e o modo como se encontra agora regulado no CPA de 2015 é totalmente diferente.

Em primeiro lugar, porque passamos de normas dispersas ao longo do código, para uma norma densificada num único artigo. E, em segundo lugar, porque, enquanto o artigo 92.º do antigo CPA⁹ apenas consagrava esta forma de cooperação para o âmbito restrito da realização de diligências de prova que ocorriam na fase da instrução do procedimento, o novo Código alarga esse âmbito.

⁵ Redação dada pela revisão do CPA de 1996 (Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de janeiro).

⁶ *“O órgão competente para dirigir a instrução pode encarregar subordinado seu da realização de diligências instrutórias específicas”*.

⁷ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código Procedimento Anotado Comentado*, 2.ª ed., Almedina, 2010, p. 431.

⁸ Afastamo-nos da opinião de AA.VV., *Novo Código do Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado*, 2.ª ed., Almedina, 2015, p. 111, onde se diz que *“Este artigo consagra pela primeira vez, como um dever, a solicitação de auxílio administrativo”*. Não consideramos que esta figura foi consagrada pela primeira vez no nosso procedimento administrativo e não a vemos como um verdadeiro *dever* da AP, mas sim um poder discricionário. Por isso, aproximamo-nos mais da doutrina perflhada por RUI TAVARES LANÇEIRO, «Auxílio Administrativo», in CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (Coord.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015.

⁹ E de forma mais indireta, mas também perceptível, os outros artigos atrás enumerados.

3. O instituto do auxílio administrativo no novo CPA

3.1. A inspiração no regime alemão

O facto de o regime do instituto do auxílio administrativo ter sido altamente modificado e regulado no CPA de 2015 faz com que a maior parte da doutrina o veja como uma das grandes novidades do novo código. Por exemplo, ISABEL CELESTE M. FONSECA considera que *“apraz realçar pela positiva a introdução de um regime sobre auxílio administrativo”*¹⁰.

O regime do auxílio administrativo previsto no artigo 66.º do novo CPA decorre claramente do direito alemão. Aliás, isso é manifestamente assumido no ponto 9 do preâmbulo do novo CPA onde se diz que *“O artigo 66.º é dedicado à figura do auxílio administrativo. No seu n.º 1, estabelecem-se pressupostos que, embora sob uma formulação simplificada, se inspiram no n.º 1 do artigo 5.º da lei alemã do procedimento administrativo”*. A esta figura os alemães chamam de *Amtshilfe* e, apesar de consagrada na sua legislação ordinária (lei do procedimento administrativo)¹¹, provém de uma imposição da constituição alemã. Na verdade, no seu artigo 35.º, o texto constitucional alemão *“permite, assim, afirmar mesmo na ausência de lei ou de contrato que o prevejam, a existência de um dever de cooperação entre autoridades”*¹².

O regime da *Amtshilfe* foi consagrado no âmbito do poder discricionário da AP e aplica-se apenas aos casos em que a lei não preveja um outro regime legal específico. No artigo 5.º, n.º 1, da VwVfG encontramos as razões pelas quais uma autoridade pode solicitar o auxílio administrativo, nomeadamente: 1) quando, por razões legais, a autoridade não o possa fazer; 2) quando a autoridade não disponha de recursos necessários, quer humanos quer técnicos; 3) quando a autoridade necessite de ser instruída para conseguir desempenhar corretamente as suas tarefas, porque desconhece e não consegue obter determinado tipo de informações; 4) quando a autoridade necessite de competências, documentos, meios de prova que se encontram na posse da autoridade requerida; 5) quando a autoridade requerente

¹⁰ ISABEL CELESTE M. FONSECA, «A revisão do Código do Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais) fracos», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo II, 2013 – Ética e Direito*, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas da EDUM, Braga, 2014, p. 62.

¹¹ Denominada de *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG).

¹² RUI TAVARES LANCEIRO, «Auxílio Administrativo», *op. cit.*, p. 326.

para emitir o ato tivesse que fazer um esforço significativamente maior do que a autoridade requerida¹³.

Por sua vez, o n.º 2 prevê a possibilidade de a autoridade requerida poder decidir, após análise do pedido de auxílio, não prestar assistência por motivos legais ou se isso comportar desvantagens significativas para a Federação ou um dos seus *Länder*. A autoridade requerida também poderá não aceitar o pedido de auxílio se outra entidade o puder prestar com mais facilidade, menos esforço ou custos; ou quando isso ponha seriamente em perigo o cumprimento das suas funções, tendo em conta as tarefas solicitadas pela autoridade requerente (n.º 3 do artigo 5.º da VwVfG). A autoridade não poderá recusar o pedido por outras razões que não as previstas na lei ou por o considerar inadequado (artigo 5.º, n.º 4). Por fim, no n.º 5, consagra-se o dever de notificação da autoridade requerida à requerente, no caso de recusa de assistência.

No artigo 6.º da VwVfG, encontramos os critérios para escolher a entidade a quem é solicitado o auxílio. No artigo 7.º, encontramos a determinação da lei aplicável à atividade do auxílio, sendo que *“a execução do pedido é regulada pela lei aplicável ao órgão auxiliar, a admissibilidade da medida executada através da Amtshilfe é aferida à luz da lei aplicável à entidade auxiliada (artigo 7.º, n.º 1, da VwVfG). A autoridade auxiliada é responsável pela legalidade da medida a ser tomada face à entidade auxiliar, embora esta última seja responsável pela execução da Amtshilfe (artigo 7.º, n.º 2, da VwVfG)”*¹⁴. Por fim, o artigo 8.º refere-se à imputação e distribuição dos custos que o auxílio comporta.

3.2. Regime legal do auxílio administrativo no novo CPA

O regime alemão é, sem dúvida, a base de inspiração do artigo 66.º do novo CPA.

Analisando o seu regime legal, logo nos deparamos com semelhanças face ao regime alemão. Na verdade, o artigo 66.º aplica-se *“Para além dos casos em que a lei imponha a intervenção de outros órgãos no procedimento”*. Daqui se depreende que sempre que houver um outro regime específico que preveja a obrigatoriedade de consultar um outro órgão da AP, afasta-se a aplicação do artigo 66.º do novo CPA.

¹³ Estas razões são exemplificativas.

¹⁴ RUI TAVARES LANCEIRO, «Auxílio Administrativo», *op. cit.*, pp. 313 e 314.

Logo de seguida, no n.º 1, considera-se capaz para solicitar o auxílio administrativo o *órgão competente para a decisão final*. A iniciativa, para além de poder ser sua, poderá também caber ao responsável pela direção do procedimento ou aos próprios particulares que fazem parte da *relação jurídica procedimental* em causa¹⁵. A relação jurídica procedimental é constituída pelos sujeitos elencados no artigo 65.º do novo CPA. No que toca aos particulares, temos de conjugar a alínea c) do n.º 1 do artigo 65.º com o artigo 68.º do novo CPA, que consagra a legitimidade procedimental dos *particulares*. Nele se diz que, para iniciar o procedimento ou para nele se constituírem como interessados, são legítimos “os titulares de direitos, interesses legalmente protegidos, deveres, encargos, ónus ou sujeições no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas, bem como as associações, para defender interesses coletivos ou proceder à defesa coletiva de interesses individuais dos seus associados que caibam no âmbito dos respetivos fins”^{16/17}.

Por sua vez, “quaisquer outros órgãos da Administração Pública” podem prestar o auxílio administrativo, consagrando-se aqui um critério mais vasto, mas, mesmo assim, não tão amplo como o alemão. Na lei procedimental administrativa alemã, fixa-se um critério mais abrangente, falando-se quer em “*autoridade requerente*” quer em “*autoridade requerida*”.

O auxílio administrativo português pode ser solicitado em três situações: (a) quando para um melhor conhecimento da matéria relevante seja necessário efetuar uma investigação para a qual o órgão a quem é dirigida a solicitação disponha de competência exclusiva ou de conhecimentos aprofundados aos quais o órgão solicitante não tenha acesso; (b) quando o órgão a quem é dirigida a solicitação tenha em seu poder documentos ou dados cujo conhecimento seja necessário à preparação da decisão ou (c) quando a instrução requiera a intervenção de pessoal ou o emprego de meios técnicos de que o órgão competente para a decisão final não disponha.

¹⁵ Desta forma, consagra-se também o princípio da participação presente no artigo 12.º do novo CPA.

¹⁶ Como afirma CARLA AMADO GOMES, «O Projecto de Revisão do CPA: Breves Notas, Muito Tópicas, entre a Satisfação e o Espanto», disponível em <http://www.icjp.pt/debate/4268/4322>, esta norma levanta “uma questão «terminológica», que se prende com o facto de a epígrafe referir «particulares» e de o conteúdo abranger expressamente autarquias locais, e eventualmente associações públicas (como ordens profissionais)”.

¹⁷ CARLA AMADO GOMES questiona ainda a legitimidade no caso da defesa dos interesses públicos nomeadamente a “circunscrição da legitimidade procedimental para defesa de interesses difusos aos «cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos» [n.º 2, alínea a)], solução por nós contestada há vários anos [4], em razão da natureza dos interesses em jogo e desmentida, de resto, pela Lei 107/2001, de 8 de Setembro (Lei de bases do património cultural), no seu artigo 25.º11”. Em «O Projecto de Revisão do CPA:...», *op. cit.*

Estas hipóteses não se diferenciam muito das consagradas no regime alemão. Comparando o regime nos dois ordenamentos jurídicos, diríamos que, o regime português apenas não previu a hipótese de a autoridade solicitar o auxílio quando a autoridade requerida tivesse de fazer um esforço significativamente menor para emitir o ato que a autoridade requerente¹⁸. As outras hipóteses, de forma mais ou menos direta, parecem contempladas na norma portuguesa.

O n.º 2 do artigo 66.º, ao referir-se à “*legislação sobre o acesso aos documentos administrativos*”, remete diretamente para a Lei de Acesso aos Documentos da Administração (LADA)¹⁹, nomeadamente para o seu artigo 6.º, que estabelece as restrições ao direito de acesso aos documentos administrativos²⁰. Esta norma é semelhante à prevista no n.º 2 do artigo 5.º da lei procedimental alemã²¹.

Por fim, o n.º 3 do artigo 66.º consagra uma norma não prevista no regime alemão, afirmando que “*em caso de recusa de auxílio administrativo requerido nos termos do n.º 1, ou de dilação na sua prestação, a questão é resolvida, consoante o caso, pela autoridade competente para a resolução de conflitos de atribuições ou de competência entre os órgãos solicitante e solicitado ou, não a havendo, por órgão que exerça poderes de direção, superintendência ou tutela sobre o órgão solicitado*”.

Comparando o regime alemão com o português, podemos dizer que o nosso legislador não previu critérios para determinar quando é que a entidade solicitada pode recusar prestar o auxílio administrativo (n.ºs 2, 3, 4 do artigo 5.º da VwVfG). Para além disso, não regulou a forma como deve ser feita a notificação dessa recusa (n.º 5 do artigo 5.º da VwVfG), nem fixou critérios para escolher a entidade a quem deve ser solicitado o auxílio (como no artigo 6.º da VwVfG)²². Por fim, não existem também normas semelhantes às dos artigos 7.º e 8.º da lei procedimental alemã, referentes à determinação da lei aplicável à atividade do auxílio e aos custos associados a esta figura, respetivamente.

¹⁸ Não aplicando a este regime, pelo menos expressamente, as vertentes do princípio da proporcionalidade.

¹⁹ Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto.

²⁰ Em relação a esta matéria, cf. o mais recente Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 117/2015, de 12 de fevereiro de 2015, proc. n.º 682/12.

²¹ Aí diz-se essencialmente que “*A autoridade requerida não é obrigada a fornecer documentos, registos ou informações se isso resultar da lei ou se pela sua própria natureza o seu conteúdo deva ser mantido em segredo*”.

²² Como é que podemos aferir que aquela entidade tem um “*melhor conhecimento*” (alínea *a*) do n.º 1 do artigo 66.º) sobre determinada matéria?

Concluindo, o legislador português, ao consagrar o regime do auxílio administrativo no novo CPA, não foi tão longe quanto o alemão, essencialmente em três patamares legislativos.

Primeiramente, não aproveitou a consagração do auxílio administrativo no artigo 66.º para o coordenar com a legislação europeia que existe sobre esta matéria. Na verdade, a Diretiva Serviços²³ prevê a instauração de uma cooperação administrativa efetiva entre os Estados-Membros, quer através do estabelecimento de uma obrigação legal de cooperação na fiscalização das atividades de serviços na UE, quer ainda através de um sistema eletrónico de intercâmbio de informações entre Estados-Membros.

Para além disso, não encontramos, na nossa lei fundamental portuguesa, um mandato constitucional *expresso* de cooperação interinstitucional entre órgãos que prossigam o interesse público, como acontece no artigo 35.º do texto constitucional alemão. Apesar, dos n.ºs 2 e 5 do artigo 267.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), à semelhança do artigo 12.º do novo CPA, se referirem à participação e aproximação da AP aos cidadãos, não se formaliza esse modelo de colaboração entre os órgãos que prosseguem o interesse público. Não obstante, consideramos que poderá eventualmente encontrar-se essa cooperação na segunda parte do n.º 2 do artigo 267.º da CRP, quando se diz que tem de existir uma *“necessária eficácia e unidade de acção da Administração”*²⁴. Na verdade, ver a AP *como um todo* pode indiretamente remeter para a ideia de colaboração entre os órgãos²⁵. Por sua vez, o n.º 5 do artigo 267.º da CRP consagra o princípio da racionalização que *“imporá a adoção de critérios necessários para a rendibilidade e a organização óptimas dos serviços e actividades administrativas”*²⁶. E a eficácia no sector público pode melhorar se determinadas matérias forem entregues, através do auxílio administrativo, a órgãos que estejam em melhores condições de as investigar.

²³ Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno.

²⁴ Na verdade, seria uma adaptação do artigo 229.º da CRP, que prevê já um modelo de cooperação entre os órgãos de soberania e os órgãos regionais.

²⁵ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. II, Artigos 108.º a 296.º, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, outubro 2014, p. 810. Na anotação a este artigo 267.º da CRP, os autores referem que a AP tem que dar cumprimento *“aos princípios e prescrições de coordenação, de forma a evitar duplicações, interferências e sobreposições desnecessárias”*.

²⁶ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. II, *op. cit.*, p. 813.

O último patamar prende-se com a legislação ordinária. Na verdade, o novo CPA não consagra nos seus princípios gerais um dever de colaboração entre os órgãos administrativos. O novo CPA, à semelhança do anterior, continua sem prever uma norma que consagre a cooperação horizontal entre os órgãos da AP. No regime anterior já se falava do facto de não existir “*um dever geral de coadjuvação entre órgãos administrativos das diversas Administrações Públicas, semelhante àquele que as vincula perante os tribunais, por não existir entre nós um preceito geral, como o do §4 da lei do procedimento alemã, onde se dispõe que todas as autoridades prestam a todas as outras autoridades a assistência completa que lhes for pedida*”²⁷. Atendendo a que atualmente se encontram positivados princípios como o da colaboração com os particulares (artigo 11.º) ou o da cooperação leal com a União Europeia (artigo 19.º), não se percebe o porquê desta lacuna²⁸.

Por sua vez, o próprio regime do artigo 66.º do novo CPA peca por se basear essencialmente em conceitos indeterminados. Assim, para além das já eventuais dificuldades que este regime, por ter sido consideravelmente alterado, poderia trazer para a AP, somar-se-ão outras relativas à sua indeterminação. Na verdade, justificava-se que o legislador, para auxiliar a AP, tivesse aqui consagrado um regime mais objetivo e pormenorizado. Incluir critérios para determinar qual a entidade mais adequada para se solicitar o auxílio ou prever um artigo referente à repartição dos custos²⁹ poderia facilitar o recurso a esta figura na prática da atividade administrativa. Desta feita, prevemos que venham a surgir algumas dificuldades na aplicação do artigo 66.º do novo CPA que certamente necessitarão de um desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial para serem mais facilmente ultrapassadas.

²⁷ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código Procedimento Anotado Comentado*, op. cit., p. 431.

²⁸ Esta lacuna torna-se ainda mais evidente quando noutros diplomas legais a sua presença já começou a ser consagrada. Por exemplo, no novo estatuto jurídico das Instituições Particulares de Solidariedade Social (Decreto-Lei n.º 172-A/2008, de 14 de novembro), prevê-se expressamente no artigo 4.º-B a cooperação entre as instituições.

²⁹ Pertinente no ambiente de racionalidade e poupança económica em que vivemos.

3.3. Principais dificuldades do regime do auxílio administrativo no novo CPA

a) A existência (ou não) de um dever de solicitar o auxílio administrativo

O artigo 92.º do antigo CPA dizia que o “órgão instrutor *pode*” e o atual artigo 66.º do CPA diz que o “órgão competente para a decisão final *deve*”. Questiona-se, por isso, se, atualmente, o órgão competente para a decisão final tem o dever de solicitar auxílio administrativo, sempre que se encontrem verificados os pressupostos do artigo 66.º. Na verdade, a resposta afigura-se-nos negativa, essencialmente, por três motivos.

Primeiramente, e como já vimos, o artigo 66.º começa por afastar a aplicação do regime do auxílio administrativo aos casos em que a “*a lei imponha a intervenção de outros órgãos no procedimento*”. Pelo que, sempre que haja uma obrigação *legal* de recurso a outros órgãos, o artigo 66.º não se aplicará e essas hipóteses serão tratadas num regime específico. O artigo 66.º aplicar-se-á *para além* desses casos, portanto, quando a participação de outro órgão não seja legalmente obrigatória, mas, pelo contrário, facultativa. Aqui os critérios para decidir solicitar ou não o auxílio passarão por apurar a sua conveniência ou oportunidade e a decisão da AP será, por isso, claramente discricionária.

Para além disso, cremos que se a *ratio* da norma fosse criar uma obrigação legal, o legislador não teria convencionado a possibilidade de a iniciativa do auxílio poder partir de uma “*proposta do responsável pela direção do procedimento ou a requerimento de um sujeito privado da relação jurídica procedimental*”³⁰. Claramente se o órgão competente para emitir a decisão final fosse obrigado a solicitar o auxílio administrativo, essa obrigação existiria e partiria sempre da sua iniciativa, independentemente de qualquer proposta do responsável pela direção do procedimento ou do particular. Questão diferente é saber se, tendo sido proposto o auxílio administrativo pelo responsável pela direção ou pelo particular, poderá o órgão competente para a decisão optar por não o solicitar na mesma. A nossa resposta é afirmativa. A discricionariedade aqui manifesta-se nas “*formalidades a observar na preparação ou prática do acto administrativo*”³¹ e consistirá sempre na atribuição de um *poder de esco-*

³⁰ N.º 1 do artigo 66.º do novo CPA.

³¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª ed., Almedina, 2014, p.

lha à AP, neste caso, solicitar ou não o auxílio, independentemente de quem o requereu. Como diz RUI TAVARES LANCEIRO, “Nenhum órgão está sujeito a um dever de pedido de auxílio, nem um sujeito privado pode obrigar o órgão administrativo a pedir auxílio”³².

Por fim, nas situações elencadas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 66.º, predomina o uso dos conceitos indeterminados, tipicamente usados em zonas de discricionariedade administrativa. Neste caso, estaremos perante “conceitos indeterminados cuja concretização apela já para «preenchimentos valorativos» por parte do órgão administrativo aplicado do Direito”³³.

b) Os órgãos competentes para solicitar e prestar o auxílio administrativo

Já vimos que o critério utilizado para definir os órgãos competentes para solicitar ou prestar o auxílio administrativo no artigo 66.º do novo CPA foi diferente, em termos de amplitude, do consagrado no regime alemão.

Na verdade, para solicitar o auxílio administrativo, é competente o órgão que tiver de emitir a decisão final do procedimento. Ora, para aferir quais são os órgãos competentes para a tomada de decisões, voltamos ao artigo 65.º do novo CPA, que regula a relação jurídica procedimental. A alínea a) do n.º 1 diz-nos que são “Os órgãos das entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º”. Por sua vez, o n.º 1 do artigo 2.º consagra que serão órgãos competentes para decidir “quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, adotada no exercício de poderes públicos ou regulada de modo específico por disposições de direito administrativo”.

Acontece que, o facto de o n.º 1 do artigo 66.º referir mais à frente que o pedido de auxílio pode ser solicitado a “quaisquer outros órgãos da Administração Pública” pode dar origem a interpretações diversas sobre esta matéria.

Por um lado, podemos interpretar no sentido de, ao consagrar-se a expressão “outros órgãos da AP”, o legislador ter querido dizer que apenas pode requerer o auxílio administrativo um órgão da AP e que só o pode solicitar a qualquer outro órgão da Administração Pública. Isto restringe, e muito, o critério presente no artigo 66.º, pois, ao falarmos em Administração Pública, apenas se enquadram os órgãos do n.º 4 do artigo 2.º do novo CPA, a saber “a) Os órgãos do Estado e das regiões autó-

³² RUI TAVARES LANCEIRO, «Auxílio Administrativo», *op. cit.*, p. 327.

³³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 120.

nomas 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”.

Por outro lado, podemos defender a posição de que a competência para requerer o auxílio se afere de acordo com o critério enunciado no n.º 1 do artigo 2.º e para o prestar de acordo com o n.º 4 do mesmo artigo 2.º. Neste caso, o número de órgãos competentes para solicitar o auxílio seria maior do que aqueles que o poderiam prestar.

Atendendo a que o legislador português se inspirou no regime alemão, acérri-
mo defensor de uma cooperação interinstitucional entre órgãos e pessoas coletivas
públicas, atendemos que deve ser adotado o critério do n.º 1 do artigo 2.º do novo
CPA para aferir não só a competência do órgão requerente como do requerido.
Quanto ao órgão que solicita o auxílio, na verdade, esta solução pode ser pacifica-
mente adotada, perfazendo-se o caminho que aqui expusemos: órgão competente
para a decisão final é definido nos termos da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 65.º do
novo CPA que nos remete para a aceção mais ampla do n.º 1 do artigo 2.º do novo
diploma. Ao adotar este critério para o órgão requerente e atendendo a que o prin-
cipal objetivo do instituto do auxílio administrativo consiste em estabelecer relações
de cooperação entre entidades que prossigam o interesse público (*independentemente
da sua natureza*), parece que este critério do artigo 2.º, n.º 1, também deve ser utiliza-
do para aferir o órgão competente para prestar o auxílio. Não há, na verdade, qual-
quer motivo para considerar apenas os órgãos da AP competentes para prestar
auxílios administrativos.

c) O prazo útil

O legislador português no regime do auxílio administrativo não consagrou
um prazo concreto dentro do qual o auxílio administrativo deve ser prestado, tendo
optado, ao invés, por consagrar a expressão “*prazo útil*”. Desta escolha, antevemos
que possam surgir vários problemas, essencialmente por estarmos perante mais um
conceito indeterminado.

O primeiro problema está no facto de ser o *órgão competente para a decisão final*
o responsável por fixar um prazo que considere útil. Na verdade, tendo noção de
que esse órgão não se encontra munido, por exemplo, das capacidades técnicas ou

das informações necessárias para tomar uma decisão sobre essa matéria no procedimento administrativo, em que medida é que conseguirá fixar um prazo razoável e proporcional? Não estará em melhores condições de fixar um prazo o órgão que vai prestar o auxílio? Certamente que o órgão requerido saberá, melhor que qualquer outro, os recursos que pode alocar àquela tarefa, o tempo que aquela questão lhe tomará ou que necessitará para arranjar determinado tipo de informação... Sabemos, contudo, que, se o legislador tivesse optado por esta solução, correria o risco de o órgão solicitado fixar um prazo maior do que aquele que efetivamente necessitaria. Mas, acreditamos que, nesse caso, seria muito mais fácil responsabilizá-lo, uma vez que ele se encontraria a incumprir um prazo fixado por ele próprio.

Daqui surge outra questão. Tendo o órgão incumprido o prazo, poderá inicialmente requerer algum tipo de prorrogação? Esta situação não está prevista no artigo 66.º do novo CPA. No entanto, cremos que o órgão em causa o poderá fazer, desde que justifique fundamentadamente esse mesmo pedido. Na verdade, atendendo a que o órgão que fixou o prazo poderá ter estipulado uma data-limite desproporcional face à complexidade do assunto em questão³⁴, deverá admitir-se a prorrogação, como forma de correção dessas eventuais imprecisões.

Por fim, resta alertar para o facto de o prazo útil ter de ser sempre conjugado com a norma prevista no artigo 128.º do novo CPA que consagra um prazo máximo de 90 dias³⁵ para ser tomada uma decisão final no procedimento em causa³⁶. Ora, para além deste prazo geral, encontram-se outros fixados neste diploma. Por exemplo, no n.º 3 do artigo 92.º do novo CPA, regra geral, *“os pareceres são emitidos no prazo de 30 dias”*. A este prazo poderão acrescer outros, como os previstos nos artigos 75.º, 79.º, 100.º, 101.º, 115.º do novo CPA. Tudo isto conjugado poderá resultar na fixação de um prazo bastante curto para a prestação do auxílio administrativo. O que poderá originar um incumprimento do prazo fixado³⁷ para a prestação do auxílio ou até mesmo uma recusa de prestação.

³⁴ Exatamente porque, como já dissemos, não estava sensibilizado para o assunto.

³⁵ Que, de acordo com o artigo 87.º do novo CPA, são dias úteis e estão sujeitos às restantes formalidades previstas neste artigo.

³⁶ A decisão pode, de acordo com o artigo 127.º do novo CPA, resultar num ato administrativo ou num contrato.

³⁷ E uma dilação, não só na prestação do auxílio administrativo, mas também no procedimento em geral.

d) As alíneas a), b), c) do n.º 1 do artigo 66.º do novo CPA

O auxílio administrativo pode ser requerido no caso de se verificar uma das três situações *taxativas* e previstas nas alíneas do n.º 1 do artigo 66.º do novo CPA. Estas situações, tendo sido formuladas essencialmente com base em conceitos indeterminados, como já havíamos referido, colocarão seguramente inúmeras questões aos seus intérpretes.

A alínea a) do n.º 1 do artigo 66.º do novo CPA diz-nos que o auxílio administrativo pode ser pedido quando o órgão solicitado tenha “*melhor conhecimento da matéria relevante exija uma investigação para a qual o órgão a quem é dirigida a solicitação disponha de competência exclusiva ou de conhecimentos aprofundados aos quais o órgão solicitante não tenha acesso*”.

Há que distinguir nesta alínea duas situações: a primeira, é a hipótese em que o órgão solicitado tem a *competência exclusiva* para investigar sobre aquela matéria e isso só poderá decorrer através de uma obrigação *legal*. E quando a obrigação legal atribuir essa competência a vários órgãos? Como escolher dentro do leque de órgãos que são competentes? Parece-nos uma dúvida para a qual, repetimos, a consagração de critérios sobre como escolher a entidade requerida seria importante.

A segunda hipótese prende-se com as situações em que o órgão a quem é solicitado o auxílio dispõe de conhecimentos aprofundados aos quais o órgão solicitante não tenha acesso. Parece-nos complicado definir o que significará ter o *melhor conhecimento*. Não tendo o órgão competente para emitir a decisão final conhecimento especializado naquela matéria, como poderá decidir qual é a entidade mais adequada para a investigar?

Para além disso, que conhecimentos poderão os outros órgãos ter aos quais o órgão solicitante não possa aceder? Na verdade, e em última instância, todos podemos ter, sobretudo na atual sociedade de informação, acesso ao conhecimento. Não conhecer a matéria em apreço será razão suficiente para solicitar auxílio administrativo? Não nos parece. A ser assim, esta hipótese poderia gerar uma certa inércia e falta de diligência no órgão competente para a decisão final. Terá então que se encontrar um critério que nos permita compreender melhor o que está aqui em causa. Estaremos a falar do conceito de *know-how*? Ou seja, o facto de determinada entidade ter técnica, conhecimento ou determinado tipo de capacidade especial-

mente desenvolvida para investigar sobre determinado tipo de matérias? Outro aspeto que a jurisprudência e a doutrina terão que desenvolver.

O auxílio administrativo também poderá ser requerido quando “o órgão a quem é dirigida a solicitação tenha em seu poder documentos ou dados cujo conhecimento seja necessário à preparação da decisão” (alínea b)). Neste caso, o órgão competente para a decisão final não precisa que o órgão requerido proceda a uma investigação, mas que lhe forneça informações. Certamente será uma situação em que se poderá fixar um *prazo útil* mais curto. Aqui, no acesso a informações e documentos, terá necessariamente de se compatibilizar a alínea b) com o n.º 2 do artigo 66.º do novo CPA (e com a LADA).

Por fim, segundo a alínea c), pode ainda requerer-se auxílio administrativo quando “a instrução requeira a intervenção de pessoal ou o emprego de meios técnicos de que o órgão competente para a decisão final não disponha”. Aqui importará perceber quando é que o órgão competente para a decisão final está efetivamente com falta de pessoal ou recursos técnicos. Para isso ficar claro, o órgão requerente terá de expor essa fundamentação no pedido onde solicita o auxílio. Mas que limite poderá definir essa fronteira entre ter falta ou não de recursos humanos e/ou técnicos? E como é que o órgão requerente sabe que o órgão solicitado não sofre também dessa falta de recursos? Não terá este critério de ser visto nestas duas perspetivas? Será também algo a definir.

Em suma, apesar dos critérios fixados no novo CPA serem indeterminados, podemos dizer que o auxílio administrativo pode ser requerido em situações em que o órgão solicitado tem competência exclusiva sobre aquelas matérias; ou apresenta um *know-how* amplamente reconhecido ou, ainda, um acesso mais amplo a determinado tipo de documentos, informações, meios técnicos ou recursos humanos.

e) A responsabilização do órgão prestador do auxílio administrativo

Já vimos que o órgão competente para a decisão final não tem o dever de solicitar o auxílio administrativo. Mas, se o fizer, terá o órgão requerido o dever de prestar esse mesmo auxílio? A resposta é, na nossa opinião, negativa, apesar de o

novo CPA ter optado por não prever esta situação, contrariamente ao que sucede no regime alemão³⁸.

Primeiramente, como vimos, o artigo 66.º consagra uma zona de discricionariedade. De facto, as alíneas do n.º 1 do artigo 66.º do novo CPA permitem que o órgão a quem foi solicitado tenha uma interpretação diferente do órgão requerente e considere que não tem competência exclusiva, não detém os necessários conhecimentos, não pode prestar as informações com base no artigo 6.º da LADA ou que o órgão competente para a decisão final efetivamente tem pessoal e meios técnicos suficientes.

Em segundo lugar porque, como diz RUI TAVARES LANCEIRO, “*O dever de auxílio opera dentro dos limites das competências e atribuições do órgão em causa (princípio da legalidade e artigo 94.º, n.º 2, do CPA) e na medida em que o pedido seja razoável (princípio da cooperação e princípio da proporcionalidade)*”³⁹.

Caso opte por recusar o pedido de auxílio, o órgão requerido deve notificar a autoridade requerente. Mais uma vez, isso não está previsto no artigo 66.º do novo CPA, contrariamente ao que se verifica no regime alemão (n.º 5 do artigo 5.º da VwVfG).

Perante uma recusa ou uma dilação, deve aplicar-se o n.º 3 do artigo 66.º do novo CPA que determina que a autoridade competente para dirimir o litígio será aquela que for competente “*para a resolução de conflitos de atribuições ou de competência entre os órgãos solicitante e solicitado ou, não a havendo, por órgão que exerça poderes de direção, superintendência ou tutela sobre o órgão solicitado*”.

Este n.º 3 levanta de facto algumas questões que terão de ser resolvidas em conjugação com o artigo 51.º do novo CPA. Afinal a autoridade que é competente é a que tem competência para a resolução de conflitos de *atribuições* ou *competências*? Segundo RUI TAVARES LANCEIRO, deverá aplicar-se o n.º 2 do artigo 51.º quando os órgãos sejam da mesma pessoa coletiva; e o n.º 1 do artigo 51.º quando pertençam a pessoas coletivas ou ministérios diferentes⁴⁰. No caso do n.º 1 do artigo 51.º, quando a competência couber aos tribunais administrativos e fiscais, sem dúvida que a celeridade e eficiência do procedimento administrativo serão postos em causa.

³⁸ N.os 2 a 5 do artigo 5.º da VwVfG.

³⁹ RUI TAVARES LANCEIRO, «Auxílio Administrativo», *op. cit.*, p. 334.

⁴⁰ RUI TAVARES LANCEIRO, «Auxílio Administrativo», *op. cit.*, p. 335.

Não havendo autoridade competente para a resolução de litígios, deverá dirimir a questão o órgão que exerce poderes⁴¹ de direção⁴², superintendência⁴³ ou tutela⁴⁴. Atendendo aos conceitos que estão aqui em causa, e com exceção do poder de direção, não vemos como é que um órgão tendo apenas poderes de superintendência ou tutela possa dirimir e decidir este tipo de litígios. Na verdade, ainda se concebe que os órgãos que tenham poder de direção efetivamente emanem uma ordem no sentido favorável ou não à prestação do auxílio administrativo. Na verdade, e como diz DIOGO FREITAS DO AMARAL, “as ordens são comandos concretos, específicos e determinados, que impõem a necessidade de adoptar imediata e completamente uma certa conduta”⁴⁵. Nestas situações, esta norma não parece levantar grandes objeções. Será, portanto, o que sucede com a administração *direta* do Estado que está sujeita ao poder de direção do Governo, que atua em relação a ela numa posição de superior hierárquico.

Mas quando na estipulação desses poderes não se encontra abrangido o de direção, com que legitimidade pode um órgão resolver um litígio a este nível? Na verdade, no caso da administração indireta do Estado, cabe ao Governo superintender a sua atividade, o mesmo é dizer que o Governo tem poder de *orientação* sobre os institutos públicos e as empresas públicas empresariais (EPE). Para além

⁴¹ Estes poderes encontram-se consagrados na alínea *d*) do artigo 199.º da CRP, “*Dirigir os serviços e a atividade da administração direta do Estado, civil e militar, superintender na administração indireta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma*”.

⁴² Segundo o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º PGRP-00000866, “o poder de direção típico da relação de hierarquia administrativa integra, entre outras, a faculdade de emanar circulares interpretativas, ou seja, instruções gerais, vinculativas, dirigidas aos órgãos, funcionários ou agentes subalternos, acerca do sentido em que devem – mediante interpretação ou integração – entender as normas ou princípios jurídicos que, no âmbito do exercício das suas funções, lhes caiba aplicar”.

⁴³ “O poder conferido a uma pessoa coletiva pública de fins múltiplos de definir os objetivos e guiar a atuação de outras pessoas coletivas públicas de fins singulares colocadas por lei sob a sua dependência” (retirado de uma apresentação *powerpoint* de SÉRVULO CORREIA, «Programa de Doutoramento em Administração Pública, Módulo de Direito Administrativo», Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, *slide* n.º 68, disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Correia-Jose-Servulo-Modulo-de-Direito-Administrativo.pdf>).

⁴⁴ “O poder conferido ao órgão de uma pessoa coletiva de intervir na gestão de outra pessoa coletiva autónoma – autorizando ou aprovando os seus atos ou, excecionalmente, modificando-os, suspendendo-os ou revogando-os, fiscalizando os seus serviços ou suprindo a omissão dos seus deveres legais –, no intuito de coordenar os interesses próprios da tutelada com os interesses mais amplos representados pelo órgão tutelar”. SÉRVULO CORREIA, «Programa de Doutoramento em Administração Pública, Módulo de Direito Administrativo», *op. cit.*, *slide* n.º 70.

⁴⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª ed., Almedina, 2014, p. 902.

da superintendência, a administração indireta também está sujeita à *tutela* administrativa, como decorre da alínea *d*) artigo 199.º da CRP⁴⁶. A maioria da doutrina considera que esta tutela administrativa será uma espécie de tutela reforçada pela superintendência. Na prática, o Estado exerce sobre os institutos públicos e as EPE poderes de tutela fortalecidos pela superintendência⁴⁷.

Já nos casos da administração autónoma (mais concretamente das autarquias locais e as associações públicas), o Governo exerce a tutela administrativa, em sentido restrito, que se traduz apenas no exercício de um mero poder de *controlo e fiscalização* (sem o reforço da superintendência).

Ora, atendendo a que, quer a administração indireta quer a administração autónoma estão sujeitas a *tutela administrativa* (mais ou menos fortalecida) resta tentar compreender se, nestes casos, a solução constante do n.º 3 do artigo 66.º terá alguma sustentabilidade jurídica, ou se, pelo contrário, correrá o risco de ser considerada inconstitucional.

A tutela administrativa encontra-se consagrada no artigo 242.º da CRP⁴⁸ e é constitucionalmente definida como uma “*tutela de legalidade, pois consiste na «verificação do cumprimento da lei» (n.º 1)»*⁴⁹. O que poderá significar “verificar o cumprimento da lei” não é claro, mas, segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “*a função da tutela não é de controlar o «mérito» da administração local ou a sua conformidade com os interesses gerais, tal como o Governo os vê, mas sim e apenas a de velar pela legalidade da administração local»*⁵⁰.

Para além do regime do artigo 242.º da CRP, encontramos a Lei n.º 27/96, de 1 de agosto, que estatui o regime jurídico da tutela administrativa a que ficam sujeitas as autarquias locais e entidades equiparadas, bem como o respetivo regime sancionatório (n.º 1 do artigo 1.º).

⁴⁶ Quando se diz nessa norma “*exercer tutela sobre esta*”, está-se a querer dizer, exercer tutela sobre a administração indireta.

⁴⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, *op. cit.*, p. 903.

⁴⁸ Não se compreende o porquê de a epígrafe do artigo 242.º da CRP ser “Tutela administrativa” e, depois, o n.º 1 desse mesmo artigo restringir a tutela às autarquias locais. Consideramos que deve ser feita uma interpretação extensiva, por forma a se poder aplicar esta norma a todas as entidades públicas sujeitas a tutela; na prática, e como vimos, a administração indireta e autónoma.

⁴⁹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 746 e 747.

⁵⁰ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. II, *op. cit.*, p. 747.

Esse artigo 2.º diz-nos, à semelhança do que afirmam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que a tutela “*consiste na verificação do cumprimento das leis e regulamentos por parte dos órgãos e dos serviços das autarquias locais e entidades equiparadas*”. Já o artigo 3.º explica-nos como é que a tutela se exerce “*através da realização de inspeções, inquéritos e sindicâncias*”. Parece claro então que podemos concluir que a tutela prende-se com o controlo e fiscalização do cumprimento da *legalidade* pela AP.

Desta feita, afigura-se-nos uma tarefa difícil conciliar este controlo da legalidade com uma figura altamente discricionária como é o auxílio administrativo.

Não obstante, e partindo para a resolução da questão, quando estejamos perante uma dilação da prestação do auxílio administrativo, esta intervenção pode tornar-se mais verosímil. Na verdade, o cumprimento, ou não, de um prazo fixado pela autoridade requerente parece enquadrar-se bem mais no âmbito do controlo da legalidade do que os casos em que pura e simplesmente o órgão administrativo se recusa a prestar o auxílio. Enquanto na primeira situação o que está em causa é perceber se efetivamente um determinado prazo foi cumprido ou não e porquê, na segunda situação, teremos *necessariamente* de analisar a decisão de mérito que esteve por detrás da recusa em prestar o auxílio administrativo. Digamos que, estando perante uma dilação, a decisão de mérito não terá de ser averiguada pelo órgão tutelar. Essa mesma decisão já foi tomada pelo órgão requerido. Resta compreender o porquê do seu atraso, se ele é justificado ou não e, em última instância, decidir se o prazo pode ou não ser prorrogado. A análise irá basear-se essencialmente em factos (que justificarão ou não a sua dilação). No caso da recusa da prestação de auxílio, o órgão tutelar terá de avaliar se a decisão de recusar ou não o auxílio foi a mais correta. Aqui, sim, já se entra em zonas de verdadeira discricionariedade e de análise de questões de mérito. Poderá o órgão tutelar dirimir sobre estas questões?

Em primeiro lugar, há que ter sempre presente que só no caso de não haver autoridade competente destacada para a resolução de conflitos e atribuições é que será o órgão tutelar a dirimir estes litígios. Pelo que prevê-se que a sua intervenção será supletiva.

No entanto, a ter que intervir o órgão tutelar, certamente terá que estar legitimado por alguma norma do nosso ordenamento jurídico. Cremos que a solução só poderá passar por uma de duas vias.

A primeira prende-se exatamente com o facto de o artigo 267.º, n.ºs 2 e 5, da CRP consagrar um princípio de colaboração entre os órgãos da AP. Constitucio-

nalmente, os órgãos estão obrigados a cooperar entre si. E fala-se no n.º 2 desse artigo, para além dessa *unidade e eficácia*, dos poderes de *direção, superintendência e tutela*. Ora, aqui, a CRP acaba por atribuir à tutela administrativa um papel especial na concretização das relações internas entre os órgãos da AP. Na verdade, sendo o poder de tutela uma manifestação da clara cooperação entre os órgãos da AP, não deverá ser ele especialmente afeto a regimes como o do auxílio administrativo do artigo 66.º?

A segunda hipótese prende-se com a possibilidade de encarmos a tutela a que se refere o artigo 66.º do novo CPA como uma *tutela corretiva*, ou seja, aquela que “*tem por objeto corrigir os inconvenientes que possam resultar do conteúdo dos atos projetados ou decididos pelos órgãos tutelados*”⁵¹. Aqui, certamente estaríamos perante uma adaptação da figura da *tutela corretiva a posteriori* em que o órgão tutelar teria o poder de corrigir determinadas decisões tomadas, neste caso, pelo órgão solicitado. Portanto, na prática, a decisão de recusa de prestação do auxílio administrativo estaria sempre sujeita a um controlo de executoriedade que dependeria da obtenção da aprovação (ou não) da decisão tomada pelo órgão tutelar. Aqui, a competência do órgão tutelado não estaria em causa, mas apenas a efetiva executoriedade da decisão (que seria concedida sempre que o órgão tutelar concordasse com a renúncia da prestação de auxílio).

Na verdade e analisando jurisprudência recente, nomeadamente o Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, proc. n.º 11862/15, de 26 de fevereiro de 2015, vemos que o Ministério das Finanças foi condenado “*a, no exercício de poderes de tutela e superintendência, determinar que não sejam executadas as anunciadas decisões de colocação no mercado externo das obras de Juan Miró enquanto não se mostrar observada a decisão do procedimento de inventariação e classificação*”. Aqui, um órgão com mera tutela administrativa (ainda que reforçada) é condenado a decidir que as resoluções tomadas pela Direção Geral do Património Cultural não poderão ser executadas enquanto não forem devidamente cumpridos os trâmites legais dos procedimentos em causa. Este poder que é dado ao Ministério das Finanças, à partida, sendo fundamentado num mero poder de tutela, pode parecer excessivo. Mas, conjugando o regime do artigo 66.º do novo CPA e esta jurisprudência recente com a solidez dos preceitos constitucionais e da doutrina de MARCELLO CAETANO, poderemos questionar se não estaremos perante uma mudança do conceito clássico da figura da tu-

⁵¹ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2013, p. 231.

tela administrativa. Estarão a ser entregues aos órgãos tutelares cada vez mais competências que noutra altura não lhes seriam admitidas desempenhar? Parece-nos que sim e que, conseqüentemente, o poder dos órgãos tutelares previsto no artigo 66.º do novo CPA terá de ser encarado desta forma.

Claro que este problema seria muito mais facilmente ultrapassado, se o legislador português, tal como o alemão, tivesse previsto situações em que o órgão requerido pode recusar a prestação do auxílio. Aí, o domínio de análise seria muito mais na fronteira da legalidade do que da discricionariedade. Não se verificando situação semelhante, há que procurar novos caminhos. Esses caminhos passam por aceitar a compatibilização da intervenção dos órgãos com poder de direção na resolução de litígios de recusa ou dilação da prestação do auxílio administrativo. Quanto aos órgãos com poder tutelar, resta-nos fazer esta interpretação atualista da CRP, da doutrina e da jurisprudência, encarando assim a tutela administrativa como um novo paradigma no procedimento administrativo. Não optando por nenhuma das posições aqui adotadas, corremos sérios riscos de, para além dos anteriores problemas já referidos, depararmo-nos com a possibilidade do novo regime do auxílio administrativo poder conter uma norma inconstitucional⁵².

4. Conclusão

O novo Código do Procedimento Administrativo traz-nos, de facto, muitas novidades. Nesta sede, analisamos apenas um instituto e muitas questões se levantaram e muitas outras ficaram por discutir.

No entanto, não podemos deixar de concluir que o auxílio administrativo, previsto no artigo 66.º do novo CPA, é uma das novidades positivas a registar neste novo diploma. Apesar de não ser, na verdadeira aceção da palavra, uma inovação

⁵² Por equacionar fica ainda a consequência que advirá do não cumprimento da decisão tomada pelo órgão tutelar. Se o órgão tutelar decidir que o órgão tutelado tem de prestar o auxílio e este não o fizer, que desfecho aplicar para este incumprimento? A aplicação de uma sanção como decorre do artigo 7.º do regime jurídico da tutela administrativa pode ser uma das soluções. Neste caso, consideramos que a situação em causa se assemelha à da alínea *b*) do artigo 9.º do regime jurídico da tutela administrativa, mas que a dissolução do órgão pode ser uma consequência desproporcional face ao que está aqui em apreço.

no nosso procedimento administrativo, o molde como o legislador o formulou no CPA de 2015 merece sem dúvida a nossa reflexão.

Por um lado, é de louvar a *ratio* que está por detrás deste regime e com a qual concordamos inteiramente. O incentivo a uma cooperação interinstitucional é importantíssimo para criar uma administração pública mais eficiente e qualificada.

Por outro lado, não podemos deixar de mostrar a nossa ligeira desilusão pelo modo como o legislador decidiu, na prática, consagrar este regime do auxílio administrativo. Apesar de ter tomado a opção de o densificar numa única norma, no momento em que, efetivamente, o decidiu regular, pecou por defeito. Em primeiro lugar, porque, e apesar de se ter inspirado no regime alemão, muita coisa ficou por regular. E sendo o regime do auxílio administrativo algo que se encontra na zona de discricionariedade das entidades que prosseguem o interesse público, parece-nos que a forma como foi concretizado não incentivará à sua fruição e utilização. Ao concretizar um regime completamente diferente do que vigorava no CPA de 1991, o legislador deveria ter tido a ousadia de o regulamentar mais pormenorizadamente porque as entidades públicas ou sujeitas ao direito público precisavam dessa orientação. Em segundo lugar, porque mesmo aquilo que foi regulado no artigo 66.º do novo CPA peca, como vimos, por ser demasiado indeterminado, para não dizer incongruente. Indeterminado, quando, por exemplo, não se consagra nenhum prazo em concreto para a prestação do auxílio ou quando se utilizam conceitos indefinidos nas alíneas do n.º 1 do artigo 66.º do novo CPA que darão azo a interpretações divergentes. Incongruente, quando se prevê a possibilidade de órgãos sem qualquer poder de direção poderem ter uma palavra a dizer nesta fase do procedimento.

A par disso, sem dúvida que um dos grandes problemas com que nos deparamos neste debatido artigo 66.º é a intervenção dos órgãos tutelares na responsabilização dos órgãos tutelados no caso de recusa ou dilação na prestação do auxílio. Como é que órgãos com poderes tutelares poderão dirimir estes litígios será uma questão a desenvolver e que, a não ser desenvolvida, poderá trazer problemas a nível constitucional. Por isso o tentamos legitimar em termos doutrinários, constitucionais (artigo 267.º da CRP) e jurisprudenciais, onde encontramos uma corrente mais recente que parece consagrar uma certa mudança de paradigma no conceito de tutela administrativa. Na verdade, com as grandes mudanças que se verificaram

este ano no procedimento administrativo, nada impede que os próprios conceitos administrativos também se transformem e adaptem.

Por tudo isto, resta concluir que, apesar de o regime do auxílio administrativo ser um instrumento com um potencial enorme para contribuir para a modernização e especialização da AP, poderia ter sido concebido de uma forma mais minuciosa e clara, a par da tendência europeia. Assim, apesar da utilidade que se poderá retirar deste instituto, cremos que o mesmo terá de ser alvo de aperfeiçoamentos, muito possivelmente feitos pela jurisprudência e pela doutrina, sob pena deste instituto nunca chegar a ser suficientemente atrativo para as entidades públicas ou sujeitas ao direito público o virem a aplicar.

Bibliografia

Obras

- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a ed., Almedina, 2014.
- _____, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.^a ed., Almedina, 2014.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013.
- CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. II, Artigos 108.º a 296.º, 4.^a ed. revista, Coimbra Editora, 2014.
- CORREIA, Sérvulo, «Programa de Doutoramento em Administração Pública, Módulo de Direito Administrativo», Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Correia-Jose-Servulo-Modulo-de-Direito-Administrativo.pdf>.
- FONSECA, Isabel Celeste M., «A revisão do Código do Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais) fracos», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo II, 2013 – Ética e Direito*, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Braga, 2014.
- GOMES, Carla Amado, «O Projecto de Revisão do CPA: Breves Notas, Muito Tópicas, entre a Satisfação e o Espanto», 2013, disponível em <http://www.icjp.pt/debate/4268/4322>.
- GOMES, Carla Amado, NEVES, Ana Fernanda e SERRÃO, Tiago (coord.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015.
- GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VIEIRA, Vítor Manuel Freitas; GONÇALVES, Rui Miguel; CORREIA, Bruno e GONÇALVES, Mariana Violante, *Novo Código do Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado*, 2.^a ed., Almedina, 2015.
- KOPP, U. Ramsauer F. O., *VwVfG Kommentar*, C.H. Beck, 2014.
- OLIVEIRA, Mário esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa e AMORIM, João Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*, 2.^a ed., Almedina, 2010.
- OTERO, Paulo, «O significado (político) da “revisão” do Código de Procedimento Administrativo», disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/formacao_cpa.php.

Jurisprudência e Pareceres (disponíveis em *www.dgsi.pt*)

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 117/2015, de 12 de fevereiro de 2015, proc. n.º 682/12.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, proc. n.º 11862/15, de 26 de fevereiro de 2015.

Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º PGRP00000866.

O princípio da boa administração: grande nau, grande tormenta?

Ana Rita Carneiro*
Luciana Sousa Santos**
Rita Barros***

“El principio de buena administración responde a las concepciones más recientes del derecho administrativo, caracterizadas por el intento de superar la visión estrictamente formal que legitima la Administración para el mero cumplimiento neutral y objetivo de la norma que le otorga las potestades de actuación y, por otro lado, por la voluntad de situar al ciudadano en el centro de la preocupación de las normas que ordenan la actividad administrativa”.

JOAQUÍN TORNOS MAS¹

Sumário: 0. Introdução. I. A figura da “boa administração” no novo CPA: um mar de oportunidades? II. Boa administração *vs.* eficiência: “separação de águas”? III. A *supernau* da boa administração. IV. A bússola europeia e a pretenção dialética. V. A difícil navegação do juiz na boa administração. VI. Reflexões finais.

0. Introdução

A aprovação do novo Código do Procedimento Administrativo (doravante, NCPA), Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, e a consequente introdução de “inovações significativas” em vários domínios, incluindo a matéria dos princípios gerais da atividade administrativa, legitima a escolha do princípio da boa administração para a nossa análise.

Este princípio classificado, pelo legislador, como sendo um novo princípio contribuirá, na sua ótica, para uma atividade administrativa mais conforme, respeitadora de valores fundamentais de um Estado de Direito Social.

* Mestranda em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

** Mestre em Direito Administrativo pela Universidade do Minho.

*** Mestre em Direito Administrativo pela Universidade do Minho.

¹ JOAQUÍN TORNOS MAS, *El derecho a una buena administración*, Sindicatura de Greuges de Barcelona, Barcelona, novembro de 2007, p. 28.

Na presente ponderação, buscaremos encontrar o rumo da boa administração, quer no NCPA, quer na dogmática jurídica atual. A viagem iniciar-se-á com uma breve resenha da nova figura da “boa administração”. Sem esquecer o passado, optamos por uma sucinta análise comparativa, tentando encontrar um caminho seguro no *mar de oportunidades* (I.).

Em seguida, dirigimo-nos para o princípio da eficiência, consagrado na Constituição da República Portuguesa (de ora em diante, CRP) e no CPA de 1991, procurando uma “separação de águas” da boa administração (II.).

Será a boa administração um *superconceito*, um princípio, um direito ou um dever? A falta de consenso entre a doutrina e nos ordenamentos jurídicos colocam-nos a necessidade de revermos o conteúdo do conceito de boa administração, quais os passageiros da *supernau* (III.).

O princípio da boa administração não é exclusivo nacional e, por conseguinte, não poderíamos deixar de atentar na realidade europeia e nos outros sistemas jurídicos, nomeadamente o italiano, ordenamento *musa* para o legislador nacional (IV.).

Com a *supernau* definida, tentaremos orientar a viagem, que se adivinha atribulada, do juiz pela justiciabilidade da boa administração (V.).

Por fim, remataremos com um exercício futurista, desenvolvendo algumas meditações e críticas ao atual artigo 5.º do NCPA (VI.).

I. A figura da “boa administração” no novo CPA: um mar de oportunidades?

Em jeito de descodificação preliminar, o objetivo do presente ponto vem a ser o de examinar minuciosamente a temática do *princípio da boa administração* no regime do novo Código do Procedimento Administrativo, enquanto princípio geral da atividade administrativa, procurando conhecer não só as razões do seu surgimento na ordem jurídica portuguesa, mas também o seu sentido e o seu alcance. Para tanto, antes de mais, importa sublinhar que o princípio em apreço constitui um dos aspetos fortes e positivos do novo Código, sendo absolutamente necessário para a orientação da Administração Pública na tomada de decisões².

² Fazendo um juízo geral positivo acerca do acolhimento no novo CPA de um conjunto de princípios gerais sobre a atividade administrativa, nomeadamente do princípio da boa administração, veja-

Por força da evolução dos tempos, o legislador ordinário ter-se-á sentido incitado a incluir no NCPA o princípio da boa administração. Tal inserção foi fundamentada com a suposta necessidade de atender ao que era sugerido, não só pela experiência adquirida ao longo de mais de vinte anos de aplicação prática do CPA ora revogado, mas também pela doutrina e pela jurisprudência portuguesas que versaram sobre matérias nele reguladas e, ainda, pelo direito comparado que já há muito apresentava soluções que podiam ser proveitosas para o nosso direito interno³.

Com esta designação, o princípio da boa administração tem o seu berço no direito italiano, constando hoje de inúmeros Códigos homólogos e cujo encontro com o texto do novo CPA era inescapável⁴.

No capítulo II da Parte I do NCPA, sob a epígrafe “Princípios gerais da atividade administrativa”, registam-se inovações significativas relativamente ao disposto nesta matéria pelo anterior Código, cujas alterações se traduzem numa maior densificação de alguns princípios já existentes e na introdução de novos princípios que se entendeu que não poderiam continuar omissos no Código. Assim, começou por incluir-se expressamente no NCPA o princípio da boa administração, cujo âmbito integra os princípios constitucionais da eficiência, da aproximação dos serviços às populações e da desburocratização (artigo 5.º)⁵.

O novel princípio da boa administração já merecia uma consagração legal expressa, sobretudo tendo em conta que integra a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (futuramente, CDFUE), pese embora seja apresentado no artigo 5.º do novo Código segundo uma fórmula definitiva fechada, deixando à margem tudo o que não caiba nessa enunciação. Senão vejamos:

-se: ISABEL CELESTE M. FONSECA, «A revisão do Código do Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais) fracos», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo II, ano de 2013 – Ética e Direito, Escola de Direito da Universidade do Minho – Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Braga, 2014, p. 62.

³ Vd. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro; e, ainda, AA.VV., *Novo Código do Procedimento Administrativo – Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 19 e 41.

⁴ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do projeto do Código do Procedimento Administrativo», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto de 2013, p. 130.

⁵ Vd. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro; e também AA.VV., *Novo Código do Procedimento Administrativo – Anotado e Comentado*, op. cit., p. 21.

“Artigo 5.º

Princípio da boa administração

1 – *A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.*

2 – *Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada.”*

Com efeito, ao reconduzir-se o princípio da boa administração às dimensões da eficiência, economicidade e celeridade, aduz-se uma versão pouco fecunda daquilo que, atualmente, no direito administrativo europeu, é o princípio da boa administração. Mais concretamente, o citado preceito não define o princípio em questão, delimitando-o de forma muito questionável ao reportá-lo a três critérios de ação administrativa e a dois princípios de organização administrativa, conferindo-lhe poucas virtualidades operativas.

Em abono da verdade, o princípio da boa administração continua à procura de identidade e de ancoragem, inexistindo, hoje, uma “cláusula aberta” em matéria de direitos procedimentais, assim como a referência às ideias de confiança, transparência, prevenção e precaução⁶.

Em suma, consideramos que, embora tenha sido correta (ainda que não completamente satisfatória) a inclusão do princípio da boa administração no NCPA, certo é que este se encontra mergulhado em penumbra e reduzido ao seu conteúdo mínimo e, por isso, muito longe de fazer jus à sua auspiciosa denominação e aos frutuócos contributos do direito administrativo europeu (e global)⁷.

Acresce que os *supra* citados valores da eficiência, economicidade, celeridade, proximidade dos serviços dos cidadãos e desburocratização, que fazem parte integrante da boa administração, não possuem verdadeiro caráter inédito.

De facto, atente-se na redação do artigo 10.º do CPA de 1991, agora revogado, que, sob o título “Princípio da desburocratização e da eficiência”, dispunha o seguinte: “*A Administração Pública deve ser estruturada de modo a aproximar os serviços*

⁶ Neste sentido, cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, «Primeiro comentário acerca do projeto de revisão do CPA (a recordar um texto de Steinbeck)», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 101, setembro/outubro de 2013, p. 85.

⁷ Nesta linha de pensamento, cfr. *IDEM, Ibidem*, p. 89.

das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões”. Pois bem, nesta norma, a celeridade, a economia e a eficiência das decisões administrativas eram vistas como o resultado de uma Administração próxima das populações e desburocratizada. O dito princípio da desburocratização, para além de ter uma incidência meramente organizatória e procedimental, não era (também) de eficiência (economia e celeridade), porquanto estes valores figuravam como fins a alcançar e não como padrões de atuação, por via da desburocratização⁸.

Ora, do cotejo do artigo 10.º da redação primitiva do CPA e do artigo 5.º do NCPA resulta que ocorreu uma inversão dos termos da equação: o que agora se pretende exaltar, enquanto regras de conduta, no n.º 1 do artigo 5.º, são os critérios de *eficiência, economicidade e celeridade*⁹, instituindo-se no respetivo n.º 2, como prévia condição da sua eficácia, uma organização desburocratizada da Administração Pública, favorável à aproximação dos serviços das populações¹⁰. Daqui decorre que o princípio da boa administração diz algo que deveria ser suposto e redundante num Estado de Direito, isto é, que a Administração Pública deve ser eficiente na prossecução do interesse público e reger-se por critérios de economicidade e rapidez na sua atuação.

Quanto à *eficiência*¹¹, esta pretende significar não só que na atividade administrativa se impõe que os meios se ajustem aos fins a atingir, como também que

⁸ Sobre o assunto, *vd.* JOÃO PACHECO DE AMORIM, «Os princípios gerais da atividade administrativa no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto de 2013, p. 18.

⁹ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO refere, a este propósito, que a “eficiência” e a “economia” (ou “economicidade”) integram os famosos “3E”, pese embora a tríade esteja incompleta: de facto, continua a omitir-se a “eficácia”, mas talvez por se entender que esta exigência já advém dos demais imperativos aplicáveis à atividade administrativa. *Cfr.* MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO (coord.), AAFDL, Lisboa, 2015, p. 165.

¹⁰ Neste sentido, *cfr.* JOÃO PACHECO DE AMORIM, «Os princípios gerais da atividade administrativa no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», *op. cit.*, p. 18; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», *op. cit.*, p. 164.

¹¹ A eficiência volta a ser exigida aos órgãos e serviços da Administração Pública, por força do artigo 14.º do NCPA, consagrador de diversos princípios aplicáveis à administração eletrónica, devendo aqueles utilizar os meios eletrónicos no desempenho da sua atividade, de modo a promover a eficiência e a transparência administrativas e a proximidade com os interessados. Note-se, porém, que várias outras normas do Código (*v.g.*, artigos 61.º, n.º 1, 62.º, 63.º e 112.º) permitem concluir que não existe um dever legal de utilização de tais meios, falando-se antes na sua utilização preferencial. Acrescente-se, ainda, que a eficiência surge como um interesse público que é parte integrante do princípio da adequa-

são proibidas a culpa grave, o dolo, o erro indesculpável e a corrupção¹². Por sua vez, a *economicidade*¹³ quer dizer que a Administração tem de ser poupada ao gastar dinheiro dos cidadãos e, por outro lado, a *celeridade*¹⁴ denota que o interesse público exige que a sua consecução seja o mais rápida possível¹⁵.

Repare-se que, em bom rigor, o princípio da boa administração reproduz parcialmente o disposto no artigo 267.º da CRP, onde se prevê que: “*A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva (...)*”, para cujo efeito “*a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de ação da Administração (...)*” (n.º 1 e n.º 2).

A boa administração, enquanto elemento essencial da boa governação, exige uma Administração que respeite os direitos dos particulares e que, concomitantemente, providencie serviços públicos eficientes, através do recurso a adequados métodos de gestão. Daí a necessidade, em nosso entender, de padrões jurídicos e não jurídicos que correspondem, respetivamente, a imperativos de legalidade, par-

ção procedimental previsto no artigo 56.º do NCPA, a par dos interesses públicos da participação, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão. Por fim, refira-se também a figura da “conferência procedimental”, estatuída nos artigos 77.º e ss. do NCPA, que se destina ao exercício em comum ou conjugado das competências de diversos órgãos da Administração Pública, no sentido de promover a eficiência, a economicidade e a celeridade da atividade administrativa. Cfr. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, «Abertura e Transparência no Projeto de Revisão do CPA», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º X, 2013, p. 72; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», *op. cit.*, pp. 160-161.

¹² FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do projeto do Código do Procedimento Administrativo», *op. cit.*, p. 130.

¹³ Quanto à economicidade da atividade administrativa, refira-se a sua exigência no n.º 1 do artigo 77.º do NCPA, concernente à “conferência procedimental”.

¹⁴ Relativamente à celeridade, ela é estabelecida no artigo 59.º do NCPA como um dever, determinando-se que “*O responsável pela direção do procedimento e os outros órgãos intervenientes na respetiva tramitação devem providenciar por um andamento rápido e eficaz, quer recusando e evitando tudo o que for imperitante e dilatatório, quer ordenando e promovendo tudo o que seja necessário a um seguimento diligente e à tomada de uma decisão dentro de prazo razoável*”. Também o artigo 112.º do NCPA, sob a epígrafe “Forma das notificações”, revela preocupação com a celeridade ao determinar que as notificações dos atos administrativos podem ser feitas pessoalmente ao notificando, se esta forma de notificação não prejudicar a celeridade do procedimento.

¹⁵ FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do projeto do Código do Procedimento Administrativo», *op. cit.*, pp. 130-131.

ticipação e transparência, e a exigências de *performance* e controlo¹⁶ (*vd., infra*, ponto III.).

Constituem, assim, padrões jurídicos de boa administração os princípios jurídicos fundamentais que se impõem à Administração nos modernos Estados de Direito, tais como o princípio da igualdade e não discriminação, da objetividade, da imparcialidade, do respeito pelos direitos de defesa, da proporcionalidade, da proteção da confiança e da boa-fé; e, ainda, o direito à tomada de decisões em prazo razoável, o direito a ser ouvido e a participar nos procedimentos administrativos, o dever de fundamentação das decisões administrativas e de indicação das possíveis vias de impugnação utilizáveis e o respetivo prazo, o direito à notificação das decisões, o direito de recurso contra as decisões administrativas, o direito à proteção da privacidade dos dados pessoais, o direito à prestação de informações e o direito geral de acesso aos documentos¹⁷.

No que tange ao procedimento administrativo, importa referir que este deverá desenrolar-se com respeito pelo princípio geral da boa administração (que impõe uma atuação segundo parâmetros de eficiência, economicidade e celeridade que se encontram reiterados ao longo do CPA), do qual decorrem, nomeadamente, os princípios da administração eletrónica ou da desmaterialização do procedimento administrativo (cfr. artigo 14.º), concretizados na previsão e fomento do recurso a meios eletrónicos de comunicação e de processamento. Ressaltam, ainda, outras manifestações do princípio da boa administração, como sejam os princípios gerais da adequação procedimental (cfr. artigo 56.º), que possibilitam a celebração de acordos endoprocedimentais entre o responsável pela direção do procedimento e os interessados acerca dos trâmites do procedimento administrativo (cfr. artigo 57.º), o dever de celeridade (cfr. artigo 59.º) e a cooperação e a boa-fé procedimental (cfr. artigo 60.º).

Por outro lado, constituem *standards* não jurídicos de boa administração a acessibilidade, a continuidade e a flexibilidade dos serviços públicos; a sua produtividade na realização das tarefas administrativas; a adequada formação dos agen-

¹⁶ *Vd.* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas nucleares*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 68; *IDEM*, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 68.

¹⁷ *Vd.* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas nucleares*, *op. cit.*, pp. 68-69; *IDEM*, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, pp. 68-69.

tes públicos; a qualidade da regulamentação produzida pela Administração; a proteção e a preservação dos bens públicos; e, ainda, a simplificação e a elasticidade dos procedimentos¹⁸.

Enfim, o que dizer acerca deste “novo” princípio da boa administração? Será que este novo princípio não é, afinal... novo?

Desde logo, comecemos por dizer o que, *prima facie*, se afigura mais evidente aos olhos de todos: em termos de consagração legal expressa, o princípio da boa administração, hoje prescrito no novo artigo 5.º do CPA, assume-se como um *princípio novo*. Todavia, e após uma apreciação descritivo-exegética do mencionado princípio à luz do artigo 5.º, a par de uma análise sistemática e conteudística do novo Código, chegamos à conclusão de que a letra do citado segmento normativo não reflete uma profunda “cirurgia da alma” do velho Código, na medida em que não constitui real novidade nem avanço significativo, dado que o princípio da boa administração é aí apresentado segundo uma fórmula extremamente redutora e pouco original.

Nestes termos, julgamos que o princípio da boa administração, tal como previsto no novo artigo 5.º, ficou muito aquém das suas potencialidades e corresponde, basicamente, a uma réplica do artigo 10.º do Código anterior, servindo, portanto, de repositório do acervo de valores já anteriormente existentes e comumente reconhecidos. Senão, atente-se no facto de que existe algum consenso no que toca à introdução do princípio da boa administração no NCPA, o que parece acentuar a ideia de que se tratou de um “*desenlace natural*”¹⁹, isto é, de um momento para afirmar (*rectius*, confirmar) definitivamente aquilo que já era aceite, evidente e inquestionável nos mundos jurídico e não jurídico.

A despeito disso, cumpre realçar que o princípio da boa administração viu o seu escopo empobrecido no texto do artigo 5.º, emergindo aí como um princípio quase estritamente retórico ou académico, “anémico” em termos de conteúdo, constituindo, pelo menos aparentemente, o reflexo de um “novo-riquismo” dos princí-

¹⁸ *Vd.* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas nucleares*, *op. cit.*, p. 69; *IDEM*, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁹ *Cfr.* PEDRO CRUZ E SILVA, «Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo II, ano de 2013 – Ética e Direito, Escola de Direito da Universidade do Minho – Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Braga, 2014, p. 127.

pios e de uma deficiente importação de ideias estrangeiras²⁰. Posto isto, somos de parecer que o NCPA prestou aqui um mau serviço à causa pública, obrigando a um maior esforço interpretativo para que se possa compreender a fundamentalidade de um princípio de tão magna importância como é o princípio da boa administração.

Malgrado, o princípio da boa administração surge como parte integrante do frontispício do NCPA e constitui um valor fundamental e estruturante de toda a atividade administrativa, ainda que com um “corpo desconjuntado”. E, tal como os demais princípios gerais da atividade administrativa, o princípio em análise está vertido em diversas normas jurídicas do novo Código que devem conformar toda a atuação administrativa, tendo, inclusivamente, de ser encarado como um elemento de referência para a interpretação e a integração de lacunas de outros preceitos do CPA e da restante legislação administrativa.

Seguindo de perto a opinião de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, parece-nos que, do ponto de vista sistemático, o Capítulo II da Parte I do NCPA deve ser visto numa perspetiva que desliga os artigos 3.º, 4.º e 5.º dos artigos subsequentes, para o efeito de se considerar que *“os três primeiros artigos são o pórtico que fornece o enquadramento aos artigos subsequentes, que, num segundo momento, os vêm complementar”*²¹.

Da leitura conjugada dos referidos normativos resulta que a Administração Pública existe para prosseguir o interesse público, de modo eficiente, no respeito pela legalidade objetiva e pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares. A seguir, os artigos 6.º e ss. do NCPA vêm detalhar as dimensões em que se materializa o respeito da Administração pelo Direito e, quando for o caso, pelas situações jurídicas subjetivas que ele tutele.

Em jeito de síntese, não obstante a epígrafe do artigo 5.º, os artigos 3.º, 4.º e 5.º do NCPA podem, a nosso ver, ser lidos como consagrando, de uma banda, o princípio da legalidade (artigo 3.º) e, de outra banda, o princípio da boa administração (artigos 4.º e 5.º), compreendido este último, *lato sensu*, como a imposição de que a Administração Pública prossiga o interesse público com eficiência, economicidade e

²⁰ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», *op. cit.*, p. 169.

²¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, p. 70.

celeridade, mas sem descurar o necessário respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Cremos, outrossim, que a previsão legal expressa do princípio da boa administração surgiu como um imperativo da atual “*sociedade-da-urgência*”²² em que vivemos, onde se assiste, designadamente, à reivindicação pelos cidadãos e pelos operadores económicos da satisfação imediata de pretensões, por via de procedimentos administrativos simplificados, acelerados e desformalizados, assim como à ampliação da discricionariedade do órgão responsável pela direção do procedimento administrativo na fixação do *iter* procedimental²³.

Nesta ordem de ideias, o princípio da boa administração trata-se de um corolário do princípio da prossecução do interesse público, plasmado no artigo 266.º, n.º 1, da CRP, que, por sua vez, enquanto *princípio ético-jurídico*²⁴, exige da Administração que adote, em relação a cada caso concreto, as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro)²⁵.

O conceito de boa administração surge, pois, neste contexto, associado à afirmação de um princípio que orienta e vincula a Administração Pública, se bem que com um conteúdo vago e flexível, de contornos imprecisos, partindo do postulado de que a atividade administrativa se deve traduzir em atos cuja substância seja também inspirada pela necessidade de satisfazer da forma mais eficiente (racional, expedita e económica) possível o interesse público constitucional e legalmente definido²⁶.

²² ISABEL CELESTE M. FONSECA, «A revisão do Código do Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais) fracos», *op. cit.*, p. 61.

²³ *IDEM, Ibidem*, p. 61.

²⁴ Neste sentido, dando enfoque ao princípio da prossecução do interesse público enquanto *princípio ético-jurídico* que se aplica a toda a Administração Pública e a todas as formas de atividade administrativa, *vd.* JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 558.

²⁵ *Cfr.* DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 46.

²⁶ *Vd.*, sobre o assunto, *IDEM, Ibidem*, p. 46.

II. Boa administração vs. eficiência: “separação de águas”?

Terminada a navegação introdutória da boa administração, partimos à descoberta de águas passadas vertidas no novo CPA – critérios de atuação administrativa: eficiência, celeridade e economicidade, centrando a nossa atenção no primeiro, consagrado, no anterior CPA, como princípio, a fim de *separarmos as águas* da boa administração.

A eficiência²⁷ eleva-se a princípio no n.º 2 do artigo 267.º da CRP²⁸, tendo como principal dimensão a organização da Administração²⁹. No entanto, a eficiência transborda para o procedimento administrativo. Dessarte, a eficiência subdivide-se em duas dimensões³⁰: uma dimensão estática³¹, a opção por um dos meios possíveis (organizacionais, procedimentais, entre outros) e uma dimensão dinâmica, injuntivo de otimização permanente da relação entre os meios e os fins.

*“A positivação do critério da eficiência corresponde a uma concretização do princípio do Estado de direito social e do princípio da prossecução do interesse público”*³², atendendo, após a *juridificação* do conceito, *“essencialmente ao modo como se ponderam entre si os bens jurídicos ou interesses juridicamente protegidos, orientando a conduta pública para a prossecução (integral) do objetivo proposto com a menor lesão dos bens jurídicos envolvidos”*³³.

Por outro lado, JOÃO CARLOS LOUREIRO³⁴ identifica como eficácia, sentida omissão do elenco do artigo 5.º do NCPA, a relação entre os efeitos e os resultados da atividade administrativa e os seus objetivos anteriormente definidos.

²⁷ O conceito de eficiência não nasce na ciência jurídica. Originário dos domínios da economia e gestão empresarial foi sendo adotado enquanto conceito integrante da análise económica do Direito, reportando-se a maioria das vezes com um conteúdo idêntico nos vários ordenamentos jurídicos.

²⁸ *Vd.* JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 554 e ss. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 791 e ss.

²⁹ A organização da Administração e da sua atividade não é neutra, ou sem fim e critério.

³⁰ ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, «Eficiência e Constituição», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VII, 2010, p. 294.

³¹ Cfr. o princípio da adequação procedimental, artigo 56.º, relacionando o princípio da eficiência com o princípio da proporcionalidade.

³² FILIPA URBANO CALVÃO, «Princípio da Eficiência», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VII, 2010, pp. 331-332.

³³ FILIPA URBANO CALVÃO, «Princípio da Eficiência», *op. cit.*, p. 331.

³⁴ JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo Entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares (Algumas Considerações)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª ed., 1995, p. 127.

O princípio (constitucional) da eficiência vincula, portanto, a Administração na escolha pelo instrumento ou efeito jurídico, que menos custo represente e melhor satisfaça o interesse (público). Ou seja, a eficiência orienta e limita a atividade administrativa.

O artigo 10.º do CPA de 1991 conjuga a eficiência com a desburocratização – uma Administração que se estruture e funcione burocraticamente é uma Administração ineficiente. Da Administração próxima das populações, segundo o artigo 10.º, e desburocratizada³⁵ resultariam decisões céleres, económicas e eficazes, isto é, eficientes.

Em nenhuma das versões do Código, o legislador optou por se referir ao conceito amplo de eficiência – “3E”³⁶. A eficiência, poder-dever da Administração³⁷, decompõe-se em três ideias: celeridade (dimensão temporal), economia e eficácia. Preferiu a omissão da dimensão da eficácia, embora no presente texto legal esteja subjacente a vários preceitos³⁸, e promoveu a economicidade ao mesmo escalão da eficiência.

A celeridade, estatuída no artigo 59.º do NCPA, tão maltratada pela Administração nacional, como referido *supra*, dimensão temporal do princípio da eficiência, impõe que a Administração evite e rejeite manobras dilatatórias e ordene tudo o que for necessário para o célere andamento do procedimento. A celeridade está, em grande medida, dependente da organização dos serviços e dos seus meios.

A economia³⁹ ou economicidade envolverá, numa visão futurística (e puramente economicista?) os serviços como centros de resultados. No presente, os serviços administrativos estão no *escuro fundo do mar* da boa administração e da eficiên-

³⁵ Através da descentralização e desconcentração – JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 583 e ss. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 808 e ss. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», *op. cit.*

³⁶ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», *op. cit.*, p. 165.

³⁷ Cfr. CLÁUDIA VIANA, «O Princípio da Eficiência: a Eficiente Eficácia da Administração Pública», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VII, 2010, pp. 301 e ss.

³⁸ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», *op. cit.*, p. 165.

³⁹ “[P]arâmetros de eficiência impostos pelo princípio da sustentabilidade como forma de otimização do bem-estar da população” – SUZANA TAVARES DA SILVA, «O Princípio (Fundamental) da Eficiência, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VII, 2010, p. 536.

cia, em sentido amplo, representando custos não justificados pelos resultados, *i.e.*, enquanto centros de custos⁴⁰.

Uma Administração será eficiente quando os resultados e efeitos verificados satisfizerem celeremente os objetivos legal ou constitucionalmente pré-definidos, com o menor custo possível, evitando desperdícios, pelo aproveitamento ótimo dos recursos disponíveis.

A proteção dos interesses dos administrados não pode ser preterida em relação à eficiência. O equilíbrio nem sempre é possível, por vezes a eficiência pesa mais, como no caso de dispensa de audiência prévia (cfr. artigo 124.º do NCPA), ao invés do prazo não inferior a 10 dias para o exercício do direito de audiência prévia (cfr. artigo 122.º do NCPA), que desequilibra a balança no sentido dos interesses dos administrados⁴¹.

Mar adentro avançamos para uma “separação de águas” prévia àquela enunciada no título. Será a eficiência manifestação do princípio da proporcionalidade?

A claridade das águas perde-se quando confrontamos o princípio da eficiência, mormente a eficácia, com o princípio da proporcionalidade, na vertente da necessidade.

FILIPA URBANO CALVÃO não emancipa a eficiência do princípio da proporcionalidade⁴², identificando apenas uma situação em que tal independência é possível afirmar-se: *“situação em que se identifica mais do que uma medida capaz de satisfazer o interesse público definido na lei como fim da atuação administrativa, mas uma delas realiza tal interesse de modo mais intenso ou completo do que as restantes (...) pode suceder que a medida idónea seja a mais onerosa quando considerados os restantes interesses. Ora, nesta hipótese, será sustentável afirmar que à Administração Pública restará a «opção» pela solução que, não sendo a mais idónea, realize ainda o interesse público embora numa medida menor, mas com menores custos para os restantes bens ou interesses envolvidos”*⁴³. Assim,

⁴⁰ Vd. SUZANA TAVARES DA SILVA, «O Princípio (Fundamental) da Eficiência», *op.cit.*, pp. 519 e ss. “[A] eficiência é hoje um critério de agir administrativo, impondo à Administração que pautе as suas escolhas por indicadores de sustentabilidade como forma de otimização do bem-estar da população” – SUZANA TAVARES DA SILVA, «O Princípio (Fundamental) da Eficiência», *op. cit.*, p. 528.

O adágio de *fazer mais com menos* poderá justificar a privatização de funções administrativas.

⁴¹ FILIPA URBANO CALVÃO, «Princípio da Eficiência», *op. cit.*, p. 339.

⁴² “[O] critério da eficiência não assume, afinal, autonomia no plano substantivo (da decisão administrativa) em face dos princípios da proporcionalidade e da boa administração” – FILIPA URBANO CALVÃO, «Princípio da Eficiência», *op. cit.*, p. 334.

⁴³ FILIPA URBANO CALVÃO, «Princípio da Eficiência», *op. cit.*, p. 334.

consequência direta desta dependência será a justiciabilidade da eficiência através do princípio da proporcionalidade.

Alinhamos na “separação parcial de águas” entre os princípios da eficiência e da proporcionalidade: a “*eficiência (...) não exige, para funcionar como parâmetro de controlo, que haja qualquer lesão de posições jurídicas alheias. Enquanto o princípio da proporcionalidade (...) é um princípio que limita o sacrifício que se pode exigir a outra subjetividade, a eficiência mede (e limita) o sacrifício que se pode exigir aos recursos públicos*”⁴⁴. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO avança várias situações onde a eficiência dita a solução⁴⁵.

Posicionamo-nos, igualmente, ao lado do autor quando aceita “*que o parâmetro de controlo da eficiência pode reconduzir-se a um conceito amplo de proporcionalidade*”⁴⁶, no entanto, “*isto não é manifestamente razão para defender a sua falta de autonomia*”⁴⁷.

Resta-nos a relação entre os princípios da boa administração e da eficiência. Serão dois *lagos* isolados? A doutrina não tem resposta única.

CARLA AMADO GOMES⁴⁸ e SUZANA TAVARES DA SILVA⁴⁹, reportando-se aos ventos europeus, isolam a eficiência da boa administração. No mesmo sentido, JOÃO CARLOS LOUREIRO⁵⁰ declina a equiparação entre eficiência e boa administração.

Perfilhamos o entendimento de FREITAS DO AMARAL⁵¹, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA⁵² na subsunção do princípio da eficiência ao princípio da boa administração.

Teremos o *mar Mediterrâneo da eficiência*, com as suas especificidades (poderes-deveres, critério, princípio), ligado e, portanto, não independente do *oceano Atlântico da boa administração*.

⁴⁴ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», *op. cit.*, p. 176.

⁴⁵ *IDEM*, *Ibidem*, p. 177.

⁴⁶ *IDEM*, *Ibidem*, p. 178.

⁴⁷ *IDEM*, *Ibidem*, pp. 178-179.

⁴⁸ CARLA AMADO GOMES, «A “Boa Administração” na Revisão do CPA: depressa e bem...» [em linha], ICJP, Lisboa, disponível em <http://www.icjp.pt/debate/4268/4337> [consultado em 5 de junho de 2015].

⁴⁹ SUZANA TAVARES DA SILVA, «O Princípio (Fundamental) da Eficiência», *op. cit.*

⁵⁰ JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo Entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares (Algumas Considerações)*, *op. cit.*, pp. 129-130.

⁵¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, pp. 46 e ss.

⁵² JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 806 e ss.

III. A *supernau* da boa administração

Em tempos recentes, o conceito de boa administração tem sido, entre nós, objeto de atenta elaboração doutrinal que, por seu turno, tem sido sobretudo tributária da doutrina italiana que alude à ideia de “bom andamento do procedimento”⁵³.

Em Portugal, a construção do conceito de boa administração tem assentado na tradicional contraposição entre legalidade e mérito e, conseqüentemente, na configuração da boa administração como um dever que se concretiza na observância de padrões extrajurídicos. Neste sentido, a noção de boa administração tem sido associada aos critérios de eficácia e eficiência da Administração Pública, sendo usual referir-se que sobre a Administração impende o dever de prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível, falando-se até, indistintamente, num *princípio da boa administração, do mérito ou da eficiência*⁵⁴. A esta luz, o conceito de boa administração surge ligado à afirmação de um *princípio* ou de um *dever*, a cargo da Administração, consubstanciando uma situação ativa a que não corresponde nenhuma situação passiva – *id est*, trata-se de um dever em sentido estrito, de natureza objetiva, na medida em que ao dever de boa administração que recai sobre as entidades públicas não correspondem, correlativamente, situações jurídicas subjetivas na esfera jurídica de eventuais interessados⁵⁵.

No âmbito do Direito da União Europeia, o conceito de boa administração tem sido alvo de uma abordagem manifestamente distinta daquela que se acaba de descrever e que, ao que parece, não tem tido o devido acolhimento na doutrina administrativa portuguesa. Essa abordagem parte da afirmação da boa administração como um autêntico valor jurídico, tendo vindo a resultar no artigo 41.º da CDFUE, em cuja epígrafe se faz referência expressa a um *direito à boa administração* dos cidadãos europeus perante a Administração da União. Nesta perspetiva, o imperativo de boa administração, conforme analisaremos *infra*, não exige que a Administração administre bem, do ponto de vista da substância das decisões – e, em geral, dos resultados da atuação administrativa –, bastando que, para além das regras que lhe imponham vinculações estritas, a Administração persiga os princípios jurídicos

⁵³ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, op. cit., p. 56.

⁵⁴ MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, 1999, p. 114.

⁵⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas nucleares*, op. cit., p. 49.

aptos a criar as condições necessárias para que administre da melhor maneira⁵⁶. Trata-se, assim, de substituir uma conceção extrajurídica de boa administração (de cariz economicista) por uma conceção jurídico-administrativa, no pressuposto de que não é possível, nos campos em que a Administração não se ache vinculada por uma regra estrita, afirmar se uma dada decisão é boa ou má, pois o que releva é garantir que essa decisão seja elaborada no respeito pelos princípios jurídicos que potenciam a tomada de boas decisões.

Justifica-se, a nosso ver, fazer uma breve alusão ao *Código Europeu de Boa Conduta Administrativa*⁵⁷ que foi elaborado com o fito de compilar as principais regras e princípios que se impõem à Administração, cuja infração deverá qualificar-se como *má administração*, para o efeito de habilitar os cidadãos à apresentação de uma queixa junto do Provedor de Justiça Europeu (*vd.*, ponto **IV.**). Nele desponta a ideia de má administração associada à violação das ditas regras e princípios e, em consequência, a ideia de boa administração aparece reconduzida precisamente à observância dessas regras e princípios.

Quanto a nós, e atendendo ao que já discorremos no âmbito do ponto **I.**, somos paladinos de um conceito amplo de boa administração, que busque a síntese entre componentes jurídicos e extrajurídicos, servindo de “bússola” orientadora da conduta da Administração Pública. Nesta senda, parece-nos desejável tentar reconstruir o conceito de boa administração em novos e mais latos moldes, a fim de que este seja capaz de cobrir tanto o conceito de juridicidade, como os de eficácia e eficiência da Administração.

Contudo, acima de todas as regras e princípios, jurídicos e não jurídicos, a que a Administração deve obediência no âmbito da sua atividade, está o chamado *superconceito* de boa administração⁵⁸. Desta sorte, a boa administração advirá do equilíbrio entre as exigências de uma eficiência economicista e as exigências de juridicidade.

⁵⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas nucleares*, *op. cit.*, pp. 62-63.

⁵⁷ Disponível em <http://www.ombudsman.europa.eu/pt/resources/code.faces#/page/1> [consultado em 5 de junho de 2015].

⁵⁸ *Vd.*, entre nós, a favor desta posição, a tese de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas nucleares*, *op. cit.*, pp. 66-71.

É mister reconhecer que a boa administração constitui um imperativo nas modernas sociedades democráticas, sendo um elemento essencial da *boa governação*^{59/60}, desdobrando-se, por isso, num componente jurídico e num componente extrajurídico⁶¹.

Para nós, o conceito amplo ora proposto de boa administração encontra ressonância no artigo 266.º, n.º 1, da CRP, de acordo com o qual “*A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*”. É possível deduzir deste preceito que a boa administração é aquela que assegura a eficaz e eficiente satisfação das necessidades coletivas que a Constituição e a lei colocam a seu cargo, sem, com isso, subverter as exigências que, no plano jurídico, lhe são impostas para a proteção dos direitos e interesses dos particulares. Desta forma, afasta-se o clássico entendimento de que o valor da garantia dos direitos e interesses dos particulares e o da boa administração se encontram numa relação de tensão dialética, donde flui que a boa administração há de resultar da concordância prática daqueles valores tendencialmente conflituantes.

Resta-nos dizer, num esforço bem intencionado de salvar o sentido e o alcance do princípio da boa administração, que este princípio pode ser visto como um *princípio guarda-chuva*, do qual se podem extrair direitos e deveres. Nesta linha, consideramos que a boa administração não deverá permanecer tão-só ao nível de um *princípio* ou de um *direito* ou de um *dever*, mas ser antes transformada numa *supernau* com uma tripla vertente, isto é, num autêntico *princípio-direito-dever*.

⁵⁹ A *governança*, tal como definida no Livro Branco da Comissão Europeia, “*designa o conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder a nível europeu, essencialmente no que se refere à responsabilidade, transparência, coerência, eficiência e eficácia*”. Cfr. Comunicação da Comissão Europeia, «*Governança Europeia – Um Livro Branco*» [em linha], COM (2001) 428 final, Bruxelas, 25 de julho de 2001, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0428&qid=1434393246381&from=EN> [consultado em 2 de junho de 2015]; e, para mais desenvolvimentos sobre a matéria, veja-se a anotação ao artigo 41.º da CDFUE por CLÁUDIA VIANA, «*Artigo 41.º – Direito a uma boa administração*», in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, ALESSANDRA SILVEIRA/MARIANA CANOTILHO (coord.), Almedina, Coimbra, 2013, p. 486.

⁶⁰ Note-se que os conceitos de “boa governação” ou “governança” e de “boa administração” não são de fácil precisão conceptual e têm sido empregues, nas últimas décadas, como “*conceitos-fetiche*”, associados a consecutivas tentativas de reforma ou de modernização administrativa. Sublinhando este aspeto, cfr. FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA, «*El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a una buena administración*», in *AFDUDC*, n.º 13, 2009, p. 732.

⁶¹ *IDEM*, *Ibidem*, p. 67.

Em primeiro lugar, o princípio da boa administração surge como o suporte lógico de inúmeras prescrições do NCPA, designadamente de natureza procedimental, relativamente às quais ele desempenhará um importante papel interpretativo e integrativo, para além de poder funcionar também como fator de robustecimento de outros princípios afins (*v.g.*, o princípio da responsabilidade, o princípio da proporcionalidade e o princípio da administração eletrónica), configurando-se, destarte, como um *superprincípio*, passível de se decompor em vários subprincípios.

Acresce que do mencionado princípio da boa administração pode decorrer, reitere-se, em nossa opinião, não apenas um dever geral de boa administração que vincula a Administração Pública, como também um corresponsivo direito subjetivo à boa administração por parte dos cidadãos, dotado de um conteúdo suficientemente preciso para ter operacionalidade jurídica^{62/63}.

Num plano mais geral de análise, cremos que se trata de reconhecer um conjunto de direitos de que os cidadãos são especificamente titulares no âmbito das suas relações com a Administração e que integram uma nova dimensão da cidadania. Propugnamos, portanto, o entendimento segundo o qual a boa administração é um valor suscetível de ser subjetivado, isto é, que acarreta um dever, a cargo da Administração, a que poderá corresponder um direito na esfera jurídica de determinados particulares.

Aqui chegados, importa notar que o tema *sub judice* é deveras melindroso, pelo que mereceria atenção mais circunstanciada do que aquela que, neste momento, lhe podemos dedicar. Sempre adiantaremos, no entanto, que, do nosso ponto de vista, se é certo que a consideração do princípio da boa administração como um

⁶² Neste sentido, *vd.* JULI PONCE SOLÉ, «El derecho a buena Administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública», *in* RPGMJF, ano 2, n.º 2, Belo Horizonte, janeiro/dezembro de 2012. Todavia, em sentido diametralmente oposto, *vd.* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas nucleares*, *op. cit.*, pp. 49 e 55-58; JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.ª ed., Âncora Editora, Lisboa, 2009, p. 88; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, pp. 46-49; *IDEM*, *Direito Administrativo*, Vol. II, [s.n.], Lisboa, 1988, pp. 39-42.

⁶³ Em defesa desta tese, leia-se o que diz a respeito FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA, «El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a una buena administración», *op. cit.*, p. 741: “A nuestro juicio resulta indudable que la «buena administración» constituye un verdadero «principio rector» de las Administraciones Públicas que ha calado en la legislación y la jurisprudencia como expresión aglutinante de su buen funcionamiento, no sólo desde una perspectiva interna, sino también –y en particular– desde el punto de vista de sus relaciones con los ciudadanos. Pero, en todo caso, un principio rector que, como hemos comprobado en el apartado anterior, se ha positivizado en una serie de principios específicos, mandatos y directrices para las Administraciones Públicas, e incluso verdaderos derechos de los ciudadanos con concretas garantías para su salvaguardia”.

princípio de conteúdo plural⁶⁴, aberto e heterogéneo comporta enorme mérito, não é menos certo que, ao ampliar o seu alcance, isso poderá contribuir para o perigo de degradação da sua própria força imperativa⁶⁵.

IV. A bússola europeia e a pretensa tensão dialética

A fórmula *boa administração* não é inovadora, contando com tradição, quer no panorama nacional, quer no panorama europeu, sendo ora encarada como repositório de valores, ora como súmula de ideias que a Administração tem de respeitar na prossecução do interesse público, que implica que a atividade administrativa se traduza numa satisfação de necessidades públicas da forma mais eficiente possível, optando “*entre as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro)*”⁶⁶.

Todavia, trata-se de um *superconceito*, permeável a uma infinidade de interpretações e compreensões.

Destarte, se realizarmos um pequeno exercício de direito comparado, constatamos que a sua concretização é bastante díspar nos diversos ordenamentos jurídicos.

Para os autores alemães, desdobra-se num conjunto de outros princípios e valores, como os da igualdade ou da proporcionalidade, além da sua vertente limitativa à ingerência no processo administrativo. Entendimento este partilhado pela doutrina espanhola responsável pela elaboração de um catálogo de valores estruturantes da organização e funcionamento administrativos. Ainda que nenhuma norma que mencione de forma expressa a boa administração exista, esta manifesta-se noutros preceitos jurídicos da Constituição Espanhola, bem como de demais legislação ordinária, como o Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum.

⁶⁴ Nesta linha de raciocínio, postulando uma visão abrangente do conteúdo do princípio da boa administração, veja-se: FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA, «El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a una buena administración», *op. cit.*, p. 741.

⁶⁵ Nas palavras de JOAQUÍN TORNOS MAS, “[t]anto las referencias normativas como las jurisprudenciales configuran el principio de buena administración como un principio de contenido plural, lo que, por un lado, amplía su radio de acción, pero, por otro, puede hacerle perder fuerza imperativa”. Cfr. JOAQUÍN TORNOS MAS, *El derecho a una buena administración*, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 38.

Contudo, inevitável será dizer que o conceito aparece, indelevelmente, associado a um conteúdo flexível, porque maleável materialmente, de acordo com opções legislativas, ainda que sem nunca perder o mínimo denominador comum: o dos valores inerentes ao exercício da função administrativa que visa a satisfação do interesse público da forma mais expedita e racional possíveis.

O tratamento e compreensão deste conceito têm sido tributários da doutrina italiana.

Para SABINO CASSESE, a boa administração é um princípio cujo nascimento e desenvolvimento acompanhou a evolução do movimento de legalização da Administração Pública⁶⁷, marcada por inúmeras fases que vieram a culminar, muito resumidamente, em duas fases finais: na consagração nos textos constitucionais e na posterior consagração na legislação *constitucional* supranacional e global (Tratados e Convenções Internacionais).

Um exemplo da primeira fase mencionada é o do artigo 97.º da Constituição da República Italiana, que logo a 22 de dezembro de 1947 faz referência à ideia de boa administração no único preceito relativo às linhas orientadoras da conduta da Administração Pública: “*Os serviços públicos são organizados segundo as disposições da lei, de modo que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração*”.

No entendimento dos autores italianos, é um preceito fundamental, por nele estar patente a ideia de que a Administração Pública tem que tomar, no exercício da sua atividade, decisões de acordo com as circunstâncias e ponderados os meios mais adequados. Neste seguimento, entendem-no como estruturante e garante do bom funcionamento da Administração Pública, tendo contribuído para a transformação dos princípios administrativos, que se encontram na Constituição, em parâmetros, não só da atuação da Administração para com a comunidade, mas também entre esta e os particulares.

A última fase caracteriza-se por uma expansão do princípio a nível supranacional e global que marcou a sua evolução funcional. Enquanto na dimensão nacional a boa administração se manifesta na relação entre a Administração e os cidadãos, na dimensão supranacional o princípio adquire uma maior amplitude, apli-

⁶⁷ SABINO CASSESE, «Il diritto alla buona amministrazione» [em linha], pelo 25.º aniversário da lei sobre “Sindic de Grenges” da Catalunha, Barcelona, 2009, disponível em <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/05/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona27-marzo.pdf> [consultado em 1 de junho de 2015], pp. 1-5.

cando-se à relação entre os indivíduos e a Administração supranacional, bem como entre estes e a Administração nacional.

Especialmente nos últimos vinte anos, fruto de burocracias baseadas na lógica da eficácia e da eficiência, tem sido levantado o problema da integração da boa administração num sistema jurídico europeizado e globalizado.

A boa administração, tal como se apresenta no direito europeu, revela uma abordagem distinta daquela que podemos encontrar nos ordenamentos jurídicos nacionais, que temos vindo a problematizar, mostrando-se como um conceito parco em unidade e operacionalidade⁶⁸.

O conceito de boa administração não é recente no direito europeu. Ele já estava presente, ainda que camuflado, nos Tratados que instituíram as Comunidades Europeias. Reportando-se, inicialmente, a parâmetros de eficiência, a boa administração era comumente conotada com boa gestão financeira [artigos 287.º, n.º 2, e 317.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)]. No entanto, operava sempre, *a posteriori*, e não como instrumento preventivo, funcionando como parâmetro de controlo e de responsabilização.

Suscita também particular reparo a CDFUE que, desde dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, adquiriu um valor jurídico igual ao dos Tratados Constitutivos (artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE)).

O aparecimento do direito à boa administração com a força vinculativa do Tratado de Lisboa supõe um passo em frente no caminho iniciado com a definição deste direito pela CDFUE e um impulso às interpretações jurisprudenciais e doutrinárias que apostavam na existência de um direito propriamente dito e não num mero princípio programador ou inspirador das atuações dos Governos e das Administrações Públicas.

A redação do artigo 41.º da CDFUE, anexa ao TFUE, estabelece as principais características do direito à boa administração, estabelecendo o próprio Tratado de Lisboa uma complementaridade entre a democracia representativa e participativa, com as fórmulas previstas nos artigos 10.º e 11.º do TUE.

⁶⁸ Acompanhamos MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», *op. cit.*, p. 167 – “(...) é uma ideia falha de unidade e de operacionalidade, assente na sujeição à juridicidade; em suma, se quisermos ser algo duros, é uma banalidade”.

Atualmente, estamos perante um conceito vago e de difícil definição, que engloba uma pluralidade de sentidos, pretendendo acolher diversos fundamentos para uma tutela efetiva dos interessados⁶⁹.

A construção do conceito de boa administração comunitário começou por ser afirmada como reverso da *má administração*, cujos limites e alcance eram o da definição fundamental para o efeito de delimitar o campo de intervenção do Provedor de Justiça Europeu (*Ombudsman*), de acordo com o analisado *supra* (ponto III.)⁷⁰.

A evolução do conceito veio culminar na sua consagração no artigo 41.º da CDFUE, em cuja epígrafe se faz referência ao direito à boa administração dos cidadãos europeus perante a Administração da União. Sublinhe-se, contudo, que a jurisprudência europeia já vinha fazendo apanágio deste conceito ainda antes da entrada em vigor da Carta⁷¹.

De referir, em jeito de parêntesis, que esta consagração também se prende com a associação da boa administração à boa governança (*good governance*)⁷², ou

⁶⁹ Cfr. JAVIER GUILLEM CARRAU, «La buena administración en la UE tras el tratado de Lisboa: ¿más por menos?» [em linha], disponível em dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3870621.pdf [consultado em 6 de junho de 2015], p. 99, sobre tratamento do princípio no Tratado de Lisboa. «Con la ayuda del Libro Blanco de la Gobernanza y el artículo 41 de la Carta de Niza, se puede concluir que el tránsito del reconocimiento del principio de la buena administración a la proclamación en la Carta de derechos de un derecho a la buena administración lleva consigo el necesario replanteamiento de estrategias desde un prisma institucional en los ámbitos de toma de decisión con el objeto de fortalecer la legitimación del sistema democrático y de sus Instituciones. Su incorporación en el anexo de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la UE es un avance en este sentido en gran parte porque conectan directamente con las disposiciones del Tratado en las que se regulan los principios de transparencia, apertura y participación (artículos 10, 11 y 15 TFUE). Ello es consecuencia, de la importancia del lenguaje de los derechos en el constitucionalismo actual”.

⁷⁰ O Provedor de Justiça Europeu procedeu à elaboração de um Código Europeu de Boa Conduta Administrativa com o propósito de compilar os princípios e as principais regras cuja infração deve ser qualificada como má administração, com o objetivo de habilitar os eventuais interessados à apresentação de uma queixa junto do Ombudsman. Para mais cfr. JACOB SÖDERMAN, «A thousand and one complaints: the European Ombudsman en Route», in *European Public Law*, vol. 3, 1997, pp. 350-355.

⁷¹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, processo n.º T-54/99, max mobil c. Comissão das Comunidades Europeias, de 30 de janeiro de 2002, parágrafos 48-52. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130dec1a5a21304ad453d8bdbddedfbbaf6b3.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObxuTe0?text=&docid=46671&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=151849> [consultado em 9 de junho de 2015].

⁷² Cfr. Comunicação da Comissão Europeia, «Governança Europeia – Um Livro Branco» [em linha], COM (2001) 428 final, Bruxelas, 25 de julho de 2001, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0428&qid=134393246381&from=EN> [consultado em 2 de junho de 2015].

Cfr. CLÁUDIA VIANA, «Artigo 41.º – Direito a uma boa administração», *op. cit.*, p. 486 – “Atualmente, a referência à «boa governação» consta do art. 15.º do TFUE, estando estreitamente associada à participação da sociedade civil ou princípio da democracia participativa e ainda ao princípio da abertura e transparência,

seja, à forma como os poderes e competências das instituições, órgãos e organismos europeus são exercidos, no cumprimento de um conjunto de linhas orientadoras: “*linguagem acessível nas decisões; coerência nas medidas, revelada pela coordenação na prossecução das decisões; clara delimitação de poderes e esferas de atuação, com correspondente identificação do grau de responsabilização*”⁷³.

Fechado o parêntesis, é-nos possível constatar que o conceito de boa administração, nos moldes em que nos é apresentado a nível comunitário, parece afastar-se do que encontramos na doutrina portuguesa e no NCPA, artigo 5.º.

Estamos, pois, diante de um “*false friend*”⁷⁴.

Analisando o artigo 41.º da CDFUE, torna-se evidente que o seu conteúdo se concretiza na consagração do direito dos cidadãos europeus à tomada de decisões imparciais, justas e em prazo razoável, por parte dos órgãos da União, ou seja, de um conjunto de deveres que são impostos aos órgãos comunitários, recolhendo alguns dos princípios que ao longo dos tempos foram sendo desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), entendidos como detentores de uma maior densificação jurídica. No entanto, o conceito padece de algumas maleitas, assumindo um carácter subjetivizante, garantístico e, por isso, de carácter unilateral, o que acaba por torná-lo restrito.

Ora, são estas suas características que o afastam do artigo 5.º do NCPA. Ainda que sob a mesma designação, ambos reúnem um conjunto de exigências comuns, o artigo 41.º da CDFUE apresenta componentes que há muito já se encontram no nosso CPA. Isto, além do facto de não fazer qualquer referência a critérios de eficiência, economia e eficácia, acolhidos no artigo 5.º do NCPA⁷⁵.

incluindo o direito de acesso aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União, também erigido em direito fundamental pelo artigo 42.º da Carta”.

⁷³ SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 28.

⁷⁴ Expressão utilizada MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», *op. cit.*, p. 168.

⁷⁵ No entendimento de FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do projeto do Código do Procedimento Administrativo», *op. cit.*, p. 131, “O Código não toma posição sobre se a boa administração é um direito ou um dever, isto é, se há um dever de boa administração, como pretende o Direito italiano, ou se há um direito dos cidadãos à boa administração, como estabelece para os cidadãos europeus a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu art. 41.º, em relação aos órgãos e às instituições da União”.

Esta discrepância resultaria na ideia defendida⁷⁶ de que a boa administração, como consta do artigo 41.º da CDFUE, acabaria por ter uma vinculatividade ou juridicidade limitada, exercendo um controlo administrativo de feição formal e procedimental, ao contrário do legislador português que o encarou de modo mais amplo, ao remetê-lo para critérios de eficiência.

Evidentemente, ambos os conceitos assumem consequências que merecem análise. Não é difícil compreender a cautela do legislador europeu nesta sua consagração. Estamos a falar da esfera supranacional, em que é difícil chegar a consensos que não sejam os de âmbito procedimental. Daí que acreditemos, com MÁRIO AROSO DE ALMEIDA⁷⁷, que o alcance do artigo possa vir a ser aprofundado, no futuro, pela jurisprudência europeia, de modo a salvar a sua epígrafe, até porque, tal como alude MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “*a enumeração daquelas concretizações de boa administração (...) é meramente exemplificativa, não impedindo, de todo, o desenvolvimento de novas dimensões, sem que para tanto tenha que ser alterado o texto convencional*”⁷⁸.

Isto não pode, por isso, beliscar o novíssimo artigo 5.º do NCPA. O direito europeu não é uniformizado, é antes um território bastante amplo, povoado pelas especificidades dos sistemas nacionais “[e] desse ponto de vista, todo o nosso ordenamento constitucional obriga a integrar a dimensão económica ou de eficiência, na decisão pública”⁷⁹.

Para contextos diferentes, linguagens diferentes, cabendo no conceito de boa administração inúmeras dimensões, não sendo as insuficiências da concretização, por parte das instituições europeias, responsáveis pelo enfraquecimento do escopo nacional.

⁷⁶ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «O Provedor de Justiça como garante da boa administração», in *O Provedor de Justiça – Estudos. Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição* [em linha], 2015, disponível em http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf [consultado em 2 de junho de 2015], pp. 19-24.

⁷⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «O Provedor de Justiça como garante da boa administração», *op. cit.*, p. 21.

⁷⁸ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», *op. cit.*, p. 171.

⁷⁹ *IDEM, Ibidem*, p. 172.

V. A difícil navegação do juiz na boa administração

Uma “última” questão levantada por este *superconceito* prende-se com a capacidade de este funcionar como parâmetro de controlo da atividade administrativa. Até que ponto pode funcionar como norteador do controlo jurisdicional, o que, desde logo, se relaciona com uma “*discussão tradicional sobre a juridicidade do dever de boa administração e sobre as consequências que essa plena juridicidade traz consigo*”⁸⁰.

Tem feito caminho no plano doutrinal europeu o entendimento de que a Administração está sujeita a um *dever* de boa administração. Para que o princípio da boa administração tenha um alcance jurídico útil, é necessário que o seu conteúdo se reconduza à imposição de um conjunto de deveres jurídicos que obriguem a Administração a encontrar a melhor solução para o interesse público, deslocando-se o eixo da boa administração, da substância das decisões para as exigências que devem ser observadas na obtenção de uma boa decisão administrativa⁸¹.

O que se exige à Administração são boas decisões, não porque tenham um certo e determinado conteúdo, mas porque esse conteúdo resultou da observância de uma série de formalidades, o que acaba por degenerar numa formalização das decisões e, conseqüentemente, numa formalização do próprio princípio da boa administração, subtraindo-se o objetivo finalístico ao instrumental.

Esta questão relaciona-se com o grau de abstração do princípio⁸². Como juridicamente não é possível controlar a Administração em domínios aos quais esta não se encontra vinculada por regras estritas, importa assegurar-se que estão criadas as condições para que a Administração produza uma boa decisão, para que administre bem. O *dever* de boa administração não vai, assim, dirigido ao resultado, mas antes ao modo de elaboração do mesmo⁸³.

Esta perspetiva conduz-nos, inevitavelmente, à tendencial identificação do conceito de boa administração com o de juridicidade, mostrando neste campo, o legislador nacional, uma tremenda ousadia, ao pretender fazer incluir, no plano dos

⁸⁰ *IDEM, Ibidem*, p. 180.

⁸¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «O Provedor de Justiça como garante da boa administração», *op. cit.*, p. 25.

⁸² Cfr. A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, Pádua, 1979, pp. 22 e ss. Também no ordenamento italiano se verifica uma substituição de uma conceção extrajurídica, por uma conceção jurídico-administrativa.

⁸³ Cfr. JULI PONCE SOLÉ, «El derecho a buena Administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública», *op. cit.*, p. 132.

princípios, valores jurídicos não justiciáveis. Isto porque as dimensões do princípio, elencadas no artigo 5.º do NCPA (eficiência, economicidade e celeridade), arrastam a atuação administrativa para o campo do mérito, afastando-o da legalidade e criando espaços de atuação administrativa, dificilmente sindicáveis pelos tribunais.

Claro que a grande questão será sempre como fundamentar a violação da boa administração nas suas três vertentes: eficiência, economicidade e celeridade. A celeridade não nos levanta grandes interrogações, mas o mesmo já não acontecerá quando em causa estejam a economicidade ou a eficiência. Como o poderemos fazer nas áreas em que reina a discricionariedade?

Se é certo que no plano da eficiência se conseguem retirar consequências jurídicas, por exemplo, ao ser invocada como fundamento em impugnações administrativas das quais se pode conhecer do mérito, ou como fundamento de outras ações de orientação e controlo dentro de determinada estrutura administrativa, no contexto de atribuição de poderes de controlo a órgãos titulares de poderes de tutela, superintendência ou direção sobre outros órgãos, noutras situações, o mesmo já não se verifica⁸⁴. Não é possível ir a tribunal pedir a invalidade de um ato administrativo com base na sua falta de eficiência ou economicidade, do ponto de vista técnico, financeiro ou administrativo.

Destarte, ainda que existam circunstâncias, como já referimos, que habilitam os tribunais a entrar no campo do mérito, certo é que estes se devem pronunciar sobre a legalidade das decisões administrativas, sob pena de ser lesada a sacrossanta separação de poderes⁸⁵.

De acordo com este prisma, o princípio da boa administração, enquanto *dever jurídico*, mostra-se imperfeito pela falta de uma correspondente sanção jurídica, não comportando uma proteção jurisdicional, sendo jurisdicável, mas já não justiciável.

⁸⁴ Para mais exemplos, cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», *op. cit.*, pp. 180-181.

⁸⁵ Pela insusceptibilidade do controlo jurisdicional, veja-se DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p 47; JORGE PEREIRA DA SILVA, «Âmbito de aplicação e princípios gerais no projeto de revisão do CPA», in *Projeto de Revisão do Código de Procedimento Administrativo* [em linha], RUI CHANCERELLE MACHETE/LUÍS SOUSA FÁBRICA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, disponível em <http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documents/UCEditora/PDF%20Livros/PROJETO%20DE%20REVIS%C3%83O%20DO%20C%C3%93DIGO%20DO%20PROCEDIMENTO%20ADMINISTRATIVO.pdf> [consultado em 3 de junho de 2015], pp. 65 e ss.; JOÃO PACHECO DE AMORIM, «Os princípios gerais da atividade administrativa no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», *op. cit.*, pp. 18 e ss.

Não perfilhamos este entendimento⁸⁶. Do que aqui se fala é de vinculações da atuação administrativa à juridicidade e, acompanhando PAULO OTERO, podemos encontrar diferentes níveis de juridicidade: ora mais absoluta e rígida, quando perante regras jurídicas que garantem certeza, segurança e previsibilidade; ora mais flexível ou relativa, no caso dos princípios que exigem ponderação, quando concorrentes e que, por isso, permitem uma maior flexibilidade à Administração na tomada de decisão.

O princípio da boa administração, em todas as suas dimensões, funciona como limite à margem de livre decisão da Administração, integrando o bloco de juridicidade. Sendo assim, não se nos afigura possível negar que tal violação não acarrete a invalidade do ato. Pense-se no simples exemplo do cidadão residente num determinado concelho que queira impugnar um determinado ato dos órgãos autárquicos, como um determinado negócio camarário que considere colocar em causa a saúde pública.

A problemática de estarmos na zona de mérito levanta, contudo, mais questões, como o facto de os critérios da boa administração serem extrajurídicos. Consideramos resolver bem este *quid pro quo*.

Mais relevante do que o respeito por todas as questões procedimentais, sem com isto querermos colocar em causa o respeito pela legalidade, enquanto manifestação máxima do Estado de Direito, a atuação administrativa tem o sumo dever de cumprir o interesse público. É uma exigência constitucional à qual subjaz o dever de satisfação das necessidades públicas que pressupõe, por sua vez, uma ótima administração, que passa pelo acatamento de uma série de parâmetros extrajurídicos. Para o ilustrar, expomos aqui um exemplo partilhado por MIGUEL ASSIS RAIMUNDO “(...) *saber se um empreiteiro executou corretamente uma obra é algo que irá relevar do âmbito das regras técnicas, as chamadas regras da arte, que constituem o padrão de cumprimento das suas obrigações na execução do contrato de empreitada, regras que podem até ser objeto de dissenso entre os especialistas; mas o tribunal que for julgar um ato administrativo de resolução do contrato por incumprimento não pode invocar essa circunstância para se recusar a decidir*”⁸⁷. Na decisão serão tidos em conta critérios jurídicos e não jurídi-

⁸⁶ Neste sentido, cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», *op. cit.*, pp.76-77.

⁸⁷ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», *op. cit.*, p. 184.

cos, como aliás é comum, não só no ramo do Direito Administrativo. O Direito Administrativo não é uma ilha.

Dir-nos-ão que isso seria colocar em causa o princípio da separação de poderes e que estariam a ser ampliados os poderes do tribunal. Nós refutaremos. Não somos do entendimento de que a existência de um controlo jurisdicional efetivo o coloque em causa. Ainda que se trate de um princípio que orbita no campo do mérito, consideramos que a sua relevância jurídica não pode, nem deve, ser negada, sem com isso querermos atribuir ao juiz administrativo o papel de determinação da solução mais adequada à prossecução do interesse público.

O juiz administrativo, para decidir, terá de saber o que é a Administração e como funciona, mas isso não significa a sua substituição. Isso será conseguido através de uma justiça administrativa preocupada com o caso concreto, uma justiça administrativa que tenha em conta os aspetos materiais, que ao decidir pondere, não estando presa em demasia à rigidez da forma.

Na ausência de outros parâmetros, poderão ser tidos em conta cânones de experiência e praxes administrativas.

“O juízo sobre a eficiência administrativa pode relevar como elemento auxiliar da fiscalização jurisdicional da observância de princípios como o da proporcionalidade (...) sendo que (...), este princípio, pela sua capacidade expansiva, nos parece ser a via pela qual deve sobretudo passar a intensificação do controlo da observância pela Administração Pública, no exercício dos seus poderes discricionários, de princípios jurídicos de conteúdo cada vez mais intensificado e exigente”⁸⁸.

⁸⁸ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas nucleares*, op. cit., pp. 68-69; IDEM, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, op. cit., pp. 74-75.

VI. Reflexões finais

Terminada a *atormentada* viagem a acompanhar a *supernau* da boa administração, chegamos a bom porto, hora e momento para reflexões e críticas.

O novo Código do Procedimento Administrativo avançou *mar adentro* em muitos domínios e a boa administração não foi exceção.

“[O] projeto de revisão do Código apresenta um grande *défice de Europa e um grande défice de direito administrativo global*”⁸⁹. A crítica lançada por VASCO PEREIRA DA SILVA reclama a opção nacional pelo elenco fechado do artigo 5.º do NCPA, reduzindo o conceito de boa administração a um elenco deficitário, “pobre”.

A transposição da *supernau* europeia do direito a uma boa administração, plasmado no artigo 41.º da CDFUE, para o ordenamento nacional ficou aquém do desejado e do possível. Entre os conteúdos do artigo 41.º da CDFUE e do artigo 5.º do NCPA existe uma reduzida correspondência, o que nos leva a questionar, portanto, o *desenho* do nosso princípio da boa administração. Aproximação a outros ordenamentos jurídicos? Uma aproximação cautelosa, diríamos.

Promovendo a *nau* nacional da boa administração a *supernau*, tal como a europeia, italiana, espanhola e sueca, substituiríamos o elenco fechado do atual artigo 5.º por uma cláusula aberta. Como vimos ao longo da nossa reflexão, a boa administração inclui um elenco superior aos critérios da eficiência, celeridade e economicidade. Será uma Administração transparente, aberta, que transmita confiança, preventiva e precaucional⁹⁰.

Tememos que as *águas turvas e limitadas*, nacionalmente, da boa administração esvaziem de relevância e inutilizem o princípio da boa administração.

⁸⁹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Primeiro comentário acerca do projeto de revisão do CPA (a recordar um texto de Steinbeck)», *op. cit.*, p. 89.

⁹⁰ *Vd.* VASCO PEREIRA DA SILVA, «Primeiro comentário acerca do projeto de revisão do CPA (a recordar um texto de Steinbeck)», *op. cit.*, e ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, «Abertura e Transparência no Projeto de Revisão do CPA», *op. cit.*

Creemos que, conforme compromisso preambular (artigo 5.º) e para benefício do princípio da boa administração da Administração e dos administrados, sejam fundamentais regras densificadoras do que são a eficiência, a economicidade e a celeridade. No futuro, esperamos assistir ao surgimento de cartas, guias ou códigos de boa conduta administrativa, provendo o aumento da clareza e da segurança jurídicas e evitando a casuística jurídica.

“La buena administración como el alma de la nueva administración”.

Bibliografia

- AA.VV., *Novo Código do Procedimento Administrativo – Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2015.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, «O Provedor de Justiça como garante da boa administração», in *O Provedor de Justiça – Estudos. Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição* [em linha], 2015, disponível em http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf [consultado em 2 de junho de 2015].
- _____, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.
- _____, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas nucleares*, Almedina, Coimbra, 2012.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013.
- _____, *Direito Administrativo*, Vol. II, [s.n.], Lisboa, 1988.
- AMORIM, João Pacheco de, «Os princípios gerais da atividade administrativa no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto de 2013.
- ANDREANI, A., *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, Pádua, 1979.
- CALVÃO, Filipa Urbano, «Princípio da Eficiência», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VII, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Antotada*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- CARRAU, Javier Guillem, «La buena administración en la UE tras el tratado de Lisboa: ¿más por menos?» [em linha], disponível em dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3870621.pdf [consultado em 6 de junho de 2015].
- CASSESE, Sabino, «Il diritto alla buona amministrazione» [em linha], pelo 25.º aniversário da lei sobre “Sindic de Grenges” da Catalunha, Barcelona, 2009. Disponível em <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/05/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona27-marzo.pdf> [consultado em 1 de junho de 2015].
- CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.ª ed., Âncora Editora, Lisboa, 2009.

- FONSECA, Isabel Celeste M., «A revisão do Código do Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais) fracos», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo II, ano de 2013 – Ética e Direito, Escola de Direito da Universidade do Minho – Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Braga, 2014.
- GOMES, Carla Amado, «A “Boa Administração” na Revisão do CPA: depressa e bem...» [em linha], ICJP, Lisboa, disponível em <http://www.icjp.pt/debate/4268/4337> [consultado em 5 de junho de 2015].
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares (Algumas Considerações)*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- MAS, Joaquín Tornos, *El derecho a una buena administración*, Sindicatura de Greuges de Barcelona, Barcelona, novembro de 2007.
- MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- OLIVEIRA, Andreia Pinto, «Eficiência e Constituição», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VII, 2010.
- PONCE SOLÉ, Juli, «El derecho a buena Administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública», in *RPGMJF*, ano 2, n.º 2, Belo Horizonte, janeiro/dezembro de 2012.
- QUADROS, Fausto de, «As principais inovações do projeto do Código do Procedimento Administrativo», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto de 2013.
- RAIMUNDO, Miguel Assis, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular», in CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015.
- SANZ LARRUGA, Francisco Javier, «El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a una buena administración», in *AFDUDC*, 13, 2009.
- SILVA, Jorge Pereira da, «Âmbito de aplicação e princípios gerais no projeto de revisão do CPA», in *Projeto de Revisão do Código de Procedimento Administrativo*, RUI CHANCERELLE MACHETE/LUÍS SOUSA FÁBRICA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS (coord.) [em linha], Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, disponível em <http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documentos/UCEditora/PDF%20Livros/>

PROJETO%20DE%20REVIS%C3%83O%20DO%20C%C3%93DIGO%20DO%20PROCEDIMENTO%20ADMINISTRATIVO.pdf [consultado em 3 de junho de 2015].

SILVA, Pedro Cruz e, «Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Tomo II, ano de 2013 – Ética e Direito, Escola de Direito da Universidade do Minho – Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Braga, 2014.

SILVA, Suzana Tavares da, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.

_____, «O Princípio (Fundamental) da Eficiência», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VII, 2010.

SILVA, Vasco Pereira da, «Primeiro comentário acerca do projeto de revisão do CPA (a recordar um texto de Steinbeck)», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 101, setembro/outubro de 2013.

SÖDERMAN, Jacob, «A thousand and one complaints: the European Ombudsman en Route», in *European Public Law*, vol. 3, 1997.

SOUSA, António Francisco de, «Abertura e Transparência no Projeto de Revisão do CPA», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º X, 2013.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, [s.n.], Lisboa, 1999.

VIANA, Cláudia, «Artigo 41.º – Direito a uma boa administração», in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, ALESSANDRA SILVEIRA/MARIANA CANOTILHO (coord.), Almedina, Coimbra, 2013.

_____, «O Princípio da Eficiência: a Eficiente Eficácia da Administração Pública», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VII, 2010.

Legislação e documentação europeias

Código Europeu de Boa Conduta Administrativa. Disponível em <http://www.ombudsman.europa.eu/pt/resources/code.faces#/page/1> [consultado em 5 de junho de 2015].

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, processo n.º T-54/99, max mobil c. Comissão das Comunidades Europeias, de 30 de janeiro de 2002. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130dec1a5a21304ad453d8bdbddedfbba6fb3.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObxuTe0?text=&docid=46671&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=151849> [consultado em 9 de junho de 2015].

Comunicação da Comissão Europeia, «Governança Europeia – Um Livro Branco» [em linha], COM (2001) 428 final, Bruxelas, 25 de julho de 2001, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0428&qid=1434393246381&from=EN> [consultado em 2 de junho de 2015].

Frontispício do procedimento administrativo electrónico

Angelina Teixeira*

Sumário: I. Nota introdutória. II. Da contagem dos prazos (e dilações). III. Dos princípios e meios de reacção dos administrados. IV. Da fase de iniciativa electrónica. V. Da fase de instrução electrónica (nuances). VI. Balcão Único Electrónico. VII. Agência para a Modernização Administrativa (AMA).

I. Nota introdutória¹

“Uma Administração Pública do século XXI é uma administração que usa a tecnologia para transformar os seus procedimentos, a sua forma de decidir, de se organizar e de prestar os seus serviços. É uma administração que integra as políticas de simplificação com as de administração electrónica”².

O presente texto aborda uma das inovações da lei procedimental administrativa – o procedimento administrativo electrónico –, tema que tem sido alvo de aprofundamento nos vários ordenamentos jurídicos, criado como uma forma de simplificação da actuação da Administração Pública.

No contexto actual de crise económica, importa analisar as políticas de modernização administrativa³ colocadas em prática para reduzir os custos adminis-

* Advogada e Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP).

¹ Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

² Relatório 6 anos, Simplex, 2011, <http://www.simplex.pt/downloads/Relatorio6anosSimplex.pdf>.

³ O Decreto-Lei n.º 73/2014, de 13 de Maio, veio introduzir alterações significativas ao Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, que estabelecia medidas de modernização administrativa, com alguns reflexos no procedimento do direito de acesso aos procedimentos e documentos administrativos. Veja-se o documento publicado no “Portal do Governo de Portugal” intitulado “Consenso alargado na modernização e simplificação administrativa”, in <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministro-adjunto-e-do-desenvolvi-mento-regional/mantenha-se-atualizado/20140411-sema-modernizacao-administrativa.aspx>.

Ainda JOÃO TIAGO SILVEIRA, «Better Regulation e Simplificação Administrativa», ICJP/Faculdade de Direito de Lisboa, 2015 *“Uma parte das medidas já aprovadas visa criar as condições para que se tire o melhor partido das soluções tecnológicas já existentes que simplificam a relação entre Estado e cidadão, no âmbito de uma nova Estratégia Digital dos Serviços Públicos. É o caso da chave móvel digital, que oferecerá um meio de autenticação complementar ao cartão de cidadão,*

trativos, facilitando a vida dos cidadãos com o escopo de tornar a Administração Pública mais transparente e aberta⁴.

Em jeito de sinopse, uma das formas de prosseguir a simplificação administrativa⁵ é mediante o aproveitamento das novas tecnologias da informação marcada pela era tecnológica sentida nos últimos anos⁶.

Tal facto tem servido de motor de arranque na formação de novas relações entre a Administração Pública e os agentes que com ela se cruzam, definindo PAULO OTERO como um “*progreso tecnológico vertiginoso*”⁷.

É uma matéria aliciante, actual, de uma dimensão à escala “internauta”, sendo indiscutível que os tempos hodiernos exigem uma maior simplificação⁸ dos procedimentos administrativos⁹, melhoria da eficiência¹⁰ e celeridade¹¹.

para maior comodidade na utilização dos serviços públicos digitais”. Em França, o Comité para a modernização da acção pública concretizou a ambição de reforma e o controle das despesas públicas, publicando as “200 medidas de simplificação administrativa” que aqui, partilhamos: <http://www.france.fr/pt/emprender-e-ter-sucesso-na-franca/200-medi-das-de-simplificacao-administrativa.html>.

⁴ ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, «A Administração Pública de prestação e o Direito Administrativo», in *Scientia Iuridica*, Tomo XLV, n.ºs 259/260/261, 1996.

⁵ Também denominada “e-Government”, constituem desafios decisivos para elevar os padrões de competitividade, crescimento económico e qualidade de vida em Portugal. Deixamos à consideração a consulta da apresentação da Exma. Senhora Maria Manuel Leitão Marques, Secretária de Estado da Modernização Administrativa, «OCDE – Global Forum on Governance», Rio de Janeiro, de 22/10/2007, in <http://www.oecd.org/site/govgfg/39610439.pdf>.

⁶ Sendo exemplo, as comunicações electrónicas na obtenção de licenças, entrega e liquidação de impostos. Para mais desenvolvimentos, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 481 e ss.

⁷ PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 486 e ss.

⁸ Segundo MARTA PORTOCARRERO (*Modelos de Simplificação Administrativa*, 1.ª ed., Publicações Universidade Católica do Porto, 2002), a simplificação é “*um conceito multiusos, polivalente, com o qual se visa, basicamente, aliviar o Estado do peso das regras, competências e funções supérfluas*”.

⁹ LUÍS VIDIGAL, «A face oculta da Administração Pública Electrónica – Uma abordagem sócio-técnica», in *Sistemas de Informação Organizacionais*, Edições Sílabo, Lisboa, 2005, pp. 1-2.

¹⁰ Para mais desenvolvimentos, *vd.* JORGE BACELAR GOUVEIA, «Código de Procedimento Administrativo», in *Vida Judiciária*, Julho/Agosto 2013, in <http://www.fid.unl.pt/Anexos/7947.pdf>; JORGE PEREIRA DA SILVA, «Âmbito de aplicação e princípios gerais no projecto de revisão do CPA», in AA.VV., *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Escola de Lisboa da FDUC, Coleção Colóquios, Lisboa, 2013, p. 68, disponível para consulta no sítio da Universidade Católica Editora através do link: <http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documentos/UCEditora/PDF%20Livros/PROJETO%20DE%20REVIS%C3%83O%20DO%20C%C3%93DIGO%20DO%20PROCEDIMENTO%20ADMINISTRATIVO.pdf>.

¹¹ LUÍS VIDIGAL, «A face oculta da Administração Pública Electrónica...», *op. cit.*, p. 3; DIOGO FREITAS DO AMARAL, «O Projecto de Código de Contencioso Administrativo», in *Scientia Iuridica*, Tomo XLI, n.ºs 235-237, 1992.

¹¹ ÁLVARO SÁNCHEZ BRAVO, «La Administración electrónica en España», in *Revista do Direito (Santa Cruz do Sul. Impresso)* 28, 2007, pp. 92-93. Do mesmo autor, *vd.* «La Protección Comunitaria de los

Tais exigências são gerais, quer a nível físico, quer “cibernauta”, onde os meios tecnológicos são, cada vez mais, empregues na desmaterialização do aparelho da Administração Pública¹², exigindo um processo complexo de (re)estruturação dos meios humanos.

Neste texto, propomo-nos abordar a possibilidade de todo o procedimento administrativo – até à decisão final¹³ – ser tramitado por um sistema informático, isto é, sem a intervenção de qualquer funcionário público.

Inevitavelmente haverá um decréscimo (dispensa) acentuado de vários trabalhadores na função pública, sobretudo aqueles recursos humanos cuja competência é menos especializada¹⁴. Haverá assim profundas alterações no plano rotineiro dos funcionários e dos serviços públicos existentes¹⁵.

A par disso, a Administração Pública terá necessariamente de proceder a um investimento imediato na preparação técnica dos funcionários, que passarão a utilizar – mais e melhor (espera-se) – os recursos electrónicos e informáticos.

Datos Personales en el Sector de las Comunicaciones Electrónicas», En: Informáticos Europeos Expertos, 2002, pp. 1-8, e «Marco Normativo de la Administración Electrónica en España», Comunicación en Congreso Nacional de Internet, Telecomunicaciones y Sociedad de la Información. 2005, todos disponíveis no “Vicerectorado de Investigación de la Universidad de Sevilla”, disponível para consulta através do link: https://investigacion.us.es/sisius/sis_showpub.php?idpers=2666. Em Portugal, *vd.* Exposição de Motivos apresentada pela Presidência do Conselho de Ministros no texto da Proposta de Lei n.º 224/XII http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/dossiers/novo_cpa/processo_legislativo/ppl224-XII.pdf, p. 3.

¹² MIGUEL PRATA ROQUE, «O Nascimento da Administração Electrónica num Espaço Transnacional (Breves notas a propósito do Projecto de Revisão do Código de Procedimento Administrativo)», in *Revista e-Pública*, n.º 1, 2014, pp. 4-5 e 10. Pode ser consultada in <http://e-publica.pt/onascimento.html>. Sobre a evolução da administração pública electrónica, *vd.* CÉLIO GONÇALO MARQUES/VASCO GESTOSA DA SILVA/RICARDO CAMPOS, «O Governo Electrónico em Portugal – Um estudo com alunos de Administração Pública», disponível in <http://www.ccc.ipt.pt/~ricardo/ficheiros/RevistaSuperAvit.pdf>. A disponibilização de sítios electrónicos institucionais e de meios de à distância – correio electrónico, linhas telefónicas de 24 horas ou telefax – fizeram implodir esse modelo paradigmático de “*administração intermitente*”, in <http://www.icjp.pt/debate/4268/4324>.

¹³ Este sistema informático criado pela Administração terá como escopo acompanhar todo o procedimento administrativo até à produção de um acto que o conclua.

¹⁴ A título meramente exemplificativo, assistentes de arquivo, de registos, de comunicações postais, de atendimento ao público. Para mais desenvolvimentos, ÁLVARO SÁNCHEZ BRAVO, «La administración electrónica en España», *op. cit.*, pp. 92 e 102.

¹⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Functions and Purposes of the Administrative Procedure: new problems and new solutions*, versão e-book, ICJP, Lisboa, 2011, p. 79. ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, «A noção de serviços públicos na doutrina portuguesa», in *Scientia Iuridica*, Tomo LII, n.º 295, 2003. ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, «Os funcionários públicos em Portugal: presente e perspectivas de futuro», in *Scientia Iuridica*, Tomo XLVIII, n.º 277/279, 1999.

Face a um cenário com tal dimensão, reforçada sai a ideia de que a Administração Pública terá de proceder a uma contratação de pessoal mais qualificado (engenheiros, programadores, técnicos informáticos, gestores) em prol da citada eficiência¹⁶.

Partindo da interdependência entre a tecnologia e o processo vertiginoso acima referido, a Administração Pública ver-se-á obrigada a caminhar além da mera passagem do procedimento manual para o sistema informatizado¹⁷.

Aliás, foi no contexto da Sociedade da Informação e do Conhecimento¹⁸ que o Estado Português desenvolveu um conjunto de iniciativas com vista a alterar a atenção da Administração Pública para “a verdadeira razão da existência do próprio Estado”¹⁹.

Há uma longa caminhada para “abrir” mentalidades onde impera a necessidade de saltar da mera percepção minimalista do conceito de «administração electrónica» para um plano transcendental, desfazendo-se das meras tarefas de auxílio e tratamento de dados. A isto se chama “EESA” – Estratégia de Exigência e Simplificação Administrativa²⁰.

Ventos europeus já sopraram nesta matéria oriundos da Comissão Europeia (26/09/2013), sob a designação “*The role of Government for Europe’s Future*”²¹, acompanhamento seguido mais tarde pela doutrina nacional e estrangeira.

A autonomização apela a uma significativa re(estruturação) no plano substantivo, sobretudo no plano procedimental a enquadrar à nova realidade²², esforço feito que se reconhece ao legislador português.

¹⁶ *Revista e-Pública*, op. cit., p. 5.

¹⁷ Entre nós, PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, op. cit., p. 487; MIGUEL PRATA ROQUE, «Mais um passo a caminho de uma administração globalizada e tecnológica?», in *Direito & Política*, n.º 4, 2013, p. 169.

¹⁸ Sobre este tema, CLARA COUTINHO/ELIANA LISBÔA, «Sociedade da Informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para educação no século XXI», in *Revista Educação*, Vol. XVIII, 2011, pp. 5-22, disponível para consulta on-line no repositório da Universidade do Minho no sítio: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/14854/1/Revista_Educa%C3%A7%C3%A3o_VolXVIII,n%C2%BA1_5-22.pdf.

¹⁹ As vantagens são claras e, muitas delas, com resultados imediatos: aumento da eficácia e da produtividade do aparelho público, uma redução dos custos operacionais, acrescida de uma maior confiança dos cidadãos e empresas. ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, «O “silêncio” e a “última palavra” da Administração Pública», in *Cardemos de Justiça Administrativa*, n.º 19, 2000.

²⁰ Recorde-se que a Medida 5.36 do Memorando da *Troika* já levantava a necessidade dos esforços da reforma de simplificação administrativa.

²¹ [SEC (2003), 1038], in <http://ec.europa.eu/idabc/serolets/Doc4ee4.pdf?id=18060>.

O Novo Código do Procedimento Administrativo (NCPA)²³ prevê, no n.º 4 do artigo 14.º, que “*Os serviços administrativos devem disponibilizar meios electrónicos de relacionamento com a Administração Pública e divulgá-los de forma adequada, de modo a que os interessados os possam utilizar no exercício dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, designadamente para formular as suas pretensões, obter e prestar informações, realizar consultas, apresentar alegações, efectuar pagamentos e impugnar actos administrativos*”.

Com esta disposição em mente, devemos apoiar-nos no teor da alínea b) do n.º 3 do artigo 61.º do NCPA, na medida em que o legislador quis reforçar a garantia de que, sempre que estejam em causa procedimentos instrutórios de tipo electrónico, cabe à Administração Pública facultar “*os instrumentos necessários à comunicação por via electrónica com os serviços da Administração, designadamente nome de utilizador e palavra-chave para acesso a plataformas electrónicas simples e, quando legalmente previsto, conta de correio electrónico²⁴ e assinatura digital certificada*”²⁵. PAULO OTERO, neste seguimento, em jeito de apelo aos Governantes divulgou a necessidade de um “*acesso livre e gratuito aos meios electrónicos de acesso e interacção com a Administração Pública*”²⁶.

A Administração Pública – muito antes da entrada do NCPA – consentia e incentivava a promoção do contacto autonomizado com os seus administrados mediante comunicações electrónicas (ex: procedimentos concursais, fase instrutória)

²² TOMÁS DE AQUINO GUIMARÃES [et al.], «A relação entre governo eletrônico e governança electrónica no governo federal brasileiro», in *Cadernos ESPAPE.BR*, n.º 4, 2005, 2; KATARINA GIRITLI NYGREN, «e-Governmental: On Electronic in Local Government», in *Electronic Journal of e-Government*, 2009, pp. 55-56; AITOR CUBO CONTRERAS/EMILIO GARCÍA GARCÍA, «Evaluando la Administración Electrónica: Medición de servicios o de una política publica?», in *Revista de Estadística y Sociedad*, 55, 2013, p. 16; ALDO SANDULLI, «La Semplificazione», in *Rivista Trimestrale di Dritto Pubblico*, n.º 3, 1999, p. 759; ANA FRANÇA JARDIM, *Procedimento Administrativo Electrónico*, ICJP, Lisboa, 2011, pp. 5-6, com publicação on-line in <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1052-2358.pdf>; BÁRBARA BARBOSA NEVES, *Inovação, Modernização e Competitividade na Administração Pública: O exemplo do Governo Electrónico em Portugal, Espanha e Irlanda*, CLAD, 2007.

²³ Já dado à estampa, *vd.* FERNANDO GONÇALVES [et al.], *Novo Código do Procedimento Administrativo – Anotado e Comentado*, Almedina, 2015; RUI GUERRA DA FONSECA, *Código de Procedimento Administrativo, versão comparada 1991-2015*, AADFL, 2015; ANGELINA TEIXEIRA, *Novo Código de Procedimento Administrativo – Nota Introdutória e Tabela de Correspondência*, Edição Bookline, 2015.

²⁴ A título de curiosidade, veja-se o Acórdão do STA, de 18/06/2009, processo n.º 0393/08, Pais Borges (Relator), in www.dgsi.pt.

²⁵ À semelhança da solução alemã prevista no §3.º, n.º 2, da VwVfG.

²⁶ PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, op. cit., p. 494.

com atribuição de “*username*” e de “*password*” para o efeito²⁷. O legislador lançou a distinção entre “*comunicação electrónica simples*” e “*comunicação electrónica qualificada*”, que, segundo MIGUEL PRATA ROQUE, se distingue²⁸:

a) a primeira, que será a regra, pode ser feita mediante envio de requerimentos ou de documentos por correio electrónico simples ou por outra forma automatizada, nomeadamente aquela que seja assegurada por sistema informático disponibilizado pela Administração Pública (ou por outra entidade) em plataforma electrónica simples;

b) a segunda, dependerá sempre da aposição de uma assinatura digital certificada – seja em correio electrónico, seja em qualquer outro documento electrónico – e apenas será exigida quando expressamente fixado por lei.

O referido Autor, num estudo por si realizado, demonstrou a este propósito que há “*várias outras formas de actuação eletrónica que não passam forçosamente, pelo emprego de sistemas informáticos: i) envio de comunicações escritas por sistemas operativos móveis (vulgo “Sms’s”); ii) painéis eletrónicos de informação; iii) redes internas e interativas de televisão; iv) redes internas de rádio*”²⁹.

Alerta-se que o procedimento electrónico é caracterizado por qualquer forma de autonomização de funções asseverada por via electrónica (*v.g.* mecanismo de distribuição de senhas, *placards* informativos) apesar de não estar assegurada por um suporte informático.

²⁷ Sem recurso à assinatura digital certificada e desde que o endereço do correio electrónico conste do processo como sendo do administrado. Sobre a remessa do requerimento ao órgão competente por correio electrónico, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 18/06/2009, processo n.º 0393/08, in *www.dgsi.pt*. A comunicação podia ser “intra-administrativa”, ou seja, quando englobasse pessoas jurídicas, órgãos, serviços, funcionários ou agentes de Administração Pública ou “externa”, quando o objectivo seria estabelecer contacto entre a Administração Pública e os particulares – MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», in *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (Coord.), AAFDUL, 2015, pp. 297 e ss. Anterior ao NCPA, se aplicava o regime jurídico dos documentos electrónicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, com a redacção conferido do Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril, lendo-se no n.º 2 do artigo 5.º a autorização expressa o uso e o reconhecimento de “documentos electrónicos” pela Administração Pública, desde que os mesmos tenham aposta uma assinatura digital certificada.

²⁸ MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico, *op. cit.*, p. 280.

²⁹ MIGUEL PRATA ROQUE, «Mais um passo a caminho de uma administração globalizada e tecnológica?», *op. cit.*, p. 11. Para um melhor aprofundamento, *vd.* ainda JOSÉ DA FONSECA JÚNIOR, «Governança e Democracia Electrónica», in *Jus Navigandi*, 14, 2009, p. 12; JAVIER GUILLÉN CARAMÉS, «La Administración Electrónica», in *Principios de derecho de internet*, PABLO LUIS GARCÍA MEXÍA (Coord.), Tirant lo Blanch, 2005, p. 63.

O legislador nacional optou por nada dizer, apelidando apenas a “autonomização mecanizada”, restringindo-se à “administração electrónica”³⁰. A este respeito, atento às novas regras procedimentais administrativas, estamos perante o processo tecnológico propriamente dito, descuradas que ficam as especificidades desses mecanismos.

Não será de hesitar em proceder a uma interpretação e aplicação extensiva das regras procedimentais destinadas a regular os automatismos electrónicos aos demais automatismos de natureza mecânica – no plano nacional, segundo o já citado autor português, corroborado no plano internacional por JAVIER GUILLÉN CARAMÉS³¹.

Tal actualização administrativa “efémera” implica uma constante adaptação dos cânones tradicionais a um procedimento administrativo electrónico que convoca todos a uma nova abordagem.

A Administração Pública, como já se teve oportunidade de avançar, sentirá a obrigação de custear estas medidas recorrendo ao erário público, o que é naturalmente susceptível de geral polémica.

Diga-se porém, que a gestão desses custos acrescidos, tal como MIGUEL PRATA ROQUE aponta (e bem), *“pode ser otimizada caso sejam implementados mecanismos internos de generalização do acesso a assinatura digital certificada, designadamente através de sistemas associados ao cartão de cidadão, que, contudo, ainda resta por implementar com eficácia plena”*³².

Todas estas novidades, e muitas outras, conduzem a inúmeras questões que, com alguma certeza farão correr rios de tinta, essencial para a desejada “mudança de mentalidades”.

³⁰ GEORGE TERBORGH, *“a mecanização é uma coisa: autonomização é algo mais”* (cfr. *The Automation Hysteria*, Norton & CO., New York, 1965, 15). Trata-se da mera mecanização à automatização eletrónica corresponde a uma subida de nível de progresso tecnológico.

³¹ MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, p. 277. JAVIER GUILLÉN CARAMÉS, «La Administración Electrónica», *op. cit.*, pp. 63-64.

³² MIGUEL PRATA ROQUE, «O Nascimento da Administração Electrónica num Espaço Transnacional...», *op. cit.*, p. 9, e, ainda do mesmo autor, «Mais um passo a caminho de uma administração globalizada e tecnológica?», *op. cit.*, p. 168, n.º 9. Para um maior aprofundamento, *vd.* a Declaração de Divulgação de Princípios “PKI do Cartão de Cidadão” no “Portal de Cidadão”, in <https://www.cartaodecidadao.pt/>.

II. Da contagem dos prazos (e dilações)

Foi a partir da década de 90 que a matéria de modernização e simplificação administrativa se introduziu em Portugal, acabando por encontrar a primeira versão no Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, segundo o qual se pretendeu modernizar a Administração Pública e a sua relação com os particulares.

Nas últimas décadas, é de destacar o programa *Simplex*³³ que, desde 2006, tem vindo a transformar a administração pública e a sua relação com os particulares.

Face à espontaneidade dos comportamentos autonomizados, o legislador entendeu deixar de fora a suspensão da contagem dos prazos em dias não úteis³⁴, ou seja, os dias em que os trabalhadores da função pública não se encontram ao serviço³⁵.

A modernidade chegou com a introdução de mecanismos de administração electrónica³⁶ de um modelo interactivo, contínuo e ininterrupto, entre a Administração Pública e os seus administrados.

Tal “estado de arte” deve-se aos desenvolvimentos tecnológicos e ao progresso científico sentidos e que têm permitido uma realização “*in*”, até do próprio “*princípio da continuidade dos serviços públicos*”³⁷.

Cada vez mais se assiste à substituição do modelo “desusado” despido das clássicas regras de contagem e de dilação de prazos administrativos, deixando de parte as vestes antigas do “modelo-presencial”, beneficiando agora os administrados do “modelo-tipo à distância”³⁸.

³³ Para mais informações, consultar <http://www.simplex.pt/downloads/programasimplex2010.pdf>.

³⁴ Cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 87.º, salvo quanto a prazos superiores a seis meses (alínea d) daquele artigo, ambos do NCPA, ainda que o órgão ou serviço perante o qual o prazo deva ser cumprido mantenha um sistema de acesso electrónico permanente, como as plataformas electrónicas).

³⁵ Ou seja, quando o atendimento presencial nos serviços públicos se encontram encerrados (suspensos).

³⁶ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra: Almedina, pp. 481 e ss., utiliza a expressão “administração através de máquinas”.

³⁷ Para um estudo mais aprofundado, deixamos à consideração MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Introdução e Princípios fundamentais*, Tomo I, 2.ª ed., Dom Quixote, Lisboa, 2006, p. 45. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional*, Vol. II, Lex, Lisboa, 1995, p. 470.

³⁸ O primeiro, com atendimento ao público circunscrito a um horário de abertura e de fecho, que MIGUEL PRATA ROQUE (in «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, p. 29) apelidou de “*administração intermitente*”, e o segundo a funcionar com linhas de atendimento telefónico permanente, plataformas electrónicas múltiplas.

Contudo, o legislador não foi diligente na escolha da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 87.º do NCPA³⁹, na medida em que transferiu o último dia do prazo para o primeiro dia útil seguinte, quando o serviço de atendimento presencial ao público se encontre encerrado.

Creemos que uma outra solução seria de aplaudir e, a título exemplificativo, nas situações em que o administrado apresentasse o seu consentimento (expresso ou tácito), ou em caso de recurso aos meios electrónicos ou sempre que a Administração Pública colocasse à disposição um sistema electrónico, de acesso livre e contínuo, os prazos deveriam ser contados de forma contínua.

Assim, sempre que aqueles (prazos) terminassem num dia em que o serviço de atendimento presencial ao público se encontrasse encerrado (Sábados, Domingos e feriados), deveria ser esse o dia a ter em conta para efeitos do cômputo final do prazo e não o primeiro dia útil seguinte. Ao que parece, o caminho trilhado pelo legislador foi outro, preferiu manter-se no engano da sua imaginação com apela à suspensão, não raras vezes inexistente dos serviços públicos, fora dos dias úteis, ainda que, a prática ensine, à saciedade, que, muitos deles funcionam ininterruptamente, em especial, por força do recurso à autonomização electrónica – MIGUEL PRATA ROQUE⁴⁰.

Na esteira do referido autor, pela positiva, há que referir que o legislador atendeu às especificidades da administração electrónica, “ao excepcionar a aplicação de prazos dilatatórios, mesmos quando os particulares se encontrem no território abrangido pelas Regiões Autónomas [cfr. alínea *a*) do n.º 1 do artigo 88.º do NCPA], ou fora do território português [cfr. alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 daquele artigo].

Tal facto, prende-se com as situações em que os particulares pratiquem actos e cumpram formalidades mediante os meios electrónicos, onde as regras de dilação não são aplicáveis.

Na mesma senda, pela negativa, o fundamento do prazo dilatatório – assente na penalização que a distância física carrearía para o particular – deixa de fazer sentido, quando o particular recorre a meios electrónicos para cumprir os seus deveres perante a administração pública ou para exercer posições jurídicas activas

³⁹ Publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 4, de 7 de Janeiro de 2015.

⁴⁰ MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, p. 296.

[defendido pela *supra* autor] ⁴¹. Mas nem só de críticas se fala, os aplausos registam-se e merecidamente⁴².

III. Dos princípios e meios de reacção

Com a entrada do Novo Código de Procedimento Administrativo⁴³, o legislador veio reconhecer – pela primeira vez – a necessidade e a importância da regulação dos comportamentos autonomizados, sendo alvo de aplausos e de críticas⁴⁴, incluindo MIGUEL PRATA ROQUE, ao afirmar que o legislador⁴⁵:

a) *Deixa de fora os comportamentos autonomizados mecânicos, cingindo-se aos de origem electrónica, resultante do emprego reiterado do conceito jurídico “administração electrónica”;* e

b) *Persiste em lidar com a autonomização eletrónica enquanto mero instrumento de comunicação entre a administração pública e os particulares mas não como uma nova forma de actuação administrativa.*

Estranha-se a opção do legislador na escolha da noção de “*administração electrónica*” espelhado no novo diploma do procedimento administrativo, sendo de estranhar ainda a erudição feita ao mandato legislativo para que a administração pública utilize “meios electrónicos no desempenho da sua actividade”, associando esse uso à promoção de valores da eficiência, da simplificação, da transparência e da proximidade administrativa (cfr. n.º 1 do artigo 14.º do NCPA)⁴⁶.

⁴¹ Outros desenvolvimentos, MIGUEL PRATA ROQUE, «Mais um passo a caminho de uma administração globalizada e tecnológica?», *op. cit.*, p. 170, n.º 17, que enuncia a duvidosa “*exclusão da vantagem da dilação não deveria decorrer sempre que, objectivamente, a Administração Pública colocasse ao dispor do particular esses meios electrónicos, independentemente de este os usar ou não*”.

⁴² Aconselhamos vivamente a leitura, ISABEL CELESTE M. FONSECA, «A revisão do Código de Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais) fracos», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho – Ética e Direito*, Tomo II, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Braga, 2014, pp. 61 e ss.

⁴³ Doravante “NCPA” ou “Código”.

⁴⁴ ANDRÉ SALGADO DE MATOS/VASCO PEREIRA DA SILVA, In *O projecto de revisão do Código de Procedimento Administrativo: uma revolução legislativa anunciada e as suas consequências* UCP, Lisboa, 2013, pp. 45 e 76, respectivamente.

⁴⁵ MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, p. 278.

⁴⁶ Desenvolvido, *vd.* ANA MARÍA DELGADO/RAFAEL OLIVER CUELO, «La actuación administrativa automatizada – Algunas experiencias en el ámbito tributario», in *Revista Catalana de Dret Public*, 35, 2007, p. 5.

Um olhar mais de perto revela-nos que – não raras vezes – o legislador incluiu no corpo do novo Código a expressão “meios electrónicos” como sendo o instrumento de suporte de apoio à actuação administrativa⁴⁷.

Sugestivo o nosso legislador, na medida em optou por estender à autonomização electrónica a aplicabilidade dos princípios gerais que orientam as actuações administrativas e demais garantias que a lei procedimental administrativa disciplina⁴⁸, que se demonstra desadequada entre as exigências e as tipologias do procedimento administrativo⁴⁹.

Nos casos em que os administrados estejam perante uma vinculação legal, podem estes munir-se de vários meios de reacção, nomeadamente dirigindo-se junto do Tribunal competente, intentando acção judicial para condenação da Administração Pública à prática do acto devido ao abrigo do regime previsto nos artigos 66.º e ss. do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)⁵⁰. MIGUEL PRATA ROQUE não hesita em equacionar a via do recurso à intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias conforme dispõe o artigo 109.º do CPTA.

Na prática, a este respeito, a jurisprudência administrativa⁵¹ tem acolhido positivamente este meio de reacção em virtude de, no mesmo não incluir apenas só os direitos, liberdades e garantias de natureza pessoal, como até direitos sociais económicos e culturais de natureza análoga (nele se enquadrando a “administração electrónica”), bem como tem tido assento na doutrina nacional⁵².

⁴⁷ Aqui MIGUEL PRATA ROQUE entende que, lamentavelmente, o legislador não optou por encarar as “actuações administrativas electrónicas” num plano substantivo, distinguindo-as das demais actuações administrativas, em função das suas especificidades, in «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, p. 278. Com este autor, veja-se ainda JORGE PEREIRA DA SILVA, «Âmbito de aplicação e princípios gerais no projecto de revisão do CPA», *op. cit.*, p. 46, que a este propósito diz: “o novo Código limita-se a remeter para o regime geral nele previsto, ainda que uma técnica legislativa imperfeita, por não incluir as actuações electrónicas da norma delimitadora do âmbito de aplicação do novo diploma”.

⁴⁸ Cfr. n.º 3 do artigo 14.º do NCPA, merecendo o acompanhamento de MIGUEL PRATA ROQUE, «O Nascimento da Administração Electrónica num Espaço Transnacional», *op. cit.*, p. 8.

⁴⁹ São muito significativas as transformações introduzidas na Parte III do novo Código, respeitante ao procedimento administrativo – CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*, Porto Editora, 2015, p. 98.

⁵⁰ E, se necessário for, utilizar a faculdade do n.º 3 do artigo 66.º do CPTA, requerendo a sujeição da Administração Pública ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória.

⁵¹ A título exemplificativo, Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 13/01/2015, processo n.º 203/04, in *www.dgsi.pt*.

⁵² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual De Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra Editora, 2010, pp. 139 e ss.; CARLA AMADO GOMES, «Pretexto, Contexto e Texto da Intimação para Protecção de

Na verdade, este instituto com acolhimento legislativo⁵³ é um meio de “defesa da natureza jusfundamental do direito de acesso à administração electrónica”, tal como segue PAULO OTERO⁵⁴ e em defesa ÁLVARO SÁNCHEZ BRAVO: “enquanto o acesso aos meios electrónicos não é universal, deve ser electrónica esta igualdade de tratamento”⁵⁵.

Ressalvada que se encontra a ideia da não universalidade de acesso aos meios electrónicos, tal como aponta o referido autor, “deve ser salvaguardada esta igualdade de tratamento” e, ainda que o legislador tivesse ou queira garantir um tratamento equitativo, mais se apela ao “princípio de paralelismo de tratamento”⁵⁶.

Ainda neste ponto, importa salientar que os administradores (utilizadores) dos automatismos electrónicos poderão beneficiar de um acesso mais rápido e mais transparente sobre o estado do seu procedimento, bem como quanto ao seu conteúdo das diligências e decisões respeitantes⁵⁷.

Já tivemos oportunidade de evidenciar o papel da administração electrónica como veículo capaz de desmaterializar os procedimentos em prol da simplificação administrativa⁵⁸ que não está fora de risco⁵⁹.

Analisado que se encontra um dos passos, urge questionar a suficiência da alteração introduzida pelo legislador, em que MIGUEL PRATA ROQUE responde ao apelo “é imprescindível que, na fase da implementação destes comportamentos autonomiza-

Direitos, Liberdades e Garantias», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 104 e ss.

⁵³ Com acolhimento da cláusula aberta constitucionalmente consagrada no n.º 1 do artigo 16.º da Constituição da República Portuguesa.

⁵⁴ PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 495-496.

⁵⁵ ÁLVARO SÁNCHEZ BRAVO, «La administración electrónica en España», *op. cit.*, p. 96, e PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *op. cit.*, p. 493.

⁵⁶ Segundo o qual não só visa garantir que a utilização dos mecanismos próprios da administração electrónica é meramente facultativa, como se assegura que a sua não utilização não acarreta qualquer restrição ou discriminação dos particulares que a ela não recorram (cfr. artigos 13.º e 14.º do NCPA) – MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, p. 282.

⁵⁷ Cfr. n.º 5 do artigo 14.º do NCPA.

⁵⁸ Sob o enquadramento geral, salientamos o facto de o recurso à autonomização electrónica andar de mãos dadas com as designadas estratégias de boa governação (*e-government*) – BÁRBARA BARBOSA NEVES, «Modernização e Competitividade na Administração Pública», *op. cit.*, pp. 1-5.

⁵⁹ Pois que a tarefa de transposição de documentos de suporte de papel para formato digital ou a transformação dos procedimentos presenciais em informatizados não é sinónimo de eficácia. Para mais desenvolvimentos acerca dos riscos inerentes de burocratização electrónica, *vd.* LUÍS VIDIGAL, «A face oculta da Administração Pública Electrónica», *op. cit.*, pp. 6-7, e ROVER/HÉLIO RAMOS JÚNIOR, «O acto administrativo electrónico sob a óptica do princípio da eficiência», p. 5, que pode ser consultado in http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_ato_administrativo_eletronico_sob_a_otica_do_principio_da_eficiencia.pdf.

dos electrónicos, se garanta uma acessibilidade compreensível aos mesmos [cfr. artigos 14.º, n.º 2, e 61.º, n.º 1, alínea a), ambos do NCPA]: “princípio da acessibilidade compreensível”(ou lógica do ‘user friendly’)”⁶⁰. A doutrina tem vindo a apontar algumas medidas de simplificação:

a) manutenção, em simultâneo, de bases de dados digitalizadas e de base de dados em suporte de papel;

b) formulação de pedidos de informação que já se encontram na posse da Administração Pública;

c) duplicação de dados solicitados aos utilizadores, sem interoperabilidade dos sistemas electrónicos detidos pelas várias entidades administrativas; e

d) criação de procedimentos excessivos e demorados de preenchimento de formulários electrónicos⁶¹.

Recorde-se que, no final de 2014, foram aprovadas as “Grandes Opções do Plano para 2015” onde se inclui no Anexo o tratamento relativo à “Modernização Administrativa”, com menção expressa à necessidade de implementação do princípio “only once” segundo o qual visa a não duplicação de custos de contextos⁶².

Conclui-se desta forma que a administração electrónica não pode (nem deve) ser apenas o tapete vermelho da inauguração do novo regime do procedimento administrativo. Apelando a ALBERT EINSTEIN, “não raras vezes o progresso tecnológico acaba por ser utilizado para o ser humano, ao invés de ser empregue para uma distribuição equitativa da riqueza dele resultante e para a diminuição do esforço da maioria da população” e, por essa via, ser um meio de liberdade e não de prisão⁶³.

Mais do que nunca, a Administração Pública vê-se confrontada com a necessidade de munir-se de todos os mecanismos de avaliação dos procedimentos de “administração electrónica”, de forma a identificar os prós e contras da sua utilização⁶⁴, restando a ideia de que muitas linhas serão escritas a este respeito.

⁶⁰ Para mais desenvolvimentos sobre o tema, ver a doutrina indicada por MIGUEL PRATA ROQUE in «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, p. 283, nota de rodapé 29.

⁶¹ MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, p. 283.

⁶² Através da Lei n.º 82-A/2014, de 31 de Dezembro.

⁶³ Reproduzimos a citação in MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, p. 284, nota de rodapé 35.

⁶⁴ Para um maior interesse no desenvolvimento nesta matéria, sugerimos a leitura AITOR CUBO CONTRERAS/EMILIO GARCÍA GARCÍA, «Evaluando la Administración Electrónica: Medición de servicios o

O procedimento administrativo electrónico visa pelas mãos do legislador dar resposta à necessidade de simplificação da Administração Pública e, na essência, permitir que processos mecânicos e repetitivos possam ser efectuados por computadores, aproveitando-se os recursos humanos para outras tarefas e libertando-a do procedimento em papel, permitindo ainda que este esteja mais acessível ao cidadão, através do computador.

Uma coisa é certa, mais vale uma administração electrónica a meio gás do que uma inerte ou inexistente.

IV. Da fase de iniciativa electrónica

Conforme dispõe a alínea c) do n.º 1 do artigo 104.º, é possível a aceitação da apresentação de requerimentos iniciais, pelos administrados, sob a forma de “*transmissão electrónica de dados, valendo como data da apresentação a do termo de expedição*”.

O novo Código traz na mala de viagem a marca da continuidade dos serviços públicos, registada no n.º 2 do artigo 104.º, esclarecendo que as comunicações electrónicas⁶⁵ podem ser realizadas “*em qualquer dia e independentemente da hora de abertura e do encerramento dos serviços*”.

De realçar a importância de tal norma, na medida em que de fora fica a regra da continuidade dos prazos administrativos e da dilação dos prazos, quando o seu termo ocorra em dia não útil, como anteriormente se referiu.

À semelhança do que já sucede no plano da “Plataforma CITIUS”, a entrega de requerimento por via electrónica implica a geração automática⁶⁶ de um comprovativo de entrega (com número do registo, data e hora da apresentação), à semelhança do previsto no n.º 4 do artigo 105.º e no n.º 2 do artigo 106.º do NCPA.

de uma política pública?», *op. cit.*, pp. 18 e ss. Entre nós, CÉLIO GONÇALO MARQUES [et al.], «O Governo Electrónico em Portugal – Um estudo com alunos de Administração Pública», *op. cit.*, p. 10.

⁶⁵ Para um melhor aprofundamento sobre as comunicações electrónicas entre a Administração e os particulares, *vd.* MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, pp. 297 e ss.

⁶⁶ Acresce que, na grande maioria dos casos, a implementação das plataformas informáticas são da responsabilidade de terceiros (em *outsourcing*) – CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo...*, *op. cit.*, p. 106.

Há contudo uma preocupação que se prende com o regime dos formatos electrónicos⁶⁷, seguindo a forma exigida no n.º 5 do artigo 104.º do NCPA: “*formato definido, para cada caso, no sítio institucional da entidade pública*”.

Quais serão as consequências da apresentação de um requerimento irregularmente formulado? Várias dúvidas se levantam no plano da exigência de forma e, MIGUEL PRATA ROQUE enquadra em três patamares⁶⁸:

a) *Eventual incumprimento da formalidade (formato), não acarreta, na maioria das situações o desrespeito da forma escrita*⁶⁹;

b) *Não se pode afirmar que haja uma “ilegalidade directa”, visto que não é a lei procedimental administrativa que fixa esse formato, antes remetendo para decisão administrativa (em regra, de natureza regulamentar) a decisão sobre essas regras formais*⁷⁰;

c) *o legislador não associou, expressamente, à preterição desse “formato” fixado por cada concreto serviço público qualquer desvalor jurídico ou sanção*⁷¹.

Sobre este último ponto, seguindo a mesma linha doutrinal, o n.º 1 do artigo 108.º do Código apenas se refere ao dever de aperfeiçoamento do requerimento com os requisitos do n.º 1 do artigo 102.º, “*não subsiste qualquer razão que obste a esse mesmo convite, quando esteja em causa o incumprimento dos requisitos indirectamente fixados no n.º 4 do artigo 104.º do NCPA*”⁷².

⁶⁷ Regime previsto na Lei n.º 36/2011, de 21 de Junho, que estabelece que o “formato” de documentos electrónicos deve constar do Regulamento Nacional de Interoperabilidade Digital.

⁶⁸ Seguindo a orientação avançada por MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, pp. 285-286.

⁶⁹ Sendo, portanto, um mero incumprimento de um “formato”, previamente determinado e fixado pelo serviço público, levantando alguma doutrina o problema da fixação do momento temporal em que o referido formato foi disponibilizado, em rede electrónica pela Administração Pública. Neste sentido, CARLO NOTARMUZI, «Il procedimento amministrativo informatico», in *Astrid Resegna*, 2006, n.º 16, disponível em www.astrid-online.it, p. 7, defende “a exigência de um mecanismo de autenticação temporal dos formatos e documentos disponibilizados em ambiente electrónico”.

⁷⁰ Tal remissão esmorece o próprio princípio da legalidade e fragilidade jurídica, dado que a delimitação da previsão normativa não resulta do próprio acto legislativo restritivo do direito de petição à administração pública.

⁷¹ O desvalor da anulabilidade de que se fala constituiu regra quanto aos actos administrativos (cfr. n.º 1 do artigo 163.º do NCPA), estando impedido de ser transposto, *per si*, para a entrega de requerimentos e prática de actos pelos particulares, sendo que, dessa forma vigoraria o “princípio do aproveitamento dos actos” (cfr. artigo 108.º do NCPA).

⁷² Precisamente sobre regras de identificação formal “de formato” que gozam de um paralelismo teleológico notório com aquelas fixadas no n.º 1 do artigo 102.º do NCPA.

Assim, não estando ferido nenhum dos fundamentos para indeferimento liminar no requerimento⁷³ – por não ser a regra –, a hipótese de se tratar de uma irregularidade é o cenário mais visível.

Aberto que fica assim a janela para que o administrado corrija o requerimento inicial ou, em alternativa, seja aceite pela Administração Pública – ainda que irregularmente apresentado – havendo lugar ao suprimento oficioso das eventuais irregularidades (e deficiências)⁷⁴.

V. Da fase de instrução electrónica (nuances)

Chegamos a uma das principais inovações do Novo Código do Procedimento Administrativo. Falamos do momento “apoteótico” consagrado no mandato de utilização preferencial de meios electrónicos de registo e de tratamento de documentação, informações e de procedimentos na fase de instrução⁷⁵.

O fenómeno da desmaterialização não é novo, deixando para trás as roupas velhas, ou de repartição pública⁷⁶, em que o recurso a condutas autonomizadas tem correspondência à ideia da simplificação e melhoria de fluxos de procedimento administrativo⁷⁷.

Esta fase procedimental é acompanhada, na fase de execução, pelos “*princípios da acessibilidade compreensível e da transparência administrativa*”⁷⁸, que devem ser enquadrados com o n.º 2 do artigo 61.º do NCPA que reivindica a identificação do

⁷³ Cfr. artigo 109.º do NCPA.

⁷⁴ Faculdade prevista no n.º 2 do artigo 108.º do NCPA.

⁷⁵ Cfr. n.º 1 do artigo 61.º do NCPA.

⁷⁶ Com origem no atendimento presencial e na redução a escrito (formato papel) para o recurso dos meios tecnológicos de registo de dados electrónicos e digitais. Para mais desenvolvimentos nesta matéria, aconselhamos a leitura de LUÍS VIDIGAL, «A face oculta da Administração Pública Electrónica», *op. cit.*, p. 3, e PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *op. cit.*, p. 487, e JOCHEN SCHNEIDER, «Processamento electrónico de dados – informática jurídica», in *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas* (org. A. KAUFMANN e W. HASSEMER), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 547 e ss., 2002.

⁷⁷ Em consonância com o disposto no n.º 1 do artigo 61.º do NCPA.

⁷⁸ Neste campo e para uma melhor compreensão, *vd.* ANA FRANÇA JARDIM, «Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, p. 7, e CÉLIO GONÇALO MARQUES [*et al.*], «O Governo Electrónico em Portugal – Um estudo com alunos de Administração Pública», *op. cit.*, pp. 2-3.

responsável pela direcção do procedimento instrutório e o órgão competente para a decisão⁷⁹.

Sob a epígrafe “*Documentação das diligências e integridade do processo administrativo*”⁸⁰, no artigo 64.º do NCPA, o legislador não esclarece em concreto, quais as medidas relativas à documentação das várias diligências instrutórias a encetar, limitando-se a regular a documentação em formato papel, arrancando dos n.ºs 1 e 2 a especial regulação do registo e tratamento electrónico de documentação⁸¹.

CARLO NOTARMUZI identifica esta vertente da Administração Pública electrónica “*ao mero registo e arquivamento electrónico mais alargado, de modernização administrativa*”, crendo MIGUEL PRATA ROQUE que estamos perante “*natureza excessivamente aberta e genérica das soluções normativas consagradas neste novo diploma codificador, há que aguardar, com cautela e atenção, a futura densificação deste regime*”⁸².

A *ratio* desta última poderá ser explicada tendo por base o raciocínio hipotético de a mesma incidir sobre a esfera de protecção de direitos fundamentais dos administrados, matéria que não pode deixar de ficar sujeita a reserva de lei parlamentar, conforme nos conduz a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Este Código traz consigo a excelência da marca da celeridade na obtenção de certidões, declarações respeitantes a documentos e a informações sobre procedimentos administrativos em curso num prazo de 3⁸³ ou de 10 dias⁸⁴. ISABEL CELESTE M. FONSECA refere-se a este propósito tratar-se de “*Uma proposta, que não sei se é boa ou má, é a que decorre da alteração introduzida*”⁸⁵.

⁷⁹ Controlando os prazos, tramitação ordenada e a publicidade do procedimento – n.º 1 do artigo 61.º do NCPA e que espelha o anterior regime espanhol no artigo 36.º da “*Ley de Acceso Electrónico*”.

⁸⁰ VASCO PEREIRA DA SILVA [et al.], *Temas e Problemas de Processo Administrativo*, 2.ª ed. revista e actualizada, Intervenções do Curso de Pós-Graduação sobre o Contencioso Administrativo, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011.

⁸¹ VASCO PEREIRA DA SILVA [et al.], *Temas e Problemas de Processo Administrativo*, 2.ª ed. revista e actualizada, Intervenções do Curso de Pós-Graduação sobre o Contencioso Administrativo, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011.

⁸² MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, p. 293.

⁸³ Nos procedimentos electrónicos, sendo suficiente a emissão de certidão electrónica – cfr. n.º 3 do artigo 84.º do NCPA.

⁸⁴ ISABEL CELESTE M. FONSECA, «A revisão do Código de Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais) fracos», *op. cit.*, p. 62.

⁸⁵ Nos procedimentos reduzidos a suporte de papel – cfr. n.º 1 do artigo 84.º do NCPA.

Mas, o legislador deixa – mais uma vez – de parte a possibilidade da utilização da comunicação electrónica directa entre o órgão com competência instrutória e o administrado, seja com recurso aos sistemas electrónicos “online”, seja por videoconferência⁸⁶. Note-se que a adopção da decisão final através do sistema informatizado corresponde, na prática, a uma autonomização do procedimento administrativo e, para tal, é premente que as normas jurídicas estejam em parceria com a “linguagem jurídica”, instruindo um programa que, por seu turno, não é mais do que o desenvolvimento de um algoritmo com vista à resolução de alguns enigmas⁸⁷.

VI. Balcão Único Electrónico⁸⁸

O “Balcão Único Electrónico” nasceu com a transposição da conhecida “Directiva Serviços”⁸⁹ constante no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho. Actualmente, a propósito do BUE, outros diplomas já se encontram em plena vigência, dos quais se destacam:

- a) o artigo 37.º-A do Regime Jurídico da Água para Consumo Humano, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 306/2007, de 26 de Agosto;
- b) o artigo 35.º-A do Regime Legal da Incineração e Co-incineração de Resíduos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 85/2005, de 28 de Abril; e

⁸⁶ No primeiro, temos, a título exemplificativo, as salas de conversação ou *chat rooms*, isto partindo do pressuposto que os “*fóruns públicos electrónicos*” tenham viabilidade como plataforma de interacção participativa entre a Administração e os particulares. Para um estudo aprofundamento da temática, *vd.* MARIE JOSÉ GAROT, «De la administración electrónica a una democracia digital», in *Revista direito GV* 3, Jan-Jun 2006, pp. 5-6, disponível in <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35216/34016>. Tal matéria pode ser consolidada na leitura da obra de ALESSANDRO NATILINI, «Sistemi informativi e procedimenti amministrativi», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 1999, pp. 450-471, e FRANCESCO BELLOMO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Vol. 2, Attività, Padova: Cedam, 2009, pp. 89 e ss.

⁸⁷ Tal como aponta JOCHEN SCHNEIDER, «Processamento electrónico de dados – informática jurídica», *op. cit.*, pp. 547 e ss., para a automatização de decisões é necessário construir uma “árvore de conceitos na qual pudessem ser classificadas todas as características dos factos”.

⁸⁸ Doravante “BUE” ou “Balcão”.

⁸⁹ Para mais desenvolvimentos acerca dos objectivos (eficiência, simplificação administrativa) que estiveram na base desta Directiva, *vd.* AVELÁS NUNES, *A Constituição Europeia: A Constitucionalização do Neoliberalismo*, Coimbra, 2006, pp. 112 e ss.; MIGUEL PRATA ROQUE, *Direito Processual Administrativo Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 616 e ss.; LAURENT IDOT, «Marché Européen des Services: directive Bolkenstein ou “Frankenstein”? le mythe de loi d’origine», in *Europe*, 3, ano 2005, pp. 3-5.

c) o artigo 30.º do Regulamento de Observação de Cetáceos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2006, de 6 de Janeiro.

É assente que a fase de criação de serviços electrónicos unificados é vista como “meta final” a aplicar aos procedimentos de modernização administrativa⁹⁰. Tal assemelha-se a um impulso “psicopatológico” do legislador em não ter tornado o BUE⁹¹ a passadeira vermelha do Código, tornando-o num mecanismo unificado, preferindo apresentá-lo como (possibilidade de) sujeição dos procedimentos administrativos a um balcão único, remetendo para lei especial, colocando-o na esfera discricionária⁹² de actuação dos órgãos e serviços administrativos⁹³.

O legislador nacional consagrou de forma anímica a “Directiva Serviços”. A opção do legislador foi contrária, por exemplo, à sugestão apresentada em sede de discussão pública do projecto “fixação como regra-geral a submissão dos procedimentos administrativos a um balcão electrónico” e apenas constariam de lei especial os casos que justificassem a sua subtracção⁹⁴, o que não foi corroborado pelo legislador.

LUÍS VIDIGAL defende que a Administração electrónica deve funcionar como um *interface* comunicativo entre particulares e Administração Pública. O BUE funciona como mero “*front office*”, de contacto entre a Administração Pública e os ad-

⁹⁰ LUÍS VIDIGAL, «A face oculta da Administração Pública Electrónica», *op. cit.*, p. 9; GUILLÉN CARAMÉS, «La Administración Electrónica», *op. cit.*, pp. 30 e ss.

⁹¹ Há quem tenha apelidado “*entreposto administrativo*”, ou seja, um instrumento de recolha e circulação de pedidos e de informações entre os vários serviços da administração pública. Tal natureza não acarreta que o tempo de demora dos requerimentos no balcão único electrónico – quando aguardam o respectivo envio e recepção pelos serviços públicos competentes – não suspenda os prazos para decisão administrativa, conforme decorre, *a contrario*, do artigo 62.º, n.º 3, do NCPA. Neste sentido, o legislador abandonou a solução sufragada na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 59.º do projecto do NCPA, que fazia suspender a contagem dos prazos administrativos enquanto o requerimento ou documento permanecesse no balcão único electrónico, aguardando o seu envio para o serviço competente – MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, p. 288. *IDEM*, «Mais um passo a caminho de uma administração globalizada e tecnológica?», *op. cit.*, p. 168.

⁹² No caso de normas que prevêm o recurso a poderes discricionários, caso em que a Administração tem que escolher perante o caso concreto, não a interpretação correcta mas sim uma de entre várias alternativas de solução, coloca-se o mesmo problema, pois, nem sempre é possível, *a priori*, determinar qual vai ser o acto praticado face a uma determinada situação.

⁹³ Admissibilidade prevista no n.º 1 do artigo 66.º do NCPA.

⁹⁴ MIGUEL PRATA ROQUE, «O Nascimento da Administração Electrónica...», *op. cit.*, n.º 16.

ministrados, operando como “maestro” entre estes últimos e os serviços públicos competentes, que mantêm disponíveis “back offices”⁹⁵.

Designando-se por “better governance” e seguindo as linhas orientadoras do plano da simplificação administrativa⁹⁶, há muito que se ressentia a existência de um balcão electrónico central que não se cingisse a ser apenas uma propagação de comunicações, mas sobretudo que operasse como um verdadeiro “balcão único”⁹⁷.

À velocidade com que se movimentam as tecnologias e a nova era digital, não será de estranhar que, num futuro não longínquo, sejamos poluídos por plataformas electrónicas quantas entidades e serviços públicos existentes, cujo feitiço poderá virar-se contra o feiticeiro⁹⁸.

Na outra face – a exclusividade da utilização do BNE –, teríamos uma Administração Pública e os seus administrados ligados entre si em “front office”, mediante um sistema informático que permitisse a relação múltipla entre os sistemas e o acesso restrito de cada serviço às informações relevantes e necessárias para a prossecução das suas funcionalidades⁹⁹.

O regime jurídico do BUE – no geral – ficou aquém em matéria de fixação de regras substantivas e procedimentais sobre o emprego daquele automatismo electrónico, devendo aplicar-se, por analogia, o regime previsto no n.º 6 do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho¹⁰⁰.

⁹⁵ Para mais desenvolvimentos sobre as noções informáticas “front office” e “back offices”, ANI MATEI/DIANA CAMELIA IANCU, «e-Administration as a Way of increasing the Managerial Capacity in Public Sector», 2009, pp. 6-7, disponível para consulta rápida no link com a seguinte extensão: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/nispaceel/unpan009207.pdf>.

⁹⁶ Interessante explorar neste ponto SABINO CASSESE, «La semplificazione amministrativa e l’orologio di Taylor», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1999.

⁹⁷ MARIE JOSÉ GAROT, «De la administración electrónica a una democracia digital», *op. cit.*, p. 92.

⁹⁸ Na medida em que a criação de vários pontos de contacto electrónicos não acaba por não proceder a uma verdadeira simplificação administrativa – LUÍS VIDIGAL, «A face oculta da Administração Pública Electrónica», *op. cit.*, p. 7. Tal fenómeno poderá vir acarretar uma sobrecarga financeira sob o erário público, cenário naturalmente censurável, ultrapassável quiçá perante a mudança de mentalidades, tornado o balcão único electrónico regra e não a excepção.

⁹⁹ Servem de exemplos as políticas de incentivo à prática de cooperação, com vista a tornar o balcão único electrónico disponibilizado ao utilizador externo, mantendo as especificidades de cada serviço, mediante um acesso criterioso. Nesse sentido, CARLO NOTARMUZI, «Il procedimento amministrativo informático», *op. cit.*, pp. 5-6, e PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I., *op. cit.*, p. 490.

¹⁰⁰ Estabelece os princípios e as regras necessárias para simplificar o livre acesso e exercício das actividades de serviços e transpõe a Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro. Em cotejo com o regime jurídico especial relativo à liberdade de prestação de serviços, instituído pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho, tal apresenta-se mais consolidado, detalhado

Dispõe o n.º 3 do artigo 62.º do NCPA que “O tempo que medeia entre a recepção pelo balcão electrónico dos documentos apresentados e a sua entrega ao destinatário é descontado nos prazos procedimentais em caso de justo impedimento, designadamente¹⁰¹ quando ocorra, de modo comprovado, uma interrupção técnica do funcionamento dos meios electrónicos indispensáveis à transmissão, que não seja imputável ao órgão competente”.

O legislador, a este propósito, esteve bem quando optou pela não introdução do regime da suspensão da contagem dos prazos, enquanto o requerimento não tenha sido distribuído ao órgão competente decisório, pois tal constitui uma “pressão legítima e necessária à garantia da celeridade nas comunicações electrónicas, cujo ónus funciona contra a Administração Pública, assim promovendo a eficiência administrativa”¹⁰².

Do teor da norma referida, o legislador parece ter querido que o órgão a quem não pode ser imputável o mau funcionamento seja o órgão com competência para decidir ou actuar¹⁰³, trazendo as situações passíveis de constituir “justo impedimento”. Aqui, o legislador, ao ter permitido a extensão dos prazos inicialmente previstos “deve ser alvo de fundamentação racional acrescida e de notificação ao interessado, de modo a garantir uma adequada segurança jurídica na contagem dos prazos e a possibilidade de impugnação jurisdicional dessa mesma decisão”.

Dos actos certificativos (breve nota)

A emissão de actos certificativos abrange um conceito amplo, nele se incluindo os “actos verificativos”, levantando-se a questão de saber se abrange apenas os “actos reais certificativos”. Vejamos:

1. os primeiros pressupõem a verificação do preenchimento das condições de aplicação de determinado parâmetro normativo, mediante expressão de uma vontade objectiva de produção de efeitos jurídicos;
2. os segundos não envolvem uma verdadeira decisão administrativa, orientada por uma vontade objectiva de produção de efeitos jurídicos sobre determinada

e funcional o que é apontado pela doutrina a crítica de que o legislador deveria ter optado pela aplicação subsidiária daquele regime, em caso de vazio legal. A este respeito, MIGUEL PRATA ROQUE, “O Procedimento Administrativo Electrónico”, *op. cit.*, p. 292.

¹⁰¹ O advérbio “designadamente” permite a suspensão da contagem de prazos em diversas situações de mero funcionamento deficiente do sistema electrónico.

¹⁰² *IDEM*, *Ibidem*, p. 290.

¹⁰³ O órgão que não o competente para gerir o balcão único electrónico.

situação, resumindo-se a meras “*declarações de ciência*” sobre a ocorrência de certos factos sociais dotados de relevância jurídica¹⁰⁴.

Na esteira da referida linha doutrinal, a utilização da expressão “*certificativos*” pode apontar para uma concepção mais restritiva, levantando o véu para o recurso à expressão “*actos*” a admissão de verdadeiros “*actos administrativos verificativos*” do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 182.º do NCPA¹⁰⁵.

VII. Agência para a Modernização Administrativa

Por fim, iremos agora abordar a Agência para a Modernização Administrativa, I.P. (AMA) que é um instituto público¹⁰⁶ que prossegue as atribuições da Presidência do Conselho de Ministros nas áreas da modernização e simplificação administrativa e da administração electrónica, sob superintendência e tutela do Secretário de Estado da Modernização Administrativa.

A AMA tem por objectivo identificar, desenvolver e avaliar programas, projectos e acções de modernização e de simplificação administrativa e regulatória e promover, coordenar, gerir e avaliar o sistema de distribuição de serviços públicos, no quadro das políticas definidas pelo Governo¹⁰⁷, das quais se destacam as seguintes atribuições¹⁰⁸:

a) *Contribuir para a definição das linhas estratégicas e das políticas gerais relacionadas com a administração electrónica, a simplificação administrativa e a distribuição de serviços públicos, incluindo a interoperabilidade na Administração Pública;*

b) *Gerir e desenvolver redes de lojas para os cidadãos e para as empresas, em sistema de balcões multi-serviços, integrados e especializados, articulando com os sistemas de atendimento em voz e rede;*

c) *Promover a modernização da prestação e distribuição de serviços públicos orientados para a satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas;*

¹⁰⁴ MIGUEL PRATA ROQUE, “O Procedimento Administrativo Electrónico”, *op. cit.*, p. 291.

¹⁰⁵ Para outros desenvolvimentos nesta matéria, *vd.* MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Direito Administrativo*, Vol. II, A. Guiffre, Milano, 1988, pp. 443 e ss.

¹⁰⁶ O regulamento interno in <http://www.ama.pt/documentacao/Regulamento-Interno-AMA-IP.pdf>.

¹⁰⁷ Organizada sobre os seguintes eixos: “colaboração, inovação, simplificação, qualidade e eficiência”.

¹⁰⁸ Disponíveis para consulta no sítio da Internet www.ama.pt, estando disponível demais legislação relevante nesta matéria.

d) *Promover as políticas de natureza central, regional e local na área da sociedade de informação, através da gestão dos espaços de Internet e outros semelhantes por si administrados, consultando as demais entidades com atribuições na sociedade de informação, sempre que tal se justificar;*

e) *Apoiar a elaboração e implementação de plataformas e soluções de e-learning;*

f) *Assegurar a representação externa e estabelecer relações de cooperação no âmbito das suas atribuições com outras entidades estrangeiras, nomeadamente no quadro da União Europeia e dos países de língua oficial portuguesa;*

g) *Dar parecer prévio e acompanhar os projetos em matéria de investimento público (Programa de Investimentos e Despesas de Desenvolvimento da Administração Central – PIDDAC) e dar parecer prévio sobre a afectação de fundos europeus, no contexto da modernização e simplificação administrativa e administração electrónica;*

h) *Dinamizar e coordenar a rede interministerial de agentes de modernização e de simplificação administrativa;*

i) *Promover a realização de estudos, análises estatísticas e prospectivas e estimular actividades de investigação, de desenvolvimento tecnológico e de divulgação de boas práticas, nas áreas da simplificação administrativa e regulatória e da administração electrónica;*

j) *Propor a criação e dirigir equipas de projecto, de natureza transitória e interministerial ou interdepartamental, para concretização, desenvolvimento e avaliação de acções de modernização e da simplificação administrativa e regulatória, designadamente através de avaliação de encargos administrativos da legislação, na vertente da sua simplificação correctiva.*

No que concerne às áreas de actuação da AMA, este Instituto Público assenta em três vertentes fundamentais “AS&Ge”¹⁰⁹ – Atendimento, Simplificação e Governo Electrónico.

No eixo de *Atendimento*, encontram-se várias iniciativas ligadas à prestação de serviços públicos junto de cidadãos e empresários, sendo responsável por desenvolver e gerir novos modelos de atendimento, que permitam aos cidadãos interagir com o Estado de forma inovadora e eficiente¹¹⁰. A AMA também é responsável

¹⁰⁹ Sigla por nós adoptada. Além destes eixos, a AMA também possui competências nas áreas da Representação Internacional destas temáticas, Governo Aberto e Gestão do Conhecimento.

¹¹⁰ As Lojas do Cidadão são uma das iniciativas mais emblemáticas desta área, um conceito pioneiro de centralização de serviços públicos num só espaço e balcões únicos.

por uma rede nacional de mais de cem balcões, que reúnem informação sobre todos os serviços públicos disponíveis em Portugal, dispondo de um Centro de Contacto do Cidadão que responde a milhares de pedidos por mês, através de telefone ou por via electrónica¹¹¹.

O eixo da *Simplificação* é a área nuclear do grande esforço de modernização administrativa em Portugal, pressupondo um trabalho profundo na área da simplificação administrativa e regulatória, que resulta em procedimentos, processos e legislação mais simples, que, por sua vez, permitem ganhos evidentes na melhoria da qualidade de vida dos cidadãos e como estímulo à economia, entre outros¹¹².

O eixo do *Governo Electrónico*¹¹³ constitui-se num pólo de inovação e suporte fortemente ancorado no desenvolvimento das Tecnologias de Informação e onde a AMA assume o papel de principal dinamizador a nível da Administração Pública em Portugal¹¹⁴, existindo outras iniciativas, tais como o plano global estratégico de racionalização e redução de custos nas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), na Administração Pública, o Cartão de Cidadão¹¹⁵ e iAP – Interoperabilidade na Administração Pública.

A Administração Pública Electrónica visa a utilização de tecnologias de informação¹¹⁶, tendo como escopo melhorar a eficiência¹¹⁷ e eficácia da gestão pública

¹¹¹ Outras iniciativas: “A Minha Rua”, “Espaço Empresa”, “Balcão Perdi a Carteira”; “Espaço Empresa”, <http://www.ama.pt/>.

¹¹² Destacam-se as iniciativas de Licenciamento Zero, Balcão do Empreendedor e Programas de Simplificação, com reconhecimento a nível internacional e pedras basilares de uma transformação profunda na maneira de fazer negócios em Portugal, que podem ser devidamente consultados através de http://www.ama.pt/index.php?option=com_content&task=category§ionid=11&id=28&Itemid=28.html.

¹¹³ Olhado pelos sucessivos Governos Portugueses como um elemento “chave” para a modernização da Administração Pública e para a melhoria significativa da qualidade dos serviços públicos.

¹¹⁴ Para além do desenvolvimento e promoção da temática da identificação electrónica em Portugal, através de um projecto de referência a nível mundial – o Cartão de Cidadão – e de um trabalho profundo na área da Interoperabilidade a nível da Administração Pública, a AMA também é responsável pela operacionalização do ambicioso plano global estratégico de racionalização e redução de custos nas TIC na Administração Pública (PGERRCTIC), que prevê uma redução potencial de até 500 milhões de euro/ano em gastos TIC na Administração Central. Este plano também dá à AMA várias competências na definição estratégica de políticas TIC e aprovação de gastos em toda a Administração Pública – in www.ama.pt.

¹¹⁵ AMA, I.P., *Integração com Fornecedor de Autenticação do Cartão de Cidadão – Single Sign-on da Administração Pública*, in www.ama.pt, 2010.

¹¹⁶ A crescente utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação e a massificação da *Internet* levaram os sucessivos governos a repensar a “máquina do Estado”. Com preocupações com o défice orçamental e a despesa pública, cresce a preocupação dos governos em questões como o custo, o valor, a utilidade e a qualidade dos serviços públicos.

e incremento de forma substantiva, seja pela via da transparência do sector público, seja a transparência do particular nas relações com o aparelho público.

Deve o Estado, na sua construção jurídica, tratar dos instrumentos de uma política reguladora, de um sistema governativo portados de valores, orientados por princípios mobilizadores não só da Administração Pública, como também dos particulares e empresas e tendo em vista objectivos de melhoria numa condição administrativa, social ou económica, extensivo aos instrumentos de poder.

Nesta altura, estando a decorrer a reforma da lei processual administrativa¹¹⁸, antevê-se apenas uma mera reacção às mudanças que já se fazem sentir no plano da utilização dos meios electrónicos no interior da Administração Pública (por exemplo, na instrução de procedimentos administrativos), se bem que poderíamos ser levados a pensar que, afinal, aquilo que a Administração Pública precisa de fazer é tornar todos os procedimentos albergados em sistemas informáticos.

É hora de apelar à boa orientação, ao senso comum para chegarmos à conclusão que a resposta é negativa, pois que munida de sistemas informáticos já ela se encontra (na sua maioria).

Lamentavelmente se diga, alguma doutrina continua a insistir na exclusão dos comportamentos autonomizados às formas electrónicas de autonomização¹¹⁹ com o fundamento do risco de diminuição das garantias dos particulares – quer por analfabetismo, quer por carência económica – para a utilização de instrumentos electrónicos de contacto com a Administração Pública.

O Direito poderá aqui ser entendido como tecnologia de organização de relações humanas, económicas e sociais, como sistema de governação ou padrão regulador construtivo de forma prioritária de condutas, relações, que assegura, enquan-

¹¹⁷ A *eficiência* é aqui entendida enquanto meio ou processo das instituições ou organizações atingirem os maiores benefícios com um menor dispêndio de recursos, recorrendo às tecnologias de informação (ex: maior facilidade na criação de empresas, melhoria dos níveis de qualidade dos serviços e de obrigação de transparência de informação junto dos consumidores). Sobre esta temática, consultar http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/4400/administracao_publica_electronica_e_directiva_dos_servi%C3%A7os.pdf?sequence=1.

¹¹⁸ ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, «A reforma da organização dos tribunais administrativos e tributários», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 22, Julho/Agosto 2000. Ainda do mesmo Autor, «O Tribunal Central Administrativo e a reforma da justiça administrativa de 2002», in *Scientia Iuridica*, Tomo LII, n.º 296, 2003.

¹¹⁹ Sendo o caso de ANA MARÍA DELGADO [et al.], «La actuación administrativa autonomizada – Algunas experiencias en el ámbito tributario», in *Revista Catalana de Dret Public*, n.º 35, 2007, p. 6.

to arquitectura jurídica de sistema, a coordenação dos comportamentos dos particulares, suas organizações e interacções entre si e com o Estado¹²⁰.

Em Portugal existem alguns casos de procedimentos administrativos electrónicos, em que todo o processo se desenvolve através de plataformas electrónicas ou de *sites*. No entanto, em muitos destes casos a decisão final não é tomada pelo computador, mas sim por serviços descentralizados, havendo ainda muito caminho a percorrer e investigar no sentido de alcançar uma verdadeira administração pública electrónica.

Há vários capítulos a escrever em torno de todo este procedimento administrativo electrónico que é complexo e obriga a um rol de conhecimentos e uma rede de saberes de outras áreas de especialidade, que pretendemos, no futuro concretizar.

“(...) seria surpreendente se a nova ordem estivesse à espera de ser descoberta, em vez de ser construída. Podia ser, claro está, que o nosso mundo já estivesse constituído, estruturado, governado, e a nós nos faltasse simplesmente a visão para compreender como ele funciona. Parece mais plausível, contudo, supor que o nosso entendimento convencional avariou porque as coisas no mundo estão a mudar – a mudar rapidamente e em todos os tipos de direcções distintas, ao mesmo tempo. Se é para haver uma nova ordem, jurídica ou outra, ela será tão criada como descoberta”.

DAVID KENNEDY

¹²⁰ MARY DOUGLAS, *Como pensam as instituições*, 1.ª ed., Instituto Piaget, Lisboa, 2004.

Bibliografía sucinta¹²¹

- AITOR CUBO CONTRERAS/EMILIO GARCÍA GARCÍA, «Evaluando la Administración Electrónica: Medición de servicios o de una política pública?», in *Revista de Estadística y Sociedad*, 55, 2013.
- ALDO SANDULLI, «La Semplificazione», in *Rivista Trimestrale di Dritto Pubblico*, n.º 3, 1999.
- ALESSANDRO NATILINI, «Sistemi informativi e procedimenti amministrativi», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 1999.
- ÁLVARO SÁNCHEZ BRAVO, «La Administración electrónica en España», in *Revista do Direito* (Santa Cruz do Sul. Impresso), 28, 2007.
- ANA FRANÇA JARDIM, *Procedimento Administrativo Electrónico*, ICJP, Lisboa, 2011.
- ANA MARÍA DELGADO [et al.], «La actuación administrativa autonomizada – Algunas experiencias en el ámbito tributario», in *Revista Catalana de Dret Public*, n.º 35, 2007.
- ANI MATEI/DIANA CAMELIA IANCU, «La Administración electrónica en España», in *Revista do Direito* (Santa Cruz do Sul. Impresso), 28, 2007.
- ANA FRANÇA JARDIM, *Procedimento Administrativo Electrónico*, ICJP, Lisboa, 2011.
- ANA MARÍA DELGADO [et al.], «La actuación administrativa autonomizada – Algunas experiencias en el ámbito tributario», in *Revista Catalana de Dret Public*, n.º 35, 2007.
- ANDRÉ SALGADO DE MATOS/VASCO PEREIRA DA SILVA, *O projecto de revisão do Código de Procedimento Administrativo: uma revolução legislativa anunciada e as suas consequências*, UCP, Lisboa, 2013.
- ANGELINA TEIXEIRA, *Novo Código de Procedimento Administrativo – Nota Introdutória e Tabela de Correspondência*, Edição Bookline, 2015.
- ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, «O “silêncio” e a “última palavra” da Administração Pública», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 19, Janeiro/Fevereiro 2000.
- _____, «A Administração Pública de prestação e o Direito Administrativo», in *Scientia Iuridica*, Tomo XLV, n.ºs 259/260/261, 1996.
- _____, «A noção de serviços públicos na doutrina portuguesa», in *Scientia Iuridica*, Tomo LII, n.º 295.

¹²¹ Nalguns casos com a indicação dos sítios da *Internet*.

- _____, «A reforma da organização dos tribunais administrativos e tributários», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 22, Julho/Agosto 2000.
- _____, «O Tribunal Central Administrativo e a reforma da justiça administrativa de 2002», in *Scientia Iuridica*, Tomo LII, n.º 296, 2003.
- BÁRBARA BARBOSA NEVES, *Inovação, Modernização e Competitividade na Administração Pública: O exemplo do Governo Electrónico em Portugal, Espanha e Irlanda*, CLAD, 2007.
- CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*, Porto Editora, 2015.
- CARLA AMADO GOMES, «Pretexto, Contexto e Texto da Intimação para Protecção de Direitos, Liberdades e Garantias», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, Almedina, Coimbra, 2003.
- CÉLIO GONÇALO MARQUES/VASCO GESTOSA DA SILVA/RICARDO CAMPOS, «O Governo Electrónico em Portugal – Um estudo com alunos de Administração Pública», publicado *on-line*¹²².
- CLARA COUTINHO/ELIANA LISBÔA, «Sociedade da Informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para educação no século XXI», in *Revista Educação*, Vol. XVIII, 2011.
- DIOGO FREITAS DO AMARAL, «O Projecto de Código de Contencioso Administrativo», in *Scientia Iuridica*, n.ºs 235-237, Tomo XLI, 1992.
- ISABEL CELESTE M. FONSECA, «A revisão do Código de Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais) fracos», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo II – Ética e Direito*, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Braga, 2014.
- FERNANDO GONÇALVES [et al.], *Novo Código do Procedimento Administrativo – Anotado e Comentado*, Almedina, 2015.
- FRANCESCO BELLOMO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Vol. 2, Attività, Padova: Cedam, 2009.
- GEORGE TERBORGH, *The Automation Hysteria*, Norton & CO., New York, 1965.
- JOÃO TIAGO SILVEIRA, «Better Regulation e Simplificação Administrativa», ICJP/ Faculdade de Direito de Lisboa, 2015¹²³.

¹²² <http://www.ccc.ipt.pt/~ricardo/ficheiros/RevistaSuperAoit.pdf>.

¹²³ http://www.joaotiagosilveira.org/mediaRep/jts/files/Better_Regulation_e_Simplificacao_Administrativa_022015.pdf.

- JORGE BACELAR GOUVEIA, «Código de Procedimento Administrativo», *Vida Judiciária*, Julho/Agosto 2013¹²⁴.
- JORGE PEREIRA DA SILVA, «Âmbito de aplicação e princípios gerais no projecto de revisão do CPA», in AA.VV., *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Escola de Lisboa da FDUC, Coleção Colóquios, Lisboa, 2013, p. 68¹²⁵.
- JOSÉ DA FONSECA JÚNIOR, «Governança e Democracia Electrónica», in *Jus Navigandi*, 14, 2009.
- KATARINA GIRITLI NYGREN, «e-Governmental: On Electronic in Local Government», in *Electronic Journal of e-Government*, 2009.
- LAURENT IDOT, «Marché Européen des Services: directive Bolkenstein ou ‘Frankenstein’?: le mythe de loi d’origine», in *Europe*, 3, ano 2005.
- LUÍS VIDIGAL, «A face oculta da Administração Pública Electrónica – Uma abordagem sócio-técnica», in *Sistemas de Informação Organizacionais*, Edições Sílabo, Lisboa, 2005.
- MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Introdução e Princípios fundamentais*, Tomo I, 2.ª ed., Dom Quixote, Lisboa, 2006.
- MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual De Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra Editora, 2010.
- MARTA PORTOCARRERO, *Modelos de Simplificação Administrativa*, 1.ª ed., Publicações Universidade Católica do Porto, 2002.
- MARY DOUGLAS, *Como pensam as instituições*, 1.ª ed., Instituto Piaget, Lisboa, 2004.
- MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Direito Administrativo*, Vol. II, A. Guiffè, Milano, 1988.
- MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», in *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, Coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (Coord.), AAFDUL, 2015.
- _____, «O Nascimento da Administração Electrónica num Espaço transnacional (Breves notas a propósito do Projecto de Revisão do Código de Procedimento Administrativo)», in *Revista e-Pública*, n.º 1, 2014.

¹²⁴ <http://www.fd.unl.pt/Anexos/7947.pdf>.

¹²⁵ <http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documentos/UCEditora/PDF%20Livros/PROJETO%20DE%20REVIS%C3%83O%20DO%20C%C3%93DIGO%20DO%20PROCEDIMENTO%20ADMINISTRATIVO.pdf>

- _____, «Mais um passo a caminho de uma administração globalizada e tecnológica?», in *Revista Direito & Política*, n.º 4, 2013.
- _____, *Direito Processual Administrativo Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- _____, «Administração Electrónica e Autonomização: Contributos para uma Reformulação da Teoria Geral das Atuações Administrativas», in *Estudos em Homenagem ao Dr. Rui Machete*, 2015 (no prelo).
- PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional*, Vol. II, Lex, Lisboa, 1995.
- _____, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2013.
- ROVER/HÉLIO RAMOS JÚNIOR, «O ato administrativo electrónico sob a óptica do princípio da eficiência»¹²⁶.
- RUI GUERRA DA FONSECA, *Código de Procedimento Administrativo, versão comparada 1991-2015*, AADFL, 2015.
- SABINO CASSESE, «La semplificazione amministrativa e l’orologio di Taylor», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1999.
- SCHNEIDER, Jochen, «Processamento electrónico de dados – informática jurídica», in *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas* (org. A. KAUFMANN e W. HASSEMER), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 547 e ss., 2002.
- TADAO TAKARASHI, *Sociedade da Informação no Brasil: Livro Verde*, Ministério a Ciência e Tecnologia, Brasília, 2000.
- TOMÁS DE AQUINO GUIMARÃES [et al.], «A relação entre governo eletrônico e governança electrónica no governo federal brasileiro», in *Cadernos ESPAPE.BR*, n.º 4, 2005.
- VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, Almedina, 1998.
- _____, *Functions and Purposes of the Administrative Procedure: new problems and new solutions*, versão e-book, ICJP, Lisboa, 2011.

¹²⁶ http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_ato_administrativo_eletronico_sob_a_otica_do_principio_da_eficiencia.pdf.

A anulação administrativa, essa (nova) conhecida

Na Coimbra do Mondego, a sombra da capa deu no chão
e abriu em... flores?

Carlos Vilas Boas*

Sumário: 1. Motivos do título e do subtítulo. 2. Da revogação anulatória à anulação administrativa. 2.1. A revogação anulatória. 2.2. A anulação administrativa. 3. Condicionalismos aplicáveis à anulação administrativa em matéria de prazos. 4. Consequências da anulação administrativa. 5. Notas finais. Bibliografia

1. Motivos do título e do subtítulo

O presente texto tem como pretensão a análise do regime – efeitos e consequências – da figura da “anulação administrativa” no Código de Procedimento Administrativo de 2015 (que doravante designaremos por CPA), denominação essa de “anulação administrativa” que surge *ex novo* no CPA.

Como é amplamente consabido, o CPA de 1991 consagrava apenas a figura da revogação dos atos administrativos, que se dividia na revogação abrogatória ou extintiva e na revogação anulatória.

A anterior revogação surge agora especificada no artigo 165.º, n.º 2, do CPA com a denominação de anulação administrativa, definida legalmente como “o ato administrativo que determina a destruição dos efeitos de outro ato, com fundamento em invalidade”.

O título e o subtítulo têm uma evidente intencionalidade que merecem uma explicação.

O novo regime legalmente consagrado, distintivo entre revogação propriamente dita e anulação administrativa, plasmado nos artigos 165.º a 174.º do CPA é associado à Escola de Direito de Coimbra¹, às teses de ROGÉRIO SOARES e agora de-

* Advogado e Mestrando em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

¹ Como faz notar, entre outros, MARCO CALDEIRA, «A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015», in *Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo*, Coordenação de CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, AAFDL,

fendidas por VIEIRA DE ANDRADE², que certamente terá influenciado a opção em sede de comissão de revisão do Código, a qual integrou.

O título surge, assim, como uma homenagem a essa Escola e, especialmente, ao seu mais destacado administrativista da atualidade, o Professor VIEIRA DE ANDRADE, em louvação panegírica, perde-se o pleonasma, de um seu artigo de referência em matéria próxima intitulado “A nulidade administrativa, essa desconhecida”³.

Com o subtítulo, pretendemos prestigiar um dos fados coimbrões mais conhecidos “Do choupal até à Lapa”⁴, eternizado pelas vozes de Edmundo Bettencourt e Zeca Afonso.

A razão do subtítulo surgir em forma interrogatória leva-nos a introduzir a questão a que procuraremos responder e à temática que, mais que nos preocupar, nos embaraça, que é a de indagar o motivo de tanta acesa crítica ao modelo legal da anulação administrativa plasmado no CPA, designadamente por, aparentemente, se revelar menos garantístico para os particulares do que o regime cessante, quando a escola de Coimbra e, particularmente, ROGÉRIO SOARES e VIEIRA DE ANDRADE eram reputados defensores de um maior garantismo na relação ente a administração pública e os seus administrados⁵.

2015, p. 678, ao escrever: “De facto, analisando o disposto nos artigos 165.º a 174.º do CPA, revela-se notória... a prevalência da “Escola de Coimbra” sobre a “Escola de Lisboa””.

² Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 3.ª ed., 2013, pp. 215 a 221, onde, depois de criticar a assunção no CPA então em vigor da “anulação administrativa numa figura complexa de revogação (artigo 138.º e ss.)”, por se tratar “de figuras bem diferentes, como é reconhecido na generalidade da doutrina europeia”, pergunta se realmente o CPA não deveria ter ido ao ponto de as separar e autonomizar, em vez de as tratar conjuntamente numa mesma secção. Concordando com a solução, JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, «O regime da revogação e da anulação administrativa no projecto do novo Código do Procedimento Administrativo», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto de 2013, pp. 70 a 79.

³ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A nulidade administrativa, essa desconhecida”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 763-791.

⁴ Referimo-nos mais concretamente à segunda estrofe desse fado também conhecido por “Saudades de Coimbra”: *Do Choupal até à Lapa, Foi Coimbra meus amores, A sombra da minha capa, Deu no chão, abriu em flores*.

⁵ Relembramos a lição de ROGÉRIO SOARES, proferida em 31 de março de 1981, na Semana Jurídica portuguesa, em Santiago de Compostela, transcrita no *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, sob o título «O princípio da Legalidade e Administração Constitutiva», p. 57, 1981, pp. 169-191, em que, precisamente dissertando sobre o combate que diariamente se travava contra o arbítrio do administrador público, comparava esse arbítrio ao “*bloody dog*” da obra de Ricardo III de Shakespeare, exultando com o dia em que esse domínio acabasse, concluindo, assim, esse texto: “Possamos um dia

Revisitamos, a propósito, o texto de PAULO OTERO publicado em 2013⁶ no período de discussão do projeto de revisão do CPA, em tom marcadamente crítico à opção legislativa, sem prejuízo da muita admiração científica e pessoal que manifestou aos membros da comissão revisora.

Contextualizando no tempo, tal texto foi escrito na época em que Portugal esteve submetido à intervenção externa, mais conhecido pelo período da “Troika”, sendo que, para aquele distinto Professor, estando o país sujeito a um protetorado internacional, assistia-se a um retrocesso jusfundamental e a um reforço da administração agressiva, do qual o (então) projeto do CPA constituía um paradigma, afirmando que “em tempos de retrocesso fundamental (e de retorno a uma Administração agressiva) o projeto de CPA alinha nessa orientação”⁷.

O que tudo tem a ver com o presente texto e com o subtítulo, porquanto um dos exemplos dados por PAULO OTERO para o que qualificou de “lamentável dobrar de joelhos perante a doutrina dos países europeus” era o regime jurídico agora consagrado nos artigos 164.º a 174.º do CPA (projeto do CPA ao tempo do texto), enquanto mera importação da Lei do Procedimento Administrativo Alemã⁸.

exultar como Richmond, na cena final do Ricardo III: “*God and your arms be praised, victorious friends; The day is ours, the bloody dog is dead*”.

⁶ PAULO OTERO, «O significado político do projeto de “revisão”», in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.ºs 105/106, Agosto/Setembro de 2013, pp. 16-17.

⁷ PAULO OTERO, «O significado político do projeto de “revisão”», *op. cit.*, p. 16.

⁸ Mais concretamente dos §§ 48.º e 49.º da VwVfG. Na mesma linha, TIAGO MACIEIRINHA, «Notas sobre a revogação no projecto de revisão do CPA», in AA.VV., *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo – Colóquio* (coord. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, LUÍS SOUSA DA FÁBRICA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 95 a 104, e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «O projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: uma revolução legislativa anunciada e as suas consequências», in AA.VV., *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo – Colóquio* (coord. RUI CHANCERELLE DE MACHETE, LUÍS SOUSA DA FÁBRICA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 17 a 45, que sublinha o “sentido claramente estrangeirante” que entendeu aplicar ao então projeto do Código do Procedimento Administrativo, “numa viragem sobretudo para o direito alemão”, designadamente na “distinção entre revogação e anulação de actos administrativos e os respectivos regimes dos arts. 164.º-174.º (§§ 48 e 49 VwVfG)”, acrescentando que a única justificação substancial apresentada para a distinção conceptual entre revogação e anulação de atos administrativos é o facto de ela ir “na esteira da generalidade da doutrina dos países europeus” e os termos em que se estabelecem os respetivos regimes visam dar “expressão às propostas de alteração aos artigos 140.º e 141.º que, ao longo dos últimos vinte anos, têm sido formuladas na doutrina e que, no essencial, são inspiradas pela lei de procedimento alemã”, pp. 22 e 23.

Como exemplo de atos administrativos que comportam um retrocesso das garantias e dos direitos dos cidadãos, alertava o mesmo autor para a previsão do atual artigo 168.º, n.º 1, do CPA, por no seu entender “dificultar a consolidação na ordem jurídica dos atos anuláveis: o decurso de um ano após a sua prática não lhe confere qualquer garantia de intangibilidade”⁹.

Para além dos efeitos da anulação administrativa e da sua autonomização perante a figura da revogação, importa aferir da consistência em transcrever do Código do Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA), a norma que trata das consequências da anulação administrativa, visto que o artigo 172.º do CPA limita-se a reproduzir, salvo pequenos detalhes, a norma do artigo 173.º do CPTA.

O corrente texto visará, assim, a procura de uma resposta quanto a saber se nos conforta a solução do legislador no que se refere ao regime da anulação administrativa, se a mesma oferece as garantias aos cidadãos administrados que constituíam o propósito da comissão revisora, oferecidas no próprio preâmbulo do diploma, aquiescendo (ou não) a nossa consciência e a nossa inquietação, percebendo se do Mondego vieram flores ou se da capa caída apenas saíram espinhos.

2. Da revogação anulatória à anulação administrativa

2.1. A revogação anulatória

O artigo 141.º, n.º 1, do CPA de 1991 dispunha que “ Os actos administrativos que sejam inválidos só podem ser revogados com fundamento na sua invalidade e dentro do prazo do respectivo recurso contencioso ou até à resposta da entidade recorrida”, invalidade esta referida apenas ao ato anulável e não a invalidade de ato nulo, insuscetível de revogação¹⁰.

O prazo para a revogação anulatória encontrava-se por remissão para os prazos previstos para a impugnação jurisdicional, que levava a concluir que a Administração tinha o prazo de um ano para proceder à anulação de um ato, contado desde a data da sua emissão.

⁹ PAULO OTERO, «O significado político do projeto de “revisão”», *op. cit.*, p. 16.

¹⁰ ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, anotado, 2.ª ed., 1997, p. 681.

Esta fórmula rígida foi criticada por parte da doutrina, que discordava de apenas se considerarem critérios temporais, não se tomando em consideração aspectos relevantes que recomendariam diferenças de regime, apontando-se para a justiça de se considerar a distinção entre atos constitutivos ou não de direitos, atos precários, se o ato fosse favorável ou não ao interessado, a boa ou má-fé do destinatário, a atribuição dos efeitos anulatórios apenas para o futuro em determinados casos e com efeitos retroativos noutros¹¹.

Esta solução legal do artigo 141.º partia, assim, “de um postulado dominante na doutrina e jurisprudência portuguesas: o de que a queda do prazo de recurso contencioso implica a sanção do vício e, portanto, a validação do acto anulável, mesmo que o vício não seja irrelevante nem tenha sido efectivamente eliminado”¹².

2. 2. A anulação administrativa

As críticas apontadas por parte da doutrina, designadamente por VIEIRA DE ANDRADE, vieram a merecer acolhimento em sede de comissão de revisão, como já ficou dito, passando a estar consagrados no CPA dois regimes distintos para duas figuras com terminologias diferentes e, por conseguinte, com consequências e efeitos distintos entre si, com diferenças assinaláveis face ao estabelecido no CPA de 1991 e prevendo soluções diferentes para situações distintas¹³.

¹¹ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, op. cit., pp. 216-217.

¹² Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, op. cit., p. 218. Prossegue o Autor afirmando que, se esta doutrina se entende no direito privado, mostra dúvidas que possa valer no direito administrativo, parecendo-lhe mais adequado ao carácter público da ilegalidade, mesmo quando o vício gere apenas, como é regra, a anulabilidade, que o mero decurso do prazo não implique a pura e simples validação do ato, sem prejuízo, obviamente, de o ato ganhar estabilidade, quer na medida em que se torna inimpugnável perante um tribunal, quer na medida em que outros valores ou interesses substanciais imponham a sua imodificabilidade pela Administração.

¹³ A importância da distinção legal entre as duas figuras não merece, de resto, unanimidade na principal doutrina. O próprio principal responsável pelo CPA de 1991, FREITAS DO AMARAL, considerou que a alteração da denominação da figura para anulação “*tem um alcance meramente teórico ou dogmático*” não tendo, por isso, “*importância de maior*”, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, «Breves notas sobre o Projecto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo», in *Direito&Política*, n.º 4, julho/ outubro de 2013, pp. 150 e 151.

Desse modo, no atual regime do CPA – artigos 165.º e seguintes –, passou a dar-se uma designação clara à figura da revogação, por um lado e à anulação administrativa, por outro, utilizando-se a denominação “revogação” com um sentido estrito, correspondente à anterior revogação abrogatória ou extintiva, autonomizando-se a anterior revogação anulatória, a qual passou a corresponder à “anulação administrativa”.

Revogação como manifestação do reconhecimento de que não é adequada, para fins de prossecução do interesse público, a manutenção para o futuro da situação constituída pelo ato administrativo que se pretende revogar, com fundamento em critérios de mérito, conveniência ou oportunidade.

Anulação administrativa encarada como verificação da ilegalidade do ato e da sua não conformidade impostas pelo ordenamento jurídico, impondo-se a anulação do ato para reposição da juridicidade, atribuindo-se em regra efeitos retroativos a essa anulação¹⁴, destruindo desde o seu início os efeitos ilegalmente produzidos pelo ato anulado¹⁵ e apenas para os atos ilegais meramente anuláveis, ou seja, que não elencam uma das nulidades previstas no artigo 161.º do CPA¹⁶.

¹⁴ Ainda que o artigo 171.º, n.º 3, preveja que a anulação administrativa tenha eficácia apenas para o futuro, por decorrência da sua impugnabilidade jurisdicional.

¹⁵ Para maiores desenvolvimentos, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 313 e ss.

¹⁶ Em traço breve, refira-se que uma das outras principais novidades apontadas ao atual CPA é a eliminação das nulidades por natureza a que se referia o artigo 131.º, n.º 1, do CPA de 1991 e, pese embora o “designadamente” referido no artigo 161.º do CPA, se bem entendemos as palavras proferidas por FAUSTO DE QUADROS no encerramento das jornadas do NEDIP em Braga, em 2015, não permitir concluir que a enumeração das nulidades dessa norma seja taxativa – parece ser também essa a ilação a retirar da posição do mesmo autor, quando escreve “Os casos de nulidade são apenas os previstos na lei, mas estende-se o leque *exemplificativo* dos casos de nulidade”, Cf. FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do projecto do código do procedimento administrativo», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto de 2013, p. 133 – não é esse o entendimento maioritário da doutrina, cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 265, que, no entanto, aplaude a solução, ainda que reconhecendo que “a solução não foi bem recebida, no âmbito da discussão pública a que o projecto da revisão do CPA foi submetido, e cumpre reconhecer que se trata de uma opção discutível”. Admitimos que o mal seja menor atenta a válvula de escape do n.º 1 do artigo 161.º, dado o vasto número de leis avulsas que cominam expressamente a nulidade como forma de invalidade de atos.

3. Condicionalismos aplicáveis à anulação administrativa em matéria de prazos

O artigo 168.º do CPA tem marcantes diferenças relativamente ao regime previsto no CPA de 1991 para a revogação anulatória.

Sob a epígrafe “Condicionalismos aplicáveis à anulação administrativa”, as normas dos vários números do artigo 168.º determinam uma multiplicidade de soluções – designadamente ao nível de prazos –, quer na vertente do seu limite temporal, inicial ou terminal, quer no momento determinante para a oportunidade do exercício da anulação, consagrando soluções distintas para a diversidade de situações, tal como sejam o vício que inquina o ato, a existência ou não de um ato constitutivo de direitos, a circunstância de o ato ter ou não sido impugnado jurisdicionalmente, a boa ou má-fé do beneficiário do ato, na esteira, aliás, da *supra* apontada posição doutrinal de VIEIRA DE ANDRADE.

Assim, desde logo, prevê-se que os atos administrativos objeto de impugnação jurisdicional só possam ser anulados pela administração até ao encerramento da discussão, terminando com a querela doutrinal sobre se se mantinha ou não em vigor a parte final do n.º 1 do artigo 141.º do CPA de 1991, que apenas previa a anulação administrativa até à contestação¹⁷.

Para além desta regra e sem prejuízo da mesma, o artigo 168.º do CPA fixa os seguintes prazos para que a Administração possa anular um ato administrativo:

- Seis meses contados desde a data do conhecimento, pelo órgão competente, da causa de invalidade, ou, nos casos de invalidade resultante de erro do agente, desde o momento da cessação do erro –, desde que ainda não tenham decorrido cinco anos desde a respetiva prática – cf. artigo 168.º, n.º 1, do CPA.
- Um ano para os atos constitutivos de direitos, a contar da data da sua emissão – cf. artigo 168.º, n.º 2, do CPA.

¹⁷ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, op. cit., p. 334, mas reconhecendo ao impugnante “a possibilidade de fazer prosseguir o processo impugnatório, com vista (i) ao reconhecimento judicial da ilegalidade do acto removido e, desse modo, dos deveres de não reincidência nos vícios que à Administração se imponham no reexercício do poder, assim como, se for caso disso, daqueles que se lhe imponham para reintegrar a legalidade ofendida e (ii) quando a remoção do acto seja acompanhada (...) da sua substituição por outro, à impugnação do novo acto, com a mais ampla possibilidade de invocação de novos vícios”, op. cit., pp. 334 e 335.

• Cinco anos a contar da data da sua prática – salvo se a lei ou o Direito da União Europeia estabelecerem prazo diferente – quando:

- O beneficiário tenha utilizado artifício fraudulento com vista à prática do ato – cf. alínea *a*) do artigo 168.º, n.º 4, do CPA;

- O direito atribuído pelo ato respeite à obtenção de prestações periódicas, no âmbito de uma relação continuada – cf. alínea *b*) do artigo 168.º, n.º 4, do CPA;

- Ocorram atos constitutivos de direitos de conteúdo pecuniário cuja legalidade, nos termos da legislação aplicável, possa ser objeto de fiscalização administrativa para além do prazo de um ano, com imposição do dever de restituição das quantias indevidamente auferidas – cf. alínea *b*) do artigo 168.º, n.º 4, do CPA.

Ressalta à vista, desde logo e *prima facie*, a inovação introduzida pelo artigo 168.º do CPA, ao fixar um prazo de cinco anos a contar da data da emissão do ato para a anulação administrativa, não só para os atos que não sejam constitutivos de direitos – cf. artigo 168.º, n.º 1, do CPA como até dos próprios atos constitutivos de direitos, nos casos a que alude o artigo 168.º, n.º 4, do CPA.

Opção legislativa essa que, ao alargar até cinco anos o limite temporal para que Administração possa anular um ato administrativamente, permite essa anulação bem para além dos prazos dentro dos quais é admitida legalmente a sua impugnação contenciosa.

Ainda que essa anulação após o decurso do prazo para a impugnação contenciosa apenas seja permitida por iniciativa da Administração e não a pedido do particular interessado, ou seja, o destinatário do ato não pode após o prazo em causa tomar a iniciativa de pedir à Administração que anule o ato para depois, face a um hipotético indeferimento, ter um novo prazo para o impugnar, contornando, de certo modo, a inépcia de não ter impugnado o ato inicial em tempo oportuno, conforme dispõe o artigo 168.º, n.º 5, do CPA.

Em abono da solução legislativa, concordando com a possibilidade de permitir-se à Administração a anulação do ato no prazo de cinco anos contados da sua prática, tem-se dito que o decurso de um ano dentro do qual o Ministério Público pode recorrer à impugnação contenciosa, “só deve conduzir à sanação tácita do ato quando significar uma inércia consciente da Administração após conhecer a ilegalidade cometida”, pelo que, “se a ilegalidade do ato não é conhecida da própria autoridade, porque, por exemplo, a matéria de facto pressuposta pelo acto não é

verdadeira, não se pode inferir do simples decurso do prazo qualquer significado jurídico”¹⁸.

Ainda que não nos pareça irrazoável a solução do artigo 168.º, n.º 1¹⁹ – desde que entendida como não aplicável aos atos constitutivos de direitos cujos destinatários estejam de boa-fé –, pois aí os particulares atingidos não seriam merecedores da proteção da confiança, já nos parece que é, pelo menos, excessivo o prazo de cinco anos previsto nas alíneas b) e c)²⁰ do artigo 168.º, n.º 4, do CPA, por incompatível com a tutela do princípio de confiança²¹.

A hipótese a que alude a alínea c) do artigo 168.º, n.º 4, resulta da solução encontrada pelo legislador, a propósito da atribuição de subvenções pelas autoridades nacionais, ao abrigo de normas de Direito da União Europeia.

Depois de uma primeira posição em que os tribunais portugueses entenderam ser de aplicar o prazo de um ano estabelecido para a anulação administrativa dos atos constitutivos de direitos, os tribunais administrativos vieram a procurar o alargamento desse prazo em institutos paralelos do ordenamento nacional, em

¹⁸ Cf. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “O regime da revogação e da anulação administrativa no projecto do novo Código do Procedimento Administrativo”, *op. cit.*, p. 76, com a concordância de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, p. 337.

¹⁹ Esclarecendo que acolhemos com total nota de concordância, embora noutro contexto e para outra finalidade, a posição de ISABEL CELESTE M. FONSECA, «O procedimento administrativo no (novo) CPA: dúvidas sobre a sua subalternização perante o acto e o processo», in *Questões Atuais Direito Local*, n.º 05, Janeiro/Março 2015, pp. 36 e 37, onde refere a propósito das garantias procedimentais fundamentais dos interessados, o golpe de morte dessas garantias, “mormente das que são oferecidas constitucionalmente aos destinatários de actos desfavoráveis”, especificando que o problema não está exatamente nas garantias procedimentais dos interessados acolhidas no CPA, mas sim a jusante, quando permite que a própria Administração anule atos com vícios de forma, “não lhe reconhecendo nenhum efeito anulatório”, podendo isto acontecer durante um período de 5 anos nos termos do artigo 168.º, n.º 1, do CPA, com “menosprezo pelos direitos fundamentais dos interessados (...)”.

²⁰ Aqui sintonizados com PAULO OTERO, «O significado político do projeto de “revisão”», *op. cit.*, p. 16, quando dá como exemplo de retrocesso de direitos que os atos ilegais constitutivos de direitos de conteúdo pecuniário possam ser revogados no prazo de cinco anos, quando, face ao CPA de 1991, estavam sujeitos ao prazo de um ano.

²¹ Cf. TIAGO MACIEIRINHA, «Notas sobre a revogação no projecto de revisão do CPA», *op. cit.*, p. 102, ainda que face ao anteprojecto, ao afirmar que “Nos termos do artigo 167.º, n.º 4, do Projecto, estes actos podem ser anulados dentro do prazo de cinco anos, com obrigação de reposição das quantias indevidamente auferidas. Esta solução parece ser manifestamente excessiva, uma vez que se aplica igualmente aos beneficiários de boa-fé”. Acrescentando que não se justifica “o estabelecimento de um desvio de quatro anos em relação ao prazo geral de anulação dos actos constitutivos de direitos. Semelhante desvio gerará um clima de incerteza insuportável sobre a situação jurídica dos beneficiários, sujeitos durante um período de cinco anos à descoberta de uma ilegalidade”.

nome do respeito pelo Direito da União Europeia²² e na necessidade de viabilizar, na prática, a aplicação do princípio da restituição de quantias indevidamente recebidas²³.

Nessa apreciação, os tribunais administrativos dividiram-se e encontraram diferentes posições, defendendo o prazo de 10 anos da escrituração comercial, o prazo de 20 anos da prescrição ordinária, o prazo de cinco anos previsto no n.º 1 do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de julho e o prazo de quatro anos previsto no artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE Euratom) n.º 2988/95, do Conselho, de 18 de dezembro.

Aparentemente, a alínea *c*) do artigo 168.º destinava-se a dar resposta a essa questão, solucionando a querela jurisprudencial e submetendo definitivamente o prazo de cinco anos à anulação administrativa dos atos em causa²⁴.

A ser esta a justificação, ou seja, se a solução encontrada na alínea *c*) do n.º 4 era uma resposta às preocupações de proteção de interesses financeiros das instituições europeias, não compreendemos que se tenha aí estabelecido um prazo de cinco anos, para logo se dizer salvo se for outro o prazo estabelecido pelo Direito da União Europeia.

Por outro lado, parece-nos que haveria toda a conveniência em harmonizar os prazos para a restituição de quantias indevidamente auferidas, quer à União Europeia, quer às instituições nacionais.

Terá sido essa a *ratio* do legislador para a fixação desse prazo de cinco anos, dando satisfação à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia firmada nos casos *Deufil*, *Milchkontor e Alcan*, sobre a revogação das “ajudas do Estado” contrárias ao direito da União, dando assim “conforto ao (...) STA, que na sua mais recente jurisprudência tem andado à procura de um prazo que seja mais dilatado que o prazo de um ano”²⁵.

²² Seguindo a posição de FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2004, pp. 531 e ss.

²³ Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de outubro de 2005, proc. n.º 2037/02 (Pleno); de 22 de outubro de 2008, proc. n.º 601/08; de 2 de dezembro de 2010, proc. n.º 512/09, com posições diferentes.

²⁴ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, p. 340.

²⁵ Cf. FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do projecto do código do procedimento administrativo», *op. cit.*, p. 135.

Ora, entretanto, já após a publicação do CPA, foi proferido em 26 de fevereiro de 2015, o Acórdão do Pleno da Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo²⁶, que fixou jurisprudência no sentido que o prazo a aplicar era o de quatro anos previsto no artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE Euratom) n.º 2988/95, do Conselho, de 18 de dezembro, na ausência de legislação nacional consagrando prazo de prescrição mais longo²⁷.

De modo que, face a essa jurisprudência, se a restituição for à União Europeia, o prazo é de quatro anos, se for a instituição nacional, já o prazo é de cinco anos, o que entendemos não se justificar, primeiro porque a norma visava precisamente responder à questão europeia, depois porque essa disparidade de regime em matéria de prazo poderá levantar sérias questões quanto ao direito aplicável, porque nem sempre é claro qual o direito substantivo aplicável ao caso, se o europeu se o nacional, que frequentemente se entrecruzam²⁸.

Outra questão importante que se coloca prende-se com a circunstância do Código – artigo 168.º, n.º 1, do CPA – não fazer agora depender o início da contagem do prazo para a Administração anular o ato da data da sua prática, mas sim da data do conhecimento da causa da sua invalidade por parte do órgão competente ou, nos casos de invalidade resultante de erro do agente, da data da cessação desse erro²⁹.

²⁶ Acórdão n.º 1/2015, publicado no *Diário da República* de 7 de maio de 2015, I série.

²⁷ Quando a intenção da norma, segundo o presidente da comissão revisora, era que os atos constitutivos de direitos de conteúdo pecuniários contrários ao direito da União Europeia passassem a ser objeto de anulação administrativa no prazo de cinco anos – cf. FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do projecto do código do procedimento administrativo», *op. cit.*, p. 134 –, pelo que, aparentemente, o STA não se sentiu amparado com a opção legislativa.

²⁸ A influência do Direito da União Europeia e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia é notória no CPA e, em concreto, no regime de anulação dos atos administrativos é patente na solução constante do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e na forma como aí se procura a compatibilização com a jurisprudência *Kühne & Heitz* (C-453/00), suscitando, inclusive, problemas de constitucionalidade da norma, assunto que só por si mereceria tratamento autónomo. A questão está tratada, por exemplo, em recente texto de RUI TAVARES LANCEIRO, «O dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a jurisprudência *Kühne & Heitz*», disponível in http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/o_dever_de_anulacao_do_artigo_168.o_n.o_7_do_novo_cpa_e_a_jurisprudencia_kuhne_heitz_ii.pdf.

²⁹ Ao contrário, o prazo-regra que se considerava aplicável para efeitos de revogabilidade dos atos inválidos pela Administração no artigo 141.º do CPA de 1991 era de um ano, por referência ao maior prazo de impugnação de atos anuláveis, em conformidade com o artigo 58.º, n.º 2, alínea a), do CPTA, ainda que funcionando o prazo de resposta da autoridade recorrida como prazo delimitador desse prazo de revogação, no caso de impugnação pelo destinatário do ato – cf. ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, Anotado, op. cit.*, p. 683.

Esta opção tem vindo a ser defendida pela doutrina³⁰, com o argumento que, mesmo usando do grau de zelo e diligência adequado, é justificável que a Administração não detete num curto lapso temporal os vícios que inquinam o ato em causa, sendo desrazoável fixar a data da prática do ato como a do início da contagem do prazo, arguindo-se até em favor da solução que à Administração “*não é suposto conhecer o Direito Administrativo, como o conhecem os tribunais e os administrativistas*”³¹.

Com todo o respeito, discordamos desta posição, por três ordens de razões.

A primeira é que não compreendemos esta imputação de menorização à Administração, quando no artigo 172.º do CPA, que se reporta às consequências da anulação administrativa, se impõe à Administração o dever de reconstituição da situação em resultado de uma decisão administrativa, nos precisos termos em que tal é determinado pelo Juiz dos Tribunais Administrativos³² numa sentença judicial, presumindo assim que, afinal, a Administração tem um conhecimento do direito administrativo idêntico ao dos tribunais, pelo menos, na elaboração de uma decisão anulatória, para a poder executar em conformidade com o direito.

Segundo, porque nos parece que é mais indesculpável a falta de conhecimento do direito por parte da administração do que por parte do particular atingido pelo ato administrativo, sendo certo que a contagem do prazo para este impugnar o ato, em regra, é de três meses após o conhecimento do mesmo pelo destinatário e não se inicia *somente* a partir do momento em que o mesmo toma conhecimento da existência dos vícios que inquinam o ato.

Exigindo-se, assim, que o notificado do ato tenha mais conhecimentos jurídicos que a própria Administração, quando esta detém uma estrutura de amplo apoio em matéria de aconselhamento jurídico interno ou através de consultadoria externa.

Por último, impressiona-nos negativamente que a solução legal prescindia de qualquer exigência quanto à culpa da Administração no desconhecimento do vício determinante da invalidade do ato³³.

³⁰ Designadamente por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, op. cit., p. 337, e JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “O regime da revogação e da anulação administrativa no projecto do novo Código do Procedimento Administrativo”, op. cit., p. 76.

³¹ Cf. ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, Anotado, op. cit., p. 682.

³² Visto que tal norma reproduz, com alterações mínimas, o artigo 173.º do CPTA.

³³ No sentido que a solução adotada fará inteiro sentido nos casos em que a Administração desconhecia sem culpa o vício determinante da ilegalidade, mas já não quando aquela tinha o dever de o

Outra norma que, neste âmbito, suscita alguma preocupação é a do n.º 6 do artigo 168.º, que versa sobre a obrigação da Administração de indemnizar no caso de anulação de um ato constitutivo de direitos, quando circunscreve o montante da indemnização apenas aos danos anormais que os beneficiários tenham sofrido em consequência da anulação.

O conceito indeterminado de danos *anormais* parece-nos demasiado vago e aberto, pelo que a sua aplicação prática suscitará, seguramente, bastantes e diferenciadas interpretações, carecendo de uma densificação pela doutrina e pela jurisprudência que levará tempo, possivelmente demasiado tempo, a consolidar.

4. Consequências da anulação administrativa

Às consequências da anulação do ato administrativo se dedica o artigo 172.º do CPA³⁴, com uma redação que praticamente se limita a repetir o artigo 173.º do CPTA, o que leva a concluir que o legislador terá entendido que as consequências para a Administração da anulação administrativa são, na sua essência, similares, quer a anulação advenha de um ato da própria Administração quer de decisão jurisdicional proferida por um tribunal administrativo e transitada em julgado.

Esta solução levanta-nos algumas reservas, embora se perceba que tem origem no entendimento que o disposto no artigo 173.º do CPTA constitui um processo específico instituído no contencioso administrativo para as pretensões complementares em relação à pretensão anulatória de atos administrativos que, embora o pudessem ter sido, não tenham sido cumuladas no processo impugnatório – cf.

conhecer, MARCO CALDEIRA, «A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015», *op. cit.*, p. 663.

³⁴ Em termos sucintos, dispõe o artigo 172.º, n.º 1 do CPA que a anulação administrativa constitui a Administração nos deveres de reconstituir a situação que existiria caso o ato anulado não tivesse sido praticado, por referência à situação jurídica e de facto existente no momento em que deveria ter atuado, concretizando o seu n.º 2 que o cumprimento daqueles deveres pode fazer recair sobre a Administração as obrigações de praticar atos com eficácia retroativa, desde que não envolvam a imposição de deveres, encargos, ónus ou sujeições, a aplicação de sanções ou a restrição de direitos ou interesses legalmente protegidos; anular, reformar ou substituir os atos consequentes sem dependência de prazo; alterar as situações de facto entretanto constituídas, cuja manutenção seja incompatível com a necessidade de reconstituir a situação que existiria se o ato anulado não tivesse sido praticado (com a limitação do n.º 4, no caso de um trabalhador que tenha obtido a anulação de um ato administrativo mas a cuja reintegração ou recolocação se oponha a existência de terceiros com um interesse legítimo na manutenção de situações incompatíveis, constituídas por ato administrativo praticado há mais de um ano).

artigo 47.º do CPTA – e se dirijam ao cumprimento do dever que à Administração se impõe de extrair as devidas consequências da anulação.

Ou seja, nos casos em que, não tendo havido o exercício por parte do particular da cumulação do pedido de impugnação do ato administrativo com o pedido referente à prática dos atos jurídicos e materiais indispensáveis à recomposição da situação anterior ao ato impugnado, a lei vem permitir no artigo 173.º do CPTA que o particular possa exigir que a Administração retire da impugnação as devidas consequências³⁵.

Ainda que assim entendida a norma do artigo 173.º do CPTA, cremos que são diferentes as consequências que se devem retirar de uma sentença de um tribunal administrativo que anule um ato administrativo, de uma decisão administrativa que anule um ato, mesmo quando aquela não se pronuncie na parte dispositiva sobre algum dos pedidos que poderiam ter sido formulados ao abrigo do disposto no artigo 47.º, n.º 2, do CPTA, designadamente por não terem sido peticionados pelo interessado.

E dizemos isto porquanto na fundamentação da sentença é frequentemente possível à Administração retirar as devidas consequências quanto ao modo como a decisão judicial que anulou o ato deve ser executada, o que pode não suceder com a decisão administrativa de anulação do ato administrativo, já que, aí sim, a técnica e a perfeição exigível a um juiz administrativo na elaboração de uma sentença ou acórdão é superior à exigível a um decisor administrativo, o que não tem necessariamente a ver com o conhecimento do direito administrativo.

Acresce ainda que o n.º 2 do artigo 95.º do CPTA impõe que, nos processos impugnatórios de atos, o tribunal, para além das causas de invalidade alegadas pelas partes, deva pronunciar-se ainda sobre causas de invalidade diversas das por estas alegadas que tenha identificado, o que reforça o nosso pensamento que não são similares as consequências a retirar ao nível de execução de uma decisão judicial relativamente às de uma decisão administrativa³⁶.

³⁵ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 982.

³⁶ Num plano mais prático, ou seja, só é entendível que a norma do CPA possa ser a replicação do artigo 173.º do CPTA, com o sentido que a inserção deste no regime do processo de execução das sentenças de anulação de atos administrativos é meramente sistemática, cf. o pensamento de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, *op. cit.*, pp. 983 e 984, quando dizem que é a partir do artigo 176.º que o Código de Processo regula a execução desses atos, no caso de a Administração não observar os artigos 173.º a 175.º,

5. Notas finais

À guisa de conclusão, cumpre responder às perguntas iniciais que colocámos.

O CPA vigente, em matéria de invalidade de atos, mormente na figura da anulação administrativa, tal como seguramente noutros capítulos, consagra soluções positivas assim como outras que merecem reservas.

Aplaudimos a distinção nominativa legal entre revogação e anulação, porquanto, independentemente de cuidar de saber se essa diferenciação estava consolidada na doutrina, contribui positivamente a clarificação de figuras que têm um significado e aplicação a situações diversas, justificativas de um regime próprio e inculcando de modo mais expressivo a manifestação de vontade de que estamos perante institutos distintos.

Entendemos que não é sinal de inferioridade importar conceitos e normas de países estrangeiros, seja da França ou da Alemanha, desde que as soluções encontradas sejam adequadas ao país.

Preocupa-nos o alargamento do prazo até cinco anos para a anulação de atos administrativos, ainda que constitutivos de direitos, que haja prazos que se iniciem não a partir da data da sua emissão, mas do conhecimento da invalidade por parte da Administração, com consequências extraídas tal e qual como se de uma decisão judicial se tratasse.

Gostaríamos que o Código consagrasse um dever da administração de anulação de um ato, visto que tal obrigação não está estatuída no Código.

Ficamos com dúvidas se o CPA oferece efetivamente aos cidadãos um maior leque de garantias face ao Código anterior.

Se do Mondego vieram flores ou se da capa caída apenas saíram espinhos? Talvez nem uma coisa nem outra. Diria que vieram rosas, com alguns espinhos.

mas tratando-se aí de apreciar “pela primeira vez, pretensões que embora já pudessem ter sido apreciadas no processo de impugnação, não o foram, este processo vai ser eminentemente declarativo, dirigido a condenar a Administração a extrair as consequências da anulação”. VIEIRA DE ANDRADE considera apenas que neste processo avultam momentos declarativos – cf. VIEIRA DE ANDRADE, *Justiça Administrativa, Lições*, Almedina, 2011, 11.^a ed., p 374. Ainda assim, anotamos que não deixamos de estar perante normas – as dos artigos 176.º e ss. do CPTA – que dispõem sobre o processo de execução de uma sentença judicial, pelo que não vemos que possa ser esse o regime aplicável quando a Administração não retira as devidas consequências do ato que ela própria anulou. É mais uma questão que sobra da circunstância de se transcrever uma norma de um código para outro, sem que o regime em que se situa possa ser aplicável ou transposto *in totum*.

Essencial será, escolhendo as sábias palavras de ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, pronunciando-se então sobre o projeto do CPA, mas destinado à sua vigência, “o acompanhamento continuado da sua aplicação. Os custos, aliás, relativamente pequenos que isso implicará são muito inferiores aos benefícios que se obterão não só em termos de boa aplicação do Código e bom funcionamento da Administração, como de futuras revisões. Em bom rigor não é um custo, é um investimento que deve ser feito”³⁷.

³⁷ Cf. ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, «Palavras de abertura», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto de 2013, p. 5.

Administração eletrónica:

O *ex libris* (?) do novo Código do Procedimento Administrativo

Catarina Patrícia da Cunha Pinto*

Sumário: I. A grande novidade (?) do Código do Procedimento Administrativo: princípios. II. e.Procedimento. a.1. Consentimento subentendido na relação entre particular e administração. a.2. Comunicações eletrónicas.

Notas prévias

A reforma no Direito Público tem-se estendido aos seus mais diversos ramos, desde a contratação pública até à reforma administrativa da justiça, tudo tem passado pelo crivo da mudança e as barreiras físicas cada vez mais são esbatidas pelos novos procedimentos. Com um código que datava de 1991, a principal inovação pode dizer-se que ocorreu na introdução de uma administração eletrónica, através da consolidação de novos princípios, se bem que o artigo 14.º não tem bem a natureza de princípio nem, como veremos, a novidade é assim tão nova, passando o pleonasma.

Claro está que não foi necessária a sua implantação no código, a sua codificação, para passarmos a dispor desta ferramenta, mas a verdade é que agora surge como uma nova forma de atuação da administração, uma atuação eletrónica em situações “normais” e não somente para solucionar casos de urgência. É importante ter em conta que os “novos” princípios atinentes a esta matéria, desde logo o princípio da boa administração e o princípio da proteção de dados, não são de todo princípios inovadores, mais não são do que princípios constitucionalmente já consagrados, mas, face a esta nova forma de procedimento, o legislador entendeu vital transpô-los para o regime administrativo, de forma a dar uma visão mais protetora das garantias dos particulares face a uma possível invasão do sistema público nos seus dados pessoais.

* Mestranda em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

Na senda das novidades, é opinião praticamente unânime que este não é tão pedagógico como o de 1991. E não parece ter sido criado com base no critério do Homem médio e nem percebendo que a nossa administração não é toda elencada por juristas. Problemas esses à parte, tenta-se perceber até que ponto modifica este procedimento eletrónico a ideia que tínhamos de um procedimento administrativo, talvez nunca tenhamos pensado que com um simples envio de um *e-mail* estaríamos a dar consentimento para o início de uma relação com a administração pública.

Ao longo deste texto, veremos todas estas mudanças na forma de atuação da administração, a sua legitimidade e até que ponto certos procedimentos não serão de uma afronta constitucional. Vejamos o exemplo da falta de consentimento de uma pessoa coletiva na comunicação com a administração por meios eletrónicos, tentaremos perceber ainda o que é um “contacto regular” entre a administração e o particular, qual a lógica patente para as comunicações eletrónicas, os principais princípios introduzidos, tudo numa vertente das garantias dos administrados e dos seus direitos fundamentais.

I. A grande novidade (?) do Código do Procedimento Administrativo

a. Os seus principais princípios

O Novo Código do Procedimento Administrativo (NCPA), nome que vai perdurar, traz consigo uma verdadeira mudança de paradigma e de rutura etimológica com o código de 1991. Chamar-lhe de novo, nas palavras do Professor Doutor COLAÇO ANTUNES, é realmente propositado, basta pensarmos na figura dos acordos endoprocedimentais, na conferência procedimental, há aplicação ou não das regras dos órgãos colegiais nesta matéria? Existem de facto muitas novidades e, como tudo o que é novo e inesperado, traz consigo igualmente algumas dúvidas e incertezas quanto à sua concretização.

Para outros autores, tais como CARLOS JOSÉ BATALHÃO, o código não merece um qualificativo de novo, sendo na sua opinião, o adjetivo “renovado” mais propositado¹. Os princípios relativos aos meios eletrónicos passaram a fazer parte do elenco base dos principais princípios da Administração Pública, apesar de a redação do artigo 14.º do (novo) CPA não ter sido a mais feliz. Focando a temática dos princípios, o (novo) código esquece-se incidental ou propositadamente de mencionar princípios basilares da Administração Pública. O princípio da transparência não está previsto como princípio geral e o princípio da eficiência não se encontra previsto autonomamente. As principais mudanças em sede de princípios ocorrem no artigo 5.º, princípio da boa administração, no artigo 14.º, que por sua vez tem uma correlação direta com este artigo, nos artigos 17.º, 18.º e no muito criticado artigo 19.º².

Os artigos 5.º e 14.º, princípio da boa administração e princípios aplicáveis à administração eletrónica, surgem numa ligação quase umbilical, estando subentendido que para existir uma “boa administração” é indispensável o recurso aos meios eletrónicos. A utilização de meios eletrónicos é concebida pelo legislador como um dever para a administração pública. Para este, a utilização dos mesmos é o único meio de assegurar a boa administração. Mas desta idílica “boa administração” podem surgir graves problemas no que toca à eficiência e celeridade que parece ser a ordem do dia do novo Direito Administrativo, sim, porque o código só veio acompanhar as tendências e exigências que são feitas no âmbito de um Direito Público cada vez mais descaracterizado, desburocratizado, de índole europeia e global.

Centrando-nos no artigo 14.º, para uma administração eletrónica garantística tem de existir necessariamente a proteção de dados pessoais (artigo 18.º). Este artigo compila um punhado de outros princípios. Vejamos o disposto no n.º 3 deste artigo que faz uma remissão para o âmbito de aplicação intermédio do código. O legislador não entendeu este artigo 14.º como um princípio autónomo. O n.º 2 remete para o princípio da proteção de dados já estipulado autonomamente no artigo 18.º. O vocábulo “designadamente” remete-nos para um elenco meramente exemplificativo dos objetivos que se visam cumprir. O n.º 5 deste artigo pode ser realmente uma

¹ CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*, Porto Editora, 2005, p. 9.

² Este artigo 19.º do novo CPA parece obedecer somente aos ventos de mudança europeus, a uma modernidade artificial, a um “ficar bem” no elenco de (novos) princípios; então só é necessária uma cooperação leal com a União Europeia?

afronta a alguns direitos fundamentais, considerada a nova iliteracia, pois nem se relaciona através de meios eletrónicos. O n.º 6 só vem complementar este “caso bicudo” do n.º 5, então ninguém é prejudicado por não comunicar através dos meios eletrónicos, mas quem comunica é beneficiado. Esta discriminação positiva não deixa de causar um fator de diferenciação entre quem utiliza os meios eletrónicos e quem não os utiliza. Basta dar o exemplo da entrega do IRS sob a forma digital, lá está, a e.procedimentalização da administração não é um fenómeno novo, houve tão-só a necessidade de “consagrá-lo” específica e detalhadamente face às mudanças vertiginosas a que temos assistido nos últimos tempos. Se a alguns direitos fundamentais.

Esta necessidade da busca por uma eficiência quase supersónica pode deixar a administração tal como a conhecemos, descaracterizada. Transpondo a célebre frase de D. ANTÓNIO ALVES MARTINS para o Direito e, neste caso, para a administração: “A burocracia é como o sal na comida, nem muito, nem pouco, só o preciso”. E com isto se reforça a ideia de que um pouco de burocracia é necessária à administração e prende-se com o seu bom funcionamento. Ainda na senda dos meios eletrónicos como um fator de discriminação, surge a questão da proteção de dados: como vão as entidades públicas gerir os dados pessoais? Por exemplo, pela declaração de IRS, o sistema público pode ficar a conhecer dados da vida íntima de uma certa pessoa, através do conhecimento da toma de um medicamento o Estado torna-se conhecedor de dados íntimos do contribuinte que podem contender com o acesso à função pública. Como vão gerir o acesso a estes dados sensíveis e a sua destruição? A questão do bloqueio, tratamento e destruição de dados são ainda operações de proteção de dados pessoais. Em jeito de conclusão, quanto aos novos princípios que mais se interligam com a e.procedimentalização, verdadeiramente não são assim tão novos e arrojados, o artigo 14.º não os considera como princípios autónomos, não é em si este artigo um verdadeiro princípio e daí a sua má formulação. Este artigo reúne um conjunto de situações que têm de se verificar num procedimento eletrónico. Deixando as palavras de MIGUEL PRATA ROQUE: “Sempre que o recurso a meios eletrónicos dificulte, demore ou sobrecarregue a atividade da administração pública e o pleno exercício das garantias dos particulares, impõe-se

uma opção óbvia: antes arcaico, mas eficiente”³. Feita esta breve introdução quanto aos princípios e às situações que mais se interligam com a Administração “automatizada”, veremos qual a verdadeira influência destes meios no procedimento, nomeadamente através da possibilidade de início de uma “relação” com a Administração pública por vias eletrónicas, a perfeição das suas comunicações e notificações.

II. e. Procedimento

a.1. *Consentimento subentendido na relação entre particular e administração*

É irrisório pensar-se que esta procedimentalização eletrónica ao nível da administração pública se faça somente num plano técnico, vazio de conteúdo. Pensar-se assim levaria de facto a uma administração autómata, nas palavras de MIGUEL PRATA ROQUE, “Bem pelo contrário, essa automatização eletrónica implica uma profunda reestruturação substantiva (...) mas também uma adaptação dos procedimentos administrativos a essa nova realidade”⁴.

Talvez devesse existir uma obrigatoriedade da administração pública, aquando de fases de mudanças legislativas, de obter uma qualquer formação, mas certas administrações já funcionam tão mal, de forma tão arcaica, mas um arcaísmo substantivo, um “não saber fazer” geral. Isto a propósito do estabelecimento de comunicação com a administração pública e o início de um procedimento através dos meios eletrónicos. Em causa está o programa PEPAL, programa de estágios profissionais na administração local, eu na situação de particular e o município de Paços de Ferreira. Fui excluída do procedimento concursal sem qualquer direito meu à notificação ou dever/ónus da Administração em notificar, tão-pouco houve fundamentação nem fui informada das garantias impugnatórias que possuía nem da audiência dos interessados. Fazendo parte desta Administração automatizada, o direito à audiência prévia passou a ser um método comprimido nos casos do artigo

³ MIGUEL PRATA ROQUE, «O procedimento Administrativo Eletrónico», in *Comentário ao Código do Procedimento Administrativo*, CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES, TIAGO SERRÃO, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 284.

⁴ MIGUEL PRATA ROQUE, «O procedimento Administrativo Eletrónico», *op. cit.*, pp. 274 e 275.

100.º do NCPA, no caso de atuações automatizadas instantâneas. O que se entende por isto? *Placards* eletrónicos, mecanismos de acesso a serviços públicos, mecanismos eletrónicos de doentes, etc. Mas, concentrando-me neste caso em concreto, a questão em causa é a seguinte, constituiu-se um “processo”, como eles o quiseram designar, pelo simples envio de uma mensagem através do correio eletrónico? Para eles, começou ali um procedimento, ao qual designaram de “Reclamação”. Veremos agora como o fizeram e com que fundamento.

Uma das principais inovações introduzidas pelo novo diploma codificador traduz-se na aceitação da apresentação de requerimentos iniciais pelos particulares, aliás, o artigo 61.º do novo CPA estipula este critério como algo preferencial. A razão para este critério preferencial prende-se mais uma vez com a celeridade e com a eficiência da administração, uma vez que no mundo virtual deixam de fazer sentido os dias úteis e não úteis ou horários de abertura e encerramento. A entrega de requerimento por meio eletrónico implica a geração automática de um recibo eletrónico, que comprova o número do registo, a data e a hora da apresentação (artigos 105.º, n.º 4, e 106.º, n.º 2, do NCPA). De facto, tudo isto aconteceu depois de me terem perguntado o nome completo, morada e número de telemóvel. A questão é a seguinte, enviar um *e-mail* de indignação à administração faz logo constituir uma relação com a mesma, gerando um processo automático e designando uma possível audiência dos interessados como reclamação?

Vejam os que diz o artigo 63.º, n.º 1, do NCPA quanto à presunção de consentimento relativamente aos particulares: “Salvo disposição legal em contrário, as comunicações da Administração com os interessados *ao longo do procedimento* só podem processar-se através de telefax, telefone ou correio eletrónico mediante seu *prévio consentimento*, prestado por escrito, devendo o interessado, na sua primeira intervenção no procedimento ou posteriormente, indicar, para o efeito, o seu número de telefax, telefone (...)”. O n.º 2 é ainda mais problemático, pois o consentimento é presumido apenas através de um contacto regular com a administração pública, mas urge perguntar e esclarecer o que é um “contacto regular”? Um *e-mail*? Dois? Três? Enviar uma mensagem através do correio eletrónico para o serviço pode ser qualificado como “contacto regular”? No caso presente foi um! Em pior situação que os particulares, pessoas singulares, encontram-se as pessoas coletivas (artigo 63.º, n.º 3).

Aqui, nem há necessidade de consentimento por parte do particular, pessoa coletiva, basta, por exemplo, uma folha timbrada com um qualquer *e-mail*, que pode ser o geral ou até já nem estar ativo, para se iniciar um procedimento com a administração. É necessário neste ponto da matéria estabelecer uma remissão entre o artigo 14.º, n.º 4, do NCPA e o artigo 63.º, n.º 3 e n.º 1.

Não era necessário uma reforma legislativa, um novo código para passarmos a comunicar com a administração através destes meios, já antes se fazia, era corrente a situação de ligar para um qualquer serviço ou de enviar um *e-mail*. A questão não é essa, o que se quer reforçar é a ideia de licitude e coerência do início de um procedimento através de um contacto eletrónico. Mas, acima de tudo, mostrar a legitimidade do início do procedimento. Existem casos de uma incoerência que arrastam consigo um mar de dúvidas, conceitos indeterminados que deixam o aplicador de mãos atadas.

a.2. Comunicações eletrónicas

Entendida já a orientação do legislador em pautar por uma administração mais livre, eficiente e célere através dos meios eletrónicos, principalmente a possibilidade de se iniciar uma relação com a administração sem qualquer consentimento, no caso das pessoas coletivas, ou com um consentimento presumido, no que concerne às pessoas singulares, através de um “contacto regular”, e vimos já o quão indeterminado poderia ser este conceito, falaremos agora das comunicações eletrónicas entre a administração e os particulares.

A partir do momento em que o código entrou em vigor, a lei procedimental administrativa não só passa a dispor de um preceito legal exclusivamente dedicado a regular, durante a fase de instrução, as formas de comunicação entre a administração pública e os particulares, tal como já analisamos no artigo 63.º, como se estende o procedimento eletrónico a todas as fases. Independentemente de se tratar de notificações de atos ou não, a comunicação eletrónica fica instituída como um verdadeiro meio procedimental de uso comum paralelamente a outras formas de comunicação. Sim, porque a notificação é só uma forma de comunicação pessoal da administração, desde logo o exemplo do artigo 28.º, n.º 5, do NCPA quanto às convocatórias para o funcionamento de órgãos colegiais para reuniões extraordinárias, passa a poder ser expedida “para os endereços eletrónicos de todos os membros do

órgão, quando aqueles se encontrem registados nos termos estatutários ou regimentais”. O mesmo se passa quanto ao regime de notificação de atos administrativos, admitindo-se, de igual forma, o envio de uma mensagem por correio eletrónico ou uma notificação eletrónica automática gerada por um sistema próprio – artigo 112.º, n.º 1, alínea *c*), do NCPA. Daqui se compreende que a comunicação eletrónica deixa de funcionar como uma forma excecional de notificação, para fazer parte do elenco “natural” para o efeito. Ao contrário do que se passava, o requisito da “urgência” para recorrer aos meios eletrónicos caiu em desuso para o seu recurso poder ser feito em qualquer altura.

No âmbito das comunicações, existe ainda a importante distinção entre comunicações eletrónicas condicionadas e comunicações eletrónicas livres. Nas primeiras, tal como já analisamos, é necessário o consentimento do particular, mesmo que este seja um consentimento presumido, artigo 63.º, n.ºs 1 e 3; as segundas dizem respeito àquelas comunicações que são feitas no âmbito de plataformas eletrónicas, nas quais há um registo dos interessados, mediante nome de utilizador e chave de acesso – artigo 112.º, n.º 2, alínea *a*). As comunicações eletrónicas livres resultam ainda de uma conduta prévia dos interessados da qual se possa extrair o seu consentimento tácito quanto à utilização de mecanismos automatizados. Atenção que, na fase da instrução, chegam mesmo a considerar-se notificações livres:

a) Aquelas que decorram da indicação pelo interessado do seu endereço eletrónico, desde que integrado no serviço público de caixa postal eletrónica (se enviamos uma mensagem através de correio eletrónico para a administração é automaticamente considerada uma comunicação eletrónica livre);

b) Aquelas que resultam de um contacto regular, mas superveniente ao início do procedimento, entre o interessado e a administração pública, mediante a utilização de meios eletrónicos;

c) Aquelas que resultem da utilização de um endereço eletrónico indicado pelo interessado, *em qualquer documento* por ele apresentado ao longo do procedimento administrativo.

Quanto às formas de comunicação e de notificação, é ainda importante referir que as mesmas passam a ser sujeitas obrigatoriamente, quando enviadas por correio postal, a registo, ao abrigo do artigo 112.º, n.º 1, alínea *a*) é ainda nesta senda que é edificado o artigo 113.º, n.º 5, recebida a carta através de registo, mostra real-

mente que o particular recebeu a mesma. O mesmo se passa em sede de correio eletrónico; não basta uma presunção de conhecimento, é necessário que o correio ou a plataforma informática seja realmente consultada. Vejamos a posição do artigo 113.º, n.º 5, quanto à perfeição das notificações, relativamente ao acesso à caixa postal eletrónica; é necessário garantir que há um efetivo acesso e não uma “presunção de conhecimento” como acontecia no anteprojeto do novo CPA. No anteprojeto, bastava existir o acesso à caixa de correio eletrónica, mesmo que não existisse prova da específica consulta do respetivo correio. Para que não haja uma evasão à notificação eletrónica e à sua perfeição, o novo código estabelece, no artigo 113.º, n.º 6, uma presunção de notificação ao vigésimo dia posterior ao envio da mesma, salvo se:

- Houve alteração do endereço;
- A comunicação foi impossível;
- O serviço de comunicações eletrónicas impediu a sua receção.

É de salientar o segundo ponto, “caso a comunicação seja impossível”, outro conceito indeterminado que irá levantar imensas dúvidas. Quando é que uma comunicação é impossível? Quando alguém fica quatro meses isolado numa ilha deserta? *Quid Iuris?*

Em jeito de conclusão, mesmo sem que tenha havido consentimento expresso por parte do interessado, tornou-se assim, com o novo CPA, realmente novo nesta fase de instrução eletrónica, perfeitamente admissível que a administração pública recorra à automatização eletrónica para contactar e prestar informações ao administrado. Mas, mais do que isso, tornou-se legítimo que não haja sequer um aperto de mão durante o procedimento administrativo. Claro que o caso que mostrei é um erro crasso de administração, mas o que aconteceu? Enviei um *e-mail* indignada para aquele município a propósito da exclusão de um procedimento sem ter sido notificada para o facto, perguntam-me o come completo, número de telemóvel e dão um número interno ao “processo” (tão jurisdicionalizado que está o procedimento administrativo), não exerço audiência prévia e chamam ao dito processo “Reclamação”. A realidade prática da administração mostrou-se desadequada face à inovação, o que no caso mostrou mais do que uma administração eletrónica, uma verdadeira administração automatizada, um procedimento feito e decidido por alguém com um simples premir de teclas.

Reflexões conclusivas

Será então a e.procedimentalização o símbolo do novo código do procedimento administrativo? A administração eletrónica como via de comunicação e relacionamento entre os administrados passou de simples ocasionalidade e liberdade a algo quase imperioso, obrigatório, indispensável na relação entre administração pública e particular. Para mim, a forma como se dá o início do procedimento administrativo, seja entre a administração e pessoas singulares ou pessoas coletivas, não irá ser bem conseguida na prática e irá levar a um procedimento técnico. No começo, vão existir bastantes erros, dificuldades de interpretação, mas a mudança é mesmo assim e o legislador também não facilitou a interpretação do homem médio, preenchendo o código de inúmeros conceitos indeterminados.

Esperemos que o sistema público saiba articular bem as informações sensíveis dos administrados no mundo global, uma vez que é tão difícil apagar a memória digital e que o conhecimento de dados íntimos por parte do sistema público pode gerar sérias lesões aos princípios consagrados constitucionalmente.

Os princípios e a utilização de meios eletrónicos não são verdadeiramente uma novidade do código, no sentido que a administração já recorria a estes meios, agora apenas se realizou a efetivação dos mesmos. Mas elevou-se a e.procedimentalização a este patamar de *ex libris* do novo código; por toda a parte se encontra a referência aos “meios eletrónicos” como se uma verdadeira revolução acontecesse no sistema. Existem de facto mudanças, alterações que podem realmente conflitar com as garantias dos particulares, mas a novidade não é assim tão estonteante e apenas parece existir uma consagração do que em maior ou menos escala já se realizava.

Bibliografia

BATALHÃO, Carlos José, *Novo Código do Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*, Porto Editora, 2015.

ROQUE, Miguel Prata, «O procedimento Administrativo Eletrónico», in *Comentário ao Código do Procedimento Administrativo*, CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES, TIAGO SERRÃO, AAFDL, Lisboa, 2015.

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/formacao_cpa.php#doutrina

FONSECA, Rui Guerra, *O Nascimento da Administração Eletrónica num Espaço Transnacional* (consulta a 03-06-2015).

ROQUE, Miguel Prata, *Automatização Administrativa e Procedimento Eletrónico* (consulta a 02-06-2015).

ROQUE, Miguel Prata, *Administração Eletrónica e Automatização: Contributos para uma Reformulação da Teoria Geral das Atuações Administrativas* (consulta a 02-06-2015).

A relação jurídica procedimental: algumas considerações a respeito da sua configuração no novo Código do Procedimento Administrativo

Cláudia Figueiras*

Sumário: 0. Nota introdutória. 1. Conceito de relação jurídica procedimental. 2. Sujeitos da relação jurídica procedimental. 2.1. Em especial: do auxílio administrativo. 3. A capacidade e legitimidade dos interessados no procedimento. 3.1. Da capacidade. 3.2. Da legitimidade. 4. Das garantias de imparcialidade: impedimentos e suspeições. 4.1. Das causas de impedimento. 4.1.1. Arguição e declaração do impedimento. 4.1.2. Efeitos da arguição e da declaração dos impedimentos. 4.2. Das causas de escusa e suspeição. 4.3. Consequências da violação das garantias de imparcialidade. 5. Considerações finais.

0. Nota introdutória

É com uma grande honra que este pequeno ensaio integra, agora, esta obra coletiva que se destina a homenagear o Senhor Professor Doutor ANTÔNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, de quem fui aluna no curso de licenciatura em direito e cujo trabalho, enquanto sua discípula, continuo a admirar profundamente.

Este artigo corresponde, no essencial, ao texto que serviu de base ao nosso modesto contributo no âmbito do curso sobre a atualização do novo Código do Procedimento Administrativo que decorreu entre os dias 4 e 25 de março de 2015, na biblioteca Lúcio Craveiro da Silva, em Braga, organizado pelo Núcleo de Estudos de Direito *Ius Publicum* (NEDIP). Assim, trata-se de um texto bastante singelo, sem grandes anotações bibliográficas ou jurisprudenciais e no qual se expõe algumas das nossas principais considerações a respeito desta nova configuração do procedimento como uma relação jurídica procedimental¹.

* Assistente Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Sobre a configuração do procedimento como uma relação jurídica procedimental e a respeito do Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo, veja-se FRANCISCO PAES MARQUES, «A Relação Jurídica Procedimental no Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo»,

Nesta sequência, vamos dividir o nosso texto em cinco pontos: num primeiro ponto, iremos debruçar-nos sobre o conceito de relação jurídica procedimental; num segundo ponto, iremos debruçar-nos sobre os sujeitos da relação jurídica procedimental; num terceiro ponto, iremos debruçar-nos sobre a capacidade e a legitimidade dos interessados no procedimento; num quarto ponto, iremos debruçar-nos sobre as garantias de imparcialidade; finalmente, num quarto e último ponto, iremos tecer algumas considerações finais a respeito desta nova configuração do procedimento como uma relação jurídica.

1. Conceito de relação jurídica procedimental

Neste ensaio, vamos, essencialmente, debruçar-nos sobre a Parte III, Título I, Capítulo II, do novo Código do Procedimento Administrativo², aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro. O legislador denominou este Capítulo II do novo Código como «[d]a relação jurídica procedimental», convocando, desta forma, tal como vinha propondo alguma doutrina³, o conceito de relação jurídica para o

in E-Pública – Revista Electrónica de Direito Público, n.º 1, 2014, 1-10, http://e-publica.pt/pdf/artigos/arelacao_juridica.pdf.

² Dizemos novo Código de Procedimento Administrativo, pois nos parece que mais do que uma revisão estamos, efetivamente, perante um novo Código.

Neste sentido escreve ANDRÉ SALGADO DE MATOS, a propósito do projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo, que “a questão que logo se suscita é a de saber se estamos perante uma «mera revisão», ainda que «alargada» ou «profunda» do CPA ou se, pelo contrário, substancial que não formalmente, estamos perante um novo CPA. Em primeiro lugar, porque parece evidente que vai além da mera revisão uma alteração legislativa que apenas deixa de pé 0,56% dos artigos do diploma sobre o qual incide; não há, aliás, memória de um processo legislativo que se tenha pretendido apresentar como revisão de um diploma legal vigente que tenha resultado num acto legislativo de alcance semelhante ao pretendido pelo projecto. E em segundo e mais importante lugar, porque também em muitos aspectos substanciais o projecto pretende introduzir uma inflexão radical em relação ao CPA vigente. Isto é perceptível, desde logo, em aspectos nucleares da sua filosofia de base” [*cit.* ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «O Projecto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo: Uma Revolução Legislativa Anunciada e as Suas Consequências», *in Projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo*, RUI CHANCERELLE MACHETE, LUÍS SOUSA DA FÁBRICA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (coord.), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 17 a 45 (pp. 20 e 21), <http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documentos/UCEditora/PDFLivros/PROJETODEREVIS%C3%83ODOC%C3%93DIGODOPROCEDIMENTOADMINISTRATIVO.pdf>].

³ Veja-se, entre nós, LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *A Relação Jurídica Administrativa – Para Um Novo Paradigma de Compreensão da Actividade, da Organização e do Contencioso Administrativos*, Coimbra:

Direito Administrativo. Conforma-se, assim, em particular, e ainda que em abstrato, o procedimento administrativo como uma verdadeira relação jurídica.

Nos termos da lei, o procedimento administrativo é conceituado como sendo “a sucessão ordenada de atos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração”⁴. Assim, estamos perante uma sequência estruturada e organizada de factos e operações materiais tendentes à produção de uma determinada decisão, por parte dos órgãos e agentes da Administração Pública ou de entidades que exercem poderes públicos de autoridade, que pode assumir a forma de ato, regulamento ou contrato⁵. A junção desta noção legal de procedimento administrativo com a ideia de relação jurídica permite-nos construir, ainda que de forma simplista, uma noção de relação jurídica procedimental. Vejamos em que termos.

Nas palavras do legislador, o procedimento administrativo configura-se como uma relação jurídica procedimental “que coloca em paralelo a Administração, os particulares e as pessoas de direito privado em defesa de interesses difusos”⁶. O procedimento administrativo é, neste sentido, apresentado pelo legislador como uma relação jurídica que se estabelece entre sujeitos de direito público e os particulares⁷. Mas não só! De facto, esta visão da relação jurídica procedimental é demasiado simplista e redutora. A relação jurídica procedimental, tal como vem configurada no novo Código, vai além da mera relação entre sujeitos de direito público e os particulares.

Coimbra Editora, 2009, e, ainda, FRANCISCO PAES MARQUES, *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares – Contributo Para a Sua Compreensão Substantiva*, Coimbra: Almedina, 2011.

⁴ Artigo 1.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.

⁵ Em sentido semelhante, referem FERNANDO GONÇALVES/MANUEL JOÃO ALVES/VÍTOR MANUEL FREITAS VIEIRA/RUI MIGUEL GONÇALVES/BRUNO CORREIA/MARIANA VIOLANTE GONÇALVES, em anotação ao novo Código de Procedimento Administrativo, que “[a] atividade da administração pública é, em larga medida, uma atividade processual, sendo que antes de cada decisão, existe sempre um maior ou menor número de atos a praticar que se enquadram em determinado modelo e numa sequência de formalidades cujo encadeamento constitui o procedimento administrativo”, sendo que esta “sequência organizada e ordenada de factos e operações estruturalmente distintos tendem à produção de um determinado resultado ou modificação jurídico-administrativa – uma decisão final, que pode ser ato, regulamento ou contrato administrativo” (*cit.* FERNANDO GONÇALVES [et al.], *Novo Código do Procedimento Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 35 e 36).

⁶ Citação do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

⁷ Quando falamos em particulares estamos a incluir, também, as pessoas de direito privado em defesa de interesses difusos.

Na verdade, a ideia de relação jurídica procedimental aplica-se, também, às relações jurídicas que se estabelecem entre as entidades que exercem poderes públicos de autoridade e os particulares. Além disso, a ideia de relação jurídica procedimental aplica-se, de igual modo, às relações entre os diferentes órgãos da Administração Pública, nomeadamente entre aqueles que exercem poderes públicos e aqueles que surgem “como titulares ou defensores de situações jurídicas conformadas através do exercício de tais poderes”⁸, bem como às relações jurídicas que se estabelecem entre os diferentes órgãos da Administração Pública, designadamente ao nível de figuras jurídicas como o auxílio administrativo e a conferência procedimental. Podemos, assim, dizer que o Código apresenta a relação jurídica procedimental como uma relação quase *multifacetada*, pois pode envolver as seguintes dimensões:

i) A relação entre os órgãos e agentes da Administração Pública e os particulares, onde cabem naturalmente as pessoas singulares e coletivas de direito privado em defesa de interesses difusos;

ii) A relação entre as entidades que, independentemente da sua natureza, exercem poderes públicos de autoridade e os particulares, onde cabem naturalmente as pessoas singulares e coletivas de direito privado em defesa de interesses difusos;

iii) A relação entre os órgãos da Administração Pública e os órgãos que exercem funções administrativas quando as pessoas coletivas nas quais eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres, ou sujeições que possam ser conformadas pelas decisões que, nesse âmbito, forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões;

iv) As demais relações entre os órgãos da Administração Pública entre si.

Assim, tendo em atenção as diferentes dimensões que a relação jurídica procedimental pode assumir, verifica-se que esta é muito abrangente e pode ter como sujeitos entidades distintas. Assim, pode conceituar-se a relação jurídica procedimental como *uma relação jurídica que se estabelece entre os diversos órgãos e agentes de Administração Pública, entre si, ou particulares e as entre entidades que exercem poderes públicos de autoridade e particulares, estruturalmente organizada e tendente à produção de um ato, regulamento ou contrato, em condições tendencialmente paritárias, conforme o caso.*

⁸ Citação do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

Dizemos condições tendencialmente paritárias, porquanto quando esta é analisada sob a perspetiva da primeira e da segunda dimensão, ou seja, quando a relação se estabelece entre os órgãos e agentes da Administração Pública e os particulares, ou entre as entidades que exercem poderes públicos de autoridade e os particulares, trata-se, contudo, de uma relação jurídica *sui generis*. Devem, de facto, conceder-se aos particulares, enquanto titulares de direitos e interesses legalmente protegidos, direitos a nível procedimental, nomeadamente o direito à informação, o direito à participação, bem como o direito a solicitar o auxílio administrativo, entre outros. Não obstante, não se pode esquecer que à Administração Pública⁹ compete a prossecução dos interesses públicos que não se podem sobrepor em relação aos interesses privados, pelo que os direitos dos particulares estarão sempre limitados pelo interesse público a prosseguir pela própria Administração Pública.

Não obstante tudo quanto dissemos a respeito do conceito de relação jurídica procedimental, confessamos que temos algumas dúvidas relativamente à verdadeira intenção do legislador, no que concerne às duas primeiras dimensões do nosso conceito de relação jurídica procedimental. De facto, parece-nos que apesar de o legislador configurar a relação entre os órgãos e agentes da Administração Pública e os particulares e entre as entidades que exercem poderes públicos de autoridade e os particulares como sendo uma verdadeira relação jurídica procedimental, fá-lo com algum receio e de forma meramente aparente.

2. Sujeitos da relação jurídica procedimental

É no artigo 65.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) que o legislador vem agora proceder à qualificação dos sujeitos da relação jurídica procedimental. De acordo com este artigo, são sujeitos da relação jurídica procedimental:

i) Do lado dos sujeitos públicos e das entidades que exercem poderes públicos de autoridade: os órgãos constantes do artigo 2.º do CPA, em particular, aqueles

⁹ Quando se fala em Administração Pública, em termos genéricos, estamos-nos a referir não só aos órgãos e agentes da Administração Pública, mas também às entidades que, independentemente da sua natureza, exercem poderes públicos de autoridade.

que tenham competência para a tomada de decisões e para a prática de atos preparatórios no âmbito do procedimento administrativo¹⁰;

ii) Do lado dos interessados:

a. Os particulares que têm legitimidade e as pessoas singulares ou coletivas em nome de interesses difusos¹¹;

b. Os órgãos que exerçam funções administrativas quando as pessoas coletivas em que eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformadas pelas decisões que nesse âmbito forem tomadas ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões¹².

São considerados pelo legislador, não como sujeitos, mas como interessados no procedimento os particulares, bem como os órgãos que exercem funções administrativas¹³. Refere o legislador que “manteve-se, para a parte que se posiciona perante os sujeitos públicos da relação jurídica procedimental, a tradicional designação de «interessados»”¹⁴, tendo esta sido “uma opção consciente”¹⁵. É precisamente neste momento que o alarme toca quando pensamos na ideia de relação jurídica. De facto, é justamente aqui que surge a nossa interrogação a respeito da real intenção do nosso legislador. A questão que, com alguma legitimidade, se pode aqui colocar é: se foi intenção do legislador colocar “em paralelo a Administração, os particulares e as pessoas de direito privado em defesa de interesses difusos, como simultâneos titulares de situações jurídicas subjetivas que disciplinam as situações da vida em que todos intervêm e que são objeto das relações jurídicas procedimentais”¹⁶, porquê considerá-los meros interessados no procedimento e não verdadeiros sujeitos de direitos e interesses legalmente protegidos? É certo que os particulares constam da norma geral do artigo 65.º do CPA que nos diz quem são os sujeitos, mas é nesse mesmo artigo que, no n.º 2, se diz que tais sujeitos da relação jurídica procedimental se devem considerar interessados. Este n.º 2 do artigo 65.º era, em nosso

¹⁰ Artigo 65.º, n.º 1, alínea *a*), do CPA.

¹¹ Artigo 65.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), do CPA.

¹² Artigos 65.º, n.º 1, alínea *d*), e 68.º, n.º 4, do CPA.

¹³ Artigo 65.º, n.º 2, do CPA.

¹⁴ Citação do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

¹⁵ Citação do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

¹⁶ Citação do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

modesto entendimento, perfeitamente dispensável. Se a intenção verdadeira do legislador era consagrar o procedimento administrativo como uma verdadeira relação entre sujeitos, bastaria, então, a denominação de sujeitos. Será, assim, que este novo Código se quis radicalmente desprender, da visão tipicamente ottomayeriana presente no antigo Código?¹⁷ Confessamos, de facto, algumas dúvidas quanto a isso¹⁸.

2.1. *Em especial: do auxílio administrativo*

A propósito da relação jurídica procedimental, dissemos *supra* que esta podia assumir diversas dimensões. Uma das dimensões que esta relação pode assumir é a que se estabelece entre órgãos e agentes da Administração Pública entre si. Ora, uma das figuras jurídicas que, em nosso entendimento, convoca a ideia de relação jurídica procedimental, naquela dimensão, é precisamente a figura do auxílio ad-

¹⁷ A este propósito, em anotação ao artigo 65.º do novo Código, referem FERNANDO GONÇALVES/MANUEL JOÃO ALVES/VÍTOR MANUEL FREITAS VIEIRA/RUI MIGUEL GONÇALVES/BRUNO CORREIA/MARIANA VIOLANTE GONÇALVES que “a versão anterior do CPA que tratava dos «sujeitos» dava-nos uma conceção do objeto do direito administrativo como sendo quase em exclusivo a titularidade e o exercício do *ius imperii* do Estado, correspondendo ao particular, numa visão tipicamente ottomayeriana, o papel de súbdito que lhe era reservado pelo que pouco mais lhe reservava que o papel de destinatário desses poderes”, acrescentando que “[a] nova abordagem da relação jurídica procedimental que coloca em paralelo o cidadão e a administração «quase» como iguais, na titularidade de situações jurídicas subjetivas, era uma velha aspiração que corresponde ao moderno direito administrativo e que foi finalmente consagrada” (*cit.* FERNANDO GONÇALVES [et al.], *Novo Código do Procedimento Administrativo*, op. cit., p. 98). Pelos motivos que expusemos *supra* temos, de facto, algumas dúvidas que assim seja.

¹⁸ Concordamos, em parte, com VASCO PEREIRA DA SILVA quando a propósito do projeto que estava na origem deste novo Código escreve que “[d]iz-se (...) que se superou a conceção de Otto Mayer, e eu não podia estar mais de acordo. Só que, a seguir, olho para o artigo 61.º e vejo que sujeitos da relação jurídica procedimental são os órgãos; os particulares são meros interessados. Chamar alguma coisa aos particulares não interessa nada, o legislador até lhes podia ter chamado a todos de Maria Joaquina ou António Manuel, agora ter-lhes chamado interessados é, por um lado, o contrário daquilo que o legislador quis fazer, porque lhes atribuiu direitos e deveres, tratou-os como sujeitos processuais, o que não corresponde à denominação atribuída” [cit. VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Procedimento Administrativo», in *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, RUI CHANCERELLE MACHETE, LUÍS SOUSA DA FÁBRICA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (coord.), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 72 a 82 (p. 78), <http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documentos/UCEditora/PDFLivros/PROJETODEREVIS%C3%83ODOC%C3%93DIGODOPROCEDIMENTOADMINISTRATIVO.pdf>]. Apesar de o artigo 61.º do projeto ter sofrido algumas alterações, a verdade é que o legislador, no n.º 2 do artigo 65.º, acaba por manter a designação de interessados no procedimento para se referir aos particulares. Assim, parece-nos que não se pode afirmar com tanta ligeireza que a visão de OTTO MAYER foi totalmente superada. Agora, concordamos que há uma contradição entre a afirmação do procedimento como relação jurídica procedimental e a denominação dos particulares como meros interessados.

ministrativo, prevista, agora, no artigo 66.º do CPA. Esta é uma figura que se inspira no *Amtshilfe*, previsto no §5 da *Verwaltungsverfahrensgesetz* e que é agora consagrada no Código do Procedimento Administrativo vigente no nosso ordenamento jurídico. Este novo normativo vem, no fundo, substituir e densificar a ideia que já vinha consagrada no artigo 92.º do antigo CPA¹⁹.

Assim, de acordo com este normativo, o órgão que seja competente para tomar a decisão final no procedimento deve²⁰, por iniciativa própria, por proposta do responsável pela direção do procedimento, ou mediante requerimento do sujeito privado da relação jurídica procedimental, solicitar o auxílio de um outro órgão da Administração Pública, pertença ou não pertença à mesma pessoa coletiva pública, sempre que se verifique uma das seguintes situações:

- i) O melhor conhecimento da matéria relevante exija uma investigação para a qual o órgão a quem é dirigida a solicitação disponha de competência exclusiva ou de conhecimentos aprofundados aos quais o órgão solicitante não tenha acesso;
- ii) Só o órgão a quem é dirigida a solicitação tenha em seu poder documentos ou dados, cujo conhecimento seja necessário à preparação da decisão²¹;
- iii) A instrução requeira a intervenção de pessoal ou o emprego de meios técnicos de que o órgão competente para a decisão final não disponha.

O órgão que faz a solicitação deve indicar um prazo útil para a prestação do auxílio. Em caso de recusa do auxílio administrativo requerido, ou de dilação na sua prestação, a questão é resolvida pela autoridade competente para a resolução de conflitos de atribuições ou de competências, ou não a havendo, por órgão que exerça poderes de tutela, superintendência ou direção sobre o órgão solicitado²². O legislador optou, assim, por não consagrar um regime novo para estas situações, remetendo para as regras respeitantes ao conflito de jurisdições e de competências.

¹⁹ Sob a epígrafe “[r]ealização de diligências por outros serviços” previa este artigo que “[o] órgão instrutor pode solicitar a realização de diligências de prova a outros serviços da administração central, regional ou local, quando elas não possam ser por si efectuadas”. Não obstante, este artigo aplicava-se apenas à fase da produção de prova no procedimento. A figura do auxílio administrativo vem com um campo de aplicação bastante mais abrangente.

²⁰ Artigo 66.º, n.º 1, do CPA.

²¹ A comunicação de documentos ou de dados fica sujeita às regras sobre o sigilo previstas, nomeadamente no artigo 6.º da Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto (lei que regula o acesso aos documentos administrativos) (artigo 66.º, n.º 2, do CPA).

²² Artigo 66.º, n.º 3, do CPA.

Não olvidamos que um dos principais objetivos do legislador com a consagração desta nova figura foi a de conferir maior força jurídica ao princípio da boa administração²³, promovendo, assim, a cooperação de diversas entidades na tomada de uma decisão. O objetivo é conseguir a decisão mais eficiente, económica e célere do ponto de vista do fim fundamental da Administração Pública, que é a prossecução do interesse público. Não obstante, parece-nos que a aplicação prática desta figura poderá suscitar alguns problemas, que podem reduzir drasticamente a sua aplicabilidade. De facto, o legislador esqueceu-se de regular alguns aspetos, nomeadamente:

i) Como é que deverá ser solicitado o auxílio? Deverá a solicitação ser feita por escrito ou pode ser verbal?

ii) Qual o prazo para suscitar o pedido de auxílio a partir do momento em que se verificam os factos que o fundamentam, quer do ponto de vista da Administração, quer do ponto de vista do particular?

iii) Qual é consequência para o procedimento e ato gerado nesse procedimento, caso o órgão da Administração Pública devendo solicitar o auxílio não o solicitou;

iv) Como deve reagir o particular que tendo requerido o auxílio administrativo ao órgão competente para a decisão final e este não o tenha solicitado?

v) A quem cabe o pagamento das custas que advêm do pedido de auxílio?

Estes são apenas alguns dos problemas que a falta de regulamentação desta figura pode causar. De facto, parece-nos que teria sido mais cauteloso por parte do legislador ter admitido que esta norma pudesse vir a ser regulamentada posteriormente, ou, então, que a tivesse densificado mais. Assim não o tendo feito, estamos em crer que o auxílio administrativo poderá ser um mecanismo completamente inoperante e cujos objetivos sairão completamente frustrados.

²³ Artigo 5.º do CPA.

3. A capacidade e legitimidade dos interessados no procedimento

3.1. Da capacidade

O artigo 67.º do CPA, com a epígrafe “[c]apacidade procedimental”, veio substituir o antigo artigo 52.º do CPA, cuja epígrafe era a “[i]ntervenção no procedimento administrativo”. Este artigo vem, assim, estabelecer a capacidade dos particulares, *sujeitos interessados* da relação jurídica procedimental, no âmbito do procedimento.

De acordo com este artigo 67.º do CPA, os particulares podem participar no procedimento:

- i) Pessoalmente; ou
- ii) Através de representação por mandatário.

Quanto à participação pessoal não nos assistem dúvidas. De facto, tal significa que os particulares podem participar diretamente no procedimento fazendo requerimentos, formulando sugestões ou apresentando pedidos de esclarecimento. No que respeita à representação por mandatário, a dúvida que se poderá colocar é quem pode representar e como fazer a prova dos poderes de representação. Poderão ter poderes de representação no procedimento os advogados e solicitadores, bem como quaisquer pessoas a quem o particular atribua poderes de representação, através de procuração. Em ambos os casos, parece-nos que deverá ser junta a procuração que defina os poderes gerais ou especiais conferidos ao representante. A partir do momento em que alguém se constitui como representante, é a este que a Administração deve dirigir-se até à notificação da decisão final²⁴. Acresce que da

²⁴ Como referem PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, em anotação ao antigo artigo 52.º do CPA, “[e]stando constituído no procedimento um representante do interessado, é, pois, perante ele que a Administração deve praticar todos os actos procedimentais, do mesmo modo que é a ele que cabe iniciar o procedimento ou intervir aí, em nome e no interesse do seu representado: o que significa que, se a Administração notificar o representado para uma diligência instrutória, em vez do representante, se deve considerar tal notificação como não realizada, com todas as implicações daí derivadas (*cit.* PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 267).

ideia de representação não se deve excluir, também, a figura jurídica da gestão de negócios²⁵.

Outra dúvida que se poderá colocar é a respeito do conceito de assistência. Qual a diferença entre representação e assistência? O legislador não esclarece. À semelhança do que já vinha sendo proposto pela doutrina, nomeadamente a respeito do antigo artigo 52.º, do CPA, julgamos que “[o] direito de se fazer assistir aqui previsto é o direito de, a intervir no procedimento administrativo, o interessado se fazer assessorar e acompanhar de peritos (juristas ou não) nas diligências em que é chamado a intervir”²⁶.

Por sua vez, o artigo 67.º, n.º 2, do CPA mantém a mesma redação que o antigo artigo 52.º, n.º 2, do CPA. De acordo com este normativo, a capacidade jurídica²⁷ para intervir no procedimento afere-se de acordo com o regime da capacidade e dos impedimentos que vem previsto no Código Civil.

3.2. Da legitimidade

O artigo 68.º do CPA, com a epígrafe “[l]egitimidade procedimental”, corresponde ao antigo artigo 53.º do CPA e prevê as regras quanto à legitimidade para intervir no procedimento. Como referem PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, “[a] intervenção efectiva dos particulares num procedimento administrativo não depende apenas, obviamente, da sua capacidade de gozo e de exercício de direitos, mas também da sua *legitimidade* (procedimental), ou seja, da titularidade de um interesse juridicamente protegido no procedimento ou decisão em causa, da titularidade de uma *pretensão jurídica concreta*

²⁵ Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado, op. cit.*, p. 266.

²⁶ PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado, op. cit.*, p. 266.

²⁷ Como referem PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, em anotação ao antigo artigo 52.º do CPA “[o] direito de intervir num procedimento administrativo afere-se, em geral, em função da capacidade jurídica: todas as pessoas, singulares ou colectivas, públicas ou particulares, têm capacidade procedimental e podem, portanto (desde que nisso tenham interesse ou legitimidade), intervir em procedimentos administrativos (*cit.* PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado, op. cit.*, p. 265).

ligada administrativamente a essa decisão”²⁸. Assim, a legitimidade traduz-se na suscetibilidade de alguém, com capacidade jurídica, de intervir no procedimento. A legitimidade pressupõe ter capacidade jurídica, mas não basta ter capacidade jurídica para se ter legitimidade de intervenção num determinado procedimento.

Da análise deste artigo 68.º do CPA, verifica-se, em nosso entendimento, uma ampliação subjetiva no que respeita às entidades com legitimidade para intervir no procedimento. De facto, de acordo com este artigo, têm legitimidade para iniciar o procedimento ou nele se constituírem como interessados os titulares dos *direitos, interesses legalmente protegidos, deveres*²⁹, *encargos, ónus* ou *sujeições* no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas, bem como as associações, para defender interesses coletivos ou para proceder à defesa coletiva de interesses individuais dos seus associados³⁰.

Têm, assim, legitimidade para intervir no procedimento não só os titulares de direitos e interesses legalmente protegidos, mas também os titulares de deveres, encargos, ónus ou sujeições e, ainda, as associações em defesa coletiva de interesses individuais, bem como as associações que tenham carácter político ou sindical. Estas últimas, antes da nova redação do novo Código, estavam expressamente excluídas do âmbito das entidades com legitimidade para intervir no procedimento administrativo. A decisão legislativa veio na sequência do que vinha já sendo sufragado

²⁸ PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado*, *op. cit.*, pp. 269 e 270.

²⁹ Criticando, a propósito do projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo, a decisão de o legislador alargar a legitimidade para intervir no procedimento aos titulares de deveres, refere FERNANDO PAES que “[c]ausa-nos porém uma certa perplexidade saber em que medida um sujeito intervém no procedimento para fazer valer um dever? É certo que os sujeitos da relação jurídica procedimental podem estar onerados com certos deveres ou ónus, mas essas posições encontram-se sempre em conexão com determinados direitos, ou porque para se exercer determinado direito há um ónus preexistente (requerer a licença de construção para o exercício do direito de propriedade) ou porque o dever que a Administração entende que onera o particular encontra determinados limites em virtude de um direito do respectivo titular (particular intervém no procedimento para fazer valer um direito que implica não ter de realizar uma prestação que a Administração entende ser devida)” (*cit.* FRANCISCO PAES MARQUES, «A Relação Jurídica Procedimental no Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo», *op. cit.*, p. 6). De facto, faz sentido a crítica apontada ao projeto e que se converteu no novo CPA. Pensamos, porém, que com esta disposição o legislador quis alargar a legitimidade para intervir no procedimento àqueles cujos interesses possam ser afetados pelo decurso do mesmo, sendo que talvez fosse melhor ter utilizado, à semelhança do §13 da *Verwaltungsverfahrensgesetz*, a expressão aquele “cujos interesses jurídicos possam ser afetados pelo procedimento” (*cit.* FRANCISCO PAES MARQUES, «A Relação Jurídica Procedimental no Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo», p. 6).

³⁰ Artigo 68.º, n.º 1, do CPA.

pela jurisprudência, nomeadamente do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 118/97, processo n.º 31/94³¹, que declarou inconstitucional o antigo artigo 53.º, n.º 1, do CPA, por entender que este artigo, ao excluir a legitimidade das associações sindicais para iniciar o procedimento administrativo e para nele intervir, fosse em defesa dos interesses coletivos, fosse em defesa coletiva de interesses individuais dos trabalhadores que representavam, violava o artigo 56.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP)³². Além disso, na sequência da declaração de inconstitucionalidade do artigo 53.º, n.º 1, do antigo CPA, também no Acórdão n.º 636/2006, processo n.º 445/2005³³, se declarou inconstitucional o artigo 160.º, n.º 1, do antigo CPA, por se entender que o mesmo violava a Constituição, designadamente o artigo 56.º, n.º 1, da CRP, quando interpretado no sentido de impedir as entidades sindicais de reclamarem ou de recorrerem hierarquicamente³⁴.

³¹ Acórdão cuja consulta está disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

³² De facto, entendeu-se neste acórdão que “impossibilitar esse tipo de actuações no âmbito do procedimento administrativo revela-se manifestamente inconstitucional, por violação do artigo 56.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa”, sendo esta restrição à participação dos sindicatos no procedimento “clara e injustificada (...), não apenas à luz do princípio da participação no procedimento administrativo, mas principalmente da competência e representatividade dos sindicatos, tendo em consideração a prossecução dos fins que lhes são constitucionalmente cometidos”. Defendeu-se, ainda, no acórdão citado que “a liberdade sindical não se esgota na faculdade de criar associações sindicais e de a elas aderir ou não aderir. Antes supõe a faculdade de os trabalhadores defenderem, coligados, os respectivos direitos e interesses perante a sua entidade patronal, o que se traduz, nomeadamente, na contratação colectiva e também na possibilidade de, também colectivamente – porque só assim podem equilibrar as relações com os dadores de trabalho –, assegurarem o cumprimento das normas laborais, designadamente das resultantes da própria negociação colectiva. É que, na verdade, a actividade sindical não se confina à mera defesa dos interesses económicos dos trabalhadores, antes se prolonga na defesa dos respectivos direitos jurídicos, consagrados na lei ou nos instrumentos de regulamentação colectiva das relações laborais, e esta última defesa exige a possibilidade de os sindicatos intervirem em defesa dos direitos e interesses individuais dos trabalhadores que representam, principalmente quando se trate de direitos indisponíveis (cf. artigo 6.º, n.º 3, do Código de Processo do Trabalho). Parece evidente que – *maxime* quando se esteja perante direitos disponíveis – a lei poderá e deverá prever, numa razoável ponderação entre os interesses de cada trabalhador e os interesses de uma certa categoria ou grupo de trabalhadores, que a intervenção das associações sindicais no procedimento administrativo se possa exercer, em certos casos, de forma meramente coadjuvante ou subordinada, quando estejam em causa interesses individuais dos trabalhadores. Tal, porém, não significa que se possa, pura e simplesmente, excluir os sindicatos, como ocorre na norma questionada».

³³ Acórdão cuja consulta está disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

³⁴ A fundamentação deste segundo acórdão baseou-se, essencialmente, na fundamentação do primeiro acórdão do Tribunal Constitucional, concluindo-se que “uma das formas de intervenção no procedimento administrativo é precisamente a interposição do recurso hierárquico de um acto administrativo lesivo. Assim, os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade constante do Acórdão n.º 118/97 valem inteiramente para a intervenção no procedimento administrativo que se consubstancia na interposição do recurso hierárquico. Na verdade, o recurso hierárquico é, entre outros, um mecanismo

No que respeita à proteção de interesses difusos, verifica-se, desde logo, que o legislador procedeu a um alargamento do seu âmbito material, pois ampliou o conjunto de interesses suscetíveis de proteção, harmonizando as disposições do CPA com os artigos 52.º, n.º 3, da CRP e 9.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)³⁵. Para além da saúde pública, da habitação, da educação, do ambiente, do ordenamento do território, da qualidade de vida e do património cultural, são agora suscetíveis de proteção os interesses relacionados com o urbanismo³⁶ e com o consumo de bens e serviços. Têm legitimidade para a proteção de tais interesses³⁷:

- i) Os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e os demais eleitores recenseados no território português;
- ii) As associações e as federações representativas de tais interesses;
- iii) As autarquias locais nas áreas das respetivas circunscrições.

Em conformidade com o artigo 52.º, n.º 3, alínea b), da CRP e o artigo 9.º, n.º 2, do CPTA, confere-se, ainda, legitimidade para assegurar a defesa de bens do Estado, das Regiões Autónomas e das Autarquias Locais aos residentes na circunscrição onde se localiza ou se tenha localizado o bem que se pretende proteger³⁸.

Finalmente, inovatoriamente, o legislador veio prever a legitimidade para intervir no procedimento dos órgãos que exerçam funções administrativas quando as pessoas coletivas nas quais se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformados

(de relevância significativa) de defesa e promoção dos direitos dos trabalhadores representados pela associação sindical, defesa e promoção tutelados pelo artigo 56.º da Constituição”.

³⁵ Artigo 68.º, n.º 2, do CPA.

³⁶ À semelhança do que acontece na Constituição da República Portuguesa, na qual se procede à distinção entre urbanismo e ordenamento do território, nomeadamente nos artigos 65.º e 66.º, n.º 2, alínea b), também com esta redação do artigo 68.º, n.º 2, do CPA não restam dúvidas de que o ordenamento do território e o urbanismo correspondem a disciplinas jurídicas autónomas e com interesses próprios. Assim, correspondem, sem margem para dúvidas, a interesses difusos diferentes. Não ignoramos, contudo, as dificuldades que a doutrina e os aplicadores da lei, porque o legislador não estabelece qualquer critério distintivo, têm encontrado para proceder à distinção, na prática, de cada uma destas figuras jurídicas. Sobre a distinção entre urbanismo e o ordenamento do território, veja-se, entre outros, ALVES CORREIA, *Manual de Direito Do Urbanismo*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Portugal: Território E Ordenamento*, Coimbra: Almedina, 2009.

³⁷ Artigo 68.º, n.º 2, do CPA.

³⁸ Artigo 68.º, n.º 3, do CPA.

pelas decisões que nesse âmbito forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser afetados ou beneficiados por tais decisões³⁹.

4. Das garantias de imparcialidade: impedimentos e suspeições

4.1. Das causas de impedimento

A secção respeitante às garantias de imparcialidade do novo Código do Procedimento Administrativo mantém o mesmo nome da sua antecessora, ou seja, “[g]arantias de imparcialidade”; “[p]rincípio da imparcialidade”. A solução normativa visa, essencialmente, dar efetividade a dois princípios fundamentais⁴⁰: o *princípio da prossecução do interesse público*⁴¹ e o *princípio da imparcialidade*⁴². A prossecução do interesse público pressupõe uma atuação imparcial por parte da Administração Pública. A ideia de imparcialidade, por sua vez, “transporta consigo a exigência de objetividade da ação administrativa”⁴³, obrigando a Administração Pública “a atuar de forma isenta relativamente a todos os particulares com que se relacione”⁴⁴.

³⁹ Artigo 68.º, n.º 4, do CPA.

⁴⁰ Como referem PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, em anotação ao antigo artigo 44.º do CPA, “[o]s impedimentos respeitantes à participação em procedimento administrativo de titulares de órgãos que tenham um *interesse pessoal* na decisão do caso aparecem no nosso direito sob a designação de «garantias de imparcialidade», embora não visem assegurar ou proteger apenas os valores inerentes ao princípio constitucional ou legal da imparcialidade administrativa. Tanto quanto ele, o que está em causa nesses impedimentos ou proibição (de intervenção procedimental de titulares de órgãos ou agentes administrativos interessados na decisão) é o princípio da *prossecução do interesse público*” (cit. PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado*, op. cit., p. 243).

⁴¹ Este princípio resulta do artigo 266.º, n.º 1, da CRP e vem concretizado para o procedimento administrativo no artigo 4.º do CPA.

⁴² O princípio da imparcialidade resulta do artigo 266.º, n.º 2, da CRP e vem concretizado para o procedimento administrativo no artigo 9.º do CPA.

⁴³ PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado*, op. cit., p. 48.

⁴⁴ PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado*, op. cit., p. 48.

No novo Código do Procedimento Administrativo, o legislador objetivou, claramente, conferir mais e melhores garantias de imparcialidade no âmbito da relação jurídica procedimental. Desde logo, na lei de autorização legislativa, o governo foi autorizado a conceder uma maior densificação ao princípio da imparcialidade, de modo a que a Administração Pública fosse objetiva, isenta e merecedora de confiança no âmbito da sua atuação com os particulares. Neste sentido, instituiu igualmente que se reforçasse o regime das garantias de imparcialidade, o que o legislador veio a fazer neste novo Código do Procedimento Administrativo.

No artigo 69.º do CPA, o legislador veio consagrar as garantias de imparcialidade. Este artigo corresponde ao antigo artigo 44.º do CPA, cuja epígrafe se mantém: “[c]asos de impedimento”. Analisando os diversos números e alíneas deste artigo, verifica-se que o legislador veio proceder a um alargamento dos âmbitos subjetivo e objetivo das situações geradoras de impedimento. Alargamento este que surge, no essencial, como resposta, entre outras, aos problemas decorrentes da privatização de funções administrativas.

Procedeu-se a um alargamento do âmbito das entidades que estão sujeitas ao regime de impedimentos previstos nos artigos 69.º, e seguintes do CPA. Assim, o regime de impedimentos aplica-se, agora, sem margem para dúvidas, também, a todas e quaisquer entidades que, independentemente da sua natureza, seja portanto pública ou privada, se encontrem no exercício de poderes públicos⁴⁵⁻⁴⁶. Deste modo, coloca-se o regime de impedimentos em consonância com aqueles que podem, ago-

⁴⁵ Artigo 69.º, n.º 1, do CPA.

⁴⁶ Na redação do antigo artigo, colocava-se a questão de saber se tal regime se aplicava também aos órgãos e agentes de outros poderes do Estado e ainda aos órgãos e agentes de entidades concessionárias e de Instituições Particulares de Interesse Público. Em anotação ao antigo artigo 44.º do CPA, PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM referiam que “[a] primeira questão que o preceito coloca é a de saber qual o âmbito subjectivo da sua aplicação – se só aos órgãos e agentes da Administração Pública ou também aos órgãos e agentes de outros Poderes do Estado (quando exercem funções materialmente administrativas) e, ainda, aos órgãos e agentes de entidades concessionárias e de instituições particulares de interesse público.

Por nós, votaríamos afoitamente que sim – que não se vê, nos planos objetivo e teleológico, razões para qualquer diferença –, mesmo sabendo-se que o preceito vem literalmente restringido aos «titulares de órgãos e agentes da Administração Pública» (cit. PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado, op. cit.*, p. 245).

A solução hodierna do legislador veio, no fundo, efetivar o que já vinha sendo defendido pela doutrina. Assim, não subsistem dúvidas da aplicabilidade deste regime às concessionárias e às Instituições Particulares de Interesse Público, bem como aos órgãos e agentes de outros poderes do Estado que nos parecem caber na expressão “quaisquer outras entidades que, independentemente da sua natureza, se encontrem no exercício de poderes públicos”.

ra, ser os sujeitos da relação jurídica procedimental, ou seja, para além dos órgãos e agentes da Administração Pública, as entidades que exercem poderes públicos de autoridade.

Consagrou-se o alargamento das situações geradoras de impedimento, nomeadamente às situações em que se verifique uma relação de adoção, tutela ou apadrinhamento civil⁴⁷. O novo Código procura, deste modo, ir ao encontro da realidade social vigente no nosso ordenamento jurídico.

Além disso, verificou-se a extensão das situações de impedimento aos casos de prestação de serviços, nomeadamente de consultoria, à entidade responsável pela direção do procedimento ou a favor de quaisquer sujeitos públicos da relação jurídica procedimental, por parte de entidades que se encontrem numa das situações previstas no artigo 69.º, n.º 1, do CPA, ou que hajam prestado, há menos de 3 anos, serviços a qualquer dos sujeitos privados participantes na relação jurídica procedimental⁴⁸. O legislador veio, assim, criar uma nova forma de impedimento que se aplica não só aos sujeitos públicos da relação jurídica procedimental, mas também aos sujeitos privados a quem as entidades prestadoras de serviços não podem, nos 3 anos anteriores ao início da relação jurídica procedimental, ter prestado serviço. Neste sentido, as entidades prestadoras de serviços devem juntar, no âmbito do procedimento, uma declaração em como não se encontram impedidas⁴⁹. Sempre que a situação de impedimento se verifique no decurso do procedimento, a entidade prestadora do serviço deve, desde logo, comunicar esse facto ao responsável pela direção do procedimento e cessar a sua atividade no procedimento⁵⁰.

Para além das situações em que as intervenções se traduzam em atos de mero expediente, designadamente atos certificativos, procedeu-se ao alargamento da exclusão da proibição de intervenção no procedimento nas seguintes situações⁵¹:

- i) Quando se trate da emissão de um parecer na qualidade de membro do órgão colegial competente para a decisão final; e
- ii) Quando se trate da pronúncia do autor do ato recorrido, no âmbito de recurso hierárquico interposto⁵².

⁴⁷ Artigo 69.º, n.º 1, alíneas *b)* e *e)*, do CPA.

⁴⁸ Artigo 69.º, n.º 3, do CPA.

⁴⁹ Artigo 69.º, n.º 4, do CPA.

⁵⁰ Artigo 69.º, n.º 5, do CPA.

⁵¹ Artigo 69.º, n.º 2, do CPA.

4.1.1. Arguição e declaração do impedimento

O artigo 70.º do CPA prevê o regime da arguição e declaração do impedimento. Este artigo corresponde ao antigo artigo 45.º do CPA, cuja epígrafe se mantém “[a]rguição e declaração do impedimento”.

Este artigo prevê o dever de comunicação, por parte de qualquer órgão ou agente da Administração Pública, sempre que em relação a ele se verifique uma causa de impedimento. A comunicação deverá ser feita ao seu superior hierárquico, ou então, consoante o caso, ao presidente do órgão colegial em que está integrado⁵³. Este artigo está em consonância com o alargamento do âmbito subjetivo operado pelo artigo 69.º do CPA, pois estipula que também as outras entidades que, independentemente da sua natureza, exercem poderes públicos de autoridade devem comunicar sempre que se verifique uma das causas de impedimento previstas no artigo 69.º do CPA. Tal comunicação deverá ser feita a quem tenha o poder de proceder à respetiva substituição⁵⁴.

Apesar de a lei consagrar o dever de comunicação por parte do órgão, agente ou entidade que se encontre impedida, o Código, à semelhança do que já acontecia no seu antecessor, prevê a possibilidade de, até ser proferida a decisão definitiva ou praticado o ato, qualquer interessado requerer a declaração de impedimento, invocando os factos que fundamentam a sua pretensão⁵⁵. Tem competência para conhecer da sua existência e declarar o impedimento o superior hierárquico ou o presidente do órgão colegial, ouvindo, se considerar necessário, o titular do órgão ou agente⁵⁶. Tais regras aplicam-se, com as devidas adaptações, aos casos em que esteja em causa uma entidade que, independentemente da sua natureza, exerce poderes de autoridade⁵⁷.

⁵² Como referem FERNANDO GONÇALVES/MANUEL JOÃO ALVES/VÍTOR MANUEL FREITAS VIEIRA/RUI MIGUEL GONÇALVES/BRUNO CORREIA/MARIANA VIOLANTE GONÇALVES, “a proibição de intervenção quando se trata de recurso de decisão, proferida pelo próprio, não é absoluta (...), podendo e devendo o autor do ato ou da omissão pronunciar-se sobre o recurso, conforme determina o atual n.º 2 do artigo 195.º” (*cit.* FERNANDO GONÇALVES [*et al.*], *Novo Código do Procedimento Administrativo, op. cit.*, p. 103).

⁵³ Artigo 70.º, n.º 1, do CPA.

⁵⁴ Artigo 70.º, n.º 2, do CPA.

⁵⁵ Artigo 70.º, n.º 3, do CPA.

⁵⁶ Artigo 70.º, n.º 4, do CPA.

⁵⁷ Artigo 70.º, n.º 6, do CPA.

4.1.2. *Efeitos da arguição e da declaração dos impedimentos*

O artigo 71.º do CPA corresponde ao antigo artigo 46.º do CPA e tem como epígrafe “[e]feitos da arguição do impedimento”. Este artigo consagra quais os efeitos que decorrem da arguição de um impedimento por parte de um interessado ou da comunicação da verificação da causa de impedimento por parte do sujeito público impedido. De acordo com este artigo, sempre que seja arguida uma causa de impedimento ou o sujeito público declare que se encontra impedido, o titular do órgão ou agente ou qualquer outra entidade no exercício de poderes públicos deve suspender, de imediato, a sua atividade no procedimento, até à decisão do incidente, salvo determinação em contrário de quem tenha o poder de proceder à respetiva substituição⁵⁸. A redação do n.º 1 deste artigo suscita-nos, porém, uma pequena dúvida. De facto, a questão que se poderá colocar é se a ressalva de não suspensão da atividade no procedimento determinada por “quem tenha o poder de proceder à respetiva substituição” se aplica aos órgãos e agentes da Administração Pública e entidades que exerçam poderes públicos de autoridade, ou se, pelo contrário, se aplica apenas a estas últimas. A dúvida coloca-se pelos seguintes motivos:

i) Em consonância com a redação do artigo 70.º, n.ºs 1 e 2, do CPA, em que se fala de “superior hierárquico”, relativamente ao órgão ou agente da Administração Pública e se fala em “quem tem o poder para proceder à respetiva substituição”, para se referir às entidades que exercem poderes públicos de autoridade, poderá parecer que o legislador, ao adotar aqui apenas esta última expressão, quis que tal salvaguarda se aplicasse única e exclusivamente às entidades que exerçam poderes públicos de autoridade;

ii) Em consonância com a redação do antigo artigo 46.º, n.º 1, do CPA, que, referindo-se à mesma salvaguarda, falava em “superior hierárquico” e tendo agora o legislador optado por fazer cair tal expressão, poderá pensar-se que o fez propositalmente, sendo a sua intenção que essa salvaguarda não se aplicasse aos órgãos e agentes da Administração Pública, mas apenas às entidades que exerçam poderes públicos de autoridade.

De facto, o n.º 1 deste artigo 71.º acaba por lançar a dúvida. Terá sido a verdadeira intenção do legislador excluir da salvaguarda os órgãos e agentes da Administração Pública? Terá sido um mero lapso legislativo? Ou terá sido proposi-

⁵⁸ Artigo 71.º, n.º 1, do CPA.

tado por parte do legislador acolher ambas as situações no âmbito da expressão “quem tem o poder para proceder à respetiva substituição”? Na verdade, parece-nos que terá sido um mero lapso legislativo. Não faria sentido tal exclusão, desde logo por força do princípio da igualdade, mas também por força de uma interpretação coordenada com o artigo 70.º do CPA⁵⁹.

O artigo 72.º do CPA corresponde ao antigo artigo 47.º do CPA e tem como epígrafe “[e]feitos da declaração do impedimento”. Este artigo prevê os efeitos sobre a declaração de impedimento. A redação mantém-se muito semelhante à do antigo artigo 47.º do CPA, ou seja, havendo impedimento, o sujeito impedido deverá ser substituído pelo respetivo suplente, prevendo-se a possibilidade de avocação do órgão competente para esse efeito⁶⁰. Se for um órgão colegial, se não houver ou puder ser designado suplente, o órgão funcionará sem o membro impedido⁶¹.

4.2. *Das causas de escusa e suspeição*

O artigo 73.º do CPA corresponde ao antigo artigo 48.º do CPA e tem como epígrafe “[f]undamentos da escusa e suspeição”. Tal como se verificou no artigo 69.º do CPA, procedeu-se, neste âmbito, também ao alargamento subjetivo do conjunto de entidades que ficam sujeitas ao regime da escusa e suspeição. De facto, este regime aplica-se, agora, às entidades que se encontrem no exercício de poderes públicos de autoridade. A escusa ou suspeição pode verificar-se no âmbito do procedimento, da prática de um ato ou celebração de um contrato de direito público ou privado.

Quando se fala em escusa ou suspeição, está-se a referir a situações em que se pode duvidar da imparcialidade de um órgão ou agente da Administração Pública ou de uma entidade que exerce poderes públicos de autoridade. As situações que

⁵⁹ Não nos parece que faça sentido a exclusão eventualmente operada pelo legislador, inclusive aos presidentes dos órgãos colegiais, os quais também não eram citados no antigo artigo 46.º, n.º 1, do CPA mas que a doutrina considerava ter os mesmos poderes do superior hierárquico nestas situações.

Neste sentido, referem PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM que “[s]ó prevê a lei que a continuação do exercício de funções possa suceder a «mando» do superior, parecendo assim haver descoordenação com o artigo 45.º, n.º 3, devendo prevalecer uma interpretação conjugada dos dois artigos. Ou seja: o presidente do órgão colegial também pode avocar a questão, se ela coubesse já na sua competência, claro” (cit. PEDRO COSTA GONÇALVES, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado, op. cit.*, p. 24).

⁶⁰ Artigo 72.º, n.º 1, do CPA.

⁶¹ Artigo 72.º, n.º 2, do CPA.

vêm descritas nas diversas alíneas que compõe este artigo não são taxativas. De facto, a escusa ou suspeição deve verificar-se sempre que “ocorra circunstância pela qual se possa com razoabilidade duvidar seriamente da imparcialidade da sua conduta ou decisão”⁶².

Este novo artigo veio proceder ao alargamento dos fundamentos da escusa não só aos cônjuges, mas também àqueles que vivam em condições análogas às dos cônjuges, nomeadamente quando tenham interesse no procedimento, ato ou contrato⁶³; quando estes sejam credores ou devedores de pessoa singular ou coletiva com interesse no procedimento, ato ou contrato⁶⁴; quando estes tenham recebido dádivas antes de instaurado o procedimento⁶⁵; quando haja uma grande intimidade ou amizade entre estes e as pessoas que tenham interesse direto no procedimento, ato ou contrato⁶⁶. Além disso, este artigo veio considerar fundamento de escusa a situação de pendência em juízo de uma ação em que sejam parte o titular do órgão ou agente, o seu cônjuge ou pessoa que com ele viva em condições análogas à dos cônjuges, parente em linha reta ou pessoa com quem viva em economia comum, de um lado e, do outro lado, o interessado, o seu cônjuge ou pessoa que com ele viva em condições análogas à dos cônjuges, parente em linha reta ou pessoa com quem viva em economia comum⁶⁷. A configuração desta situação como fundamento de escusa ou suspeição constitui uma novidade deste novo Código, na medida em que, na versão anterior do Código, esta era considerada um impedimento⁶⁸.

Qualquer interessado pode, com os fundamentos previstos neste artigo 73.º, deduzir uma suspeição, sendo que, ao contrário do que acontecia na redação do antigo artigo 48.º, n.º 2, do CPA, o prazo não fica agora limitado pelo momento da decisão final do procedimento⁶⁹. Neste sentido, o artigo 74.º do CPA prevê que os pedidos de suspeição sejam formulados logo que haja conhecimento da circunstância que determina a escusa ou suspeição.

⁶² Artigo 73.º, n.º 1, do CPA.

⁶³ Artigo 73.º, n.º 1, alínea *a*), do CPA.

⁶⁴ Artigo 73.º, n.º 1, alínea *b*), do CPA.

⁶⁵ Artigo 73.º, n.º 1, alínea *c*), do CPA.

⁶⁶ Artigo 73.º, n.º 1, alínea *d*), do CPA.

⁶⁷ Artigo 73.º, n.º 1, alínea *e*), do CPA.

⁶⁸ Artigo 44.º, n.º 1, alínea *f*), do antigo CPA.

⁶⁹ Artigo 73.º, n.º 2, do CPA.

4.3. *Consequências da violação das garantias de imparcialidade*

O artigo 76.º do CPA, que corresponde ao antigo artigo 51.º do CPA, tem como epígrafe “[s]anções”. Este artigo prevê as sanções para os casos em que não sejam respeitadas as garantias de imparcialidade.

Assim, a sanção para os atos ou contratos em que tenham intervindo titulares de órgãos ou agentes impedidos mantém-se, tal como no Código anterior, a da anulabilidade. Acresce, agora, que também serão anuláveis os atos ou contratos em que tenham intervindo as entidades prestadoras de serviços, designadamente de serviços de consultoria, nos casos em que estavam impedidas de prestar tal serviço⁷⁰. Estas últimas entidades estão ainda obrigadas a indemnizar a Administração Pública e os terceiros de boa-fé pelos danos resultantes do ato ou contrato em cuja formação participaram quando estavam impedidas⁷¹.

Uma das principais novidades deste novo Código é o facto de, agora, a falta ou decisão negativa sobre a dedução de suspeição não prejudicar a invocação da anulabilidade dos atos praticados ou dos contratos celebrados, quando do conjunto das circunstâncias resulte a razoabilidade de dúvida séria sobre a imparcialidade da atuação do órgão, revelada na direção do procedimento, na prática de atos preparatórios relevantes para o sentido da decisão ou na própria tomada de decisão⁷². Trata-se, desta forma, de conferir uma maior proteção da posição assumida pelos interessados no procedimento. De facto, permite-se, que, não obstante a decisão sobre a suspeição ter sido negativa ou ter-se verificado a falta da dedução da suspeição, tal não impossibilita invalidar a decisão quando se verifique uma dúvida séria a respeito da imparcialidade da atuação do órgão da Administração. O que o legislador pretende é assegurar a credibilidade das decisões administrativas e fomentar um clima, na preparação e na tomada de decisões, de absoluta confiança e seriedade, quer por parte dos sujeitos envolvidos, quer por parte de toda a opinião pública. Neste sentido, fala-se, agora, não em suspeições, mas em “razoabilidade de dúvida séria sobre a imparcialidade”. Esta norma parece-nos, assim, um avanço no sentido da efetivação jurídico-prática do princípio da imparcialidade. Aliás, esta é

⁷⁰ Artigo 76.º, n.º 1, do CPA.

⁷¹ Artigo 76.º, n.º 3, do CPA.

⁷² Artigo 76.º, n.º 4, do CPA.

uma solução que decorre da própria aplicação do princípio da imparcialidade como princípio geral da atuação administrativa.

5. Considerações finais

Deixando de parte as considerações “pouco amigas” que se fizeram a respeito do projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo, que se têm vindo, agora, a fazer a respeito do novo Código e que se prendem, nomeadamente, com a sua falta de identidade nacional e cultural, bem como com a ideia de retrocesso para uma Administração Agressiva⁷³, vamos, neste ponto, essencialmente, tecer algumas considerações especificamente voltadas para o tema de relação jurídica procedimental, objeto da nossa atenção neste singelo artigo.

Em primeiro lugar, parece-nos que, apenas aparentemente, o novo Código procurou assentar numa lógica relacional. Isto por duas ordens de razões. Por um lado, o conceito de relação jurídica surge na Parte III do Código como estando apenas ligado à ideia de relação jurídica procedimental⁷⁴. O conceito relacional fica, desta maneira, adstrito à ideia do procedimento. Por outro lado, tal como já referimos *supra*, o legislador adota no Código o conceito de relação jurídica procedimental, mas mantém a designação, “consciente”⁷⁵, de interessados para se referir aos particulares que intervêm nessa mesma relação. Assim, sujeitos da relação jurídica

⁷³ Neste sentido, veja-se o texto da intervenção de PAULO OTERO na Sessão de Encerramento do colóquio sobre “O Projecto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo”, que está disponível, na íntegra, no sítio da Ordem dos Advogados em <http://www.oo.pt/upl/%7B84d6f7ba-1ba6-468c-a3de-149f28aa9739%7D.pdf>.

⁷⁴ Neste sentido, mas a propósito do projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo, referia ANDRÉ DE SALGADO DE MATOS, citando LUÍS FÁBRICA, que “[a]parentemente, o projecto procurou acentuar a lógica relacional do CPA, como resulta da afirmação de que se visou colocar «em paralelo, numa perspectiva procedimental, os particulares e a Administração como titulares de situações jurídicas subjectiva”» (exposição de motivos; no mesmo sentido, aliás em termos tautológicos, pontos 6 e 7 do preâmbulo); mas fê-lo de tal modo que, como bem assinala LUÍS FÁBRICA, “a relação jurídica surge acantonada na Parte III, enquanto relação jurídica procedimental, perdendo o seu estatuto como elemento unificador do conjunto do articulado: daí, por exemplo, que a Parte II já não se refira aos «sujeitos», públicos ou privado, mas apenas aos «órgãos»” (cit. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «O Projecto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo: Uma Revolução Legislativa Anunciada e as Suas Consequências», *op. cit.*, pp. 24 e 25).

⁷⁵ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

procedimental são os órgãos, sendo que os particulares continuam sendo, na verdade, meros interessados no procedimento.

O legislador quis, por um lado, colocar em paralelo os sujeitos públicos e os particulares, como refere no preâmbulo do diploma que aprova o novo Código do Procedimento Administrativo, mas sem que isso significasse, por outro lado, uma igualização, porquanto os particulares são detentores de direitos e a administração é, ainda assim, detentora de um poder público. Mais do que meros interessados no procedimento, os particulares deveriam ter sido considerados pelo legislador como verdadeiros sujeitos da relação jurídica procedimental. Os particulares deveriam, em nosso entendimento, considerar-se verdadeiros sujeitos na relação jurídica procedimental, mas sujeitos cujos direitos estão limitados pelo interesse público que cabe à Administração Pública prosseguir. De todo o modo, seria sempre de evitar o recurso à designação de interessados no procedimento.

Em segundo lugar, é visível, por parte do legislador, a ideia de aumentar a participação e a colaboração entre as diversas entidades do procedimento administrativo. Tal ideia assenta, em nosso entendimento, no princípio da boa administração, em que se prevê que a Administração Pública deve procurar sempre a melhor decisão ou a decisão mais eficiente do ponto de vista do interesse público.

Em terceiro lugar, denota-se um reforço das garantias de imparcialidade, com o objetivo de estabelecer uma relação de confiança entre todos os sujeitos que intervêm no procedimento, mas, também, com toda a opinião pública.

Finalmente, em quarto lugar, queremos reforçar a ideia de que a criação de um novo código ou a sua revisão era absolutamente necessária. De facto, era imperioso adaptar o Código ao Novo Direito Administrativo e, neste sentido, também, à realidade económica, social e cultural atualmente vigente no nosso ordenamento jurídico. Apesar de algumas mudanças operadas por este novo Código, que nos parecem bastante positivas, cremos que a boa vontade do legislador não passará de uma mera boa vontade, não tendo alcance prático, se não houver uma alteração da consciência-ética das entidades e pessoas que participam no comércio jurídico-administrativo. Afirmamos com convicção que não basta alterar os códigos ou a lei. É, pois, necessário muito mais do que isso. Urge uma mudança ao nível da consciência-ética de cada um dos sujeitos que intervêm no universo jurídico-administrativo.

O novo regime da anulação administrativa.

O caso particular do dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo Código do Procedimento Administrativo

Cláudia Garcia*

Sumário: Introdução. §1.O regime da revogabilidade de atos inválidos – análise CPA *versus* nCPA. 1.1. O regime da revogabilidade de atos inválidos no CPA. 1.2. O regime da revogabilidade de atos inválidos no nCPA. 1.2.1. Regime de atos não constitutivos de direitos. 1.2.2. Regime de atos constitutivos de direitos. §2. O novo regime da anulação administrativa. O caso particular do dever de anulação vertido no artigo 168.º, n.º 7. 2.1. Revogação *versus* anulação administrativa (no nCPA) – leituras dos preceitos legais. 2.2. O novo regime da anulação administrativa. 2.3. O caso particular do dever de anulação vertido no artigo 168.º, n.º 7. 2.4. O contributo da jurisprudência do TJUE. 2.4.1. A jurisprudência *Kühne&Heitz* (C-453/00). §3. Problematizações. 3.1. O reexame de atos administrativos nacionais definitivos contrários ao direito da União Europeia. Conclusões. Enumeração bibliográfica final.

Introdução

Em face da profunda reforma do Código do Procedimento Administrativo, pareceu-nos pertinente tratar, neste pequeno ensaio, o regime da anulação administrativa, enfatizando, em concreto, o caso particular do dever de anulação vertido no artigo 168.º, n.º 7.

Tal escolha versou sobre esta temática, quer por se tratar do regime onde foram operadas as alterações mais relevantes da Reforma, quer porque o Código de 1991 não previa este regime, nos moldes em que atualmente se encontra consagrado. De igual modo, e após análise da correspondência entre articulados: Código de 2015 e Código de 1991, verifica-se que o artigo 168.º é uma disposição nova e, em particular, o seu n.º 7 encontra-se relacionado com outros conceitos de igual pertinência, em nosso ver, como seja o novo Princípio da Cooperação Leal com a União

* Mestranda em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

Europeia, agora com consagração no artigo 19.º, elevado à categoria de princípio geral da atividade administrativa.

Pelo exposto, o objeto do nosso estudo incidirá, primeiramente, sobre o regime da revogabilidade de atos inválidos, não esquecendo uma análise do Código de 1991 e do Novo Código. Após esta análise de regimes, partiremos para a análise do novo regime da anulação administrativa sem, contudo, esquecer o conceito de revogação administrativa. Para a abordagem da temática sobre a qual versará o nosso ensaio, não será esquecido o contributo da jurisprudência europeia bem como a posição dos autores mais relevantes na matéria.

Nesta perspetiva, e dado o cunho de inovação do tema que nos propomos abordar, será inato que sejam suscitadas diversas questões/problematizações às quais, no decurso do nosso estudo, tentaremos dar resposta, ainda que nem sempre se afigure possível a concertação de resultados, quer por força da recente entrada em vigor do diploma, quer pela ainda parca bibliografia sobre a matéria.

§1. O regime da revogabilidade de atos inválidos – análise CPA¹ versus nCPA²

1.1. O regime da revogabilidade de atos inválidos no CPA

O artigo 141.º do CPA, sob a epígrafe “Revogabilidade dos actos inválidos”, estabelecia as seguintes condições para a admissibilidade da revogação:

- Os atos inválidos apenas poderiam ser revogados com fundamento na sua ilegalidade;
- No prazo de um ano ou até à resposta (contestação) da entidade recorrida, caso tenha existido impugnação judicial;
- Não existia qualquer distinção entre atos administrativos inválidos, quer fossem ou não constitutivos de direitos; decorrido o prazo de um ano sob a sua prática, a revogação seria impossível;

¹ Abreviatura utilizada ao longo do texto para designar o Código do Procedimento Administrativo, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, entretanto revogado pelo novo Código do Procedimento Administrativo, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

² Expressão doravante utilizada para designar o novo Código do Procedimento Administrativo aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, atualmente em vigor.

- Este decurso do prazo correspondia a uma “sanação objetiva do ato inválido”³.

Deste regime decorria que os atos administrativos inválidos apenas poderiam ser revogados no prazo de um ano. Nas palavras de CARLOS JOSÉ BATALHÃO, no final desse prazo, o ato tornar-se-ia irrevogável, por força do artigo 141.º do CPA⁴. Em suma, o regime da revogação anulatória apresentava as seguintes características, a saber:

“a) Os atos nulos, inexistentes, anulados contenciosamente e revogados com eficácia retroativa não eram suscetíveis de revogação;

b) Os atos cujos efeitos tivessem caducado ou se encontrassem esgotados apenas podiam ser objeto de revogação com eficácia retroativa;

c) Os atos administrativos inválidos só podiam ser revogados com fundamento na sua invalidade;

d) Os atos administrativos inválidos só podiam ser revogados dentro do prazo de 1 ano (...);

e) A revogação, porque fundamentada na invalidade do ato revogado, tinha efeito retroativo (artigo 145.º, n.º 2, do CPA de 1991)”⁵. CARLOS JOSÉ BATALHÃO⁶ considera que este CPA concedia um peso excessivo à estabilidade e segurança jurídicas.

LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES⁷ entende que o CPA, ao tratar a revogação de uma forma ampla e unitária, não deixou, contudo, de distinguir a revogação propriamente dita, revogação de atos válidos, da revogação anulatória ou anulação administrativa, à semelhança do que sucede nos ordenamentos jurídicos alemão e italiano onde se distingue entre anulação e revogação. Por seu turno, defende que a figura da anulação administrativa, dada a sua complexidade, como veremos de seguida, tem despertado maior interesse na doutrina, o que se poderá explicar também pelo seu novo regime, sobre o qual versaremos.

³ CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*, Porto Editora, Porto, 2015, p. 276.

⁴ A este respeito CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo*, op. cit., p. 276, sugere a consulta do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2000-01-12.

⁵ CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo*, op. cit., p. 276.

⁶ CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo*, op. cit., p. 276.

⁷ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, «Anulação administrativa ou *nulla annullatio sine iudicio?*», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 79, 2010, p. 4.

1.2. O regime da revogabilidade de atos inválidos no nCPA

O regime jurídico da revogabilidade de atos inválidos sofreu uma profunda alteração; inversamente ao CPA, vem agora o nCPA estabelecer dois regimes distintos de anulação administrativa, no que concerne a atos inválidos, como veremos de seguida.

1.2.1. Regime de atos não constitutivos de direitos

O nCPA vem admitir, diferentemente do que se verificava no CPA, a anulação administrativa de atos (ilegais) mesmo depois de estes se tornarem inimpugnáveis judicialmente, em conformidade com o artigo 58.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, doravante designado por CPTA⁸. Aqui vem privilegiar-se a reposição da legalidade e o interesse público, contrariamente ao que sucedia com o CPA.

Com o nCPA, passa a prever-se a possibilidade de anulação de atos administrativos não constitutivos de direitos num prazo máximo de 5 anos a contar da sua prática, desde que tal ocorra nos 6 meses seguintes à data do conhecimento pelo órgão competente da invalidade, ou, nos casos de invalidade resultante de erro do agente, desde o momento da cessação do erro⁹.

1.2.2. Regime de atos constitutivos de direitos

O nCPA, no seu artigo 167.º, n.º 3, estende a noção de atos constitutivos de direitos¹⁰ às situações de anulação e de revogação administrativas.

Ora, este novo regime pode ainda ser subdividido em dois¹¹:

⁸ Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, que, pese embora algumas alterações a que foi sujeita, aguarda a todo o momento a publicação da sua Reforma para compatibilização, entre outros motivos, com os normativos do nCPA.

⁹ CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo*, op. cit., p. 276.

¹⁰ "(...) os atos administrativos que atribuam ou reconheçam situações jurídicas de vantagem ou eliminem ou limitem deveres, ônus, encargos ou sujeições, salvo quando a sua precariedade decorra da lei ou da natureza do ato".

¹¹ A este respeito, *vd.* CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo*, op. cit., p. 277.

- um regime geral, idêntico ao regime da revogabilidade de atos inválidos previsto no artigo 141.º do CPA, por nós já enunciado;
- um regime especial, estabelecido para as situações tipificadas na lei e que será mais adiante objeto do nosso estudo.

§2. O novo regime da anulação administrativa. O caso particular do dever de anulação vertido no artigo 168.º, n.º 7

2.1. *Revogação versus anulação administrativa (no nCPA) – leituras dos preceitos legais*

ISABEL CELESTE M. FONSECA¹² realça o particular contributo dado pela distinção entre revogação e anulação administrativas no novo regime.

O novo regime corresponde, com profundas alterações, conforme vimos anteriormente, ao artigo 141.º do CPA. No entanto, encontram-se agora instituídas previsões normativas distintas para cada uma destas figuras, reservando-se para a anulação administrativa o principal enfoque das alterações. Ora vejamos:

a) *Conceito*

O conceito de *revogação* vem agora consagrado no artigo 165.º, n.º 1, do nCPA, correspondendo ao ato administrativo que determina a cessação de outro, por razões de mérito, conveniência ou oportunidade.

De igual modo, vem consagrado o conceito de *anulação administrativa*, no artigo 165.º, n.º 2, do nCPA, definindo-a o legislador como o “(...) ato administrativo que determina a destruição dos efeitos de outro ato, com fundamento em invalidade”.

MIGUEL PRATA ROQUE¹³ fala aqui de um verdadeiro dualismo entre revogação e anulação, considerando esta última como responsável pela “precarização de atos

¹² ISABEL CELESTE M. FONSECA, «A revisão do Código do Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais) fracos», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Ética e Direito*, Tomo II, 2013, p. 63.

¹³ *Vd.* MIGUEL PRATA ROQUE, «Revogação Vs Anulação» [consultado a 3 de junho de 2015]. Disponível em <http://prezi.com/a9miyy6qrug7/revogacao-vs-anulacao/>.

administrativos” destinados à implementação de direitos fundamentais por força de situações de emergência económico-financeira.

b) Regime

No que à *revogação* diz respeito, o nCPA vem regular no seu artigo 166.º o regime dos atos não revogáveis bem como no artigo 167.º os atos que, por lei, não podem ser revogados. A iniciativa para a revogação de atos administrativos caberá à Administração ou a pedido, em conformidade com o n.º 1 do artigo 169.º do nCPA. Por seu turno, a revogação será da competência do autor do ato administrativo e respetivo superior, desde que não se trate de competência exclusiva do subalterno bem como do órgão delegante e delegado, nos termos dos n.ºs 2 e 4 do artigo 169.º do nCPA. Conforme vimos anteriormente, a revogação de atos constitutivos de direitos encontra o seu regime consagrado no artigo 167.º, n.º 2, do nCPA, instituindo aqui verdadeiras novidades relativamente ao CPA, os fundamentos previstos nas alíneas *c)* e *d)* do preceito *supra* referido, fazendo a respetiva remissão para o regime indemnizatório previsto no n.º 5, da chamada “indemnização pelo sacrifício”.

Por seu turno, e no que concerne à *anulação administrativa*, dispõe o n.º 1 do artigo 168.º do nCPA um prazo de *6 meses* a contar da data do conhecimento da causa da invalidade ou da cessação do erro, mas desde que não tenham sido ultrapassados *5 anos*, a contar da emissão do ato. Caso o ato tenha sido impugnado jurisdicionalmente, nos termos do n.º 3 do preceito acima referido, só poderá ser anulado até ao encerramento da discussão. ISABEL CELESTE M. FONSECA entende que há aqui “menosprezo pelos direitos fundamentais dos interessados (...) e que vai no sentido de desvalorizar o incumprimento de formalidades essenciais procedimentais (...), não sancionando o acto que padeça de tal tipo de vícios e desresponsabilizando quem os pratica”¹⁴.

¹⁴ ISABEL CELESTE M. FONSECA, «O procedimento administrativo no (novo) CPA): dúvidas sobre a sua subalternização perante o acto e o processo», in *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 05, 2015, p. 37.

No que tange ao regime da *anulação administrativa* de ato constitutivo de direitos, o prazo regra de um ano após a emissão encontra-se estabelecido no n.º 2 do artigo 168.º do nCPA. Porém, esta disposição prevê casos excepcionais, elencados no n.º 4, cujo prazo é distinto. São eles:

- prazo de 5 anos, salvo disposição nacional ou da União Europeia em sentido diverso (cfr. n.º 4);
- situações em que o beneficiário utiliza subterfúgio fraudulento (cfr. alínea a));
- obtenção de prestações periódicas, no âmbito de uma relação continuada (cfr. alínea b));
- em caso de atos de conteúdo pecuniário cuja legalidade possa ser sujeita a fiscalização administrativa para além do prazo de um ano, com a imposição de restituição das quantias auferidas a título indevido (cfr. alínea c)).

RUI TAVARES LANCEIRO¹⁵ entende que esta será provavelmente aquela que abarcará as situações de compatibilização mais complexa com o Direito da União Europeia, como se verificará com os auxílios de Estado e com a administração nacional dos fundos da União Europeia.

O novo regime da anulação administrativa prevê ainda no n.º 6 do artigo 168.º do nCPA o direito a indemnização por “danos anormais”, desde que os beneficiários dos atos constitutivos de direitos desconheçam, sem culpa, a existência da invalidade, “(...) tenham auferido, tirado proveito ou feito uso da posição de vantagem”. TIAGO MACIEIRINHA¹⁶ defende que esta solução apenas será aplicável aos beneficiários de boa-fé.

Será igualmente de salientar que a anulação administrativa produz efeitos retroativos, por força do n.º 3 do artigo 171.º do nCPA, salvo se o ato se tiver tornado inimpugnável por via jurisdicional. Ao nível das consequências, elencadas no artigo 172.º do nCPA, a anulação administrativa constitui a Administração no dever

¹⁵ RUI TAVARES LANCEIRO, «O Dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do Novo CPA e a Jurisprudência Kühne&Heitz», Paper, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, p. 8 [consultado a 3 de junho de 2015]. Disponível em www.icjp.pt/.../o-dever-de-anulacao-do-artigo-168o-no-7-do-novo-cpa-e-jurisprudencia-kuhne-heitz.

¹⁶ TIAGO MACIEIRINHA, «Notas sobre a revogação no projeto de revisão do CPA», Projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo – Colóquio de 25 de junho de 2013, Universidade Católica Portuguesa, p. 102.

de reconstituir a situação hipotética atual bem como a dar cumprimento a outros deveres como sejam:

- praticar atos de eficácia retroativa (n.º 2, primeira parte);
- anular, reformar ou substituir os atos consequentes sem dependência de prazo (n.º 2, segunda parte);
- alterar as situações de facto entretanto constituídas, cuja manutenção não seja compatível com a reconstituição hipotética atual (n.º 2, *in fine*).

O n.º 3 do preceito *supra* referido prevê ainda as consequências criadas por ato cuja manutenção se impõe salvaguardar, quando dessa alteração resultem danos de difícil ou mesmo impossível reparação e for manifesta a desproporcionalidade entre esse interesse na manutenção do ato e a dos interessados na concretização da anulação. Por sua vez, o n.º 4 consagra os casos de reintegração e recolocação de trabalhador, em que exista terceiro com interesse legítimo na manutenção de situação não compatível, criada há mais de um ano. Por fim, dispõe o n.º 7 do artigo 168.º do nCPA um caso de anulação administrativa excecional, tema que abordaremos de seguida.

ROBIN DE ANDRADE¹⁷ preconizou a ideia de que os preceitos relativos à revogação e anulação administrativas consubstanciam a verdadeira rutura de regime que o Código do Procedimento Administrativo veio introduzir.

2.2. *O novo regime da anulação administrativa*

Pelos motivos previamente aduzidos, e à semelhança de RUI TAVARES LANCEIRO¹⁸, parece-nos ser possível aferir que uma das grandes inovações do nCPA terá sido a introdução da distinção entre figuras da revogação e da anulação administrativas. Aliás, no mesmo sentido, já ANDRÉ SALGADO DE MATOS¹⁹ tinha sustentado que de todas as matérias disciplinadas no nCPA a da revogação dos atos administrativos seria aquela que se pretenderia alterar com maior profundidade.

¹⁷ ROBIN DE ANDRADE, «O regime da revogação e da anulação administrativa no projecto do novo CPA», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013, p. 78.

¹⁸ RUI TAVARES LANCEIRO, «O Dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do Novo CPA e a Jurisprudência Kühne&Heitz», *op. cit.*, p. 7.

¹⁹ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «A invalidade do ato administrativo no projeto de revisão do CPA», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013, p. 4.

Conforme mencionámos anteriormente, o nCPA vem então prever a possibilidade de anulação de atos administrativos inválidos e de eliminação dos seus efeitos de forma mais ampla do que a prevista no CPA para a revogação anulatória (de atos ilegais), podendo ocorrer inclusivamente decorrido o prazo para a sua impugnação judicial²⁰.

MARCO CALDEIRA considera que não obstante, em certa medida, o novo regime da anulação administrativa se afigurar numa linha de continuidade com o regime da revogação (anulatória) prevista no CPA, em muitas outras situações, acarreta soluções de rutura, abrindo ao intérprete “novos e estimulantes desafios”²¹. O autor entende que o novo regime possui um quadro legal mais completo, apesar de mais complexo também, parecendo apontar a sua orientação para o primado do princípio da legalidade sobre a estabilidade das situações jurídicas. Por fim, considera ainda que o novo regime é resultado da inspiração de duas fontes distintas: a prevalência da “Escola de Coimbra” sobre a “Escola de Lisboa”, por um lado, e a passagem de um sistema “francês” para um “alemão”²², por outro.

2.3. O caso particular do dever de anulação vertido no artigo 168.º, n.º 7

Da profunda reforma ao Código do Procedimento Administrativo, em que foram revistos 166 artigos (o Projeto previa a revisão de 200 artigos²³), o regime da anulação administrativa foi um dos onde mais se fez sentir a revisão operada. Desde logo, com o nCPA, a diferença entre a anulação administrativa e a anulação judicial dos atos administrativos ficou bem patente, fixando a lei prazos que podem não coincidir em ambas as situações, e permitindo, *inclusive*, desde que verificadas determinadas condições, a anulação administrativa de atos tornados contenciosa-

²⁰ RUI TAVARES LANCEIRO, «O Dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do Novo CPA e a Jurisprudência Kühne&Heitz», *op. cit.*, p. 7.

²¹ MARCO CALDEIRA, «A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015», in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, C. AMADO GOMES/ A. F. NEVES/ T. SERRÃO (Coord.), AAFDL, 2015, p. 678.

²² MARCO CALDEIRA, «A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015», *op. cit.*, p. 678.

²³ ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, «Abertura e transparência no projeto de revisão do CPA», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, X, 2013, p. 63.

mente inimpugnáveis, com efeitos retroativos ou apenas para o futuro²⁴, nos termos dos artigos 171.º, n.º 3, e 172.º do nCPA. De igual modo, parece de realçar a “harmonização, nesta matéria, entre o Direito interno e outros ordenamentos jurídicos, em especial quando a atuação administrativa envolva a aplicação de regras do Direito da União Europeia”²⁵.

CARLOS JOSÉ BATALHÃO considera que a norma do artigo 168.º, n.º 7, do nCPA “prevê um caso de «revisão de sentença» judicial, por alteração dos pressupostos jurídicos”²⁶. Na opinião veiculada pelo autor, com a qual concordamos, “quando um ato administrativo tenha sido julgado válido por sentença transitada em julgado proferida por um tribunal administrativo com base na interpretação do direito da União Europeia e este direito for objeto de nova interpretação por sentença posterior, também transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo que, julgando em última instância, tenha dado execução a uma sentença de um tribunal da União Europeia (...) deve a Administração anular aquele ato”²⁷. Ora, dispõe o preceito que, estando em causa a interpretação do Direito da União Europeia²⁸, a Administração tem o dever de anular o ato que tenha sido julgado válido por um tribunal nacional, invocando, assim, nova interpretação (definitiva) em sentença posterior, proferida por tribunal nacional, julgando em última instância. Deste normativo, parece-nos que esta última é proferida com o fito de executar uma sentença do Tribunal de Justiça da União Europeia, doravante designado por TJUE, vinculativa para o Estado Português.

²⁴ *Vd.* anotação ao artigo 168.º em FERNANDO GONÇALVES [et al.], *Novo Código do Procedimento Administrativo: anotado e comentado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 218.

²⁵ A este propósito, *cfr.* anotação ao artigo 168.º em FERNANDO GONÇALVES [et al.], *Novo Código do Procedimento Administrativo: anotado e comentado*, *op. cit.*, p. 219, onde é relevado o contributo da jurisprudência, designadamente, através do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17 de dezembro de 2014, Processo 0454/14, 2.ª secção, relativo às consequências jurídicas da invalidade de ato administrativo em matéria tributária.

²⁶ CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, p. 278.

²⁷ *Cfr.* FAUSTO DE QUADROS, *A Nova Dimensão do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 50, *apud* CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, p. 278, alerta que o aprofundamento das relações entre o Direito Administrativo e o Direito Comunitário tem dado origem ao Direito Administrativo Comunitário ou Direito Administrativo Europeu.

²⁸ Nas palavras de RUI TAVARES LANCEIRO, esta é a expressão adotada e que deverá ser entendida como abrangendo o que se designava outrora por “Direito Comunitário”, por força do Tratado de Lisboa, *cfr.* artigo 1.º, 3.º parágrafo – *vd.* RUI TAVARES LANCEIRO, «O Dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do Novo CPA e a Jurisprudência Kühne&Heitz», *op. cit.*, p. 1.

O nCPA, com este preceito, estabelece um caso de verdadeiro dever de anulação administrativa, pese embora a complexidade da sua redação, aliada, em nosso ver, à sua difícil interpretação, estabelecendo o seguinte:

“Desde que ainda o possa fazer, a Administração tem o dever de anular o ato administrativo que tenha sido julgado válido por sentença transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo com base na interpretação do direito da União Europeia, invocando para o efeito nova interpretação desse direito em sentença posterior, transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo que, julgando em última instância, tenha dado execução a uma sentença de um tribunal da União Europeia vinculativa para o Estado português”.

Não obstante a redação complexa, resulta claro na opinião de RUI TAVARES LANCEIRO²⁹, e com a qual concordamos, que o preceito se encontra relacionado com a aplicação do Direito da União Europeia pela Administração e pelos tribunais portugueses. Por conseguinte, a solução deste dispositivo tem que ver com a anulação de um ato administrativo que, embora “julgado válido por sentença transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo” à luz de uma determinada “interpretação do direito da União Europeia”, se deve considerar inválido por essa interpretação ser afastada “em sentença posterior”. Entende RUI TAVARES LANCEIRO que este preceito remete para a jurisprudência do TJUE, *Kühne&Heitz* (C-453/00), sobre a qual nos debruçaremos de seguida. Relativamente ao artigo 168.º, n.º 7, o autor³⁰ não deixa de salientar a redação confusa do preceito, que, segundo entende, não clarifica a aplicabilidade em Portugal da jurisprudência *Kühne&Heitz* (C-453/00), julgando mesmo que dele parece decorrer uma norma inaplicável. Ora, vejamos os fundamentos que invoca:

1) Logo na formulação inicial, o preceito não estabelece um dever incondicionado da administração, ao invés, é necessário que a anulação “ainda” possa ocorrer. Não podendo ocorrer, não tendo a Administração competência para o efeito, resultaria a inaplicabilidade do preceito. Concordamos com RUI TAVARES LANCEIRO quando afirma que a intenção do legislador é fazer referência aos prazos e

²⁹ RUI TAVARES LANCEIRO, «O Dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do Novo CPA e a Jurisprudência *Kühne&Heitz*», *op. cit.*, p.7.

³⁰ RUI TAVARES LANCEIRO, «O Dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do Novo CPA e a Jurisprudência *Kühne&Heitz*», *op. cit.*, pp. 16-22.

condições vertidos nos n.ºs 1, 2 e 4, no entanto, tal poderia resultar claramente da lei;

2) Por outro lado, no que tange a um ato administrativo que “(...) *tenha sido julgado válido por sentença transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo com base na interpretação do direito da União Europeia*”, trata-se de um dos requisitos da jurisprudência que veremos de seguida, no entanto, os requisitos são cumulativos, pelo que na falta de um deles, não parece, poder inferir-se que o preceito clarifique o Acórdão *Kühne&Heitz* (C-453/00);

3) O preceito também não esclarece se a sentença posterior de um tribunal administrativo português, transitada em julgado, que “dê execução” a esta “nova interpretação” da norma em causa do Direito da União Europeia deverá ou não ser emitida no processo que envolva o ato administrativo em questão ou em outro processo que envolva a interpretação da mesma norma;

4) No que concerne a esta “nova interpretação”, poderão também suscitar-se problemas de conformidade com a Constituição da República Portuguesa, doravante designada por CRP, no que diz respeito ao princípio da segurança jurídica, decorrente do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da CRP), e à vinculação de todas as entidades públicas às decisões judiciais (cfr. artigo 205.º, n.º 2, da CRP). Aliás, um eventual primado supraconstitucional do Direito da União Europeia não deverá influenciar a análise destas questões de constitucionalidade, dado que a jurisprudência *Kühne&Heitz* (C-453/00) apenas se aplica no caso de o ordenamento jurídico do Estado-Membro em causa atribuir competência aos órgãos administrativos, o poder de revogação ou anulação do ato administrativo em causa;

5) Uma última interpretação que o autor faz leva-o a concluir que uma decisão judicial transitada em julgado pode ser objeto de recurso extraordinário de revisão, quando se revelar contrária ou incompatível com o Direito da União Europeia. Todavia, considera que esta interpretação, consistente com a CRP, não se compadece com a redação do preceito, pois este ficaria esvaziado de conteúdo: assim “a anulação do acto pela sua invalidade decorreria da própria decisão judicial do recurso extraordinário, sendo desnecessário prever a sua anulação administrativa”³¹.

³¹ RUI TAVARES LANCEIRO, «O Dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do Novo CPA e a Jurisprudência *Kühne&Heitz*», *op. cit.*, p. 22.

2.4. O contributo da jurisprudência do TJUE

2.4.1. A jurisprudência Kühne&Heitz (C-453/00)

O litígio que originou o Acórdão *Kühne&Heitz* (C-453/00) envolvia uma empresa exportadora que recebia créditos fiscais aduaneiros, tendo em conta a classificação dos bens nos termos da Pauta Aduaneira Comum. Em momento posterior, a autoridade nacional procedeu a uma revisão da classificação dos bens, o que veio originar a sua reclassificação e a consequente perda dos créditos fiscais. As autoridades determinaram a restituição dos créditos prestados. Assim, a empresa veio reagir contra a decisão da autoridade.

No que concerne à jurisprudência em análise, o TJUE concluiu que, em determinadas situações, poderá existir um limite ao princípio da segurança jurídica e à proteção por si conferida, através da lei nacional, aos atos administrativos³² consolidados. Desta feita, o princípio da cooperação leal impõe que um órgão administrativo, ao qual foi apresentado um pedido nesse sentido, reexamine um ato administrativo definitivo à luz da interpretação entretanto realizada pelo TJUE, desde que reunidos quatro requisitos cumulativos³³, quais sejam:

- a) O órgão administrativo disponha, no Direito nacional, do poder de revogação (ou anulação) do ato administrativo;
- b) O ato se tenha tornado definitivo em resultado de um acórdão de um órgão jurisdicional de última instância;
- c) O acórdão tenha incorrido numa interpretação errada do Direito da União Europeia face a jurisprudência posterior do TJUE, sem que tivesse sido submetida uma questão prejudicial; e
- d) O interessado se tenha dirigido ao órgão administrativo imediatamente depois de ter tido conhecimento da referida jurisprudência posterior do TJUE.

³² A jurisprudência do TJUE utiliza a expressão “decisão administrativa”, porém RUI TAVARES LANCEIRO entende que o termo “ato administrativo” se coaduna melhor com a realidade do ordenamento jurídico português – cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, «O Dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do Novo CPA e a Jurisprudência Kühne&Heitz», *op. cit.*, p. 11, *vd.* nota de rodapé 32.

³³ Cfr. os Acórdãos *Kühne&Heitz* (C-453/00), n.ºs 26 e 28; *Kempter* (C-2/06), n.º 38; *i-21 Germany e Arcor* (C-392/04 e C-422/04), n.º 52, *apud* RUI TAVARES LANCEIRO, «O Dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do Novo CPA e a Jurisprudência Kühne&Heitz», *op. cit.*, p. 12, *vd.* nota de rodapé 39.

§3. Problematizações

Conforme tivemos a oportunidade de referir, o prazo aplicável à anulação administrativa de atos constitutivos de direitos é de um ano, a contar da data da respetiva emissão³⁴, porém, este prazo poderá ser alargado, estabelecendo-se um regime especial de 5 anos, salvo se a Lei ou o Direito da União Europeia prescreverem prazo diferente³⁵. Acresce que este alargamento do prazo de anulação, segundo RUI TAVARES LANCEIRO, vem “diminuir a probabilidade de necessidade de desaplicação do limite temporal previsto na lei procedimental portuguesa face ao primado do Direito da UE”³⁶. Todavia, o autor tem dúvidas da aplicabilidade do regime, considerando a ressalva relativa a prazos mais longos decorrentes do Direito da União Europeia. TAVARES LANCEIRO realça ainda o contributo da jurisprudência do TJUE, *Deufil (310/85) e Alcan (C-24/95)*, que, a ser interpretada de forma extensiva, levaria a que a consolidação destes atos apenas pudesse operar perante motivos legítimos para fundar a confiança legítima dos cidadãos³⁷.

VASCO PEREIRA DA SILVA³⁸, já aquando da elaboração do Projeto de alteração ao Código do Procedimento Administrativo, elencava três grandes motivos para a reforma, a saber:

- a necessidade de adaptar e de “refrescar” soluções consagradas;
- a necessidade de adaptar o Código do Procedimento Administrativo às alterações legislativas, entretanto surgidas, quer pelo CPTA, quer pelo Código dos Contratos Públicos;
- e por último, mas não menos importante, a necessidade de abrir o direito português ao direito europeu e ao direito global.

³⁴ Cfr. artigo 168.º, n.º 2, do nCPA.

³⁵ Cfr. artigo 168.º, n.º 4, do nCPA.

³⁶ RUI TAVARES LANCEIRO, «O Dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do Novo CPA e a Jurisprudência Kühne&Heitz», *op. cit.*, p. 8.

³⁷ RUI TAVARES LANCEIRO, «O Dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do Novo CPA e a Jurisprudência Kühne&Heitz», *op. cit.*, p. 8.

³⁸ VASCO PEREIRA DA SILVA, «“O Inverno do nosso descontentamento” – As impugnações administrativas no projeto de revisão do CPA», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013, p. 121.

Um dos objetivos do nCPA é comumente aceite como sendo a consagração de soluções em conformidade com o Direito da União Europeia³⁹. Neste sentido, procurou-se consagrar o princípio da cooperação leal da Administração Pública com a União Europeia⁴⁰. O próprio n.º 5 do preâmbulo do nCPA vem estabelecer que este “novo” princípio “(...) dá cobertura à crescente participação da Administração Pública portuguesa no processo de decisão da União Europeia (...)”. Contudo, a inovação deste novo princípio parece não merecer consenso pela Doutrina.

FAUSTO DE QUADROS, já no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo, defendia a particular importância do princípio da colaboração com a União Europeia, atendendo ao elevado número de procedimentos nacionais em que “(...) são chamados a intervir órgãos ou organismos da União Europeia e também procedimentos da União em que são chamadas a participar as Administrações Públicas nacionais”⁴¹.

Por seu turno, e ainda em sede de projeto de revisão, JOÃO CAUPERS⁴² entendia que a cedência das diversas normas nacionais perante o Direito da União Europeia merecia particular cuidado. Aliás, acrescentou que admitir a revogação nas condições exigidas pelo Tribunal de Justiça, além dos prazos em que a revogação fosse possível, representaria uma violação do princípio da proteção da confiança, princípio que todas as ordens jurídicas da União e ela própria reconhecem e garantem. CAUPERS vai mais longe, alegando que não o convencem os argumentos de DIOGO FREITAS DO AMARAL, nem de Marcelo Rebelo de Sousa e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, dada a “ironia de reconhecer ao órgão competente o poder de convalidar o acto praticado por órgão relativamente incompetente”⁴³.

ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA fala mesmo de um “lamentável dobrar de joelhos perante a ‘doutrina dos países europeus’ (...)”⁴⁴.

³⁹ *Vd.* n.º 18, parte final, do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que aprovou o nCPA.

⁴⁰ *Cfr.* artigo 19.º do nCPA.

⁴¹ FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do Projeto do Código do Procedimento Administrativo», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013, p. 131.

⁴² JOÃO CAUPERS, «O Regime da revogação no CPA: uma revisão conveniente», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, 2010, p. 71.

⁴³ JOÃO CAUPERS, «O Regime da revogação no CPA: uma revisão conveniente», *op. cit.*, p. 73.

⁴⁴ ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, «Abertura e transparência no projeto de revisão do CPA», *op. cit.*, p. 65.

Desde logo, há doutrina⁴⁵ que entende que a consagração deste novo princípio apenas peca por tardia, constituindo uma alteração do quadro legislativo português em face das normas da União Europeia que, quer por força dos Tratados, quer do disposto no artigo 8.º, n.º 4, da CRP, norteiam Estados de Direito Democráticos como Portugal.

Inversamente, RUI TAVARES LANCEIRO⁴⁶ é bastante crítico, considerando o preceito como discutível, preconizando que “não existe formulação de um dever genérico de cooperação ou o esclarecimento de quais os procedimentos aplicáveis”, considerando que este artigo 19.º representa uma oportunidade de inovação perdida. Pelos diversos fundamentos já aduzidos, parece-nos, assim, poder concordar com o autor, de acordo com o qual a interpretação correta do artigo 168.º, n.º 7, do nCPA ficará em aberto. Se o dever de anulação depende da “execução” genérica da jurisprudência do TJUE pelos tribunais nacionais, o preceito será desconforme com o Direito da União Europeia. Se, porventura, depende da “execução” da jurisprudência do TJUE, então, será desnecessário. Caso se prescindia da intervenção dos tribunais, poderão suscitar-se questões de constitucionalidade por violação do princípio da segurança do caso julgado.

Contrariamente a RUI TAVARES LANCEIRO, MARCO CALDEIRA⁴⁷ considera o n.º 7 do artigo 168.º do nCPA como uma exceção que força, por esse mesmo motivo, o sentido prescritivo da regra, entendendo que não existem dúvidas quanto ao carácter imperativo da anulação, em face do rigor da expressão “tem o dever de anular”, tratando-se de um dever qualificado, uma vez que incide sobre um ato já julgado válido por sentença transitada em julgado, que não deixa de constituir uma “situação-limite”, segundo alude.

Relativamente à jurisprudência *Kühne&Heitz* (C-453/00), parece resultar claro que foi intenção do legislador prever a problemática nela patente, no entanto, tal como RUI TAVARES LANCEIRO, julgamos que tal não terá almejado o alcance pretendido. Este vai mais longe, considerando que o artigo 168.º, n.º 7, do nCPA não po-

⁴⁵ Anotação ao artigo 19.º em FERNANDO GONÇALVES [et al.], *Novo Código do Procedimento Administrativo: anotado e comentado*, op. cit., p. 63.

⁴⁶ RUI TAVARES LANCEIRO, «O Dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do Novo CPA e a Jurisprudência *Kühne&Heitz*», op. cit., p. 2, cfr. nota de rodapé 6.

⁴⁷ MARCO CALDEIRA, «A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015», op. cit., pp. 660-661.

derá ser justificado como vinculação do Direito da União Europeia. Neste ponto, em nosso ver, parece-nos algo excessivo.

3.1. O reexame de atos administrativos nacionais definitivos contrários ao direito da União Europeia

O reexame de atos administrativos nacionais definitivos contrários ao direito da União Europeia poderá ser uma das problematizações objeto do tema sobre o qual vimos a debruçar-nos.

Segundo SOPHIE PEREZ FERNANDES⁴⁸, o reexame não se reporta exclusivamente ao problema de conciliação com os princípios da segurança jurídica e da legalidade, mas também à articulação entre as ordens jurídicas nacionais com a ordem jurídica da União Europeia. Ora, já na jurisprudência *Kühne&Heitz* (C-453/00), por nós enunciada, como também no Acórdão *Byankov*⁴⁹, analisado pela autora, os órgãos jurisdicionais de reenvio questionaram o TJUE, tendo este se pronunciado nos termos do princípio da cooperação leal, também consagrado no artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia⁵⁰.

Sobre a possibilidade de reexame de atos administrativos definitivos, parece-nos de referir uma outra problematização suscitada pela jurisprudência *Kempter&Hamburg-Jonas* (Processo C-2/06), relativa a uma questão prejudicial quanto à aplicação da jurisprudência comunitária *Kühne&Heitz* (C-453/00). O TJUE entendeu aqui que o direito da União Europeia não impunha qualquer limite temporal para a apresentação de um pedido de reexame de uma decisão administrativa que se tornou definitiva, tendo os Estados-Membros liberdade de fixar os prazos de recurso

⁴⁸ SOPHIE PEREZ FERNANDES, «O reexame de atos administrativos definitivos contrários ao direito da União em matéria de cidadania – os contornos do acórdão *Byankov*», in *Debater a Europa*, 9, 2013, p. 69 [consultado a 25 de maio de 2015]. Disponível em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debateeuropa/>.

⁴⁹ Acórdão [Tribunal de Justiça (TJ)] de 4 de outubro de 2012, Processo C-248/11, *HristoByankov contra Glavensekretar na Ministerstvo na vatrešniteraboti*, Processo C-249/11, Coletânea de Jurisprudência 2012, não publicado, *apud* SOPHIE PEREZ FERNANDES, «O reexame de atos administrativos definitivos contrários ao direito da União em matéria de cidadania...», *op. cit.*, p. 70, o qual versa sobre o direito fundamental à livre circulação e residência inerente ao estatuto de cidadania da União.

⁵⁰ SOPHIE PEREZ FERNANDES, «O reexame de atos administrativos definitivos contrários ao direito da União em matéria de cidadania...», *op. cit.*, p. 82.

razoáveis, em respeito pelos princípios comunitários da efetividade e da equivalência⁵¹.

Na doutrina espanhola, também VÍCTOR FERRERES COMELLA⁵² se debruçou sobre as possibilidades de reexaminar decisões administrativas definitivas por violação do direito da União Europeia, entendendo que, se a arquitetura da União Europeia fosse outra, em que o TJUE tivesse o poder de revogar as sentenças nacionais, não seria necessário maximizar as possibilidades de revisão das sentenças nacionais definitivas contrárias ao direito da União.

Conclusões

Pelos argumentos aduzidos, será que poderemos concluir que a norma do n.º 7 do artigo 168.º do nCPA viola a garantia de respeito do caso julgado ao conferir eficácia retroativa à sentença de um tribunal da União Europeia?

Com o novo regime, a Administração passa a ter o dever de anular o ato administrativo sobre o qual exista um caso julgado anterior que o julgou válido, contudo, a doutrina não é unânime.

Apesar de a doutrina não ser consensual, julgamos inegável que o preceito *supra* referido, teve, tem e cremos que terá um enorme impacto no ordenamento jurídico português. Se, por um lado, há autores que consideram que a norma abala um conjunto de princípios jurídicos, nomeadamente constitucionais, ao invés, há autores que defendem esta previsão legal por força, sobretudo, da consequente consagração do princípio da cooperação leal com a União Europeia. TÂNIA FERREIRA OSÓRIO⁵³ considera que esta solução é, no mínimo, estranha, na medida em que

⁵¹ A propósito deste acórdão, *vd.* JOANA RITA FERREIRA PINTO FERNANDES, «Comentário ao Acórdão do Tribunal das Comunidades Europeias (ac. kempter 2008)», pp. 1 e 6 [consultado a 5 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.cedu.direito.uminho.pt/uploads/Coment%C3%A1rio%20-%20Ac.%20Kempter.pdf>.

⁵² VÍCTOR FERRERES COMELLA, «Las posibilidades de revisar sentencias judiciales firmes por infracción del derecho de la Unión Europea», in *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 25, 2010, p. 79 [consultado a 4 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2510/documento/articuloUM.pdf?id=3038>.

⁵³ TÂNIA FERREIRA OSÓRIO, «O novo CPA e a garantia do caso julgado», in *Verbis, Revista Digital de Cidadania e Justiça*, 2015 [consultado a 5 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.inverbis.pt/2015/artigosopiniao/taniaosorio-novo-cpa-garantia-caso-julgado>.

coloca imediatamente em confronto o princípio da separação de poderes e a garantia constitucional do caso julgado, segundo alude.

De acordo com a norma, a Administração passa a ter o dever de anular o ato administrativo sobre o qual existe um caso julgado anterior que o julgou válido, por força da superveniência de uma nova interpretação do direito da União Europeia, proferida em sentença posterior transitada em julgado.

FILIPE BRITO BASTOS⁵⁴ considera que, neste âmbito, o intérprete-aplicador apenas dispõe de “uma mão-cheia de Acórdãos do TJUE”, onde problemas concretos foram abordados, mas dos quais poucas e quase nada satisfatórias respostas são dadas. Entende ainda que estes aspetos de regime devem continuar a estar reservados à autonomia institucional dos Estados-Membros, desde que os limites impostos pelo direito da União Europeia não sejam ultrapassados.

Por força do Tratado da União Europeia, todos os Estados-Membros estariam já obrigados a este princípio de cooperação com a União, pelo que, julgamos, em nosso ver, talvez desnecessária esta consagração à qualidade de princípio geral da atividade administrativa. Porém, há autores que entendem a necessidade da sua consagração no nCPA.

Tal como o Estado não vive isolado, mas antes tem de conviver com outros sujeitos no âmbito da sociedade em que se insere, concordamos com PAULO OTERO⁵⁵ ao afirmar que assistimos a uma inerente internacionalização e europeização da Administração Pública Nacional.

Se analisarmos concretamente, parece algo discutível admitir este dever de anulação, por parte da Administração, de ato administrativo julgado válido por sentença transitada em julgado, prevalecendo a referida anulação sobre uma sentença anterior de um tribunal administrativo, já definitiva, *id est*, transitada em julgado. No entanto, também aqui a doutrina não é unânime. Há autores, tais como ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, que entendem que não deve ser colocada em causa

⁵⁴ FILIPE BRITO BASTOS, «Autonomia institucional e anticomunitariedade de actos administrativos nacionais: uma perspectiva portuguesa num contexto pós-Lisboa», in *Jus*[ornal, 1680, 2013 [consultado a 4 de junho de 2015]. Disponível em http://jusjournal.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlji9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_lorZ7L0nb3b4ube3d-8XXuZ1U1TLz_Z2du_RJw_wQXF-_bSavrl5Z-dZ2WT_z9wLl_ENQAAAA=WKE.

⁵⁵ PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2014, p. 355.

a obrigação do Estado de cumprir e aplicar o direito da União Europeia, nem sequer a questão do primado do direito da União Europeia.

No entanto, parece-nos, esta será sempre uma matéria de complexidade extrema face aos interesses conexos e ao respeito do princípio da segurança jurídica e da garantida de respeito do caso julgado.

É certo que podemos concluir que a reforma levada a cabo ao Código do Procedimento Administrativo, e depois de analisada a opinião de diversos autores, tem certamente pontos fortes e menos fortes. Conforme referimos, o regime da revogação e anulação administrativas foi, com toda a convicção, um dos quais onde as alterações versaram com mais evidência.

Não sendo lavrado o consenso, julgamos que a norma do artigo 168.º, n.º 7, do nCPA poderá, num futuro, não tão longínquo, ser alvo de alteração ou eventualmente, como preconizam alguns autores, julgada inconstitucional. No entanto, os problemas de ordem prática que irão surgir ao longo dos tempos na Administração ditarão o futuro deste nCPA e da norma que tentámos analisar ao longo deste ensaio.

Enumeração bibliográfica final

- ANDRADE, Robin de, «O regime da revogação e da anulação administrativa no projecto do novo CPA», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço, «Anulação administrativa ou *nulla annulatio sine iudicio?*», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 79, 2010.
- BASTOS, Filipe Brito, «Autonomia institucional e anticomunitariedade de actos administrativos nacionais: uma perspectiva portuguesa num contexto pós-Lisboa», in *JusJournal*, 1680, 2013 [consultado a 4 de junho de 2015]. Disponível em http://jusjournal.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAO29B2AcSZYlji9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjK asqgcpIVmVdZhZAZo2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHZ9-fB8_IorZ7LONb3b4ube3d-8XXuZ1U1TLz_Z2du_RJw_wQXF_bSavrle5Z-dZ2WT_z9wLl_ENQAAAA=WKE.
- BATALHÃO, Carlos José, *Novo Código de Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*, Porto Editora, Porto, 2015.
- CALDEIRA, Marco, «A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015», in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, C. AMADO GOMES/A. F. NEVES/T. SERRÃO (Coord.), AAFDL, 2015.
- CAUPERS, João, «O Regime da revogação no CPA: uma revisão conveniente», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 82, 2010.
- FERNANDES, Joana Rita Ferreira Pinto, «Comentário ao Acórdão do Tribunal das Comunidades Europeias (ac. Kempter 2008)» [consultado a 5 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.cedu.direito.uminho.pt/uploads/Coment%C3%A1rio%20-%20Ac.%20Kempter.pdf>.
- FERNANDES, Sophie Perez, «O reexame de atos administrativos definitivos contrários ao direito da União em matéria de cidadania – os contornos do acórdão Byankov», in *Debater a Europa*, 9, 2013 [consultado a 25 de maio 2015]. Disponível em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debateeuropa/>.

- FERRERES COMELLA, Víctor, «Las posibilidades de revisar sentencias judiciales firmes por infracción del derecho de la Unión Europea», in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 25, 2010 [consultado a 4 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2510/documento/articuloUM.pdf?id=3038>.
- FONSECA, Isabel Celeste M., «A revisão do Código do Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais) fracos», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Ética e Direito*, Tomo II, 2013.
- _____, «O procedimento administrativo no (novo) CPA: dúvidas sobre a sua subalternização perante o acto e o processo», in *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 05, 2015.
- GONÇALVES, Fernando [et al.], *Novo Código do Procedimento Administrativo: anotado e comentado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.
- LANCEIRO, Rui Tavares, «O Dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do Novo CPA e a Jurisprudência Kühne&Heitz», Paper, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas [consultado a 3 de junho de 2015]. Disponível em www.icjp.pt/.../o-dever-de-anulacao-do-artigo-168o-no-7-do-novo-cpa-e-jurisprudencia-kuhne-heitz.
- MACIEIRINHA, Tiago, «Notas sobre a revogação no projeto de revisão do CPA», Projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo – Colóquio de 25 de junho de 2013, Universidade Católica Portuguesa.
- MATOS, André Salgado de, «A invalidade do ato administrativo no projeto de revisão do CPA», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013.
- OSÓRIO, Tânia Ferreira, «O novo CPA e a garantia do caso julgado», in *Verbis, Revista Digital de Cidadania e Justiça*, 2015 [consultado a 5 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.inverbis.pt/2015/artigosopiniao/taniaosorio-novo-cpa-garantia-caso-julgado>.
- OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2014.
- QUADROS, Fausto de, *A Nova Dimensão do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2001.
- _____, «As principais inovações do Projeto do Código do Procedimento Administrativo», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013.
- ROQUE, Miguel Prata, «Revogação Vs Anulação» [consultado a 3 de junho de 2015]. Disponível em <http://prezi.com/a9miyy6qrug7/revogacao-vs-anulacao/>.

SILVA, Vasco Pereira da, «“O Inverno do nosso descontentamento” – As impugnações administrativas no projeto de revisão do CPA», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013.

SOUSA, António Francisco de, «Abertura e transparência no projeto de revisão do CPA», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, X, 2013.

Os actos tácitos no novo procedimento administrativo

*Diana Coelho Quintão**

Sumário:** Introdução. 1. O Acto Tácito e Anteriores Modalidades. 2. O Acto Tácito no Novo CPA. 2.1. Nova Visão do Deferimento Tácito. 2.2. Pressupostos e Regime do Deferimento Tácito. 2.3. Natureza Jurídica dos Actos Tácitos. Considerações Finais. Bibliografia.

Introdução

Este estudo incide sobre a regulamentação conferida aos actos tácitos pelo novo Código de Procedimento Administrativo (CPA). O problema dos actos tácitos coloca-se chegados à fase constitutiva do procedimento administrativo, que consiste na tomada de decisão. O que fazer se, chegados a esta fase, a administração não emite o acto requerido no prazo que lhe é legalmente concedido, estaremos perante a violação do dever de decisão? Tal anteriormente era resolvido por duas vias possíveis: ou a lei considerava que essa falta de decisão consubstanciava a anuência da Administração com a pretensão do particular, ou então considerava que tal falta assumia a forma de indeferimento da pretensão, tendo o particular de recorrer a outras vias para obter a decisão. Muitos autores consideravam que a figura do acto tácito de indeferimento já não fazia qualquer sentido, devido à possibilidade de recurso por parte do particular à via jurisdicional para obter a condenação da Administração à prática do acto devido, outros consideravam que nenhuma das duas, quer o indeferimento quer o deferimento tácitos, faziam sentido. O legislador, no novo CPA, “aboluiu” a figura do acto tácito de indeferimento, mantendo contudo o acto tácito de deferimento, embora com uma configuração diferente da do anterior CPA. Após uma breve abordagem à figura do acto tácito em geral, propomo-nos deslindar em que moldes se encontra hoje configurado o acto tácito, na sua única vertente legalmente consagrada de acto tácito positivo.

* Mestranda em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

** Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

1. O Acto Tácito e Anteriores Modalidades

O problema dos actos tácitos surge na fase do procedimento administrativo relativo à decisão. A questão coloca-se quando, chegada a essa fase, a Administração nada faz, remetendo-se ao silêncio.

Tal silêncio da Administração coloca em causa o princípio do dever de decisão, consagrado no artigo 13.º do CPA, assim como os direitos e interesses dos particulares. O que fazer perante uma situação de omissão de decisão, decisão essa que se deveria efectivar mediante a emissão de um acto (administrativo), quanto à pretensão do administrado? Esse silêncio administrativo tem sido relevado, quer em sentido positivo, quer em sentido negativo, ao longo da evolução legislativa. Trata-se pois de uma omissão relevante, correspondendo esta inércia da Administração à não adopção de acções possíveis, em violação de um dever de agir.

A necessidade de conferir relevância ao silêncio da Administração surgiu do facto de o contencioso administrativo ter sido configurado como um processo a um acto, todo o contencioso administrativo era centrado no acto administrativo, exigindo-se a existência de um acto administrativo como condição de recurso aos tribunais administrativos¹. Face a esta configuração do contencioso, tornava-se imperioso obviar às situações em que a Administração, apesar da interpelação do administrado para tal, não praticava o acto administrativo a que se encontrava adstrita, pois não podia o particular ficar *ad eternum* numa situação de limbo jurídico quanto à sua pretensão.

Neste contexto, surgiu o acto tácito, destinado, pois, à abertura da via administrativa².

¹ Esta visão surgiu do Direito Administrativo francês, “fonte” do nosso direito administrativo, que reconheceu, desde o início da sua formação, à Administração Pública o *privilège du préalable*, ou seja, o privilégio de apenas poder ser demandada contenciosamente por uma prévia conduta positiva, sendo a omissão desta uma prerrogativa do poder. Não se admitia assim a sindicância jurisdicional das omissões indevidas de actos administrativos solicitados porquanto tal violaria o princípio da separação de poderes e, como tal, o particular não poderia recorrer aos tribunais com a pretensão de obter decisão de condenação da Administração à emissão do acto omitido.

² A omissão seria como se a administração tivesse indeferido a pretensão, considerando-se que a mesma consubstanciava um acto de indeferimento tácito ou acto tácito negativo, conferindo-se, então, ao particular a possibilidade de recorrer aos meios processuais de impugnação, como se a Administração tivesse emitido um acto em que recusava a sua pretensão. O acto tácito começou então por ter uma utilidade circunscrita à esfera contenciosa.

A figura do acto tácito consiste, nas palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA, numa “omissão indevida de um acto administrativo cuja emissão foi solicitada, à qual a lei associa efeitos sucedâneos dos que resultariam da prática do acto administrativo omitido”³.

Actualmente, a questão é regulada pelo legislador no novo CPA no seu artigo 130.º sob a epígrafe “Actos Tácitos”. No anterior CPA, o legislador regulava os actos tácitos em dois normativos legais, nos seus artigos 108.º, referente ao deferimento tácito, e 109.º, relativo ao indeferimento tácito.

Antes de avançarmos com o regime legal actualmente consagrado para a inércia da Administração, vejamos as modalidades anteriormente consagradas relativamente a essa inércia.

São, ou eram, duas as modalidades dos actos administrativos tácitos, a saber, os actos tácitos negativos e os actos tácitos positivos.

Os primeiros, comumente chamados de actos tácitos de indeferimento, consistem em, perante uma situação de omissão de decisão expressa, solicitada pelo particular ao órgão administrativo decisor competente para a prática do acto solicitado, ou seja, perante o silêncio da Administração, atribuir a esse silêncio o mesmo efeito que teria a prática de um acto que negasse a pretensão do particular. Actualmente, como veremos, o acto tácito de indeferimento já não tem relevância jurídica no âmbito do novo CPA⁴.

Já os segundos, também chamados de actos tácitos de deferimento⁵, consistem em atribuir ao silêncio da Administração o sentido inverso, ou seja, ele terá o

³ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Actividade Administrativa*, Tomo III, 2.ª ed., Dom Quixote, Setembro de 2009, p. 458.

⁴ Os actos tácitos negativos, apesar de serem a primeira modalidade de actos tácitos a surgir, visando fazer face ao *privilège du préalable*, e apesar de o preceito normativo do anterior CPA que previa esta figura se ter mantido em vigor até ao novo CPA, a doutrina maioritária entendia que, com a Reforma do Contencioso Administrativo de 2002/2004, ao ser introduzida a acção administrativa especial de condenação da administração à prática de acto devido, prevista e regulada nos artigos 46.º, n.º 2, alínea b), e 66.º a 71.º, todos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, ocorreu a revogação tácita do artigo 109.º do CPA, que estipulava o indeferimento tácito, uma vez que, com a possibilidade de lançar mão daquela acção e sendo o indeferimento tácito apenas a única forma até então de o particular reagir face à inércia da administração, o mesmo ficou completamente desprovido de utilidade prática, passando o deferimento tácito a ser a única modalidade de acto tácito legalmente consagrado.

⁵ Regulados hoje no artigo 130.º do CPA.

mesmo efeito que teria a prática de um acto que reconhecesse a pretensão do particular⁶.

Os actos tácitos ainda podem ser classificados como externos, sempre que aquilo que esteja em causa seja a omissão de actos administrativos que impliquem o exercício de posições jurídicas subjectivas pelos particulares, ou como internos, quando aquilo que esteja em causa seja a omissão de actos administrativos dos quais dependa a validade e eficácia de outros actos jurídicos no plano das relações interorgânicas ou intersubjectivas⁷.

2. O Acto Tácito no Novo CPA

O legislador do novo CPA regulou os actos tácitos no seu artigo 130.º, cingindo assim a questão a um único preceito legal epigrafado “Actos Tácitos”.

O preceituado no artigo 130.º do novo CPA refere-se apenas aos actos tácitos positivos, estipulando o legislador que ocorrerá deferimento tácito sempre que a lei, ou regulamento, determine que a ausência de notificação da decisão sobre o pedido ao órgão competente dentro do prazo legal terá essa “consequência” (para a Administração), ou seja, sempre que a lei atribua expressamente ao silêncio da Administração o significado de anuência com a pretensão do particular. Não há qualquer menção no novo Código à atribuição de valor negativo ao silêncio da administração, o que vem no segmento do defendido pela doutrina maioritária aquando da reforma do contencioso administrativo.

Os actos tácitos negativos deixaram assim de existir, devendo o particular, decorrido certo período de tempo sem obter qualquer decisão por parte da Administração, e não estando expressamente previsto para esse silêncio o valor positivo,

⁶ No anterior CPA, a regra das omissões de actos devidos pela administração era o indeferimento tácito, consagrado no seu artigo 109.º, n.º 1, sendo o acto tácito positivo apenas admitido nos casos em que o legislador expressamente o previsse. Havia contudo Autores que entendiam que o deferimento tácito seria a regra em matéria de silêncio da Administração nos procedimentos que tenham como objecto o “descondicionamento administrativo” do exercício de um direito pré-existente, devido à cláusula geral constante do n.º 1 do artigo 108.º. Veja-se MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed. (4.ª reimpressão da edição de 1997), Almedina, Janeiro de 2003, pp. 480-483 e 490.

⁷ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Actividade Administrativa*, op. cit., p. 460.

lançar mão dos meios contenciosos ao seu dispor, não se considerando contudo que a sua pretensão foi negada. Neste sentido dispõe o artigo 129.º do CPA, relativo ao incumprimento do dever de decisão. Também no sentido do desaparecimento do indeferimento tácito aponta a própria epígrafe do artigo 130.º, pois, ao referir-se aos “actos tácitos” e referindo-se o legislador no corpo da norma apenas aos actos tácitos positivos, demonstra a intenção clara de se restringir os actos tácitos apenas a uma modalidade.

Esta decisão legislativa foi aplaudida por muitos e criticada por outros. VASCO PEREIRA DA SILVA entende que os actos tácitos, quer negativos quer positivos, deveriam ter desaparecido por completo, face à tutela conferida pelo “novo” contencioso administrativo, defendendo que os mesmos não fazem hoje qualquer sentido e que servem apenas para dispensar a Administração, sem qualquer consequência, do dever de decisão a que se encontra adstrita⁸.

2.1. *Nova Visão do Deferimento Tácito*

Apesar de manter os actos tácitos positivos, o legislador alterou significativamente os pressupostos da sua verificação. Desde logo, aboliu a cláusula geral que constava do n.º 1 do anterior artigo 108.º, terminando assim com as querelas em torno do seu alcance⁹, substituindo-a por uma cláusula fechada, só havendo deferimento tácito quando a lei assim o determine.

Na mesma linha, aboliu também a norma constante do n.º 3 do anterior artigo 108.º, que muitos entendiam ser taxativa, onde constavam as situações em que se considerava haver lugar a deferimento tácito na falta de decisão expressa em tempo pela Administração.

Outra inovação a apontar é o facto de se ter autonomizado a previsão dos denominados actos tácitos externos dos actos tácitos internos. Assim, os actos tácitos externos encontram-se previstos e regulados nos n.ºs 1 a 3 do artigo 130.º do CPA, só tendo os mesmos lugar quando a lei ou regulamento assim o determine. Por seu turno, previu expressamente, nos n.ºs 4 e 5 do artigo 130.º do CPA, as situa-

⁸ Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio Sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, Março de 2009, pp. 396-402.

⁹ Sobre o alcance do clausulado no n.º 1 do artigo 108.º em conjugação com o seu n.º 3, do anterior CPA, veja-se MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, op. cit., pp. 476 e ss.

ções em que os denominados actos tácitos internos terão lugar, a saber, sempre que o acto administrativo dependa de autorização prévia ou esteja sujeito à aprovação por parte de outro órgão da Administração Pública ou outra entidade no exercício de poderes públicos. Ou seja, os actos tácitos internos terão lugar sempre que o acto administrativo que o particular pretenda ver praticado esteja dependente de órgão distinto do órgão competente para a decisão, e este tenha interpelado aquele para emitir a autorização prévia ou para aprovação do acto, necessárias, sem sucesso. Nesta situação prescindir-se-á de tal autorização ou aprovação, se, decorridos 20 dias após a notificação, o órgão notificado nada fizer¹⁰.

Por fim, não podemos deixar de referir o facto de o legislador já não se referir à falta de decisão como a omissão juridicamente relevante que origina o acto tácito mas antes à falta de notificação dessa mesma decisão dentro do prazo legal. A decisão até pode ter sido já tomada, mas se a mesma não for notificada atempadamente ao particular interessado considera-se haver uma omissão do dever de decisão.

Resumindo, teremos, na ausência de decisão por parte da administração, acto tácito (de deferimento) à luz do novo CPA nas seguintes situações:

- quando a lei ou regulamento assim o determinem;
- quando o acto administrativo a emitir dependa de prévia autorização ou aprovação por órgão ou entidade distinta do órgão decisor e aqueles, após interpeção deste para emissão das mesmas, nada façam.

2.2. *Pressupostos e Regime do Deferimento Tácito*

Para que ocorra a formação de acto tácito, não basta haver um pedido do particular à administração e que esta, decorrido certo período de tempo, nada diga. É necessário ir mais longe e verificar se todos os seus pressupostos estão preenchidos, uns previstos no artigo 130.º do CPA, outros inferíveis dos princípios e regras gerais do procedimento administrativo.

Do preceituado no n.º 1 do artigo 130.º, podemos extrair cinco requisitos para a formação do acto tácito externo. Vejamos.

¹⁰ *Infra*, p. 197.

Temos de estar perante uma situação abrangida por *previsão legal* de deferimento tácito. Ou seja, é necessário estar expressamente previsto em lei ou regulamento que, face àquela pretensão e perante a “inércia” da Administração, ocorre a formação de acto tácito de deferimento. No caso de tal não estar expressamente previsto, ao particular interessado restará lançar mão dos meios de tutela administrativa e jurisdicional ao seu dispor, conforme o disposto no artigo 129.º do CPA.

Refira-se que a inércia da Administração se verifica não propriamente com a ausência de uma decisão, mas com a ausência de notificação de tal decisão, o que nos reporta para o segundo pressuposto do acto tácito, a *falta de notificação da decisão*. A ausência de notificação relevante para o efeito será, claro está, *a priori*, a que não ocorra *no prazo legal* fixado para o término do procedimento, que, em geral, serão 90 dias a contar da entrega do requerimento do particular, conforme o disposto no artigo 128.º, n.ºs 1 e 3, do CPA. O legislador refere-se agora à ausência de notificação da decisão final como pressuposto do deferimento tácito pois esta é, ao contrário do que sucedia anteriormente, obrigatória, como decorre do artigo 114.º do CPA, apesar de não resultar da lei que a mesma é condição de eficácia do acto administrativo, como resulta do artigo 155.º do CPA. E, refira-se ainda que, mesmo que a notificação tenha tido lugar, considera-se ocorrer formação de acto tácito positivo se a mesma não for expedida até ao primeiro dia útil seguinte ao termo do prazo da decisão. Sublinhe-se aqui o “expedida”, ela não terá de chegar ao conhecimento do particular no dia seguinte ao termo do prazo para a decisão, mas antes terá de ser remetida/enviada para o particular nesse dia¹¹, conforme resulta do n.º 2 do artigo 130.º do CPA.

Terá de ter havido *um pedido por parte do particular*. O n.º 1 do artigo 130.º refere-se à “ausência de notificação da decisão final sobre pretensão dirigida a órgão competente”, o que inculca a ideia de que só ocorrerão deferimentos tácitos nos procedimentos de iniciativa do particular, a própria expressão deferimento reporta-se a um pedido previamente formulado por alguém. Ou seja, o particular terá de ter apresentado requerimento onde explicita a sua pretensão, conforme o disposto no artigo 102.º do CPA.

¹¹ Sobre as formas possíveis de notificação, veja-se o artigo 112.º do CPA.

Resulta também do normativo legal em análise que o particular deve dirigir o seu *pedido ao órgão competente*. Contudo, face ao disposto no artigo 41.º do CPA, entendemos que a incompetência do órgão a que é dirigido o requerimento não será impedimento para a formação do acto tácito, pois este tem o dever de oficiosamente remeter o pedido para o titular do órgão competente. Em consonância com esta posição, veja-se o n.º 3 do artigo 66.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de onde decorre que, tendo sido o requerimento dirigido a órgão incompetente e este não o tenha remetido oficiosamente ao órgão competente nem o tenha devolvido ao requerente, a inércia do primeiro órgão será imputada ao segundo.

Por fim, o *pedido terá de ser tempestivo*, ou seja, o pedido formulado pelo interessado terá de o ter sido no prazo legal fixado para o mesmo. A propósito da tempestividade, refira-se que, na situação de o pedido ter sido dirigido a órgão incompetente e o mesmo o ter remetido para o titular do órgão competente a tempestividade do mesmo, afere-se da data da apresentação inicial, conforme dispõe o n.º 2 do artigo 41.º do CPA. Pensamos contudo que tal data inicial já não será relevante para efeitos de contagem do prazo da decisão. Refere o legislador no n.º 3 do artigo 128.º do CPA que o prazo geral de 90 dias para emissão de decisão do procedimento conta-se, na falta de disposição especial, da data de entrada do requerimento no serviço competente, pelo que, na situação de o pedido ter sido dirigido a órgão incompetente e tendo ocorrido a sua remessa para o órgão devido, o prazo para o término do procedimento deverá ser contado da data de tal remessa e não da data de apresentação inicial do pedido, esta apenas relevará para efeito de aferição da tempestividade do pedido¹².

Mas os pressupostos referidos não são os únicos cuja verificação é necessária para ocorrer a formação do acto tácito, temos sempre de conjugar o preceituado no artigo 130.º com outras disposições normativas e princípios de carácter geral aplicáveis também ao procedimento administrativo.

Será também pressuposto do acto tácito o *dever legal de decidir*. Este pressuposto não resulta directamente do preceituado no artigo 130.º do CPA, mas antes do artigo 13.º do mesmo diploma legal. Não terá a Administração o dever de decidir se o mesmo pedido formulado pelo mesmo particular e com os mesmos fundamentos tiver sido objecto de decisão pelo órgão competente há menos de dois anos.

¹² Como parece resultar do n.º 2 do artigo 41.º do CPA, ao referir-se apenas à tempestividade.

Uma última nota quanto ao regime de formação do acto tácito de deferimento, no que à sua suspensão concerne, regulado no n.º 3 do artigo 130º do CPA. O prazo legal para a sua produção¹³ suspender-se-á se o procedimento estiver parado por facto imputável ao interessado, referindo ainda o legislador que o mesmo só se interromperá com a notificação de decisão expressa. Esta notificação de decisão expressa será a decisão no sentido do prosseguimento do procedimento, pois não faria qualquer sentido o legislador estar a fazer menção à decisão final do mesmo, tal seria desprovido de qualquer utilidade prática.

Relativamente aos actos tácitos internos, previstos e regulados nos n.ºs 4 e 5 do artigo 130.º do CPA, são seus pressupostos que a prática do acto administrativo a emitir *dependa de autorização prévia ou aprovação por órgão distinto* do órgão competente para a emissão do acto administrativo e que o órgão competente para a prática do acto dependente da autorização ou aprovação, findo o prazo de 10 dias após o termo do prazo para as mesmas, e face à inércia do órgão a quem compete aquela autorização ou aprovação, o tenha *interpelado para tal*. Se, corridos 20 dias após a interpelação, o órgão competente para a autorização ou aprovação nada fizer, o órgão competente para a prática do acto administrativo poderá emití-lo mesmo sem elas.

2.3. Natureza Jurídica dos Actos Tácitos

A doutrina diverge relativamente à natureza jurídica do acto tácito, sendo três as principais correntes doutrinárias, a saber, a que considera o acto tácito um mero facto jurídico, a que o considera um verdadeiro acto administrativo, e ainda aquela que o configura como uma ficção de acto administrativo. Temos de ter contudo em atenção que a divergência doutrinal em torno da natureza jurídica do acto tácito se colocava primordialmente no que ao acto tácito de indeferimento concerne. Nesta linha, entendemos que hoje já não fará grande sentido, nem será tão acesa, tal discussão, visto o indeferimento tácito ter “desaparecido” do direito administrativo.

¹³ O prazo legal para a produção do acto tácito será o mesmo prazo que estiver previsto para a decisão do procedimento em que se inserir, sendo que, na falta de estipulação especial, serão, como já referido, 90 dias a contar da recepção pelos serviços da petição do particular. Assim, findos os 90 dias para a decisão do procedimento sem a Administração nada decidir ocorrerá a formação automática do acto tácito de deferimento, verificados que estejam os demais pressupostos.

Contudo, até por uma questão de enquadramento da temática dos actos tácitos, é relevante apontar aqui as principais doutrinas sobre a natureza dos actos tácitos.

A primeira corrente doutrinal apontada, encabeçada por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, vê o acto tácito como um *mero facto jurídico*, na medida em que se trata apenas de um pressuposto processual para a impugnação de actos administrativos. Esta doutrina foi formulada apenas tendo em vista o acto tácito de indeferimento. MARCELO REBELO DE SOUSA critica-a, pois, mesmo considerando só o indeferimento, “a não adopção de uma conduta possível, que se verifica no acto tácito, constitui um verdadeiro *acto*, ainda que negativo, e não um mero *facto jurídico*”¹⁴. Acresce que esta doutrina “esquece” o alcance substantivo do acto tácito de deferimento.

A construção doutrinal do acto tácito como um *verdadeiro acto administrativo*, liderada por MARCELLO CAETANO, considera que, na emissão do acto tácito, está subjacente uma conduta voluntária da administração, na medida em que a mesma opta por não emitir o acto quando o podia fazer, contendo em si uma manifestação implícita da vontade da Administração Pública. Esta é criticada na medida em que associar uma conduta voluntária a uma omissão não se afigura correcto¹⁵.

Por fim, a última corrente, seguida por DIOGO FREITAS DO AMARAL¹⁶, considera o acto tácito como uma *ficção de acto administrativo* da qual decorreria a aplicação do regime do acto administrativo àquele, quanto a pressupostos, elementos, requisitos de legalidade e eficácia, execução, revogação, substituição e impugnação, contenciosa e administrativa¹⁷. Para esta doutrina, o acto tácito seria menos do que um acto administrativo mas mais do que um pressuposto processual.

¹⁴ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Actividade Administrativa*, op. cit., p. 460 (itálicos no original). Já corroborando com a tese do pressuposto processual, veja-se JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 7.ª ed., Âncora Editora, Outubro de 2003, p. 159.

¹⁵ Apontam MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS que, em todo o caso, não se trata de verdadeiro acto administrativo, pois o acto administrativo é uma decisão e o acto tácito é considerado pelo próprio legislador como uma não-decisão; cfr. obra dos autores *Direito Administrativo Geral – Actividade Administrativa*, op. cit., p. 461. Também DIOGO FREITAS DO AMARAL discorda com a tese do acto administrativo, pois entende que não há acto voluntário no acto tácito, pois até pode ter ocorrido algum problema no órgão decisor que o tenha impedido de emitir um acto expresso; cfr. obra do autor, *Direito Administrativo*, Volume II, Almedina, Outubro de 2011, pp. 334-335.

¹⁶ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, op. cit., pp. 334-336.

¹⁷ Apesar de ser a tese que melhor se coadunava com o anterior regime do contencioso administrativo, para MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, esta tese conduz a resultados artificiais e indesejáveis ou é reduzida de tal modo que a protecção jurídica conferida ao interessado no acto se torna desproporcional em relação à dos eventuais terceiros lesados pela omissão administrativa,

Por seu turno, doutrina por nós seguida face à nova configuração do acto tácito, MARCELO REBELO DE SOUSA não adopta nenhuma das correntes¹⁸. Entende que o acto tácito é mais do que um facto jurídico mas menos do que um acto administrativo, contudo, não o reconduz a uma ficção legal. Para este autor, o acto tácito é uma omissão juridicamente relevante, pois resulta da não adopção de uma conduta possível e, além da aplicação das consequências jurídicas gerais das omissões, pode suceder que, pela sua verificação, se considere satisfeito o pedido formulado à Administração.

Nesta perspectiva, o alcance da sua relevância jurídica, dependerá, consoante o deferimento tácito seja interno ou externo. No caso de ser interno, consistirá numa “degradação em não essencial da formalidade, até então essencial, da autorização ou aprovação de um acto administrativo”, impedindo a invalidade ou ineficácia do acto sujeito àquelas formalidades, deixando as mesmas de ser legalmente exigidas em virtude da omissão. Tratando-se de acto tácito de deferimento externo, da omissão de decisão da Administração decorre uma presunção legal de tutela de confiança do interessado, se reunidos os pressupostos do acto tácito, passando esta presunção a ser título bastante para o exercício da posição jurídica subjectiva do interessado. Contudo, a mesma está sujeita a limitações, nomeadamente, a tutela plena do interessado dependerá da não ilisão da presunção bem como do resultado da ponderação da situação jurídica com a de eventuais contra-interessados¹⁹.

considerando-o inadequada e desnecessária face à actual configuração do contencioso administrativo; cfr. *Direito Administrativo Geral – Actividade Administrativa, op. cit.*, p. 461.

¹⁸ Note-se que este Autor, por força da revogação tácita do artigo 109.º do anterior CPA, apenas se referia já, e bem, à natureza jurídica do acto tácito positivo.

¹⁹ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Actividade Administrativa, op. cit.*, p. 462.

Considerações finais

Face à nova configuração dada aos actos tácitos pelo legislador no novo CPA, todas as referências feitas por leis avulsas ao indeferimento tácito deverão considerar-se tacitamente revogadas, pois o mesmo “deixou de existir”.

Acresce que apenas se verificará formação de acto tácito (de deferimento) nas situações expressamente previstas em lei ou regulamento, acabando-se assim com a querela existente em torno do anterior artigo 108.º do CPA.

A nova configuração conferida aos actos tácitos, passando a prever-se apenas a sua modalidade positiva, vem ao encontro da Reforma do Contencioso Administrativo de 2002/2004, já não fazendo qualquer sentido prático a figura do indeferimento tácito, prevendo-se agora expressamente que, na ausência de decisão por parte da Administração e na ausência de previsão legal expressa de deferimento tácito para essas situações, o particular poderá e deverá lançar mão dos meios administrativos e jurisdicionais ao dispor, compelindo assim a Administração a tomar uma decisão expressa.

Poderá defender-se que essa mesma Reforma que “ditou” implicitamente o fim do acto tácito de indeferimento “ditou” também, do mesmo modo, o fim do acto tácito de deferimento, não fazendo qualquer sentido o mesmo continuar a ter previsão legal. Contudo, entendemos que a pertinência e importância do acto de deferimento tácito continuam a ser muito relevantes na tutela dos interesses e direitos dos particulares, não sendo o mesmo ter-se a figura do acto tácito ou, pura e simplesmente, ter de se recorrer a outras vias – o que implica mais burocracia, mais tempo e, muitas das vezes, disponibilidade económica.

Bibliografia

- AMARAL, Diogo Freitas do, *Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Outubro de 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, 2.^a ed. (reimpressão), Imprensa da Universidade de Coimbra, S/D, 2012.
- BOTELHO, José Manuel Santos, ESTEVES, Américo Pires, e PINHO, José Cândido de, *Código do Procedimento Administrativo – Anotado e Comentado*, 4.^a ed. (Actualizada e Aumentada), Almedina, Janeiro de 2000.
- CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 7.^a ed., Âncora Editora, Outubro de 2003.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa, e AMORIM, João Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.^a ed. (4.^a reimpressão da edição de 1997), Almedina, Janeiro de 2003.
- SILVA, Vasco Pereira da, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio Sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 2.^a ed., Almedina, Março de 2009.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral – Actividade Administrativa*, Tomo III, 2.^a ed., Dom Quixote, Setembro de 2009.

Os atos tácitos no novo CPA

Fernando Gomes Ferreira*

Sumário: Introdução. 1. Os atos tácitos 1.1. Natureza jurídica. 2. Os atos tácitos propriamente ditos no nCPA. 2.1. A extinção do indeferimento tácito no nCPA. 2.2. O deferimento tácito. 3. O princípio procedimental do dever de decidir. 3.1. O incumprimento do dever de decisão. 4. Responsabilidade civil extracontratual por atos da Administração. Conclusões. Bibliografia.

Introdução

O presente estudo tem como escopo a análise das consequências desencadeadas pela atribuição de efeitos jurídicos ao silêncio da Administração Pública.

Debruçamo-nos sobre qual a intenção do legislador com esta figura jurídica – dos atos tácitos –, designadamente, se pretendeu atribuir celeridade ao procedimento ou, pelo contrário, ao garantir direitos dos cidadãos, se quis cingir ou não a figura do ato silente aos atos revestidos de forte simplicidade, de conteúdo predeterminado e decorrente de direitos pré-existentes.

Este silêncio da administração torna-se juridicamente proeminente quando esta se encontra investida do dever de decisão e, ainda assim, não profere qualquer decisão sobre o ato administrativo requerido pelo particular.

Nas palavras do Professor Doutor ANTÓNIO CÂNDIDO OLIVEIRA, *devemos olhar para Administração Pública (administrações públicas), com a perspetiva que a Constituição da República Portuguesa lhe dá de uma entidade complexa que visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (art. 266.º)*¹, sendo desta premissa que partimos para análise dos efeitos das alterações introduzidas pelo Novo Código do Procedimento Administrativo (doravante, CPA)².

* Mestrando em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

¹ CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*, Porto Editora, 2015, pp. 7 e 8 (Prefácio de ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA).

² Código do Procedimento Administrativo de 2015 (Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro).

Foi com a codificação do conjunto de normas que regem a atividade administrativa que as regras e os parâmetros que pautam as condutas dos agentes da Administração Pública e dos cidadãos-administrados, no âmbito das relações entre si estabelecidas, se alteraram profundamente, sendo certo que as atuais formalidades em matéria administrativa, nomeadamente a estipulação de prazos ou de obrigatoriedade de fundamentação dos atos, são suscetíveis de determinar um reforço das garantias dos particulares³.

Neste novo Código, introduzem-se significativas alterações na secção dedicada à decisão do procedimento, já que são introduzidos prazos para a decisão, cujo incumprimento, além de permitir o recurso aos meios de tutela administrativa e jurisdicional, determina a responsabilidade da Administração, nos termos contidos no regime da responsabilidade civil do Estado⁴.

Neste sentido, desaparece a figura do indeferimento tácito, consagrando-se apenas no artigo 130.º do nCPA, o deferimento tácito quando a lei ou regulamento determine. Todo este novo regime será posteriormente tratado.

1. Os atos tácitos

1.1. *Natureza jurídica*

A doutrina portuguesa tem vindo a discutir qual a natureza jurídica do ato tácito, questionando-se se trata de um verdadeiro ato administrativo ou se por seu turno é uma mera formalidade, um ato esvazio de teor administrativo.

A primeira, representada por MARCELLO CAETANO, defendia que o ato tácito é um ato administrativo e, portanto, uma conduta voluntária da Administração⁵.

De acordo, com esta conceção, no há ato tácito, há uma manifestação da vontade do órgão competente da Administração, porque os órgãos administrativos conhecem a lei, sabem que o silêncio, decorrido certo prazo legal e/ou verificadas

³ JOSÉ FONTES, *Tratado Elementar sobre Garantias dos Particulares, Procedimento Administrativo*, Caminho, 2006, pp. 14 e 15.

⁴ MARGARIDA LUCAS RODRIGUES, *Novo Código de Procedimento Administrativo*, ACE, Sociedade de Advogados, 2015.

⁵ MARCELLO CAETANO, *Manual I*, 10.ª ed., 11.ª Reimpressão, Almedina Edições, 2013, pp. 476-477.

certas condições, será interpretado como decisão e, portanto, se nada dizem, é porque querem que a decisão seja no sentido em que a lei manda interpretar o silêncio⁶.

Já a segunda corrente, representada entre nós por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e RUI MACHETE, defendia que não há ato voluntário no denominado ato tácito e que, por isso, tal ato não é um ato administrativo, mas um simples pressuposto de recurso à via contenciosa⁷.

Alegam estes autores que, se em alguns casos pode acontecer aquilo que MARCELLO CAETANO expõe, isto é, o órgão decisório quer conscientemente o resultado que a lei imputa ao seu silêncio, em muitos outros, o decurso do prazo de produção do ato tácito fica a dever-se apenas ao descuido, desinteresse, excesso de trabalho, desconhecimento do direito aplicável ou incapacidade acidental.

Nesta perspetiva, aquilo que a lei permite com a construção da figura do ato tácito é que se passe à fase contenciosa, apesar da não existência de um ato. Mas, sendo assim, então o ato tácito não é um ato administrativo, é um simples pressuposto da via contenciosa.

Ainda, FREITAS DO AMARAL, PEDRO MACHETE e LINO TORRALBA entendem que, em regra não há ato voluntário no chamado ato tácito, pelas razões invocadas pelos autores do segundo grupo, porém, sustentam que há mais do que um simples pressuposto da via contenciosa.

Por um lado, a tese do ato tácito como pressuposto do recurso contencioso só poderia aplicar-se aos atos tácitos negativos (que já não vigoram desde aplicação do novo código), mas nunca explicaria satisfatoriamente o ato tácito positivo – figura a respeito da qual o que interessa é a produção de efeitos jurídicos típicos do ato administrativo expresso e não a suscetibilidade de impugnação contenciosa.

Por outro lado, a verdade é que o ato tácito é tratado por lei como se fosse um ato administrativo para todos os efeitos, e não apenas efeitos contenciosos: tal ato pode ser revogado, suspenso, confirmado, alterado, interpretado.

⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Almedina Editora, 2011, pp. 369-371.

⁷ *Vd.* ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Erro e ilegalidade no ato administrativo*, Ática, 1970, p. 85, e RUI MACHETE, «O ato confirmativo de acto tácito de indeferimento e as garantias de defesa contenciosa dos administrados», in *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Coimbra Editora, 2006, pp. 189 e ss.

É deste raciocínio que partimos para entender que a verdadeira natureza do ato tácito é de *ficção legal de ato administrativo*. Isto significa que o ato tácito não é um verdadeiro ato administrativo, mas, para todos os efeitos jurídicos, tudo se passa como fosse⁸.

Assim, centrando-nos a figura do ato positivo, ora postulado no novo Código do Procedimento Administrativo, que produz efeitos jurídicos típicos do ato expresso, concluímos pois que esta figura assenta nesta última ideia de uma ficção legal de ato administrativo.

2. Os atos tácitos propriamente ditos no nCPA

2.1. A extinção do indeferimento tácito

O anterior Código do Procedimento Administrativo consagrava como regra geral a de que o silêncio da Administração perante as pretensões dos particulares valia como indeferimento tácito. Ora, foi eliminada a redação do n.º 1 do artigo 109.º, que tinha como epígrafe o indeferimento tácito, *a falta no prazo fixado para emissão de decisão final sobre a pretensão dirigida ao órgão administrativo competente confere ao interessado, salvo disposição em contrário, a faculdade de presumir indeferida essa pretensão, para poder exercer o respetivo meio legal de impugnação*⁹, e, em virtude de tal, desaparece a figura do indeferimento tácito.

O novo Código do Procedimento Administrativo consagra no artigo 13.º o princípio da decisão segundo o qual os órgãos administrativos têm o dever de se pronunciar sobre todos os assuntos da sua competência que lhes sejam apresentados pelos particulares e, nomeadamente, sobre quaisquer petições, representações, reclamações ou queixas formuladas em defesa da Constituição, das leis ou interesse público.

Tem-se entendido, doutrinal e jurisprudencialmente, que a reforma do contencioso implicou uma derrogação tácita e parcial do preceito do CPA, salvo no que

⁸ ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo I*, 1980, p. 477.

⁹ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Caderno de Legislação Administrativa*, Almeida e Leitão, L.^{da}, 2010, p. 294.

concerne ao prazo que a Administração Pública (AP) dispõe para responder ao interessado, bem como a forma de contar esse prazo.

Assim, refira-se que a norma sobre indeferimento tácito foi, coerentemente com a solução de condenação prevista no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), suprimida do novo CPA, encontrando-se agora, em seu lugar, uma norma sobre o incumprimento do dever de decidir (o artigo 129.º). Neste sentido, desaparece a figura do indeferimento tácito, permitindo-se o recurso àquela tutela administrativa e jurisdicional, a qual se corporiza no pedido da prática do ato devido e não já através da impugnação do ato tácito, também procedendo à harmonização da lei substantiva com a processual.

Acresce que se determina que os procedimentos oficiosos passíveis de conduzir a uma decisão com efeitos desfavoráveis para os interessados caducam na ausência de uma decisão no prazo de 180 dias.

Foi enaltecido o já preconizado por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA: esta instrumentalidade do ato tácito, de indeferimento em relação à tutela contenciosa do cidadão lesado pela inércia administrativa era apenas uma razão política legislativa que não bulia com a plena natureza do ato administrativo enquanto ato administrativo decisório.

2.2. O deferimento tácito

Vimos, portanto, que foram fincadas novidades quanto às regras gerais sobre o silêncio administrativo. Importa agora mencionar o caso especial do deferimento tácito em resultado da inércia da administração.

Partindo da letra da lei, *existe deferimento tácito quando a lei ou regulamento determine que a ausência de notificação da decisão final sobre pretensão dirigida a órgão competente dentro do prazo legal tem o valor de deferimento* (n.º 1 do artigo 130.º do CPA).

Ainda por força do disposto no n.º 2 do mesmo preceito legal, considera-se que há deferimento tácito se a notificação do ato não for expedida até ao primeiro dia útil seguinte ao termo do prazo da decisão.

Ao contrário do indeferimento tácito, que apenas tinha um alcance processual, o deferimento tácito, tem, além deste, um alcance substantivo, pois neste caso permite-se ao particular/interessado exercer de imediato a posição subjetiva em

causa, sem ser obrigado a esperar por qualquer decisão administrativa ou jurisdicional.

De acordo com as considerações do Professor SÉRVULO CORREIA, o diferimento tácito consubstancia-se num verdadeiro ato administrativo. A lei atribui a constituição de um efeito jurídico-administrativo permissivo à conduta omissiva por ela tipificada.

Para o Professor MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, o diferimento tácito é um ato administrativo que resulta de uma presunção legal. Na situação do diferimento tácito a inércia da respetiva administração é então considerada com um assentimento/concordância com as pretensões então formuladas pelo particular. A figura do deferimento tácito está bastante ligada às licenças e autorizações. No fundo, o decurso do prazo leva a considerar-se que a pretensão apresentada pelo particular é absolutamente conforme às exigências do ordenamento jurídico, levando-se assim ao deferimento da mesma¹⁰.

Por seu turno, para autores como JOÃO TIAGO DA SILVEIRA e FREITAS DO AMARAL, o deferimento tácito justifica-se pela necessidade de a Administração Pública não causar entraves ao exercício de direitos dependentes do seu controlo, constituindo uma ficção que cria uma realidade que não se verificou regularmente, aplicando-lhe o seu regime jurídico¹¹.

Já JOÃO CAUPERS considera que o sistema do deferimento tácito deveria ser alvo de claro e concreto de generalização, para tal, argumenta no sentido de que estamos perante um sistema que faculta aos particulares uma adequada tutela no sentido de uma efetiva proteção dos seus interesses. Quem paga os seus impostos tem o direito a solicitar a administração prática de atos, os particulares não têm de ser responsabilizados pela incapacidade e falta de meios da administração. No fundo, para este autor, o sistema do diferimento tácito é o único que não faz recair sobre o particular os problemas que só à administração cabe superar. Para o Professor MARCELLO CAETANO, o ato tácito seria um verdadeiro ato administrativo pois nele se descobriria implicitamente a vontade da administração¹².

¹⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2013 (reimpressão).

¹¹ JOÃO TIAGO SILVEIRA, *O diferimento Tácito*, Coimbra Editora, 2004 (reimpressão).

¹² JOÃO CAUPERS, *Direito Administrativo*, Aequitas Editorial Notícias, 1995.

Omissão Juridicamente Relevante, é assim que o Professor MARCELO REBELO DE SOUSA classifica e define o ato de indeferimento tácito. O Professor centra a caracterização da “relevância jurídica” não só no que toca às consequências gerais da omissão, mas principalmente no que diz respeito ao artigo 130.º do CPA, em que se dá por satisfeita uma pretensão de alguém através da inércia da Administração¹³.

Uma vez caracterizado o ato de deferimento tácito, com base nas teses da doutrina portuguesa, o nosso entendimento reside numa fusão das teses apresentadas por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, tendo em conta que, adjetivamente este ato deverá ser considerado presunção legal do ato administrativo, porém subjetivamente “bebemos” da tese do Professor MARCELO REBELO DE SOUSA de que o ato de deferimento é visto como omissão juridicamente relevante, na medida em que Administração nada faz, mas, por força da lei, produzem-se feitos jurídicos na esfera jurídica dos particulares.

Ora, regressando às alterações deste novo diploma legal que regula a atividade administrativa, foi eliminado do preceito legal que concebe a figura do indeferimento tácito a enumeração contida no n.º 3 do artigo 108.º do CPA, as situações em que se formava deferimento tácito estabelecidas em lei especial.

Em nosso entendimento, é correto que esta lista de situações deixe de constar do CPA. Por um lado, porque o Código deve fornecer um quadro geral de disposições, cabendo depois aos outros diplomas determinar os casos em se aplicam os institutos previstos. Não se vislumbra problema algum em que seja a lei avulsa ou regulamentos a definir em que situações se aplica a regra do deferimento tácito. Por outro lado, quase a totalidade das situações do artigo 108.º, n.º 3, do anterior CPA já se encontra revogada ou caducada¹⁴. Porém, com a exceção da alínea g) do n.º 3 do artigo 108.º do antecedente CPA, no que diz que respeito à acumulação de funções públicas e privadas, deveria ter sido mantido.

A utilidade desta norma resume-se, assim, ao n.º 3 do já referido artigo 108.º do Código de 1991, sendo no restante puramente ilustrativa da figura do ato tácito positivo. Tendo em conta a expansão do deferimento tácito nos últimos anos, não nos choca que a figura, enquanto tal, encontre referência na lei procedimental geral.

¹³ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.ª ed., Dom Quixote, 2007.

¹⁴ JOÃO TIAGO SILVEIRA, «A decisão administrativa no anteprojecto da Revisão do Código de Procedimento Administrativo», XV Seminário de Justiça Administrativa, 2013.

O que nos provoca alguma estranheza, contudo, é que se não tenha aproveitado para inserir, identicamente a título ilustrativo, outras noções que enxameiam os novos regimes autorizativos conformados pelas alterações decorrentes da *Diretiva Serviços* (Diretiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro), como a comunicação prévia e a declaração de início de atividade.

Nesta última, a verdade é que já estamos perante “desadministrativização”, ou seja, tendencial ausência de procedimento administrativo; porém, seria importante esclarecer se há domínios excecionados da solução (a *legge* procedimental italiana, Lei n.º 69/2009, exclui vários: cfr. o artigo 19.º, n.º 1¹⁵), bem assim como estatuir sobre pressupostos negativos de conformação do direito, como falsas declarações ou atestados, que devem motivar a emissão de atos de proibição de exercício da atividade (cfr. a *legge* procedimental italiana, nos artigos 19.º, n.º 3, e 21.º)¹⁶.

3. O princípio procedimental do dever de decidir

Recorrendo, mais uma vez, ao disposto no artigo 13.º do nCPA, que todavia o mesmo encerra dois princípios: o da pronúncia e o da decisão, expressa diretamente o legislador a sua vontade “dever de se pronunciar”.

O primeiro dever (o de pronúncia) obriga sempre a Administração a tomar posição perante qualquer petição formulada por um particular, correspondendo a tal dever o direito fundamental de petição, em matérias que lhes digam respeito ou à Constituição e às leis dos cidadãos (artigo 52.º da Constituição da República Portuguesa – CRP).

A jurisprudência já apontava nesse sentido. Desde o Acórdão *Technische Universität München*, de 21 de novembro de 1991 (caso C-269/90), que o Tribunal do Luxemburgo vem realçando a necessidade de observância de garantias procedimentais como “a obrigação para a instituição competente de examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos relevantes do caso em apreço, o direito do inte-

¹⁵ Art. 7.º, Legge 18 giugno 2009 n. 69, “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*”.

¹⁶ CARLA AMADO GOMES, julho de 2013, sobre o projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo, disponível em <http://www.icjp.pt/debate/4268/4322>.

ressado a dar a conhecer o seu ponto de vista, bem como o direito a uma fundamentação suficiente da decisão” (consid. 14).

No tocante às entidades administrativas agindo no quadro do procedimento administrativo geral, esse dever é densificado pelo artigo 13.º do CPA, que versa sobre o princípio da decisão plasmado no novo Código; este princípio vem reconhecer a importância da decisão para os particulares e de uma decisão que espelhe a verdadeira vontade da administração que coadune com um ato voluntário e produtor de efeitos jurídicos claros e objetivos.

O princípio da decisão não se limita a estabelecer um dever de agir. Antes exige também que a competência seja exercida funcionalmente, isto é, no escrupuloso respeito pelos deveres funcionais. Toda a ação administrativa é dominada pela ideia de função e, assim, de ónus. A Administração está, pois, não só a agir no caso concreto, mas também a agir funcionalmente.

Assim, subjacente e prévio a este dever de informação, está pois um dever de exame e pronúncia, ou “dever de *feedback*”, em relação às iniciativas e pretensões dos particulares.

3.1. *Incumprimento do dever de decidir*

O incumprimento do dever de decidir equivale a uma abdicação da Administração da originalidade da autotutela, colocando a decisão nas mãos de um tribunal que a impõe imperativamente e em primeiro lugar (artigos 205.º, n.º 2 da CRP e 71.º do CPTA).

Nesse sentido aponta o artigo 51.º, n.º 4, do CPTA, que estabelece o dever de o tribunal convidar o autor a substituir a petição, formulando pedido a essa prática, conforme previsto nos artigos 46.º, n.º 2, alínea *b*), e 66.º e seguintes do CPTA, e não a sua anulação.

São numerosas as disposições legais de onde emerge esta contemporânea conceção: o n.º 3 do artigo 212.º da CRP e o assumir, neste caso litigiosamente, “das relações jurídicas administrativas e fiscais”; o artigo 266.º, n.º 1, da CRP e o respeito, pela Administração, dos “direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” (ver também o artigo 4.º do CPA); o direito que assiste aos particulares na construção das decisões da Administração; o direito à informação. Enfim, todo o cidadão é, perante a Administração, um sujeito jurídico de pleno direito, mais também um seu

parceiro que, numa relação jurídica procedimental, tem direito a uma decisão e nunca a uma “discricionariedade do silêncio” ou ao “silêncio incumprimento” que corresponderá à violação do dever de decidir, a uma situação de ilegalidade que poderá encontrar fundamento numa instrumentalização em função da política legislativa, contraposto ao direito a uma decisão¹⁷.

O dever legal de decidir encontra sede constitucional no artigo 52.º, n.º 1, da CRP e é densificado pelo n.º 1 do artigo 13.º do CPA, que trata do princípio da decisão como princípio geral (entre outros) da atuação administrativa – segundo este preceito, os órgãos da administração têm o dever de se pronunciar sobre todos os assuntos da sua competência que lhes sejam apresentados pelos particulares em defesa de interesses pessoais ou de interesses coletivos. Constatamos que o dever legal de decidir pode conhecer graus sucessivos ou crescentes de substanciação, e nem sempre significa, sequer, a necessidade de exame do mérito da pretensão formulada pelo particular¹⁸.

4. Responsabilidade de civil por atos da Administração

A responsabilidade civil traduz-se numa reação do direito a danos causados a particulares – seja por factos ilícitos pelo risco ou, na medida em que justificada pela ordem jurídica, por facto lícito –, a repor a situação inicial daqueles mesmos particulares. A Constituição de 1976 autonomizou, na redação atual do artigo 22.º, expressamente a responsabilidade do Estado e demais entidades públicas da responsabilidade dos seus funcionários e agentes, estabelecendo, numa formulação ambígua, que os primeiros respondem “em forma solidária” com os segundos “por ações ou omissões praticadas no exercício, de que resulte a violação dos direitos liberdades e garantias ou prejuízos para outrem”¹⁹. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA definem deste modo o disposto no artigo 22.º da CRP: “o sentido geral desta norma constitucional é, sem dúvida, consagrar o princípio da responsabilidade dos poderes públicos (Estado e demais entidades públicas) pelos prejuízos cau-

¹⁷ Neste sentido, SÉRVULO CORREIA, «O incumprimento do dever de decidir», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 54, 2005.

¹⁸ Acórdão Tribunal Central Administrativo do Norte, de 25/10/2007, Relator: Dr. José Augusto Araújo Veloso.

¹⁹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª ed., Almedina Editora, 2011.

sados por acções ou omissões dos titulares dos seus órgãos, lesivas de direitos ou interesses dos particulares. Estabelecer, como princípio, a responsabilidade do Estado e demais entidades públicas significa conferir dignidade constitucional a um princípio concretizador do Estado de Direito superando definitivamente os regimes que durante muito tempo consagravam a irresponsabilidade civil dos actos do poder público”²⁰.

Ao longo das últimas décadas, não foi possível estabelecer uma efetiva responsabilização da AP pelo seu silêncio, pelo que, à falta de uma melhor solução legislativa, a coabitação entre o deferimento tácito e o meio processual da intimação deveria, neste caso, ser substituída unicamente pela ação administrativa especial de condenação à prática do ato devido, onerando a AP, assimilando as consequências do ato silente positivo e permitindo ao particular o deferimento, judicialmente decretado, da sua pretensão²¹.

Porém, na jurisprudência portuguesa, já se encontra a ideia de uma sanção para a hipótese de incumprimento do dever de decisão. Em tal hipótese, haverá lugar à formação de indeferimento ou deferimento tácitos, residualmente, à hipótese de ação para reconhecimento de um direito e, eventualmente, a Administração Pública ser responsabilizada civilmente pela prática de um ato ilícito de gestão pública²².

A responsabilidade civil por atos de gestão pública é regulada no plano subjetivo por normas de direito administrativo. A responsabilidade das entidades públicas por atos no exercício de um poder pode ser uma responsabilidade extracontratual delitual ou uma responsabilidade por risco²³.

Contudo, esta responsabilidade civil pelo incumprimento do dever de decidir ainda não tem reflexo, nem patente legislativa que justifique e legitime a sua

²⁰ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2007, p. 426.

²¹ Veja-se, a este propósito, que, segundo entendimento doutrinal e jurisprudencial, o ato devido nos termos deste artigo 112.º do RJUE não está estritamente vinculado ao deferimento da pretensão, *in* J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa (lições)*, Almedina, 2003, p. 211, ou MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, Almedina, 2004, pp. 216 a 219.

²² Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 31/03/2004, Relator, Pires de Esteves, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb22e1bb1e680256f8e003ea931/0ee24f86b8e0a8fd80256ea100338f59?OpenDocument&ExpandSection=1>.

²³ ABEL MARTINS RODRIGUES, *Direito Administrativo II*, Coleção Diversos, Bookline Editora, 2011.

aplicação prática. O que em nosso entendimento revela que o incumprimento, não é legal e devidamente censurado e condenado pelo legislador.

Conclusões

Durante os quase 20 anos que mediaram entre aquela última revisão e a que foi agora introduzida pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, novos desafios se colocaram a vários níveis, mas sobretudo no contexto do exercício da função administrativa.

1) Infelizmente, as situações de inércia ou de silêncio da Administração perante pretensões concretas apresentadas pelos interessados aos órgãos competentes são muito frequentes. E constituem “uma das mais insidiosas formas de desrespeito pelas regras estabelecidas pelo princípio da legalidade tal como deve ser entendido e aplicados num autêntico Estado de Direito”²⁴.

2) De salientar que o ato tácito positivo constitui uma resposta ao facto de o legislador ainda não ter sido capaz de ultrapassar a ideia de um dever de administração na direção da obrigação de decisão expressa por parte da Administração Pública, não existindo mecanismos sancionatórios aplicáveis a este incumprimento.

3) Encerrando na ideia de MARCELO REBELO DE SOUSA, o ato tácito tem a natureza de uma omissão juridicamente relevante, visto produzir-se na não adoção de uma conduta passível à qual o legislador atribui consequências jurídicas gerais das omissões e ainda considera satisfeita uma solicitação formulada à administração²⁵.

Há, pois, menosprezo pelos direitos fundamentais dos interessados a prestações procedimentais e que vai no sentido de desvalorizar o incumprimento pelos entes públicos de formalidades essenciais procedimentais, associando as preterições formais a irregularidades, não sancionando o ato que padeça de tal tipo de vícios e desresponsabilizando quem os pratica, pois basta pensar que a garantia a uma indemnização por danos decorrentes de tais atos ilegais não está garantida.

²⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 361.

²⁵ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, op. cit., pp. 393 e ss.

Concluimos que esta figura foi adquirindo, ao longo dos anos, características próprias e complementares, constituindo inicialmente uma garantia dos particulares em contraponto com o incumprimento do dever de decidir da AP e evoluindo no sentido da simplificação administrativa perpetrada no ordenamento jurídico nacional e assente em princípios de celeridade e simplificação. Se é certo que grande parte da produção doutrinal e jurisprudencial adverte para a fragilidade deste instituto e para a conveniência de uso cauteloso e criterioso, o legislador, provavelmente por razões de ordem política e jurídica, pende hoje para a sua gradual aplicação.

Bibliografia

- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2013 (reimpressão).
- _____, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, Almedina, 2004.
- AMARAL, Diogo Freitas, *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, 2011.
- ANDRADE, J. C. Vieira de, *A justiça administrativa (lições)*, Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2007.
- CAUPERS, João, *Direito Administrativo*, Aequitas Editorial Notícias, 1995.
- CORREIA, Sérvulo, «O incumprimento do dever de decidir», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 54, 2005.
- FONTES, José, *Tratado Elementar sobre Garantias dos Particulares, Procedimento Administrativo*, Editorial Caminho, 2006.
- GOMES, Carla Amado, Julho de 2013, *sobre o projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo*, disponível em <http://www.icjp.pt/debate/4268/4322>.
- MACHETE, Rui, «O ato confirmativo de acto tácito de indeferimento e as garantias de defesa contenciosa dos administrados», in *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Coimbra Editora, 2006.
- OLIVEIRA, Esteves de, *Direito Administrativo I*, 1980.
- RODRIGUES, Abel Martins, *Direito Administrativo II*, Coleção Diversos, Bookline Editora, 2011.
- SILVEIRA, João Tiago, «A decisão administrativa no anteprojecto da Revisão do Código de Procedimento Administrativo», XV Seminário de Justiça Administrativa, 2013.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Vol. III, Dom Quixote, 2008.

Jurisprudência

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 046256, de 31/03/2004, Relator: Pires de Esteves, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão Tribunal Central Administrativo do Norte, de 25/10/2007, Relator: Dr. José Augusto Araújo Veloso, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

A comunicação prévia no novo Código do Procedimento Administrativo

Gracinda Pereira Ferreira*

Sumário: 1. A influência europeia; 2. As duas comunicações prévias previstas no CPA; 3. Comunicação prévia e ato tácito; 4. A fiscalização sucessiva na comunicação prévia; 5. A defesa de terceiros; 6. Conclusão.

Nesta época em que nos confrontamos com o novo Código do Procedimento Administrativo (CPA) e com todas as novidades por ele introduzidas, é tempo de refletirmos nas palavras sábias do Ilustre Professor ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA: “O primeiro Código de Procedimento Administrativo (...) veio dar à atividade da nossa Administração Pública uma organização de que ela muito precisava e veio conferir aos cidadãos garantias a que eles tinham direito e não estavam devidamente asseguradas. Ao mesmo tempo, o Código ensinou direito administrativo a juristas e a não juristas (...). O Código de 2015 espera-se que dê um bom impulso para o melhor funcionamento da nossa Administração Pública, nestes tempos de mudança vertiginosa”¹.

1. A influência europeia

Com a evolução do mercado europeu único, onde pessoas, serviços e mercadorias devem circular livremente, desde cedo surgiu a necessidade de facilitar esse acesso. Para isso em muito contribuiu o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, com sucessivas decisões nesse sentido.

* Jurista e Mestranda em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

¹ CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*, Prefácio de ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, Porto Editora, 2015.

Os líderes da atual União Europeia, sentindo a necessidade de concretização de um verdadeiro mercado interno no território europeu, na primeira década deste século, colocaram na linha da frente a adoção de uma Diretiva que fosse ao encontro desse objetivo comum. Da necessidade de um mercado único europeu, surge a Diretiva de Serviços CE/123/2006, que tem um grande impacto em todas as legislações nacionais dos Estados-Membros.

Em Portugal, esta transposição é acolhida no Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, e veio estabelecer, princípios e regras para facilitar o livre acesso e exercício de atividades de serviço. Com esta transposição, as palavras de ordem na nossa administração são desburocratizar, simplificar, agilizar ou, dito de outro modo, tornou-se necessário que a nossa administração se modernizasse, acolhesse princípios basilares da diretiva e caminhasse rumo ao futuro.

Da Europa e do resultado da sociedade de urgência atual em que vivemos, é imperativo que a Administração vá ao encontro das necessidades da população.

Assim, fruto deste decreto-lei, surge a figura da comunicação prévia, em Portugal, na legislação urbanística, ambiental e de serviços.

2. As duas comunicações prévias previstas no CPA

No novo Código do Procedimento Administrativo, no seu artigo 134.º, surge a figura da comunicação prévia; assim, o CPA vem pela primeira vez consagrar esta figura que, no entanto, já existia em determinadas áreas, fruto, como já foi referido, de transposição de normas europeias.

O legislador, no artigo 134.º do Código do Procedimento Administrativo, apelida esta nova figura de comunicação prévia. Este artigo é preceito único da secção VI do capítulo II (Procedimento do ato administrativo), integrado no título II (Procedimento do regulamento e do ato administrativo).

Cumpra assim distinguir as duas figuras para uma melhor compreensão. No n.º 1, estamos perante a possibilidade de produção de efeitos imediatos, ou seja: existem efeitos jurídico-administrativos na esfera do interessado e, para isso, não há emissão de um ato administrativo procedimentalizado. Basta que o interessado faça a comunicação e preencha os pressupostos legais e regulamentares para poder usufruir imediatamente dos efeitos dessa comunicação. Estamos perante uma comuni-

cação prévia que se afigura muito próxima de uma declaração por parte do particular, em que tudo acontece como se a administração apenas recebesse esta declaração; ou, indo ainda mais longe, como se a administração não existisse. O particular comunica que vai dar início à atividade e pode, de imediato, dar início a essa mesma atividade. Ainda que a administração nada possa fazer para impedir o início da atividade, pode, posteriormente, fazê-la cessar se esta estiver desconforme com a lei.

No n.º 2, temos a comunicação prévia com prazo e este artigo determina que, nestes casos, a comunicação prévia do particular só produz efeitos se o órgão competente não se pronunciar em sentido contrário. Neste caso, podemos dizer que a administração não tem o poder de permitir certa atuação, esta apenas se limita a não se lhe opor ou, por outro lado, a exercer o seu direito de veto sobre ela.

3. Comunicação prévia e ato tácito

A comunicação prévia com prazo e o ato tácito são duas figuras com algumas semelhanças, embora sejam distintas. O particular comunica uma pretensão à administração, o decurso do tempo permite ao particular usufruir dos efeitos pretendidos, mas existe a possibilidade de, *a posteriori*, a situação do particular ser fiscalizada e a legalidade ser reposta. Na prática, as duas situações dizem respeito à não pronúncia, por parte da administração, ao seu silêncio. No entanto, embora haja semelhanças após uma profunda análise; ainda que as duas resultem de uma omissão, o resultado efetivo de ambas não pode ser confundido. Na realidade, estamos perante duas figuras diferentes, em que se nos afigura que a comunicação prévia pode, futuramente, vir a ocupar o lugar do silêncio da administração, que findava com um ato tácito de deferimento. O deferimento tácito surge como uma forma de superar a inércia da administração, a comunicação prévia vem transferir para o particular algumas atividades que eram da exclusiva competência da administração e transferir a responsabilidade para o particular pelo cumprimento da lei.

No n.º 3 do artigo 134.º, o legislador vem estabelecer estas diferenças entre as duas figuras, ao estabelecer que: “nas situações de comunicação prévia com prazo, a ausência de pronúncia do órgão competente não dá origem a um ato de deferimento tácito, mas habilita o interessado a desenvolver a atividade pretendida”. Se não houver veto por parte da administração, o que o particular tem, ao fim do pra-

zo, é uma autorização para exercer a atividade que requereu na comunicação prévia mas nunca um deferimento tácito.

4. A fiscalização sucessiva na comunicação prévia

Na segunda parte do n.º 3 do artigo 134.º do Código de Procedimento Administrativo, está prevista a fiscalização por parte da Administração: “habilita o interessado a desenvolver a atividade pretendida, sem prejuízo dos poderes de fiscalização da Administração e da possibilidade de esta utilizar os meios adequados à defesa da legalidade.”

A figura da comunicação prévia transfere para o particular poderes de iniciativa, de início de atividade, de controlo preventivo e de cumprimento da lei, no entanto, a fiscalização sucessiva fica a cargo da Administração. O particular, nos termos da lei e mediante comunicação prévia, ou após decurso do prazo, pode iniciar a atividade, no entanto, após o início, quem fiscaliza é a Administração e, nesta matéria, não poderia ser de outra forma, pois só assim se pode garantir a defesa da legalidade.

Havendo este poder de controlo *a posteriori*, e tendo o particular iniciado a atividade por sua conta e risco e não tendo a administração exercido o seu poder de veto, importa indagar perante que tipo de fiscalização nos deparamos e quais os seus limites. Se durante o prazo a Administração não se opôs à comunicação prévia e *a posteriori* vem adotar medidas repressivas, temos de nos questionar qual é a real função do prazo.

Por questões de segurança e certeza jurídicas, o particular já exerce a sua atividade nos termos da comunicação prévia e a Administração nos seus poderes de fiscalização terá sempre de ter em atenção que não se pronunciou no prazo estipulado.

Nos casos de comunicação prévia, aos quais a Administração não se opõe, no futuro, podemos estar perante uma situação de responsabilização da Administração, até porque os terceiros afetados por estas situações podem responsabilizar a Administração por não exercer o seu poder de veto ou por omissão de fiscalização.

Independentemente das questões formuladas, a fiscalização cabe à administração e este poder é sobretudo importante na defesa da legalidade e proteção de terceiros.

5. A defesa de terceiros

Se há um ponto fraco que sobressai nesta nova figura da comunicação prévia é a não proteção de terceiros, mas não podemos deixar de referir que, na realidade, este não é um ponto fraco exclusivo da comunicação prévia. A lei deve prever formas de participação de terceiros, no procedimento de comunicação prévia, assim como a publicitação das próprias comunicações. É fundamental que os terceiros tenham legitimidade processual para se defenderem contra a atividade privada prevista na comunicação prévia. No nosso entender, no ordenamento jurídico nacional, esta defesa de terceiros, pode ter lugar mediante uma ação administrativa comum destinada a obter a abstenção de certo comportamento (artigo 37.º, n.º 3, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos – CPTA) ou de uma providência cautelar de intimação para abstenção de uma conduta (artigos 109.º, n.º 2, e 112.º, n.º 2, alínea *f*), do CPTA). E, porque estamos perante uma relação jurídica que se estabelece entre o particular que realiza a atividade privada, a Administração, e os terceiros afetados, os litígios resultantes desta relação são da competência dos Tribunais Administrativos; (artigo 212.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa e artigo 1.º, n.º 1, do Estatutos dos Tribunais Administrativos e Fiscais).

A matéria referente à proteção de terceiros é uma área com vários problemas, sendo portanto necessário que a lei preveja mecanismos de tutela e de efetiva participação para estes terceiros, que podem ficar numa situação desprotegida.

6. Conclusão

Diversos fatores contribuíram para a inclusão da comunicação prévia no CPA.

A União Europeia, a necessidade de mercados mais competitivos, a burocratização da nossa Administração Pública no início do século e a sociedade de urgência em que vivemos foram os grandes impulsionadores de toda a nova Administração que hoje temos.

A comunicação prévia, embora não seja uma figura nova no ordenamento jurídico português, é, pela primeira vez, consagrada no CPA. Esta figura agora contemplada no artigo 134.º é nova em muitos aspetos. Na aplicação prática, problemas irão surgir, mas é sempre assim quando interesses públicos e particulares se confrontam, e haverá sempre um caminho a percorrer para que haja um entendimento.

É uma característica entre muitas do futuro que será a Administração, da alteração de paradigmas, mas que tem de ser olhada com alguma desconfiança, devido à transferência de responsabilidades da Administração para os particulares, à situação de terceiros desprotegidos e, sobretudo, porque, em sede de fiscalização, pode ser um presente envenenado para o particular que exerce a sua atividade privada.

Bibliografia

ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo, O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015.

BATALHÃO, Carlos José, *Novo Código de Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*, Porto Editora, Porto, 2015.

FONSECA, Isabel Celeste M., *Direito Processual Administrativo, Roteiro prático*, 2.^a ed., Elcla, Porto, 2010.

GOMES, Carla Amado, NEVES, Ana Fernanda, SERRÃO, Tiago (coord.), *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015.

Tese de Mestrado em Direito das Autarquias Locais, Universidade do Minho, A evolução das formas de controlo administrativo no regime jurídico da urbanização e edificação – o novo paradigma, MARIA ISILDA PAREDES DE OLIVEIRA E CASTRO VILAS BOAS, junho de 2014, gentilmente cedida pela autora.

O (novo) regime sobre os procedimentos administrativos de execução coerciva: quando a montanha pare um rato...

Isabel Celeste M. Fonseca*

Sumário:** §I. As razões do subtítulo. §II. Dos procedimentos administrativos de execução através de meios coercivos. 1. Das diversas leituras do princípio da execução prévia. 2. Da leitura do artigo 149.º, n.º 2, do CPA. §III. Da perspectiva actual. 1. Do novo regime relativo aos procedimentos administrativos de execução através de meios coercivos. 2. Das garantias.

§I. As razões do subtítulo

Antes de iniciar esta sessão estudo¹ – que versa sobre o regime dos procedimentos administrativos de execução através de meios coercivos, previsto nos artigos 175.º e seguintes do novo Código de Procedimento Administrativo (= nCPA), com a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro –, desejamos sublinhar que esta é uma reforma necessária e claramente do nosso tempo. Aliás, de imediato, desejamos igualmente enfatizar que muitas das soluções acolhidas neste novo código se compreendem bem se situarmos temporalmente o nCPA num cenário típico do séc. XXI, onde se sente a convergência de vários fenómenos, como sejam, a título de exemplo, a crescente europeização do direito administrativo (entendida esta expressão também no sentido de convergência ou aproximação dos sistemas jurídicos dos Estados da União Europeia)², o surgimento intenso do direito administrativo transnacional, a que acresce um cenário típico de uma sociedade de

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho e Directora do Mestrado em Direito Administrativo.

** Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

¹ Este texto serviu de base à exposição da autora no Curso de Actualização sobre O (novo) Código de Procedimento de Administrativo, promovido pelo Núcleo de Estudos de Direito *ius publicum*, NEDip, tendo tido lugar na Biblioteca Lúcio Craveiro da Silva, em Braga, em Março de 2015.

² Sobre este assunto, para uma visão de conjunto e para uma identificação do rol bibliográfico relativo ao tema, *vd.* o nosso *Processo temporalmente justo e urgência*, Coimbra, 2009.

risco ou *sociedade-da-urgência*³, em que vivemos, sendo certo que, por isso mesmo, a cada momento do nCPA vamos encontrando marcas desses fenómenos⁴. O tema desta sessão e o modo como será tratado revelarão, por certo, o quanto os sistemas de Administração executiva, de tipo francês ou de acto administrativo, e o de Administração Judiciária estão cada vez mais próximos.

De resto, o subtítulo deste texto procura evidenciar um momento do nCPA que não reconhecemos, de todo em todo, como sendo próprio do direito administrativo português e, por isso, interrogamo-nos quanto à pertinência de uma solução que subverte e descaracteriza o sistema administrativo português, que traduz subalternização do Poder Administrativo e do exercício da função administrativa perante o Poder e o exercício da função jurisdicional⁵.

³ Vejamos: *i*) de precarização de direitos e de reconhecimento de situações jurídicas; *ii*) de reivindicação pelos cidadãos e operadores económicos nacionais e estrangeiros da satisfação urgente ou imediata de pretensões, através de procedimentos jurídico-públicos simplificados e prioritários; *iii*) de aceleração de procedimentos jurídico-públicos acompanhada da desformalização procedimental e de leveza garantística; *iv*) de preferência pelo provisório imediato (mesmo que frágil e esfumado) em detrimento do definitivo, por ser demorado, ainda que, provavelmente, materialmente mais justo. Sobre o assunto, *vd.* o nosso *Processo temporalmente justo e urgência*, *op. cit.*

⁴ A título meramente exemplificativo, identificamos os seguintes momentos: *i*) de redução dos espaços de vinculação procedimental e ampliação da discricionariedade na fixação do *iter* procedimental pelo órgão que dirige o procedimento, por decisão unilateral ou por contrato administrativo (nos termos dos artigos 56.º e 57.º); *ii*) a e-procedimentalização (acolhida nos artigos 14.º, 61.º, 62.º e 63.º, bem como nos artigos 104.º, n.º 1, alíneas *c* e *d*), e n.º 2, 105.º, n.º 4, 106.º, n.º 3, e especialmente nos artigos 112.º e 113.º); *iii*) os novos fundamentos de revogação administrativa, introduzidos no artigo 167.º, n.º 2, alínea *c*); e, por exemplo, o novo regime relativo à omissão na emissão de pareceres (nos termos do artigo 92.º, n.ºs 5 e 6).

⁵ Como já se disse em outro lugar, a este propósito, não posso deixar de lamentar que as modernas exigências da filosofia política e das ciências do direito público, que assentam na ideia da “legitimação pelo procedimento”, sejam amiúde esquecidas no nCPA, como acontece no regime de anulabilidade de actos administrativos, quando em causa esta a possibilidade de não ser retirado efeito anulatório a um acto que padece de vícios decorrentes da preterição de formalidades procedimentais ou formais. A ideia de legitimação pelo procedimento vai ao encontro dos valores do Estado de Direito. Nele, a legitimação das decisões públicas surge pelo procedimento, que assim acresce à legitimidade democrática, decorrente da eleição através do voto, e à legitimidade material, decorrente da legalidade e do mérito das decisões. Neste sentido, o procedimento não vale apenas como uma realidade formal ou simples esquema organizativo de tomada de decisões: vale como realidade material que, ao potenciar a participação dos indivíduos, operadores económicos e instituições e ao fazer chegar através de si o conhecimento sobre todos os interesses públicos e privados, permite a tomada das decisões mais correctas e mais eficazes. No Estado de Direito, as decisões públicas não resultam de uma qualquer verdade revelada, nem brotam da cabeça de nenhum déspota iluminado. Seja qual seja a função estadual, ela pressupõe um mecanismo destinado à regulação da tomada de decisões. É o procedimento. E, segundo o direito administrativo contemporâneo, “o procedimento administrativo formalizado é o modo típico, natural ou geral de a actividade administrativa se desenvolver”. Assim, não posso deixar de lamentar

Em bom rigor, e com inspiração na fábula de LA FONTAINE, *La Montagne qui accouche*, a alteração introduzida pelo legislador nesta temática, lembramo-nos “a montanha em trabalho de parto, que fazia tão grande escarcéu. Todos, acudindo ao alarido, supunham que daria à luz uma cidade maior que Paris. Ela deu à luz um rato”. Na realidade, sem pretender ironizar em excesso, o subtítulo deste texto pretende evidenciar o resultado ridículo da solução acolhida no nCPA sobre o regime jurídico disciplinador do poder de execução coerciva da Administração: ao mesmo tempo que o legislador tem a intenção de introduzir uma alteração tão significativa e grandiosa no nCPA, alterando radicalmente a regra quanto ao exercício do poder de execução coerciva da Administração Pública, faz depender a entrada em vigor dessa nova regra, *ex vi* do artigo 8.º, n.º 2, do diploma preambular, da adopção futura de um acto legislativo, mantendo em vigor o regime anterior do artigo 149.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo de 1991 (= CPA).

Na verdade, quando falamos no tal facto grandioso e importante referimo-nos à disciplina comum prevista nos artigos 175.º e seguintes do nCPA, que versa sobre os procedimentos administrativos dirigidos à obtenção, através de meios coercivos, da satisfação de obrigações pecuniárias, da entrega de coisa, da prestação de factos ou ainda do respeito por acções ou omissões em cumprimento de limitações impostas por actos administrativos. E, em especial, referimo-nos à nova concepção de acto executório. Assim, por força de tal novo regime, a Administração Pública Portuguesa só pratica um acto executório quando em lei especial assim se determinar, tal como decorre do princípio da legalidade da execução, previsto no artigo 176.º, n.º 1. Mais, só pratica um acto executório quando, nos termos do nCPA, o acto tiver por finalidade a execução coerciva de obrigações pecuniárias, nos termos dos artigos 176.º, n.º 2, e 179.º, ou a execução tiver subjacente uma situação de urgente necessidade pública, devidamente fundamentada (nos termos do artigo 176.º, n.º 1, parte final). Afinal, fora destes casos, a Administração Pública portuguesa deverá (*rectius*, poderá, tendo em conta a letra da lei) obter a confirmação judicial

que se inverte aqui o caminho apontado pelas mesmas ciências descritas de autonomização do procedimento perante o acto e de elevação do procedimento administrativo perante o processo judicial. Enfim, questiono-me, pois, se esta transição, da subalternização do procedimento perante o acto à legitimação da actuação pública pelo procedimento, tão cara aos valores do Estado de Direito (incluindo a separação de poderes) e às ciências do direito público, não é invertida, aqui, também, no regime sobre execução coerciva de actos administrativos.

do título, nos termos do artigo 183.º do nCPA, e a obtenção do mandado judicial para fazer cumprir a sua decisão.

Contudo, e como apontámos, o artigo 8.º, n.º 2, do diploma preambular vem estabelecer que o n.º 1 do artigo 176.º do nCPA só se aplicará a partir da entrada em vigor do diploma que vier definir os casos, as formas e os termos em que os actos administrativos podem ser impostos coercivamente pela Administração Pública, devendo ser aprovado no prazo de 60 dias a contar da data da entrada em vigor do decreto-lei que introduziu a alteração ao CPA (e que o revogou na totalidade). Por conseguinte, o n.º 2 do artigo 149.º do CPA revogado manter-se-á em vigor.

Como se compreende, a incerteza é significativa: *i)* a começar, no plano de *iure condito*, no tema do alcance da remissão do diploma preambular para o n.º 2 do artigo 149.º do CPA, uma vez que este dispõe exactamente o contrário daquela outra norma. Dispõe, precisamente, que “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”. Na verdade, interrogamo-nos quanto a saber se a remissão é feita apenas para a 1.ª parte do artigo ou para todo ele.

Depois, e na perspectiva dogmática, a incerteza é significativa, dado o entendimento da doutrina sobre o regime da execução administrativa e especialmente sobre o princípio (privilégio) da execução prévia. Aliás, neste plano, estamos longe de encontrar consensos, quer do ponto de vista do diálogo *intergeracional*, quer do ponto de vista *intra geracional*, estendido ao quadro de direito comparado⁶.

Assim, no plano da discussão doutrinal, está longe o consenso quanto ao tema da validade geral do princípio da executoriedade (execução prévia) dos actos administrativos, enquanto regra da afirmação da força jurídica dos actos administrativos susceptíveis de execução coactiva (actos exequíveis que imponham obrigações ou criem deveres para os particulares, desde que eficazes) – discussão que foi intensa em torno da compreensão do artigo 149.º, n.º 2, e que, por isso, se mantém, mas que se estende agora, por incerteza quanto ao alcance da remissão. Na verdade, impõe-se saber se apenas está em vigor o princípio acolhido no artigo 149.º, n.º

⁶ Por todos, *vd.* CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra, 1999, pp. 91 e ss.

2, ou todo o regime do CPA relativo à execução coerciva (artigos 151.º a 157.º, mormente, artigos 155.º a 157.º).

Enfim, não obstante as incertezas já anunciadas, ainda nos interrogamos quanto à necessidade de, por razões sobrevalorizadas de ponto de vista garantístico do executado, exigir que o legislador intervenha, por regra, sempre de forma pontual e inequívoca, no sentido de permitir a execução coerciva de actos administrativos. Aliás, perguntamos se isso não significaria desvalorizar a existência de um regime comum procedimental para a execução coerciva de actos num código de procedimento administrativo, como acontece para a emissão de actos ou para a respectiva reapreciação. É certo que o regime comum a acolher num código de procedimento administrativo não afasta a possibilidade de o legislador em legislação especial impor especiais vinculações (e deveres) à Administração Pública, que executa um seu acto que impõe obrigações ou estabelece limitações, como seja em matéria de prestação de facto infungível. Desde que o recurso aos tribunais administrativos não seja negado, quer em termos da utilização de processos principais, quer cautelares, as garantias de protecção do executado não são menos pensadas se forem acolhidas num código de procedimento administrativo, num regime (legal) comum, assim pensamos.

Enfim, falta, pois, saber se o novo regime não traduzirá, afinal, o crescimento do espaço de entrada do juiz administrativo no território administrativo. Afinal, tal solução esvazia o Poder Administrativo de uma prerrogativa própria e necessária da função administrativa, que, desde 1991, se sujeita a normas jurídicas comuns. Afinal, repetimos, tal solução impedirá, por regra e em termos de princípio geral, que Aquela que, através de uma decisão (*rectius*, estatuição de autoridade), desejou introduzir um efeito na Ordem Jurídica a possa fazer cumprir, sem ser com fundamento especial em lei ou sem ter que passar antes pelo juiz.

§II. Dos procedimentos administrativos de execução através de meios coercivos

1. Das diversas leituras do princípio da execução prévia

Como apontámos na nota introdutória, o tema da execução coerciva da Administração Pública, e especialmente o assunto do privilégio ou prerrogativa da execução prévia, sempre suscitou controvérsia na doutrina. Não obstante ser um traço típico ou identitário da Administração Pública de tipo francês ou de acto administrativo, o certo é que, mesmo entre nós, o poder de auto-tutela executiva da Administração Pública tem suscitado aceso debate, sendo certo que a querela não se resume ao plano terminológico⁷.

Aliás, o CPA acolheu uma solução que «fica a meio caminho entre a solução algo autoritária do artigo 231.º da 1.ª versão do Projecto de Código do Processo Administrativo Gracioso (1980) e a solução muito liberal do artigo 202.º da 2.ª versão do Projecto de Código do Processo Administrativo Gracioso (1982). A solução intermédia está sobretudo consagrada no n.º 2 deste artigo, sendo certo que a expressão intercalada na revisão do CPA de 1996 teve como objectivo esclarecer que as formas de execução reguladas nos artigos 155.º a 157.º do Código, juntamente com outras previstas em leis avulsas, são susceptíveis de utilização consoante os casos, para a execução de quaisquer decisões administrativas⁸. Ainda assim, o artigo 149.º, n.º 2, nunca suscitou uma interpretação uniforme⁹.

Aliás, sobre o tema, é possível configurar a existência de diferentes leituras. Numa perspectiva tradicional, correspondente à concepção tradicional do privilégio de execução prévia, considera-se que o acto administrativo pode ser sempre objecto de execução coerciva por via administrativa, salvas as excepções legais. São

⁷ Sobre este assunto, *vd.* RUI GUERRA DA FONSECA, *O fundamento da autotutela executiva da Administração Pública*, Coimbra, 2012.

⁸ Neste sentido, seguimos de perto D. FREITAS DO AMARAL [et al.], *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Coimbra, 3.ª ed., 1999, pp. 264 e ss.

⁹ A título de exemplo, *vd.* J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 3.ª ed., Coimbra, 2013, pp. 158 e ss.; D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II., 2.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 477 e ss. Sobre o privilégio da execução prévia, *vd.* R. MACHETE, «Privilégio da Execução prévia», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VI, 1994, pp. 448 a 470.

as posições perfilhadas por MARCELLO CAETANO e MARQUES GUEDES¹⁰. Segundo a corrente ultramoderna ou mais garantística, a execução coerciva por via administrativa só seria legítima em matéria de polícia administrativa e para além desta, nas hipóteses em que a lei expressamente a autorizasse, caso a caso¹¹. Esta perspectiva corresponde à visão de ROGÉRIO SOARES, SÉRVULO CORREIA, MARIA DA GLÓRIA GARCIA, CARLA AMADO GOMES e VASCO PEREIRA DA SILVA¹².

A Comissão que trabalhou o Projecto de Código do Procedimento Administrativo apresentado ao Governo em 1989 acolheu uma solução intermédia, tendo em conta que a primeira perspectiva iria ao encontro da atribuição de poderes excessivos à Administração e a segunda iria no sentido inverso. Assim parece ter vingado a regra: a Administração pode sempre executar coercivamente os seus actos por via administrativa, mas, ao executar as suas decisões, só pode fazê-lo pelas formas e nos termos previstos no Código ou admitidas por outras leis. Por outras palavras, vigou assim o princípio de que a execução coerciva por via administrativa é legítima em todos os casos em que exista acto executório, mesmo que não esteja prevista em qualquer texto legal. E, por força desse mesmo entendimento, ficando certo que as formas e os termos da execução devem estar previstas em lei, podendo o regime do CPA juntamente com outras leis avulsas servir para a execução de quaisquer decisões administrativas.

¹⁰ A título de exemplo, *vd.* MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo I*, 10.^a ed., Lisboa, 1973, pp. 15, 16 e 448 e ss.; MARQUES GUEDES, «Administração Pública», in *Boletim da Direcção Geral das Contribuições e Impostos*, Novembro, 1959, n.º 11, pp. 1628 e 1629.

¹¹ Não se pode deixar de evidenciar o pensamento de VIEIRA DE ANDRADE a propósito da concepção de executoriedade dos actos administrativos. O Autor considera que tal concepção tradicional é insustentável de manter no quadro de uma administração democrática, em que os administrados são cidadãos titulares de direitos perante autoridades administrativas, sendo certo que, no seu entender, não se pode mais falar de uma verdadeira presunção de legalidade dos actos administrativos, nem faz sentido reconhecer à Administração um poder geral de uso da força, fora das situações excepcionais ou de urgência. Refere, aliás, que a execução coerciva só é legítima em situações de urgência devidamente fundamentada (por estar em causa prejuízo para o interesse público inequivocamente demonstrado) ou em casos expressa ou inequivocamente previsto da lei. Mais: afirma que o princípio geral está consagrado no n.º 1 do artigo 149.º, mas limita-o severamente para as situações de execução coactiva de obrigações ou limitações (nos termos do n.º 2 do artigo 149.º), quer por força das limitações decorrentes do CPA quer por força das situações previstas em legislação especial. *Vd.* J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, *op. cit.*, pp. 183 e 184.

¹² Por todos, *vd.* CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, *op. cit.*, pp. 91 e ss.

2. Da leitura do artigo 149.º, n.º 2

Sublinhando, impõe-se dizer que a solução intermédia, correspondente à posição moderada, é a posição à qual aderimos. Estaremos, assim, tão errados? Vamos procurar encontrar a razão de ser do privilégio da execução prévia. Ela assenta na *teoria da decisão executória* e surge naturalmente ligada ao período clássico do direito administrativo ou à sua *belle époque*, altura dos grandes arestos (desde 1873, com o célebre aresto *Blanco*): período posterior a 1872 (período da lei 24 de Maio), a partir do qual se institui o período de *justice déléguée* e se confere ao *Conseil d'Etat* o poder para controlar jurisdicionalmente a Administração, controlando-a em nome do povo.

É neste quadro que se afirmam importantes princípios de direito administrativo: de responsabilidade do Estado (e a distinção entre esta e a pessoal do funcionário), ampliam-se os meios de anulação, a teoria dos actos administrativos ganha estrutura e ganha corpo a teoria da decisão executória.

Se é verdade que a concepção oitocentista dos sistemas de Administração executiva afirmava o privilégio da execução prévia dos actos administrativos fundado numa presunção de legalidade – a Administração Pública tinha o poder geral de executar as suas decisões, pelos seus próprios meios coercivos, se fosse caso disso, sem necessidade de recorrer ao tribunal – mais verdade é que a concepção oitocentista do princípio do privilégio da execução prévia surge ligada a dois dogmas, de entre os quais o da afirmação da ideia de «serviço público». É neste quadro que há o reforço da administração de autoridade. Surge a noção de prerrogativas de direito público ou de meios exorbitantes do direito comum: *i*) no interesse do serviço público, a Administração deve impor obrigações aos particulares unilateralmente e sem primeiro passar pelo juiz; *ii*) a Administração actua e o administrado contestará depois: tal é o alcance deste privilégio da execução prévia, que constitui o elemento mais importante da teoria da decisão executória.

Vejamos, com mais detalhe, a teoria da decisão executória¹³. A Administração Pública pode modificar unilateralmente a situação jurídica dos administrados sem

¹³ Sobre o assunto, PROSPER WEIL (*O Direito Administrativo*, trad. MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO/A. J. PINTO LOUREIRO, Almedina, 1977) lembra também a afirmação do indivíduo, dos seus direitos e da separação de poderes, do qual resulta o Primado do indivíduo face ao Estado e do Direito em relação ao Estado, bem como a afirmação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem e a afirmação da separação de poderes (ainda que com o respectivo paradoxo).

passar pelo juiz: não emite simples pretensões; antes toma verdadeiras decisões. A decisão executória pode ser assim definida como uma manifestação da vontade da Administração Pública com vista a produzir efeitos jurídicos.

Como consequências da afirmação da decisão executória, aparecem duas notáveis prerrogativas: *a)* não se considera que haja decisão executória quando o acto da Administração, ainda que unilateral, não modifique a ordem jurídica, logo o Princípio da Execução Prévia pressupõe que a decisão modifique imediatamente a Ordem Jurídica: o particular pode certamente contestar a sua validade perante o juiz, mas o recurso não tem efeito suspensivo e, enquanto se espera a eventual anulação, a decisão é executada; *b)* o Princípio da Execução Prévia permite à Administração utilizar a força se o particular não executa de bom grado, sendo certo que também se associa este uso de força à urgência (“quando a casa está a arder, não se vai pedir ao juiz autorização para mandar lá os bombeiros”, con. *Romieu*); *c)* o Princípio da Execução Prévia pressupõe salvaguardar e satisfação do interesse público, quando se antevê que a realização do mesmo, sendo diferida, pode padecer de plena execução.

Assim, recuperando a ideia inicial, segundo esta concepção moderada, a Administração Pública pode sempre executar coercivamente os seus actos executórios por via administrativa. Ao executá-los, deve fazê-lo nos termos e pelas formas previstas no CPA ou admitidos em lei avulsa ou extravagante. Assim também se deve entender o artigo 149.º, n.º 2: a execução coerciva por via administrativa é legítima em todos os casos em que exista acto administrativo executório, mesmo que não esteja prevista em qualquer texto legal, mas as formas de execução e os termos em que é feita terão de estar previstos na lei. Procura-se conciliar o interesse público, do ponto de vista da prossecução eficiente e rápida do interesse público, com a perspectiva garantística, pois, afinal, sempre haverá situações de execução coerciva por parte da Administração que deverão estar salvaguardadas expressa e inequivocamente no texto da lei, tratando-se de execuções para prestação de facto infungível (que impliquem impor sujeições pessoais, como seja a vacinação ou internamento), ou protegidas judicialmente, como seja a entrega de coisa (obrigando a salvaguardar o direito de propriedade do executado).

§III. Da perspectiva actual

1. *Do novo regime relativo aos procedimentos administrativos de execução através de meios coercivos*

Como também apontámos na nota introdutória, o nCPA prevê na sua Parte IV (da actividade administrativa), em especial, no capítulo II, sobre o acto administrativo, secção V, o regime comum relativo aos procedimentos administrativos dirigidos à obtenção, através de meios coercivos, da satisfação de obrigações pecuniárias, entrega de coisa, da prestação de factos ou ainda do respeito por acções ou omissões em cumprimento de limitações impostas por actos administrativos, deixando de fora deste regime a adopção de medidas de polícia de coacção directa.

Enfim, julgamos que, a partir de agora, o acto administrativo português deixa definitivamente de ser executório, por natureza, pois, fica claro no nCPA que o acto administrativo só terá tal natureza em poucos casos: *i*) quando em lei especial assim se determinar, tal como decorre do princípio da legalidade da execução, previsto no artigo 176.º, n.º 1; *ii*) ou quando, nos termos do nCPA, o acto tiver por finalidade a execução coerciva de obrigações pecuniárias, nos termos dos artigos 176, n.º 2, e 179.º; *iii*) ou quando a execução tiver subjacente uma situação de urgente necessidade pública, devidamente fundamentada (nos termos do artigo 176.º, n.º 1, parte final).

Enfim, como se percebe, a execução coerciva tem de ter uma habilitação específica, podendo ela decorrer da lei, do nCPA ou de decisão jurisdicional, que o titular do órgão tem de adquirir (nos termos do artigo 183.º). Na verdade, nos termos desse preceito e tendo em conta o que se afirmou, a Administração Pública deve solicitar a respectiva execução ao tribunal administrativo competente, nos termos do disposto na lei processual administrativa.

Pois bem, ainda a este propósito surge uma dúvida. É certo que o acto administrativo continua a ser título executivo, não sendo necessário obter a confirmação em juízo dessa executividade. Contudo, perde o seu carácter executório. Portanto, não restando dúvida quanto a saber que tipo de acção processual deve a Administração Pública propor em juízo, que será uma acção executiva e não uma declarativa, impõe-se, contudo ainda saber se há um dever de propositura da acção executi-

va ou uma simples faculdade. Estamos especialmente a considerar o vocábulo acolhido no artigo 183.º: “pode”.

Como se apontou, claro está que aqui se ressalvam as situações: *i)* de execução de obrigações pecuniárias a favor da administração, que deve seguir o regulado para a execução fiscal, nos termos do artigo 179.º; *ii)* a adopção de medidas de polícia, que segue regime próprio; *iii)* e as situações em que a execução coerciva de obrigações impostas deva acontecer em situações de urgente necessidade pública.

2. *Das garantias*

Por força do que se foi dizendo, entendemos que, por força da norma transitória já identificada, apenas se mantém em vigor a parte 1.ª do n.º 2 do artigo 149.º do CPA. E, por isso, consideramos que todo o regime comum sobre execução coerciva de actos, acolhido nos artigos 177.º e seguintes, se mantém em vigor. E assim é tanto mais que ele reforça as garantias dos executados, a começar: *i)* pela exigência de acto exequendo eficaz; *ii)* a continuar pela aplicação obrigatória do princípio da proporcionalidade, nos termos do artigo 178.º, n.º 1, e pelas limitações decorrentes do regime de direitos fundamentais quando em causa esteja a coação física sobre indivíduos, nos termos do artigo 178.º, n.º 2; *iii)* a continuar ainda pela obrigatoriedade da existência de prévio acto expresso de início da execução, nos termos do artigo 177.º, salvo se existir estado de necessidade; *iv)* a continuar ainda pela abertura ao controlo jurisdicional dos actos de execução. Assim, nos termos do artigo 182.º do nCPA: podem os executados recorrer (e solicitar a suspensão) administrativa e jurisdicional do acto exequendo, bem como podem recorrer da decisão de proceder à execução administrativa, invocando e imputando-lhe vícios próprios, podendo igualmente impugnar e solicitar a suspensão de outros actos próprios da execução, isto é, de actos praticados no âmbito do procedimento de execução, sendo certo que, nos termos do n.º 3 do artigo 182.º, podem os executados lançar mão de outros mecanismos de defesa dirigidos à execução de operações materiais de execução, por as mesmas serem ilegais, nos termos das alíneas *a)*, *b)* e *c)*.

Neste ponto último do texto, não podemos deixar de reiterar a nossa inquietação em relação à temática da execução coerciva das decisões administrativas. E sublinhamos o seguinte: se a solução acolhida no nCPA, nos artigos 175.º e seguintes, não nos *mata*, já a promessa de solução legal a acolher em 60 dias a contar da

entrada em vigor do nCPA, *ex vi* artigo 8.º, n.º 2, do diploma preambular, nos *mói*. Assim, por razão de tal imposição legal, o regime constante do artigo 176.º do nCPA só se aplicará a partir da entrada em vigor do diploma que definirá os casos, as formas e os termos em que os actos administrativos podem ser impostos coercivamente pela Administração. Ora, daqui decorre que, até entrar em vigor o nCPA, deve aplicar-se o artigo 149.º, n.º 2; se a prometida nova legislação não vier nunca a ver a luz do dia, ficará em vigor para sempre o artigo 149.º, n.º 2, do CPA revogado: não é isto um facto ridículo?

Bibliografia sucinta

- AA. VV., *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo. Temas nucleares*, 2.ª ed., Coimbra, 2015.
- AMARAL, Diogo Freitas de, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª ed., Coimbra, 2011.
- AMARAL, Maria Lúcia, *A execução dos actos administrativos no Projecto de Código de Processo Administrativo Gracioso*, Lisboa, 1984.
- CAETANO, Marcelo, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ª ed., Lisboa, 1973.
- CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 11.ª ed., Lisboa, 2013.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Noções de Direito Administrativo (I)*, Lisboa, 1983.
- FONSECA, Rui Guerra da, *O fundamento da autotutela executiva da Administração Pública*, Coimbra, 2012.
- _____, «O fim do modelo de administração executiva?», in *Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo*, Coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, Lisboa, 2015.
- GOMES, Carla Amado, *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra, 1999.
- MACHETE, Rui, «Privilégio da Execução prévia», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VI, Lisboa, 1994.
- MACHETE, Rui, «A execução do acto administrativo», in *Direito e Justiça*, VI, 1992.
- OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, 2014.
- _____, «A execução do acto administrativo», in *Scientia Iuridica*, tomo XLI, 1992.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais de Direito administrativo*, 3.ª ed., Coimbra, 2013.
- PINTO, Maria da Glória Ferreira, *Breve reflexão sobre a execução coactiva dos actos administrativos*, Lisboa, 1983.
- QUEIRÓ, Afonso, «Coação administrativa», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. I, 1990.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral. Actividade administrativa*, Tomo III, 2.ª ed. de 2009, Reimp. 2010, Lisboa.
- SOARES, Rogério, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1978.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Lições de Direito Administrativo*, 3.^a ed., Coimbra, 2013.

O âmbito de aplicação do (novo) Código do Procedimento Administrativo

*Joana de Matos Fernandes Gonçalves**

Sumário: 1. Introdução; 2. O artigo 2.º do Código do Procedimento Administrativo de 1991; 3. O artigo 2.º do Novo Código do Procedimento Administrativo; 3.a) 1.º patamar de aplicação: Partes I, III e IV do CPA/2015; 3.b) 2.º patamar de aplicação: a aplicação integral do CPA/2015; 3.c) 3.º patamar de aplicação: os princípios gerais da atividade administrativa e as disposições que concretizam preceitos constitucionais; 4. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

O Código do Procedimento Administrativo que até há pouco tempo conhecíamos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, sofreu, muito recentemente, alterações significativas que nos levam a falar da existência de um novo Código do Procedimento Administrativo (CPA).

De facto, o legislador, no diploma preambular do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que aprova o novo CPA, entende que “o projeto final revelou uma profunda transformação do Código do Procedimento Administrativo em vigor. Assim, o Governo constatando tal transformação, e apesar de reconhecer que o projeto não efetuou um corte radical com o Código do Procedimento Administrativo aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, entendeu que as soluções propostas para institutos tão importantes no direito administrativo, como sejam o regulamento ou o ato administrativo, eram de tal forma inovatórias que se estava perante um novo Código”.

Este novo diploma, em vigor desde 8 de abril de 2015, apresenta, assim, várias novidades e alterações face ao CPA de 1991, sendo que nos interessa aqui dar conta apenas daquelas introduzidas na delimitação do âmbito de aplicação do novo

* Mestranda em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

CPA, que vem previsto no artigo 2.º do mesmo e que apresenta uma construção diferente em relação ao anterior código¹.

Definir o âmbito de aplicação do Código do Procedimento Administrativo significa “determinar quando é que, face a um caso ou situação que se lhes depare para resolver, devem os órgãos da Administração Pública ou outros com funções similares, os seus titulares, pegar num exemplar do Código (...) e adequar os passos ou trâmites do respetivo procedimento àquilo que nele se estabelece”². Daí que assuma esta tarefa especial relevo, exigindo-se “cuidados redobrados em matéria de rigor, objetividade e certeza, para diminuir o número e a extensão das dúvidas, às vezes insistentes, que a indeterminação, polissemia ou abstração dos conceitos e noções usados necessariamente provoca em questões como as reguladas neste artigo 2.º”, entendiam alguns autores a propósito do âmbito de aplicação do CPA/91³.

Claro que as alterações introduzidas pelo CPA/2015, por muito profundas que se possam revelar, não alteram esta importância, porquanto temos sempre que ter presente que estamos perante a definição de quem está por lei obrigado a respeitar este Código e adaptar aos seus preceitos a sua conduta.

2. O artigo 2.º do Código do Procedimento Administrativo de 1991

O n.º 1 do antigo artigo 2.º estabelece que as disposições do Código se aplicam “a todos os órgãos da Administração Pública que, no desempenho da actividade administrativa de gestão pública, estabeleçam relações com os particulares, bem como os actos em matéria administrativa praticados pelos órgãos do Estado que, embora não integrados na Administração Pública, desenvolvam funções materialmente administrativas”.

¹ Por questões de simplificação, referir-nos-emos ao Código do Procedimento Administrativo aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, como CPA/91 e ao Código do Procedimento Administrativo aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, como CPA/2015.

² MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *O Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 117.

³ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *O Código do Procedimento Administrativo Comentado*, *op cit.*, p. 117.

Esta disposição consubstancia, assim, o primeiro patamar do âmbito de aplicação do CPA/91, cumulando várias metas para que o CPA seja aplicável subjetivamente a estas entidades.

Em primeiro lugar, estabelece que estão sujeitos a todas as disposições do CPA os “órgãos da Administração Pública”. Ora, no n.º 2 do artigo 2.º, o legislador avança com aqueles que “são órgãos da Administração Pública, para efeitos deste Código”, onde inclui os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas, os órgãos dos institutos públicos e das associações públicas e os órgãos das autarquias locais e suas associações e federações. Na definição do que são órgãos da Administração Pública, consideram alguns autores⁴ que aí se incluem os órgãos das empresas públicas, entendendo essa inclusão como “verdadeiras garantias de uma «devolução de poderes» num Estado de Direito”. De facto, não parece estranha esta sujeição, apesar de o n.º 2 do CPA/91 as não incluir na sua definição de órgãos, uma vez que estas fazem parte, a par dos institutos públicos, da Administração Indireta do Estado e, portanto, do conceito de Administração Pública. Ainda, compreende-se inteiramente a sujeição por prosseguirem fins do Estado e por serem por este criadas precisamente para esse fim.

Porém, não basta que sejam órgãos da Administração Pública, pelo que, em segundo lugar, o legislador impõe que estejam no desempenho da atividade administrativa de gestão pública. No estabelecimento de um critério da gestão pública e da gestão privada, encontramos alguns problemas de concretização, impondo-se conhecer a distinção doutrinária de ambos os conceitos. Neste sentido, esclarece-nos FREITAS DO AMARAL⁵ que a gestão pública “será a actividade da Administração desenvolvida sobre a égide do Direito Administrativo”, contrapondo-se à gestão privada que será “a atividade da Administração Pública desenvolvida sob a égide do direito privado”. Para melhor se entender a distinção, o autor refere como exemplo o caso das empresas públicas e de alguns institutos públicos, referindo que “são entidades públicas, mas fazem gestão privada porque atuam segundo as regras próprias do Direito Comercial e do Direito do Trabalho”. Assim, deste critério resulta, complementado com o facto de serem órgãos da Administração Pública,

⁴ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *O Código do Procedimento Administrativo Comentado*, op cit., p. 119.

⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 2011, p. 150.

que as empresas públicas estarão sujeitas a todo⁶ o Código do Procedimento Administrativo de 1991 quando desempenhem atividade administrativa de gestão pública e não já quando atuem fora das normas de Direito Administrativo, ou seja, ao abrigo do Direito Privado. Ainda assim, a “norma que habilita um órgão da Administração a recorrer ao direito privado para a prossecução de interesses públicos é uma norma administrativa. (...) Contudo, o ato ou a atividade exercida ao abrigo dessa norma administrativa é de *gestão privada*, por serem as normas do direito privado que se aplicam ao desenvolvimento da atividade administrativa nesse caso”⁷.

Em terceiro lugar, a aplicação por inteiro do CPA/91 dependia ainda, para os órgãos da Administração Pública, do estabelecimento de relações com particulares. Estas relações com “particulares” devem estender-se a relações com outras entidades públicas “que se apresentem perante «órgãos da Administração Pública» com a qualidade de «administrados», de particulares”⁸, devendo para tal interpretar-se a exigência de estabelecimento de relações com os particulares como “exigência de fixação do interesse público em prol dos administrados”⁹.

A segunda parte do n.º 1 do artigo 2.º estabelece ainda como aplicável todas as disposições do CPA/91 aos órgãos do Estado, embora não integrados na Administração Pública, quando pratiquem atos em matéria administrativa e que desenvolvam funções materialmente administrativas. De facto, os restantes órgãos do Estado, ainda que não sejam órgãos da Administração Pública, e que atuem dentro de funções primordialmente políticas, judiciais ou legislativas, poderão também desempenhar algumas tarefas de matriz administrativa, pelo que dessa atividade poderá resultar a emissão de atos, regulamentos e celebração de contratos administrativos¹⁰. Nessa lógica, não há razão para se excluir do âmbito de aplicação do

⁶ Como veremos de seguida, quando atuem no exercício da gestão privada, estarão sujeitas, ainda assim, aos princípios gerais da atividade administrativa constantes do CPA e às normas que concretizam preceitos constitucionais, nos termos do n.º 4 do artigo 2.º do CPA/91.

⁷ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *O Código do Procedimento Administrativo Comentado*, op cit., p. 121.

⁸ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *O Código do Procedimento Administrativo Comentado*, op cit., p. 112.

⁹ DOMINGOS SOARES FARINHO, «O âmbito de aplicação do novo Código do Procedimento Administrativo: regressar a Ítaca», in AA.VV., *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), Lisboa, AAFDL, 2015, p. 133.

¹⁰ Neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *O Código do Procedimento Administrativo Comentado*, op cit., p. 124, estabelecendo que os atos em

Código estes órgãos quando em causa estejam funções materialmente administrativas, das quais resultem atos administrativos, aplicando-se aqui um critério material de sujeição ao Código: dependerá, sempre, da atividade em concreto e não do facto de serem órgãos do Estado por si só.

Porém, no que ao n.º 1 diz respeito, o CPA/91 alarga o âmbito de aplicação da totalidade do Código, no seu artigo 2.º, n.º 3, aos “actos praticados por entidades concessionárias no exercício de poderes de autoridade”. À semelhança do que se passa com as empresas públicas, e também concordando com os autores referidos¹¹, também esta extensão se consubstancia numa garantia do Estado de Direito Democrático, que entrega aos privados a prossecução de fins de interesse público, assegurando-lhes, de qualquer modo, as mesmas garantias que teriam caso os fins fossem prosseguidos pelo Estado ele mesmo.

Podemos também entender como uma extensão do âmbito de aplicação do Código a previsão do n.º 3 deste artigo 2.º, quando refere que os preceitos do Código podem ser mandados aplicar “por lei à actuação dos órgãos das instituições particulares de interesse público”. Estas entidades não pertencem à Administração Pública, apenas com ela colaborando, podendo tratar-se de sociedades de interesse coletivo ou de pessoas coletivas de utilidade pública. Assim, note-se que estamos perante entidades privadas, regidas pelo direito privado, mas que cooperam com a Administração na prossecução dos fins a que estão adstritas. No entanto, o CPA/91 não restringe a possibilidade de aplicação do Código apenas aos casos em que estas instituições exerçam poderes de autoridade, embora pareça ser essa a intenção do legislador. Não faria sentido que se permitisse a obrigação imposta por lei de se aplicar a estas entidades os preceitos do Código quando estas atuem sob as vestes do Direito Privado, fora do exercício de poderes de autoridade.

Num segundo patamar de aplicação, o CPA/91 coloca a atuação meramente técnica e de gestão privada da Administração Pública, ordenando, no n.º 5 do artigo 2.º, a aplicação dos princípios gerais da atividade administrativa constantes do presente Código e as normas que concretizam preceitos constitucionais. Quer isto dizer que, quando a Administração Pública atue nos domínios meramente técnicos e de

matéria administrativa referidos pelo artigo 2.º, n.º 1, segunda parte, “não são, portanto, «só atos», mas também regulamentos e contratos administrativos da respetiva autoria”.

¹¹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *O Código do Procedimento Administrativo Comentado*, op cit., p. 126.

gestão privada, o “regime” do CPA não lhe é aplicável, conforme vimos a propósito do n.º 1, mas os princípios gerais da atividade administrativa e as normas que concretizam preceitos constitucionais ser-lhes-ão, por força do n.º 4 do artigo 2.º do CPA/91 sempre aplicáveis. Neste sentido, porém, defendem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM que “é questionável a aplicação dos princípios gerais da actividade administrativa consagrados no Código em relação à actividade técnica ou de *gestão privada* levada a cabo por empresas públicas”¹². Neste ponto, não podemos deixar de discordar, parecendo-nos que não poderia haver, nos termos do artigo 2.º do CPA/91, outra solução que não fosse a da aplicabilidade destes princípios às empresas públicas quando não atuem ao abrigo do Direito Administrativo, porquanto são elas parte integrante da Administração Pública, apesar de constituídas sob a égide do Direito Privado. Sendo parte da administração estadual indireta e prosseguindo fins específicos do Estado, não parece ser de distinguir a atuação de gestão privada das empresas públicas da atuação de gestão privada dos institutos públicos, não se questionando a aplicação dos princípios gerais da atividade administrativa e das normas que concretizam preceitos constitucionais a estes últimos. Parece-nos que a defendida ideia de que a aplicação do CPA à gestão pública, que é feita por parte destas entidades, é uma garantia do Estado de Direito Democrático deve valer também para a aplicação da parte principiológica do CPA quando estejamos perante o exercício da gestão privada.

Por outro lado, concordamos com os autores referidos quando entendem que “as entidades concessionárias (e as instituições privadas de interesse público) (...) não estão sujeitas aos referidos princípios gerais em matéria de gestão privada e de actuação técnica ou material, salvo se se tratar de mero prolongamento de actuações suas *ex-auroritate*”¹³. Este entendimento parte do princípio de que estamos perante entidades de direito privado, que em nada se relacionarão com o setor público quando atuem somente no âmbito das regras do direito privado, gozando de total liberdade e autonomia.

Pelo exposto, encontramos, tal como vamos encontrar no CPA/2015, um regime diferenciado de aplicação do CPA/91, tendo em conta a natureza das enti-

¹² MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *O Código do Procedimento Administrativo Comentado, op cit.*, p. 128.

¹³ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *O Código do Procedimento Administrativo Comentado, op cit.*, p. 128.

dades e a natureza da conduta adotada. Nas palavras de DOMINGOS SOARES FARINHO, criam-se “dois Direitos Administrativos: um direito administrativo *suave*, composto apenas pelos princípios gerais da atividade administrativa e normas que concretizam preceitos constitucionais, e um direito administrativo *forte*, composto por todas as disposições do Código”¹⁴.

3. O artigo 2.º do Novo Código do Procedimento Administrativo

O diploma preambular do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que aprova o Código do Procedimento Administrativo de 2015, estabelece, no ponto 4, que se procurou “introduzir maior clareza e precisão, alterando a sequência dos preceitos e também o seu conteúdo”, no que ao âmbito de aplicação do Código diz respeito.

Assim, este artigo apresenta uma formulação diferente, conforme veremos, procurando assim determinar se houve ou não esta clarificação dos preceitos.

O n.º 1 do artigo 2.º do CPA/2015 estabelece, num primeiro patamar, que “as disposições do presente Código respeitantes aos princípios gerais, ao procedimento e à atividade administrativa são aplicáveis à conduta de quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, adotada no exercício de poderes públicos ou regulada de modo específico por disposições de direito administrativo”.

a) 1.º patamar de aplicação: Partes I, III e IV do CPA/2015

Num primeiro patamar, cumpre dizer que a referência às disposições respeitantes aos princípios gerais (Parte I do Código), ao Procedimento Administrativo (Parte III do Código) e à atividade administrativa (Parte IV) do n.º 1 do artigo 2.º deixa de fora de aplicação às entidades abrangidas pelo n.º 1 apenas as disposições relativas aos órgãos da Administração Pública (Parte II do Código).

E aplicar-se-ão a quem? Em primeiro lugar, não releva a natureza das entidades em causa, ou seja, não se permite de início avaliar qual o critério utilizado pelo legislador para recortar o primeiro âmbito de aplicação. Sabe-se, somente, que não é o critério da natureza pública ou privada da entidade. Daqui resulta, desde

¹⁴ DOMINGOS SOARES FARINHO, «O âmbito de aplicação do novo Código do Procedimento Administrativo: regressar a Ítaca», *op.cit.*, p. 133.

logo, uma potencial ampliação do âmbito de aplicação do domínios do Código enunciados, podendo ser aplicável “quando estão em causa atuações ditas de direito privado”¹⁵.

Assim, para delimitar o âmbito de aplicação, o legislador usa, portanto, dois critérios materiais. Em primeiro lugar, “o exercício de poderes públicos” e, em segundo lugar, “a regulação específica por normas de direito administrativo”. A dificuldade, contudo, parece estar na densificação destes conceitos. Assim, o exercício de poderes públicos refere-se ao “exercício de poderes públicos de autoridade” e a “regulação específica por normas de direito administrativo”, por sua vez, a “quaisquer normas destinadas a assegurar a prossecução do interesse público, seja enquanto organização, seja enquanto atividade”¹⁶. A previsão destes dois critérios prende-se com o entendimento de que a sujeição a regras específicas que visem a prossecução do interesse público “não é apenas justificada pelo exercício de poderes públicos de autoridade”, pelo que a normatividade administrativa, ou seja, o CPA, deve aplicar-se também àquelas situações em que a atividade seja regulada ora pelo direito privado, ora pelo direito público, “resultado da liberdade de escolha dos regimes jurídicos por parte do legislador e da Administração Pública”¹⁷.

Assim, é de notar que o CPA/2015 já não faz, ao contrário do CPA/91, referência ao critério da gestão pública como critério de delimitação do âmbito de aplicação do Código, embora não pareça afastar-se muito deste critério quando estabelece como requisito a “regulação específica por normas de direito administrativo”.

Estes critérios utilizados pelo legislador parecem permitir uma maior inclusão no âmbito de aplicação do Código, uma vez que as entidades administrativas não dotadas de poderes de autoridade podem ficar sujeitas ao Código se se verificar a regulação específica e, por outro lado, as entidades privadas que prossigam o interesse público, como as instituições particulares de interesse público e os concessionários que, ou exercendo poderes de autoridade, ou estando sujeitas à regulação específica, também poderão estar abrangidas pela quase totalidade do CPA¹⁸.

¹⁵ DOMINGOS SOARES FARINHO, «O âmbito de aplicação do novo Código do Procedimento Administrativo: regressar a Ítaca», *op.cit.*, p. 137.

¹⁶ DOMINGOS SOARES FARINHO, «O âmbito de aplicação do novo Código do Procedimento Administrativo: regressar a Ítaca», *op.cit.*, p. 137.

¹⁷ DOMINGOS SOARES FARINHO, «O âmbito de aplicação do novo Código do Procedimento Administrativo: regressar a Ítaca», *op.cit.*, p. 137.

¹⁸ Neste sentido, DOMINGOS SOARES FARINHO, «O âmbito de aplicação do novo Código do Procedimento Administrativo: regressar a Ítaca», *op.cit.*, pp. 138 e ss.

Assim, o CPA/2015 elimina da formulação do artigo 2.º as disposições referentes à aplicação do Código à conduta dos concessionários no exercício de poderes de autoridade, bem como o anterior n.º 5, referente à possibilidade de aplicação do Código às instituições particulares de interesse público, ambas previstas no CPA/91. De facto, parece-nos lógica a exclusão, porquanto se alarga o n.º 1 a estas situações, e semelhante, pela conjugação dos critérios materiais.

Quanto às empresas públicas, estas parecem ficar de fora da aplicação do n.º 1, porquanto a regulação específica por normas de direito administrativo parece “excluir todos os casos em que a conduta de uma determinada entidade é genericamente remetida para o direito privado por normas de competência”¹⁹, como é o caso. Daqui parece ser de concluir que a referência ao critério da natureza das entidades, *maxime* a sujeição de todos os órgãos da Administração Pública ao CPA/91 permitia uma maior conformação da atividade das empresas públicas, porquanto não se fazia depender esta aplicação da sua atividade, regulada pelo direito privado, embora parte integrante da Administração Pública indireta.

b) 2.º patamar de aplicação: a aplicação integral do CPA/2015

Assim, o Código reserva as disposições da Parte II (Órgãos da Administração Pública) apenas para os órgãos da Administração Pública, por força do n.º 2 do artigo 2.º. Daqui resulta, portanto, que o CPA/2015 apenas se aplica na sua totalidade aos órgãos da Administração Pública, à semelhança da obrigação expressa constante do n.º 1 do CPA/91²⁰.

Uma diferença reside no facto de o CPA/2015 não discriminar aqueles que são órgãos da Administração Pública, para os efeitos do Código. Ou seja, o n.º 4 do CPA/2015, que seria a norma correspondente ao n.º 2 do CPA/91, não se refere nas suas alíneas aos “órgãos da Administração Pública”, estabelecendo o normativo a composição da Administração Pública para efeitos do Código, sendo esta integrada pelos órgãos do Estado e das regiões autónomas que exercem funções administrativas a título principal, pelas autarquias locais e suas associações e federações de di-

¹⁹ DOMINGOS SOARES FARINHO, «O âmbito de aplicação do novo Código do Procedimento Administrativo: regressar a Ítaca», *op.cit.*, p. 140.

²⁰ De facto, o CPA/91 previa que se poderia aplicar o Código na sua totalidade também às instituições particulares de interesse público e aos concessionários, embora apenas no exercício da *gestão pública*, como vimos.

reito público, pelas entidades administrativas independentes e, por fim, pelos institutos públicos e as associações públicas.

Ora, a diferença está em que este número não parece referir-se ao n.º 2 do artigo 2.º, mas antes ao n.º 3, densificando aquilo que considera ser a Administração Pública em sentido subjetivo. Dizemos isto porque, no Diploma Preambular, o legislador refere-se à sujeição da Administração Pública aos princípios gerais da atividade administrativa e as normas que concretizam preceitos constitucionais, quando esta atua no âmbito da gestão privada ou de caráter meramente técnico, referindo-se de seguida ao alcance do n.º 4, ou seja, às entidades que integram a Administração Pública, utilizando a expressão “para esse efeito”. Ora, para o efeito do número anterior, parece-nos.

No entanto, verdade é que, *literalismos* à parte, se são parte integrante da Administração Pública as entidades referidas no n.º 4, por maioria de razão, serão também órgãos da Administração Pública os órgãos das entidades referidas no n.º 4. Novidade aqui será a inclusão das entidades administrativas independentes neste âmbito, referindo o Diploma Preambular, no seu n.º 4, que esta inclusão se trata “apenas de uma precisão, que desfaz eventuais dúvidas sobre a pertença destas entidades à Administração Pública, em sentido subjetivo”.

c) 3.º patamar de aplicação: os princípios gerais da atividade administrativa e as disposições que concretizam preceitos constitucionais

O n.º 3 do artigo 2.º do CPA/2015 reproduz, praticamente, o antigo n.º 4 do artigo 2.º do CPA/91, acrescentando à previsão de aplicação dos princípios gerais da atividade administrativa a aplicação das disposições que concretizam preceitos constitucionais. Assim, estas disposições serão aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada.

Daqui decorre que, independentemente dos critérios materiais previstos no n.º 1, a Parte I do presente Código e as normas que concretizem preceitos constitucionais serão sempre aplicáveis à Administração Pública, mesmo que esta atue no âmbito da gestão privada ou de forma meramente técnica. Isto implica, desde logo, que aos órgãos da Administração Pública serão sempre aplicáveis, atenta a sua natureza, as Partes I e II do CPA, dependendo a aplicação das Partes III e IV dos

critérios enunciados no n.º 1 (a conduta adotada no exercício de poderes públicos ou regulada por disposições de direito administrativo).

O n.º 4 deste artigo, como já se referiu, densifica o conceito orgânico de Administração Pública para os efeitos de aplicação do Código e, por isso, deste artigo. Embora não se vejam aí referidas as empresas públicas, entende-se, no entanto, deverem as mesmas estar aí incluídas, uma vez que estas fazem parte da Administração Indireta do Estado, como se disse, prosseguindo fins do Estado e criadas expressamente para a prossecução do interesse público. Entendemos assim que, por visarem a prossecução do interesse público, terão pelo menos de estar sujeitas aos princípios básicos da atividade administrativa e às normas que consubstanciem preceitos constitucionais, já que o legislador as excluiu do âmbito de aplicação dos preceitos relativos à atividade administrativa e ao procedimento administrativo, quando eliminou a referência ao critério da natureza das entidades e aos órgãos da Administração.

Ressalva-se, ainda, alguma incompreensão quanto à utilização do critério da gestão privada neste número, uma vez que aparece isolado e sem contraponto com a gestão pública, que perde assento no Código com o CPA/2015. Neste sentido, dispõe DOMINGOS SOARES FARINHO, a propósito ainda do anteprojeto do novo CPA, que “com o desaparecimento da gestão pública do artigo 2.º do anteprojeto a referência à gestão privada surge manca. Ou, talvez melhor, a invocação da gestão privada no n.º 4 do anteprojeto servia para demonstrar que a gestão pública permanecia em espírito no n.º 1 do artigo 2.º do anteprojeto”²¹.

²¹ DOMINGOS SOARES FARINHO, «O âmbito de aplicação do novo Código do Procedimento Administrativo: regressar a Ítaca», *op.cit.*, p. 134.

4. Conclusão

Pelo exposto, verificamos que o novo Código do Procedimento Administrativo nos permite concluir o mesmo que concluímos, parafraseando DOMINGOS SOARES FARINHO, quanto ao Código de 1991. Estamos, na mesma, perante a dicotomia Direito Administrativo *forte*/Direito Administrativo *fraco*, encontrando-nos perante um âmbito de aplicação dualista do novo Código do Procedimento Administrativo.

As diferenças concentram-se, assim, nos critérios de delimitação que justificam a aplicação dualista. Assim, parece substituir-se o critério da gestão pública e da gestão privada pelos requisitos alternativos do “exercício de poderes públicos” e da “regulação específica por disposições de Direito Administrativo”, embora se possa rever a gestão pública neste último requisito.

Esta modificação dos critérios amplia o âmbito de aplicação do Código do Procedimento Administrativo que permite aplicar-se, independentemente da natureza das entidades, as disposições do Código à atuação destas. A não dependência da natureza pública das entidades permitirá estender a aplicação do CPA às entidades privadas que ajam no âmbito de poderes públicos ou que sejam reguladas por disposições de direito administrativo.

Porém, a dificuldade parece estar na definição de limites destes critérios, principalmente do critério da regulação específica por normas de direito administrativo, principalmente estando perante entidades que veem ser-lhes aplicadas, por força do seu regime especial, tanto normas de direito administrativo como normas de direito privado.

Bibliografia

- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 3.^a ed., 2011.
- FARINHO, Domingos Soares, «O âmbito de aplicação do novo Código do Procedimento Administrativo: regressar a Ítaca», in AA.VV., *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), Lisboa, AAFDL, 2015.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa e AMORIM, João Pacheco de, *O Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1993.

As Conferências Procedimentais no Novo Código do Procedimento Administrativo

*João Diogo Carvalho da Costa**

Sumário: 1. Notas Introdutórias. 2. Filiação da Conferência Procedimental: O Instituto da Conferência de Serviços no Direito Administrativo Italiano. 3. O Regime da Conferência Procedimental no Código do Procedimento Administrativo. 3.I. Modalidades de Conferências. 3.II. Instituição das Conferências. 3.III. Realização, Audiência de Interessados e Conclusão das Conferências Procedimentais. 3.IV. Garantias impugnatórias administrativas no regime das Conferências Procedimentais. 4. Notas Finais. 5. Bibliografia.

1. Notas Introdutórias

O novo Código do Procedimento Administrativo (CPA), que entrou em vigor no passado mês de abril de 2015, trouxe várias novidades ao Direito Administrativo Português. Novidades essas¹ que têm como principal objetivo a diminuição da burocratização e uma maior celeridade, economicidade, eficácia e eficiência a nível procedimental.

Para além disso, o legislador, com a entrada do novo CPA, pretendeu promover uma maior cooperação entre os diversos órgãos/serviços administrativos e os particulares. Neste sentido, o tema que irei abordar prende-se com uma das maiores novidades implementadas neste código, que diz respeito à instituição da Conferência Procedimental no nosso ordenamento jurídico.

Mas, antes de iniciar o tema em questão, importa começar por mencionar que este novo código tem agora um novo capítulo II, na parte III, relativo ao procedimento e intitulado “Dos Sujeitos do Procedimento Administrativo”, que se inicia com uma secção respeitante à relação jurídica procedimental, a que se somam outras duas secções, uma relativa aos particulares e outra à participação administrati-

* Mestrando em Direito Administrativo na Universidade do Minho e Advogado Estagiário.

¹ Refiro-me aos artigos 65.º – Sujeitos responsáveis pela direção do procedimento; 66.º – Auxílio Administrativo; e 67.º a 70.º – Conferências procedimentais, todos do CPA.

va. É introduzida aqui uma nova sistematização que tem como pretensão ampliar o conceito de procedimento a um âmbito mais alongado, passando o procedimento a ser visto como uma estrutura relacional entre um ou vários órgãos/serviços administrativos e os particulares e não um mero encadeamento de atos que visam a prática de um ato final².

Apesar de o artigo 1.º do Novo CPA continuar a definir procedimento administrativo como uma “*sucessão ordenada de atos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública*”, que é constituída pelas fases tradicionais da iniciativa, instrução/audiência de interessados e decisão, com o novo código prevê-se, tal como nos diz MARTA PORTOCARRERO³, “*a possibilidade de sintetizar parte desta tramitação sequencial numa emissão que podemos dizer circular, simultânea e contextual, dos atos da administração, por força da realização de uma conferência procedimental*”.

Posto isto, antes de entrar no regime que vigora no novo CPA, irei começar por abordar um pouco da filiação em que se baseia este regime, posteriormente, passarei ao regime português propriamente dito e, por fim, farei um estudo comparativo e crítico deste sistema procedimental.

2. Filiação da Conferência Procedimental: O Instituto da Conferência de Serviços no Direito Administrativo Italiano

O novo modelo procedimental implementado no nosso ordenamento jurídico é uma figura há muito conhecida no ordenamento jurídico italiano e que, entre nós, começou por nascer no domínio da legislação especial⁴, passando, com o novo CPA,

² Cf. MARTA PORTOCARRERO, «Procedimento administrativo – aspetos estruturais», in *Cadernos de Justiça administrativa*, n.º 100, julho/agosto de 2013, p. 80.

³ MARTA PORTOCARRERO, «Procedimento administrativo – aspetos estruturais», *op. cit.*

⁴ Na legislação especial em vigor, atente-se, designadamente, na previsão da conferência procedimental (i) no Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (cfr. os artigos 39.º, n.º 3, 75.º-C, n.º 3, 100.º, n.º 5, e 109.º, n.º 5); (ii) no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (cfr. o artigo 13.º-A, n.os 7 a 9 e 11 a 14, relevando ainda a Portaria n.º 349/2008, de 5 de maio); (iii) no Regime Jurídico da Reabilitação Urbana (cfr. o artigo 27.º); (iv) no Regime Jurídico do Sistema de Indústria Responsável (cfr. o artigo 22.º); e, mais recentemente, sempre a título meramente exemplificativo, no Regime de Regularização e de Alteração e/ou Ampliação de Estabelecimentos e Explorações de (determinadas) Atividades (cfr. o artigo 9.º) – *vd.* TIAGO SERRÃO, «A Conferência Procedimental no Novo Código do Procedimento Administrativo: primeira aproximação», in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*,

a estar previsto um sistema/regime específico, que vem regulado nos artigos 77.º a 81.º.

Relativamente ao instituto italiano, a terminologia adotada é a da Conferência de Serviços, ao contrário da denominação por nós acolhida que preferiu caracterizar o nosso sistema como Conferência Procedimental. Neste âmbito, tal como MARTA PORTOCARRERO menciona⁵, também concordo com a nomenclatura adotada pois a meu ver, ao contrário da conferência de serviços italiana, que é mais ampla, pois pode ser adotada em vários momentos procedimentais, o nosso novo instituto irá centrar-se mais numa fase decisória do procedimento. E, como tal, a fase decisória implica uma manifestação de vontade da entidade administrativa e essa manifestação é da competência dos órgãos e não dos serviços⁶.

No instituto italiano, o regime da conferência de serviços encontra-se instituído no capítulo IV “Semplificazione dell’azione amministrativa” da Lei n.º 241/90, mais concretamente nos artigos 14.º e seguintes, e diz-nos o artigo 14.º, n.º 1, que, sempre que seja necessário proceder a um exame em simultâneo de vários interesses públicos que estejam relacionados com um mesmo procedimento administrativo, a administração deverá, como regra geral, proceder à realização de uma conferência de serviços⁷.

ALESSANDRA MARGHERINI⁸ diz-nos que o serviço de conferências italiano é uma ferramenta útil para promover uma conformação das decisões administrativas no âmbito das suas diversas competências, transformando essas decisões numa única decisão ou num único ato administrativo.

Historicamente, a conferência de serviços surgiu como instituto na legislação italiana, sendo que, inicialmente, competia-lhe disciplinar apenas alguns setores administrativos, tais como, a regulamentação do setor de energia elétrica italiano, matéria de urbanismo, matéria de resíduos e, posteriormente, a lei respeitante à

CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (Coord.), Lisboa, reimpressão 2015, AAFDL, p. 344.

⁵ MARTA PORTOCARRERO, «Procedimento administrativo – aspetos estruturais», *op. cit.*, p. 81.

⁶ MARTA PORTOCARRERO, «Procedimento administrativo – aspetos estruturais», *op. cit.*

⁷ *Vd.* artigo 14.º da n.º Lei 241/90, “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi” Disponível em: http://www.regione.sicilia.it/lavoro/uffici/relest/LeggeNaz241_90.pdf. Acesso em 4 de junho de 2015.

⁸ ALESSANDRA MARGHERINI TAUCER, in «La conferenza dei servizi», Disponível em: <http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/taucer.html>. Acesso em 4 de junho de 2015.

organização do Campeonato do Mundo de Futebol Itália 90⁹. No entanto, a primeira figura que surge deste instituto é ainda mais antiga, data de 1939, e surgiu com a Lei n.º 1822¹⁰.

Doravante, foi apenas com a criação da já referida Lei n.º 241/90, de 7 de agosto – Lei do Procedimento Administrativo italiana –, que a Conferência de Serviços adquiriu eficácia geral para a Administração Pública italiana. Após adquirir tal eficácia, as conferências foram ao longo dos anos alvo de várias alterações legislativas que culminaram com as modificações implementadas pela Lei de Simplificação Administrativa¹¹, que trouxeram importantes inovações, principalmente no que à modalidade decisória das conferências de serviços diz respeito.

A Conferência de Serviços italiana fundamenta-se sobretudo no princípio do bom andamento da administração, o que equivale ao nosso princípio da boa administração que se encontra regulado no artigo 5.º do CPA¹². Este princípio que se encontra previsto no artigo 97.º da Constituição Italiana¹³ visa atingir a simplificação, celeridade e economicidade do procedimento administrativo¹⁴. A figura das conferências pode ser vista de dois prismas; podemos observá-la como uma forma de simplificação dos procedimentos administrativos assim como podemos vê-la como um meio de coordenação que irá trazer o equilíbrio necessário ao procedimento, pois irá proceder a uma conformação de uma pluralidade de interesses

⁹ Nesse sentido, podemos observar: a Lei n.º 1.643, de 6 de dezembro de 1962, que instituiu a ENEL – Ente Nazionale per L'Energia Elettrica (regulamentação do setor de energia elétrica italiano); o artigo 81.º da Lei n.º 616 de 24 de Julho de 1977 (matéria de urbanismo); a Lei n.º 441 de 21 outubro de 1987 (matéria de resíduos); e a Lei n.º 205 de 29 de maio de 1989 (respeitante à organização do Campeonato do Mundo de Futebol Itália 90). *Vd.* EMANUELE TRAVERSA, «La Conferenza dei servizi. Semplificazione amministrativa nella Pubblica Amministrazione», disponível em <http://www.overlex.com>. Acesso em 4 de junho de 2015.

¹⁰ Lei que tratava da concessão das linhas públicas dos autocarros. Esta lei já previa a criação de conferências formais para o exercício do contraditório relativamente à discussão da criação de novas linhas de circulação dos autocarros ou modificação das existentes com participação central, provincial e local, em matérias referentes a uma pluralidade de interesses comuns. *Vd.* MARIO TALANI, *La Conferencia di Servizi. Nuovi Orientamenti Giurisprudenziali*, Milano: Giuffrè, 2008, p. 5.

¹¹ Lei n.º 15/2005, de 11 de fevereiro; EMANUELE TRAVERSA, «La Conferenza dei servizi. Semplificazione amministrativa nella Pubblica Amministrazione», *op. cit.*

¹² Com este tipo de conferências, pretende-se uma maior eficiência, economicidade e celeridade a nível procedimental.

¹³ *Vd.* *Costituzione della Repubblica Italiana*, disponível em <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaItaliana.pdf>. Acedido em 5 de junho de 2015

¹⁴ FRANCESCO CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Tomo II, Milano: Giuffrè, 2003.

envolvidos num determinado procedimento administrativo¹⁵. No regime italiano, a conferência de serviços é um instrumento chave da Administração Pública que se pauta pela sua eficácia, celeridade, eficiência e desburocratização, sendo estas características essenciais para uma Administração Pública moderna e adequada às cada vez maiores exigências que atingem a sua esfera jurídica e de quem se exige um maior, mais célere e mais eficaz poder de resposta na sua relação tanto com os particulares, como entre entidades administrativas.

Posto isto, consultando o regime de conferência de serviços na lei italiana¹⁶, podemos distinguir três formas de conferências: A Conferência de Investigação (*conferenza istruttoria*), a Conferência Preparatória (*conferenza predecisoria*) e a Conferência Decisória (*conferenza decisoria*). Todas elas têm em comum a busca pela prossecução do princípio da boa administração mas apresentam várias diferenças entre si, principalmente quanto à sua vinculação, obrigatoriedade e ao momento em que se realizam.

Assim, a Conferência de Investigação, tal como o próprio nome indica, é utilizada numa fase mais de investigação do procedimento ou, se preferirem, de instrução do procedimento. É nesta fase que se irão reunir factos e elementos importantes para a instrução do procedimento. Este tipo de conferência tem como principal característica o facto de as conclusões que forem tomadas não terem efeito vinculativo, ou seja, não produzirem efeitos na decisão final do procedimento. Assim sendo, no ato final do procedimento, a administração não está obrigada a acolher aquilo que vier a ser sugerido na conferência. Podemos então concluir que este tipo de conferência tem uma função meramente acessória ou instrumental, podendo ser vista como uma mais-valia, pois permite uma maior coordenação da administração e um importante auxílio na recolha de informações¹⁷.

¹⁵ FRANCESCO CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo, op. cit.*, e MASSIMINO RAGAZZO, «La conferenza di servizi: esiti della riforma ex lege n. 15/2005 e novità giurisprudenziali», disponível em: http://www.lexitalia.it/articoli/ragazzo_conferenza.htm, acessado em 5 de junho de 2015.

¹⁶ *Vd.* artigos 14.º e ss. da Lei n.º 241/90, “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”, disponível em http://www.regione.sicilia.it/lavoro/uffici/relest/LeggeNaz241_90.pdf. Acesso em 4 de junho de 2015.

¹⁷ Este tipo de conferência, de acordo com a lei italiana deverá ser visto apenas como uma possibilidade ao dispor da administração, no entanto o facto do artigo 14.º da Lei n.º 241/90 colocar o termo de que “regra geral é aplicada” confere-lhe algum caráter de obrigatoriedade, havendo mesmo quem entenda que a derrogação da utilização de tal instituto exige a existência de uma justificação específica. No entanto, as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais italianas divergem quanto à obrigatoriedade da utilização deste tipo de instituto.

A Conferência de Serviços Preparatória é utilizada num momento de pré-decisão e apenas deverá ser utilizada em procedimentos que, devido ao seu carácter demasiado complexo, assim o exijam. São procedimentos que se encontram submetidos a determinadas condicionantes que exigem que sejam analisados alguns factos ou vontades que se encontrem em oposição e que obriguem a que sejam celebrados acordos e consentimentos entre as entidades envolvidas, antes de ser proferida uma decisão final¹⁸. Este tipo de conferência pode também ser utilizada em procedimentos relacionados com a atribuição e execução de obras públicas e é realizada no anteprojecto da obra a atribuir ou a executar, tendo como finalidade indicar quais as condições do projecto final de execução, promover entendimentos, concessões, autorizações, licenças, etc.¹⁹. Podemos então concluir que a conferência preparatória apresenta a final determinadas recomendações ou exigências que podem abordar os mais variados tipos de matérias e áreas de intervenção. Estas recomendações ou exigências têm força vinculativa, ou seja, apenas podem ser alteradas ou recusadas, se numa fase mais adiantada do procedimento se verificarem problemas ou anomalias supervenientes que não possam ser imputadas ao destinatário dessas recomendações e/ou exigências. Este tipo de conferências apresenta uma enorme importância no âmbito da contratação pública italiana, nomeadamente na área da concessão e execução de obras públicas.

Por fim, a Conferência de Serviços Decisória; este tipo de conferência, ao contrário das já abordadas, implica uma manifestação final de vontade da Administração, ou seja, aqui, após os diversos órgãos administrativos conferenciarem e chegarem aos entendimentos e conclusões necessárias, irão proceder à emissão de um ato administrativo final complexo no âmbito do procedimento, que substituirá a prática dos atos administrativos individuais das entidades públicas envolvidas nesta conferência. A Conferência Procedimental deliberativa por nós adotada²⁰ é em tudo semelhante a este tipo de conferência de serviços prevista no Direito italiano. Este tipo de conferência passou a ter carácter obrigatório e, de acordo com a jurisprudên-

¹⁸ EMANUELE TRAVERSA, «La Conferenza dei servizi. Semplificazione amministrativa nella Pubblica Amministrazione», *op. cit.*

¹⁹ Neste tipo de conferência, quando estamos, por exemplo, perante a execução ou a atribuição de uma obra pública, poderão reunir em conferência diversas entidades públicas responsáveis pela regulação do meio ambiente, património, urbanismo, segurança que irão pronunciar-se sobre os interesses de cada um, o que permitirá conformar as condições que irão vigorar no projecto final de execução da obra.

²⁰ *Vd.* artigo 78.º, n.º 3, alínea *a*), do Código do Procedimento Administrativo português.

cia italiana, a Conferência de Serviços Decisória “não pode ser olhada como um órgão autónomo, mas como um módulo procedimental pré-ordenado, apto a simplificar a decisão final por parte da administração”.

Posto isto, e após nos ter sido possível ter uma perceção do funcionamento do instrumento conferencial no direito administrativo italiano, iremos agora abordar o regime conferencial português que foi implementado no novo CPA.

3. O Regime da Conferência Procedimental no Código do Procedimento Administrativo

3.I. Modalidades de Conferências

Conforme já referi, o regime das Conferências Procedimentais encontra-se previsto nos artigos 77.º a 81.º do CPA e estas “*destinam-se ao exercício comum ou conjugado das competências de diversos órgãos da Administração Pública no sentido de promover a eficiência, a economicidade e a celeridade da atividade administrativa*”²¹. Podendo desde já começar por mencionar, após a leitura deste primeiro normativo, que a criação de tal instrumento será uma ferramenta importantíssima para o preceituado no princípio da boa administração²², o que irá contribuir para uma maior modernização da Administração Pública e que permitirá simplificar, conformar, desburocratizar e tornar mais célere o regime procedimental administrativo.

A figura da conferência procedimental poderá dizer respeito a um único procedimento ou vários procedimentos conexos²³ e poderá ser tomada uma única decisão através da emissão de um ato administrativo complexo ou uma série de várias decisões conjugadas através da emissão de vários atos administrativos finais proferidos pelas entidades administrativas participantes²⁴. No nosso ordenamento jurídico, as conferências irão centrar-se essencialmente na fase decisória do procedi-

²¹ Cf. artigo 77.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo português.

²² *Vd.* artigo 5.º do Código do Procedimento Administrativo português.

²³ O que chamaríamos, nas palavras de MARTA PORTOCARRERO, de conferência interprocedimental, pois tratam-se de procedimentos distintos mas que incidem sobre a mesma realidade material; *vd.* MARTA PORTOCARRERO, «Procedimento administrativo – aspetos estruturais», *op. cit.*, p. 82.

²⁴ *Vd.* n.º 2 do artigo 77.º do CPA.

mento, ao contrário da conferência de serviços italiana que aborda três vertentes distintas²⁵.

Neste âmbito, parece-me claro que houve uma intenção do legislador em não consagrar a denominada conferência instrutória ou de investigação no nosso ordenamento – este tipo de conferência é utilizada numa fase mais de investigação e destina-se à recolha e análise de factos e elementos importantes para a instrução do procedimento, tendo efeitos meramente acessórios ou instrumentais sobre a decisão final do procedimento, ou seja, não vincula a administração.

Não obstante, apesar dos seus efeitos meramente instrumentais, este tipo de conferência deve ser visto como uma mais-valia para a coordenação entre as entidades administrativas e para auxílio na recolha de informações. Assim sendo, na minha ótica, o legislador falhou ao não tipificar este tipo de conferência, pois apesar de existir a possibilidade de incluir este tipo de conferência no âmbito da discricionariedade procedimental do responsável do procedimento e de esta poder vir a realizar-se ao abrigo do princípio da adequação procedimental, previsto no artigo 56.º do CPA²⁶, esta abertura apenas poderá ser vista como um mal menor, pois com a tipificação deste tipo de conferência não necessitaríamos de estar no campo da discricionariedade e ficaríamos na esfera da vinculação, o que por si só traria mais segurança jurídica ao novo regime instituído.

Assim sendo, o legislador optou por inserir no nosso novo regime apenas duas modalidades de conferências, sendo que ambas poderão dizer respeito a um ou a vários procedimentos conexos e dirigir-se à tomada de uma única decisão ou de várias decisões conjugadas, sendo elas a Conferência Deliberativa e a Conferência de Coordenação²⁷.

A Conferência Deliberativa é em tudo semelhante à Conferência de Serviços Decisória italiana; com a realização deste tipo de conferência os órgãos participantes irão emitir um único ato administrativo de conteúdo complexo que irá substituir

²⁵ A Conferência de Investigação (*conferenza istruttoria*), a Conferência Preparatória (*conferenza predecisoria*) e a Conferência Decisória (*conferenza decisoria*), já referidas aquando do estudo da Conferência de Serviços italiana.

²⁶ Conforme afirma MARTA PORTOCARRERO, «Procedimento administrativo – aspetos estruturais», *op. cit.*, p. 82, e reafirmado por TIAGO SERRÃO, *in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, p. 349.

²⁷ Artigo 77.º, n.º 3, do CPA.

a prática dos atos administrativos que seriam praticados autonomamente por cada um dos órgãos presentes.

A Conferência de Coordenação tem alguns aspetos que poderão ser equiparados à Conferência de Serviços Preparatória italiana, mas tem um âmbito de aplicabilidade mais amplo do que a italiana, pois esta última apenas é utilizada nos procedimentos mais complexos, que necessitam de uma fase pré-decisória e também no âmbito da contratação pública, nomeadamente no que concerne à concessão e execução das obras públicas. Penso que a ideia do legislador foi a de conferir um grau de amplitude maior do que o atribuído ao da conferência italiana.

3.II. *Instituição das Conferências*

A forma como se instituem as conferências vem regulada no artigo 78.º do CPA e, ao contrário do que acontece no ordenamento italiano, no qual as conferências têm um carácter “quase” obrigatório, aqui, a situação é diferente, pois a instituição das conferências exige uma previsão legal específica ou um contrato interadministrativo que a tenha instituído^{28/29}. Ou seja, para que a conferência possa ser realizada num determinado procedimento, tem de existir uma lei ou regulamento que preveja a possibilidade de instituição dessa mesma conferência, por cada órgão que iria praticar o ato autonomamente. Outra possibilidade será a da celebração de um contrato interadministrativo³⁰, entre as entidades públicas autónomas participantes, a instituir a possibilidade de criação de conferências.

²⁸ MARTA PORTOCARRERO, «Procedimento administrativo – aspetos estruturais», *op. cit.*, p. 82.

²⁹ TIAGO SERRÃO, *in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, p. 356.

³⁰ TIAGO SERRÃO, *in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.* Este tipo de contratos encontram-se regulados no artigo 338.º do Código dos Contratos Públicos e a dúvida levantada surge se se aplica a instituição de conferências em todos os contratos interadministrativos (artigo 338.º, n.ºs 1 e 2) ou apenas nos contratos interadministrativos celebrados em igualdade jurídica (artigo 338.º, n.º 1), para TIAGO SERRÃO, deverão apenas ser aplicados os contratos interadministrativos celebrados em igualdade jurídica, ficando de fora os contratos interadministrativos em que exista subordinação de uma entidade administrativa perante outra.

Uma questão que aqui se levanta prende-se com a da aplicabilidade desta exigência de previsão legal específica ou de celebração de contrato interadministrativo, para a instituição da conferência, que é a de saber se a mesma se aplica apenas à conferência deliberativa ou se será aplicável a todo o tipo de conferências. A resposta a esta questão é um pouco complexa e, antes de dar uma resposta à mesma, importa começar por mencionar que MARTA PORTOCARRERO^{31/32} entende que, apesar do incentivo que existe à utilização das Conferências sempre que a instituição das mesmas esteja legalmente prevista, esta exigência funcionará como uma limitação à utilização do regime das conferências pelas instituições públicas. Para esta autora, esta limitação é aplicável a ambas as conferências, pois mesmo sendo possível a realização das conferências de coordenação por acordo entre os órgãos envolvidos, o particular fica limitado à vontade dos órgãos, não sendo livre para poder requerer a conferência de coordenação sem que haja a existência de tal norma instituidora. Aqui, a minha opinião diverge, pois, pela interpretação literária que se pode fazer do artigo 78.º, n.º 1, quando é mencionado que a realização de conferências de coordenação pode ser celebrada por acordo entre os órgãos envolvidos, parece-me claro que para a realização deste tipo de conferência fica afastada a exigência de previsão legal ou de contrato administrativo. Ou seja, a meu ver, não faria qualquer sentido a aplicabilidade da 2.ª parte do n.º 1 do artigo 78.º à Conferência de Coordenação, porque *primo*: a finalidade da conferência procedimental vista a prossecução do princípio da boa administração; *secundo*: os atos finais produzidos na conferência de coordenação serão proferidos de forma autónoma, simultânea e, portanto, autonomamente impugnáveis; e *tertio*: o artigo 79.º, conjugado com o artigo 78.º, ambos do CPA, admitem essa possibilidade.

Desta forma, concluo o seguinte: para que as conferências procedimentais deliberativas possam ser instituídas, obrigatoriamente terá de existir *i*) previsão específica em lei ou regulamento ou *ii*) ser celebrado um contrato interadministrativo; e, caso estejamos no âmbito da Administração Direta ou Indireta do Estado, pode também ser instituída *iii*) através de Portaria dos Ministros competentes para a direção e tutela dos organismos envolvidos ou para a resolução dos conflitos de atribuições ou competências entre os órgãos em causa³³.

³¹ MARTA PORTOCARRERO, «Procedimento administrativo – aspetos estruturais», *op. cit.*, p. 82.

³² TIAGO SERRÃO, *in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, p. 357.

³³ Artigo 78.º, n.º 2, do CPA.

Relativamente às conferências de coordenação, estas podem ser realizadas por *i)* acordo entre os órgãos envolvidos³⁴ ou *ii)* requerida a sua realização por um ou mais interessados³⁵. Neste âmbito e seguindo o sistema italiano, sou do entendimento que, sempre que o particular requeira a realização de qualquer modalidade de conferência, a mesma só possa ser recusada mediante justificação devidamente fundamentada e plausível.

Para finalizar, neste âmbito, importa mencionar que o ato que institui a possibilidade da realização de conferências procedimentais deliberativas no âmbito de cada tipo de procedimento apresenta as seguintes características³⁶: *i)* determina o órgão competente para convocar e presidir às conferências³⁷; *ii)* vincula os demais órgãos participantes aos deveres que lhes são impostos pelo regime da conferência; *iii)* habilita os órgãos participantes a delegar em membros seus, no caso de órgãos colegiais, ou em agentes deles dependentes os poderes necessários ao funcionamento das conferências procedimentais; e *iv)* confere aos órgãos participantes em conferência a competência conjunta para deliberarem através de um único ato de conteúdo complexo, a que corresponderia a prática isolada de atos administrativos de cada um deles.

3.III. Realização, Audiência de Interessados e Conclusão das Conferências Procedimentais

Quanto à realização das Conferências Procedimentais, esta será, ao abrigo dos artigos 79.º, n.º 1, e 78.º, n.º 1, do CPA, sempre convocada relativamente a uma “situação concreta” por *i)* iniciativa própria do órgão competente, nos termos do ato instituidor previsto no artigo 78.º, ou *ii)* quando requerida por um ou mais inte-

³⁴ Artigo 78.º, n.º 1 (primeira parte), do CPA.

³⁵ Artigo 79.º, n.º 1.

³⁶ Artigo 78.º, n.º 3, do CPA.

³⁷ TIAGO SERRÃO, *in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, pp. 359 e 360, apresenta duas questões relativamente ao órgão competente para presidir e convocar a conferência: a 1.ª questão está no facto de saber se este órgão pode ser externo aos participantes ou se tem de ser um dos participantes. Considerando que apesar de a lei não o dizer expressamente, o entendimento deverá passar pela obrigatoriedade do órgão ser um dos participantes na conferência. A 2.ª questão relaciona-se com o facto de saber se existe obrigatoriedade ou dever de o órgão que preside facultar uma base documental de trabalho aos demais órgãos participantes. Apesar de não existir uma obrigatoriedade legal, parece-nos claro que o deverá fazer, pois se as conferências buscam a simplificação, celeridade e desburocratização não faria sentido que o órgão presidente não o fizesse.

ressados, desde que se encontre prevista no ato instituidor. Esta é a forma de convocação aplicável à Conferência Procedimental Deliberativa³⁸.

Quanto à Conferência Procedimental de Coordenação, esta poderá ser convocada por *i*) mútuo acordo entre os órgãos envolvidos ou *ii*) quando requerida por um ou mais interessados da relação jurídica procedimental.

Sempre que seja requerida pelos interessados, o órgão competente ou o órgão convocado, respetivamente, conforme o tipo de conferência em que estejamos, tem obrigatoriedade de convocar a conferência no prazo de 15 dias úteis. A convocatória da primeira reunião da conferência deve ser feita com a antecedência mínima de cinco dias em relação à data da reunião, podendo os órgãos participantes, em caso de impossibilidade fundamentada, propor um adiamento não superior a 10 dias. As conferências podem ter lugar presencialmente ou por videoconferência³⁹. Cada um dos órgãos convocados tem o dever de participar na conferência, sendo-lhe dada a faculdade de poder delegar num dos seus membros, se estivermos perante órgãos colegiais, ou de delegar em agentes dele dependentes, se estivermos perante órgãos singulares, os poderes necessários para, na conferência, assumir a posição do órgão, de modo definitivo, *i*) sobre a matéria da deliberação a adotar, no caso das conferências deliberativas, ou *ii*) para tomar ele próprio a decisão correspondente à competência do órgão, no caso das conferências de coordenação. Quanto à falta de um dos órgãos convocados à conferência deliberativa, sem que tenha invocado justo impedimento, no prazo de 8 dias após a realização da conferência, considera-se que o órgão faltoso nada tem a opor ao deferimento do pedido⁴⁰.

Relativamente aos participantes externos na realização das conferências, poderão participar *i*) órgãos de competência consultiva⁴¹ – estes órgãos irão exprimir o sentido da sua decisão de forma oral, juntando, nos 8 dias seguintes, o parecer escrito, que será anexado à ata da conferência –; e *ii*) os interessados – serão convocados quando tal se revele necessário a uma boa decisão.

³⁸ MARTA PORTOCARRERO, «Procedimento administrativo – aspetos estruturais», *op. cit.* Aqui, tal como já referi, a minha opinião diverge de MARTA PORTOCARRERO, que considera, embora criticando essa solução, que para ambas as conferências à uma obrigatoriedade de existência do ato administrativo instituidor.

³⁹ Artigo 79.º, n.ºs 1 a 4, do CPA.

⁴⁰ TIAGO SERRÃO, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, pp. 360 a 362.

⁴¹ *Vd.* TIAGO SERRÃO, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, pp. 351 e 352.

A fase da audiência de interessados e audiência pública⁴² encontra-se prevista no artigo 80.º do CPA; esta fase destina-se aos interessados que possam vir a ser afetados com o sentido desfavorável da decisão (conferências deliberativa) ou das decisões (conferências de coordenação), para que se possam pronunciar antes que a mesma seja proferida⁴³. Esta faculdade é exercida, no caso da Conferência Deliberativa, de forma oral, em sessão na qual estejam presentes todos os órgãos participantes e, no Caso da Conferência de Coordenação, de forma simultânea quanto ao sentido das várias decisões que virão a ser adotadas, podendo os particulares apresentar aqui alegações escritas, as quais constarão como anexo à ata da sessão da conferência. Estas alegações escritas, conforme nos diz TIAGO SERRÃO⁴⁴, “*deverão consubstanciar, nada mais, nada menos, do que um suporte escrito da pronúncia oral apresentado no seio da conferência procedimental*”. Para este autor, deverá ser assim para impedir que o particular não extravase, nem amplie de forma incontrolável o conteúdo da pronúncia oral apresentada quando apresentar a pronúncia escrita, sob pena de tornar este procedimento deveras “*complexo e que obrigaria os órgãos participantes a ponderar o posicionamento expreso, pelo particular, oralmente e ainda a respetiva pronúncia escrita*”, o que não lhe parece adequado no contexto da figura das conferências. Na minha opinião, apesar de concordar com a posição deste autor, parece-me que uma solução mais simples e mais eficaz passaria pelo exercício escrito obrigatório deste direito, isto no que se refere às conferências de coordenação. Pois não será fácil efetuar um controlo por parte dos participantes da conferência no que se refere ao ampliamto da pronúncia oral em relação à pronúncia escrita da parte do particular.

A forma de convocação desta audiência efetuar-se-á da mesma forma que a audiência dos interessados, prevista no artigo 122.º do CPA, sendo fornecido ao particular um projeto de decisão, com a menção obrigatória do local onde o processo poderá ser consultado. Aqui, volto a apontar a mesma questão: sendo a audiência de interessados uma fase facultativa do procedimento, neste âmbito das conferências, não faria mais sentido que o interessado a efetuasse sempre de forma escri-

⁴² TIAGO SERRÃO, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, op. cit., pp. 364 e 365.

⁴³ É o equivalente ao exercício da audiência prévia ou audiência de interessados no procedimento administrativo clássico.

⁴⁴ TIAGO SERRÃO, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, op. cit., pp. 360 a 365.

ta e só excecionalmente a fizesse de forma oral⁴⁵? É que senão vejamos: se o interessado for notificado pela Administração do projeto de decisão desfavorável no âmbito de uma conferência, e pretendendo este exercer tal direito, terá de comunicar primeiro por escrito essa pretensão e só depois é que será agendada a audiência para que possa proceder ao respetivo exercício oral. Caso assim não fosse, no projeto de decisão desfavorável teria de vir já agendada uma data e hora para o exercício oral da audiência de interessados, o que não fará sentido pois ainda não se saberá se a mesma irá ter lugar. Posto isto, parece-me que a solução mais adequada e simples a adotar, seria a de que o exercício deste direito fosse efetuado de forma escrita.

Para finalizar, relativamente à audiência pública, o legislador foi pouco abrangente, limitando-se a estabelecer no n.º 3 do artigo 80.º que, nos procedimentos em que seja obrigatória a audiência pública, a realização desta na pendência da conferência suspende o prazo para que a mesma seja concluída.

Relativamente à conclusão da conferência procedimental⁴⁶, esta encontra-se regulada no artigo 81.º do CPA, sendo o prazo para a realização da conferência de 60 dias, podendo o mesmo ser prorrogável por mais 30 dias, suspendendo-se os prazos para a conclusão dos procedimentos individualizados que deveriam ser praticados por cada um dos órgãos. Daqui, poderemos já apontar uma primeira crítica que se prende com a possibilidade de utilização deste regime por parte da administração, como um meio dilatatório, uma vez que, entre a convocação da conferência e o prazo para que a mesma venha a ser realizada, os procedimentos individualizados ficarão suspensos, o que significa que, caso a conferência não se realize ou não venham a ser praticados o ato ou os atos devidos, a administração pode usufruir aqui de um prazo dilatatório que pode atingir os 90 dias para concluir cada um dos procedimentos⁴⁷. Uma das soluções aqui passaria pela diminuição deste prazo, por forma a que o particular não saísse prejudicado, no caso de a conferência se revelar infrutífera.

⁴⁵ Oralmente apenas nas situações que, devido ao seu caráter mais simplificado, não exigisse a forma escrita.

⁴⁶ TIAGO SERRÃO, *in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, pp. 365 a 368.

⁴⁷ *Vd.* MARTA PORTOCARRERO, «Procedimento administrativo – aspetos estruturais», *op. cit.*, pp. 85 e 86.

Sintetizando, a conferência procedimental finda então de uma de duas formas: *i*) com a prática do ato (Conferência Deliberativa) ou dos atos finais (Conferência de Coordenação) ou *ii*) pelo decurso do prazo para a realização da conferência sem que tenham sido praticados o ato ou os atos finais. Sendo que, neste último caso, a conferência finda pode vir a ser repetida, em casos excepcionais devidamente justificados e mediante o acordo prévio de todos os órgãos envolvidos, sendo neste caso aproveitados os atos praticados no decurso da primeira conferência cuja atualidade se mantenha.

Quanto ao conteúdo do termo da conferência procedimental, o órgão que a ela presidir deverá elaborar uma ata, na qual serão registados os sucessivos passos da conferência e, quando for o caso, o ato ou atos decisórios que nela foram praticados, com a respetiva fundamentação, e os restantes atos nela autonomamente praticados por cada órgão participante (cf. dispõem os artigos 81.º, n.º 3, e 151.º, n.º 1, alínea *d*), do CPA).

Quando estivermos perante uma falta de acordo, no âmbito da conferência deliberativa, dispõe o n.º 4 do artigo 81.º que “os órgãos participantes deverão emitir uma declaração para constar da ata, na qual especificam as razões da sua discordância e, sempre que possível, as alterações que consideram necessárias à viabilização do projeto, atividade, regulação de um bem ou situação que constitua o objeto da conferência”. Nos termos do n.º 5 do artigo 81.º do CPA, esta declaração equivale a uma pronúncia desfavorável, o que implica no âmbito da conferência deliberativa o indeferimento das pretensões ali apreciadas, no entanto, o legislador salvaguardou uma possibilidade de os órgãos em conferência superarem essa pronúncia desfavorável através de um acordo entre os órgãos participantes no qual *i*) promovam as alterações necessárias para que ocorra o respetivo deferimento; e *ii*) “uma possibilidade da repetição da conferência, caso essas alterações sejam concretizadas pelo interessado”⁴⁸.

3.IV. *Garantias impugnatórias administrativas no regime das Conferências Procedimentais*

Antes de entrar nas garantias administrativas relativas às decisões finais das conferências ou, se preferirem, no que à emissão do ato ou atos administrativos finais no âmbito das conferências procedimentais diz respeito, vou começar por

⁴⁸ TIAGO SERRÃO, *in* *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, *op. cit.*, pp. 367 e 368.

mencionar uma questão levantada por TIAGO SERRÃO⁴⁹ que se prende com o facto de saber se o particular dispõe de algum meio processual ao seu dispor, no caso da falta da convocação da conferência, quando requerida ao abrigo do artigo 79.º, n.ºs 1 e 2, do CPA. No entendimento deste autor, o qual aqui eu subscrevo na íntegra, o meio adequado perante tal situação encontra-se regulado no CPTA e trata-se da ação administrativa especial de condenação à prática de ato devido, constante nos artigos 66.º e seguintes desse código. Sendo que a questão mais relevante que aqui se levantará será a da eventual morosidade que se vier a verificar até que tal pretensão do autor venha a ser reconhecida pelo tribunal, o que suscita dúvidas quanto à obtenção de uma decisão em prazo razoável pelo que, conforme nos diz TIAGO SERRÃO, não será *“expectável que o particular almeje desbloquear, judicialmente, a falta de convocação da conferência procedimental num curto lapso temporal”*. O que implicará a pouca utilização deste meio, pelas poucas garantias temporais que trará ao interessado.

Posto isto, passemos agora para as decisões no âmbito das conferências procedimentais; a questão que aqui poderemos levantar será no âmbito do ato administrativo complexo praticado na sequência da conferência deliberativa, que se prende com a de saber quem e em que termos terá a competência para revogar e anular tal decisão. E para quem e em que termos se pode reclamar⁵⁰.

De acordo com o artigo 169.º, n.º 1, do CPA, *“Os atos administrativos podem ser objeto de revogação ou anulação administrativas por iniciativa dos órgãos competentes, ou a pedido dos interessados, mediante reclamação ou recurso administrativo”*. Sendo competentes para a revogação e anulação dos atos administrativos os seus autores e o respetivo superior hierárquico, cf. dispõe os n.ºs 2 e 3 do artigo 169.º do CPA. Ora, assim sendo, e uma vez que tal competência deve ser exercida nos mesmos moldes em que fora praticado o ato administrativo reclamado, tal revogação ou anulação deve também ocorrer no âmbito da Conferência Procedimental. Tal significa que a decisão da revogação ou anulação de determinado ato complexo emitido numa Conferência Procedimental deve ocorrer no âmbito de uma segunda Conferência Procedimental, que pode abranger os mesmos autores do ato administrativo primi-

⁴⁹ TIAGO SERRÃO, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, op. cit., pp. 360 e 361.

⁵⁰ TIAGO SERRÃO, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, op. cit., pp. 352 e 353.

tivo ou os seus imediatos superiores hierárquicos. Sendo que, se do referido ato administrativo complexo for apresentado recurso hierárquico, deverá ser reunida uma segunda Conferência Procedimental para que se possa obter uma decisão, ocorrendo aqui uma espécie de Conferência Procedimental Superior para análise do recurso apresentado pelo particular. Caso seja apresentada reclamação para o autor do ato, será reunida uma segunda Conferência Procedimental com os mesmos autores do ato administrativo complexo primitivo.

Assim, importa agora saber como deverá agir o particular, em termos formais, se quiser reclamar ou recorrer hierarquicamente do ato praticado. Deverá entregar uma reclamação ou recurso em cada uma das entidades participantes? Deverá entregar apenas um exemplar em qualquer uma das entidades participantes? Ou deverá proceder à entrega do exemplar junto do órgão competente para a convocação e presidência da conferência? O legislador não nos fornece uma solução expressa no código, pelo que a reclamação ou recurso deverá, no meu entender e citando TIAGO SERRÃO⁵¹, *“ser dirigida aos diversos autores do ato e deverá ser apresentada, unicamente, junto do órgão com competência, para convocar e presidir à conferência”*.

Para finalizar, no que concerne às Conferências de Coordenação, como já foi mencionado, os vários atos administrativos na conferência são proferidos autonomamente, de uma forma simultânea, pelo que os mesmos são autonomamente impugnáveis. Aqui, o particular poderá dispor de diversos meios impugnatórios e de diversos prazos distintos para cada um deles, uma vez que cada ato é autonomamente impugnável administrativa e judicialmente. Aqui, poderemos encontrar algumas semelhanças com uma figura do Direito Fiscal, que, apesar do seu conteúdo e regime nada terem a ver com o instituto das conferências, no que às garantias processuais se refere, se processa de maneira semelhante. Estou a referir-me ao relatório proferido pela administração tributária no âmbito da inspeção tributária, no qual podem constar uma série de atos lesivos que também serão autonomamente impugnáveis à semelhança do que irá acontecer nas conferências procedimentais de coordenação.

⁵¹ TIAGO SERRÃO, *in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, op. cit., p. 355.

4. Notas Finais

Esta abertura do novo CPA ao regime das conferências procedimentais é de facto de enaltecimento, pois é, no meu entender, um projeto bastante ambicioso que irá colher os seus frutos. Apesar da forma um pouco tímida como foi inserido neste novo código, penso que irá revelar-se a médio e longo prazos como um instrumento importantíssimo para a modernização de uma Administração de quem cada vez mais se exige uma maior celeridade, desburocratização, eficácia e eficiência a nível procedimental. Aliás, este é o grande objetivo deste tipo de regime; o sistema conferencial busca entendimentos, conformações, acordos e coordenação a nível procedimental, com vista a uma melhor prossecução do princípio da boa administração e, a meu ver, irá ser bem-sucedido.

Neste estudo que efetuei, antes de iniciar o nosso novo regime, optei por abordar a forma como se processa o regime italiano, pois é um ordenamento no qual o nosso novo regime se baseia e que já tem mais de 25 anos de existência. Como tal, mostrou-se ser de todo importante efetuar primeiro um estudo no regime “pai” antes de entrar no nosso regime propriamente dito, isto para que pudéssemos ter um melhor entendimento quanto ao funcionamento e aplicabilidade prática deste nosso novo instituto.

Apesar de existirem algumas dúvidas estruturais e funcionais, que são normais, uma vez que estamos perante a inserção de uma nova figura no nosso ordenamento, julgo que, com o contributo da doutrina e da jurisprudência, estas dúvidas irão ser dissipadas e o regime das conferências irá com o tempo ganhar força, à semelhança do que aconteceu em diversos países nos quais este regime é bastante utilizado e onde a sua aplicação tem sido sempre bem-sucedida.

5. Bibliografia

- CARINGELLA, Francesco, *Manuale di diritto amministrativo*, Tomo II, Milano: Giuffrè, 2003.
- PORTOCARRERO, Marta, «Procedimento administrativo – aspetos estruturais», in *Cadernos de Justiça administrativa*, n.º 100, julho/agosto de 2013.
- RAGAZZO, Massimo, «La conferenza di servizi: esiti della riforma ex lege n. 15/2005 e novità giurisprudenziali», disponível em http://www.lexitalia.it/articoli/ragazzo_conferenza.htm, acesso entre 30 abril e 5 junho de 2015.
- SERRÃO, Tiago, «A Conferência Procedimental no novo Código do Procedimento Administrativo: primeira aproximação», in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (Coord.), Lisboa, reimpressão 2015, AAFDL.
- TAUCER, Alessandra Margherini, «La conferenza dei servizi», disponível em <http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/taucer.html>, acedido entre 30 abril e 5 junho de 2015.
- TRAVERSA, Emanuele, «La conferenza dei servizi. semplificazione amministrativa nella pubblica amministrazione», disponível em <http://www.overlex.com/leggi/articolo.asp?id=982>, acesso entre 30 abril e 5 junho de 2015.

O Princípio da Justiça e da Razoabilidade

*José Alberto Gonçalves Figueiredo**

Sumário: 1. O princípio da Justiça e da Razoabilidade, previsto no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro. A sua densificação ou concretização. 2. Análise da sentença do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, no âmbito do processo n.º 57/13.4 BELSB da 4.ª unidade orgânica. 3. Conclusões. Bibliografia

1. O princípio da Justiça e da Razoabilidade, previsto no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro. A sua densificação ou concretização

O princípio da Justiça e da Razoabilidade constitui uma inovação do novo Código do Procedimento Administrativo (doravante, designado “novo CPA”), na medida em que o legislador o consagrou expressamente no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro. Dispõe o referido artigo que *“A Administração Pública deve tratar de forma justa todos aqueles que com ela entrem em relação, e rejeitar as soluções manifestamente desrazoáveis ou incompatíveis com a ideia de Direito, nomeadamente em matéria de interpretação das normas jurídicas e das valorações próprias do exercício da função administrativa”*.

Desta forma, no capítulo II da parte I do novo CPA, dedicada aos «princípios gerais da atividade administrativa», verificam-se inovações significativas relativamente ao disposto nesta matéria pelo anterior Código do Procedimento Administrativo. Incluiu-se o princípio da boa administração, integrado pelos princípios constitucionais da eficiência, da aproximação dos serviços às populações e da desburocratização, em conformidade com o disposto no artigo 5.º do novo código. Acrescenta-se, ainda, os novos princípios da responsabilidade (artigo 16.º), da administração aberta (artigo 17.º), da segurança de dados (artigo 18.º), da cooperação leal da Administração Pública com a União Europeia (artigo 19.º), bem como os princípios relativos à administração eletrónica (artigo 14.º). Concomitantemente, densificaram-se princípios já existentes como o princípio da igualdade (artigo 6.º),

* Mestrando em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

da proporcionalidade (artigo 7.º), da imparcialidade (artigo 9.º), da boa-fé (artigo 10.º) e da colaboração com os particulares (artigo 11.º).

Em síntese, o principal desiderato da inclusão dos novos princípios, bem como a densificação e reformulação dos que já constavam no anterior Código do Procedimento Administrativo, foi o “fortalecimento” de valores fundamentais de Direito Administrativo Constitucional que devem reger toda a atividade administrativa num Estado que se quer de Direito e Democrático.

A consagração do princípio da Justiça e da Razoabilidade, como sendo uma bússola de orientação da atividade administrativa, já foi objeto de algumas críticas pertinentes. Neste sentido, o parecer sobre o projeto de revisão do novo CPA, da associação sindical dos juízes portugueses, refere que este novo princípio parece desprovido de conteúdo autónomo, isto é, na forma pela qual o mesmo aparece descrito, nada acrescenta aos princípios já plasmados no anterior CPA. Assim, a mesma entidade refere no seu parecer que *“a rejeição de soluções manifestamente desrazoáveis é alcançável através dos princípios da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, da boa administração e da proporcionalidade”*. Cumulativamente, o mesmo parecer refere que *“este princípio na sua dimensão de rejeição de soluções «incompatíveis com a ideia de Direito» não poderá ter conteúdo diferente da incompatibilidade com o bloco de legalidade, em sentido amplo”*. E acrescenta referindo que *“este princípio da justiça não se coaduna com o princípio da razoabilidade, na medida em que a procura de soluções «justas» e a busca de soluções «razoáveis» não só não se situam num mesmo patamar, como não têm a mesma relevância constitucional”*. Esta associação sindical de juízes conclui que o Princípio da Razoabilidade poderá constituir um critério norteador da atuação da Administração Pública, sem que simultaneamente constitua um critério autónomo para o controlo da legalidade da respetiva atuação. Sugere, portanto, que este princípio não surja conjugado com o princípio fundamental da justiça. Apesar de tal crítica, o legislador do novo CPA consagrou-o de forma expressa no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, e, na nossa perspetiva, bem.

Concretizando o princípio da Razoabilidade, consideramos que a vida em sociedade depende de um modo de agir de acordo com a razão, o bom senso, a proporcionalidade, constituindo um instrumento efetivo de valoração de um determinado facto da vida real ou decisão administrativa que, eventualmente, possa vir a ser adotada. Em consequência, o razoável é conforme à razão, à moderação, à lógi-

ca, à aceitação e sensatez. No fundo, a razoabilidade expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio e promove a explicação racional entre um efeito e uma causa. Em suma, o princípio da Justiça e da Razoabilidade opõe-se à arbitrariedade e relaciona-se com a prudência, com as virtudes morais e com o senso comum que vigora numa determinada comunidade e num determinado tempo. Neste sentido, os tribunais têm de atender às valorações inerentes a este princípio, compatibilizando-o com os valores constitucionais e infraconstitucionais, e tendo como referência orientadora uma certa ideia de justiça. Assim, também, o ente administrativo deve atuar na prossecução do fim público, fazendo uma utilização adequada dos meios, agindo com razoabilidade, bom senso, prudência, moderação e aceitação. No fundo, pretende-se que a Administração Pública atue de forma a evitar excessos e arbitrariedades. Esta densificação doutrinal do princípio da Justiça e da Razoabilidade conforma-se, na sua integralidade, com o disposto no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, onde se estatui que *“Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à constituição e à Lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da Justiça, da imparcialidade e da boa-fé”*. Deste modo, a Constituição da República Portuguesa consagrou expressamente os princípios da Proporcionalidade e da Justiça, sendo que nestes está implícito o princípio da razoabilidade. Estes princípios constituem verdadeiros valores constitucionais que devem ser sempre ponderados pelos entes administrativos no procedimento que conduz a uma decisão.

De acordo com o n.º 1 do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa, *“A Administração Pública visa a prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”*. Ora, na atuação administrativa, as entidades administrativas têm de nortear a referida prossecução do interesse público pelos valores insertos nos princípios constitucionais vigentes numa determinada época e numa dada comunidade. Em suma, os princípios explícitos na Constituição terão de se arvorar como referencial orientador de toda a atividade administrativa e, em consequência, de todas as decisões do poder executivo. A Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade, da proporcionalidade, da justiça e da legalidade, sendo que a tomada de decisões administrativas onde se verifique a desproporção entre os meios empregues e o fim público que se pretenda almejar deverá ser sancionado pelo tribunal, fundamentando tal decisão precisamente na violação desses princípios. Destarte, consideramos que a proporcionalidade é uma

das facetas do princípio da Justiça e da Razoabilidade, sendo sempre de censurar atos administrativos que utilizem meios completamente desproporcionais para a satisfação do interesse público.

O princípio da Razoabilidade obriga a Administração Pública a uma atuação discreta, racional, equilibrada e, acima de tudo, respeitadora da prossecução do interesse público. Em consequência, as atuações desrazoáveis, manifestamente injustas, inconvenientes e ilegítimas devem ser afastadas do âmbito da atuação administrativa. Note-se que o legislador, quando atribuiu aos entes administrativos uma certa liberdade de atuação, isto é, uma certa discricionariedade ou uma *“liberdade fundamental de atuar fora das matérias reservadas ou já ocupadas por lei”*, nas palavras da Professora ISABEL CELESTE M. FONSECA, fê-lo não porque tenha atribuído à Administração Pública um poder de atuação ao sabor dos seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios pessoais. Tal atuação terá sempre de ser racionalizável, prudente, proporcional, justa, moderada e adequada.

Nesta linha de pensamento, considerámos que os tribunais devem atuar, na sindicância dos atos administrativos, atendendo nomeadamente à violação do princípio da Justiça e da Razoabilidade. Nem se poderá argumentar que o tribunal, ao invocar os referidos princípios, está a invadir o campo de *“mérito”* do ato administrativo ou, como muitos argumentam, a violar ostensivamente o princípio da separação de poderes tão caro a um Estado de Direito Democrático. Relativamente ao primeiro argumento invocado, muitos autores referem que os tribunais, ao procederem dessa forma, estariam a invadir o campo de *“liberdade”* conferido pela lei à administração no sentido de esta adotar as decisões mais convenientes ou oportunas. Não concordámos de todo com estas posições, pois a referida discricionariedade não significa uma liberdade para atuações que violem princípios jurídicos constitucionais. No fundo, colocámos no mesmo plano as violações de lei e as violações clamorosas de princípios jurídicos fundamentais da nossa ordem jurídico-constitucional e do próprio direito ordinário. Em qualquer situação, o poder discricionário não é uma exceção ao princípio da legalidade, mas sim uma das formas possíveis de estabelecer a subordinação da administração à lei, razão pela qual o poder discricionário também é controlável jurisdicionalmente. Como refere o Professor FREITAS DO AMARAL: *“a administração está legalmente vinculada a respeitar as regras técnicas e as regras de prudência comum para que a lei remete, porque a própria lei a subme-*

teu a essas normas, de tal forma que, se a administração as não respeitar, sofrerá uma sanção jurídica, semelhante à que sofreria se violasse diretamente uma norma jurídica.”

Em suma, o princípio da Justiça e da Razoabilidade parte do pressuposto de que a administração, mesmo quando atua no âmbito de poderes discricionários, deve fazê-lo de modo razoável, ou seja, conforme à razão. Tal princípio dirige-se não apenas à administração, mas também ao legislador, aos juízes, e, como não poderia deixar de ser, a todo o cidadão comprometido com ideais de justiça e razoabilidade. O Professor JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO¹ identifica o princípio da Razoabilidade na Constituição da República Portuguesa, denominando-o pelo princípio da proibição do excesso. Considera esse princípio como um “*subprincípio densificador do Estado de Direito Democrático*”, sendo que qualquer norma que restrinja os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos terá de ser uma norma adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). O mesmo autor acrescenta que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito corresponde ao princípio da justa medida, inferindo-se daí que a lei restritiva não basta ser necessária e adequada, mas deve ser também isenta de “*cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos*”. No que concerne ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, ou princípio material da proibição do excesso, o mesmo autor considera que é “*um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador*”, impondo evidente vinculação ao exercício da discricionariedade do legislador.

Por outro lado, JORGE DE MIRANDA² também faz alusão à razoabilidade, para impedir a disfunção representada pela “*contradição interna da lei ou da inadequação do seu conteúdo com o seu fim*”, tendo o cuidado, porém, de alertar para os riscos da aplicação do princípio da proporcionalidade como garantia constitucional, que, segundo o mesmo autor, deve ser informado por uma razoabilidade proclamada pela *ratio constitutionis*.

De qualquer forma, entendemos que a Administração Pública Portuguesa, ao atuar no âmbito de poderes discricionários, terá de o fazer de acordo com critérios

¹ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.ª ed. revista (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1995, p. 617.

² JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 3.ª ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 347-348.

racionalmente aceitáveis, equilibrados e adequados ao caso concreto, atendendo sempre ao princípio da prossecução do interesse público.

Neste momento do presente trabalho, consideramos de vital importância a análise de uma sentença do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, no âmbito do processo n.º 57/13.4BELSB da 4.ª unidade orgânica, que apela à violação de princípios jurídicos plasmados no Código de Procedimento Administrativo para fundamentar a decisão jurisdicional.

2. Análise da sentença do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, no âmbito do processo n.º 57/13.4 BELSB da 4.ª unidade orgânica

O presente processo começou com uma providência cautelar intentada ao abrigo da Lei de Ação Popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto), por parte de um conjunto de cidadãos identificados no processo contra o Centro Hospitalar de Lisboa Central, E.P.E. e o Ministério da Saúde. Os referidos cidadãos portugueses pedem que as requeridas sejam intimadas a absterem-se de determinar, autorizar ou concretizar quaisquer atos que visem o encerramento da Maternidade Alfredo da Costa, a não ser por via da sua integração no anunciado Hospital de Lisboa Oriental, ou sem que seja garantido que a sua integração noutro estabelecimento hospitalar respeite um conjunto de exigências materiais e humanas formuladas no petítório da referida providência cautelar.

Por uma questão de síntese, iremos apenas abordar essencialmente a questão de direito subjacente à presente sentença. Assim, após uma descrição fáctica muito circunstanciada da necessidade da manutenção em funcionamento da Maternidade Alfredo da Costa, os requerentes alegam que o imediato encerramento da mesma não é adequado nem necessário para atingir o fim proposto de maior racionalização e eficiência dos recursos hospitalares, nem reflete qualquer equilíbrio razoável entre as alternativas possíveis. Mais referem que: *“o encerramento da Maternidade Alfredo da Costa (...) viola ostensivamente os princípios gerais de direito administrativo, consagrados nos artigos 4.º, 5.º, 8.º e 10.º do Código de Procedimento Administrativo: princípios da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos (artigo 4.º), princípio da proporcionalidade (artigo 5.º), princípio da participação (artigo 6.º) e princípio da eficiência”*.

Os requeridos contestaram alegando, entre outros argumentos fácticos e jurídicos, que não estavam a violar o princípio da proporcionalidade, ínsito no n.º 2 do artigo 5.º do anterior Código do Procedimento Administrativo. Mais referem que o pedido, tal como se encontra formulado pelos requerentes, implicaria que o poder jurisdicional tivesse de proceder a um juízo técnico sobre o melhor processo de transferência da Maternidade Alfredo da Costa. Mais argumentam que, de acordo com o princípio da separação de poderes, não pode o tribunal fazer-se substituir à administração na avaliação, ponderação e realização de um juízo técnico de qual a melhor gestão para prosseguir no processo de reestruturação e reorganização dos estabelecimentos de saúde. Referem, ainda, que não estamos perante uma situação de controlo jurisdicional do poder discricionário da administração pelos tribunais, uma vez que não se está perante um erro grosseiro praticado pelo Centro Hospitalar de Lisboa Central, E.P.E. ou pelo Ministério da Saúde. Por outro lado, referem que não basta haver a alegação da possibilidade de controlo jurisdicional do poder discricionário da administração, sendo necessário justificar a intervenção desse controlo por via a não violar o princípio da separação de poderes. Neste enquadramento, os requeridos entendem que um eventual deferimento da providência cautelar *“levaria a que o tribunal fizesse uma avaliação da conveniência e oportunidade da decisão ministerial, estabelecesse critérios decisórios, na dimensão político-administrativa e, assim, ultrapassasse claramente a juridicidade”*. E noutra passagem da contestação e na mesma linha argumentativa acrescentam que: *“Em bom rigor a regra básica e visto o problema em abstrato é de fácil formulação: a margem de livre decisão que tole é insuscetível de controlo judicial porque respeita ao mérito, à conveniência ou à oportunidade da administração”*. Paralelamente, alegam que não violam nenhum dos princípios consagrados no anterior Código do Procedimento Administrativo, pois os requerentes não indicam em que medida a atuação das requeridas os violam, não se alcançando a mais ténue violação nesse âmbito. Ainda mais à frente, aduzem que *“os poderes de cognição dos tribunais administrativos abrangem apenas as vinculações da administração por normas ou princípios jurídicos e não a conveniência ou oportunidade da sua atuação, designadamente a conformidade ou não da sua atuação com regras ou princípios de ordem técnica ou a adequação ou não das escolhas que fizer sobre a forma de atingir os fins de interesse público que visa satisfazer com a sua atuação, pelo menos quando não se detetar concomitantemente a ofensa de princípios jurídicos, designadamente os da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé, enunciadas n.º 2 do artigo 266.º da Constituição da*

República Portuguesa. (...) Uma opção política de construção de barragem, de encerramento ou não de maternidade, não são os tribunais que o podem afirmar. Isto significa que não podem os tribunais apreciar, seja em sede de impugnação contenciosa seja em qualquer outra, o encerramento de uma maternidade porque não há qualquer norma ou princípio jurídico violado, por isso, afastada está a sindicabilidade de atos praticados no exercício da função política e mesmo da função administrativa no que concerne à sua oportunidade ou conveniência". Assim sendo, os requeridos concluem também pela rejeição da violação dos princípios jurídicos da proporcionalidade, da participação e da eficiência na possível adoção do ato administrativo de encerramento da Maternidade Alfredo da Costa.

Em contraponto, o tribunal teve um entendimento diametralmente oposto ao das entidades requeridas e, por isso mesmo, constitui uma sentença inovadora, que ainda está a ser apreciada no Tribunal Central Administrativo Sul, em sede de recurso interposto pelas mesmas entidades. Assim, o tribunal *ad quo* concluiu pela violação clamorosa dos princípios da legalidade (artigo 3.º do anterior CPA), da prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (cfr. artigos 4.º do anterior CPA e artigo 266.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), da proporcionalidade. Neste princípio que considerámos consubstanciar uma das facetas do princípio da Justiça e da Razoabilidade, a sentença refere que: *"o princípio da proporcionalidade constitui um travão objetivo ao exercício de poderes discricionários, o que significa que podem as requeridas decidir e encerrar as unidades de saúde que entendam, porém as razões que ditam aquelas decisões são sindicáveis, ainda que no exercício de poderes discricionários, o que acontece sempre que o interesse público seja prosseguido de modo a causar sacrifícios desnecessários e injustificáveis"*. O Tribunal considerou violado o princípio da proporcionalidade em três vertentes, a saber: a adequação da decisão, necessidade da decisão e proporcionalidade da decisão.

O tribunal considerou também violados os princípios da Justiça e da Imparcialidade (cfr. artigo 6.º do antigo Código do Procedimento Administrativo), da boa-fé, na vertente da violação do princípio da confiança (cfr. artigo 6.º-A, n.os 1 e 2, alíneas *a*) e *b*), do CPA). Finalmente, considero exímia uma passagem da sentença em que o tribunal refuta totalmente a violação do princípio da separação de poderes quando refere que: *"O direito de ação popular permite obter o cumprimento dos princípios do direito à tutela judicial efetiva! Contrariamente ao expandido pelas requeridas a*

intervenção dos tribunais é devida e assegurada por comandos constitucionais, o que em nada é confundível com a preocupação da requerida Ministério da Saúde do embrião do governo de juízes, aliás diga-se que os tempos mudam, e hoje discute-se não já a velha afirmação do «governo de juízes», mas sim «o ativismo judicial» reclamando dos tribunais a defesa de direitos «difusos» e direitos e interesses meramente subjetivos (...)». Consideramos verdadeiramente revolucionário, no bom sentido da palavra, este pensamento jurisprudencial. No fundo, pretende-se proteger a existência jurídica de interesses e direitos de sujeitos que, face à sua dimensão axiológico-constitucional, não podem deixar de ser tutelados jurisdicionalmente, mesmo que na ausência de um suporte normativo direto. Nesta esteira, o que o tribunal apurou, contrariamente ao alegado pelas requeridas, “é que a sua atuação – seja ato material/interno ou organizatório que perante uma ação popular fenece – é ilegal por violar vários princípios gerais de direito, para além de violar várias normas jurídicas, o que por si só justifica o imediato decretamento das providências peticionadas (cfr. artigo 120.º, n.º 1, alínea a), do anterior Código do Procedimento Administrativo), sem ser exigível a verificação cumulativa dos demais requisitos legais (...)”.

O Tribunal concluiu, além do já sumariado, que “*fechar a Maternidade Alfredo da Costa “ad hoc” é a imagem da afronta direta e injustificável do bem jurídico saúde pública, aqui defensável a título de interesse difuso, da comunidade, que os cidadãos, autores populares, requerentes nestes autos, cujo exercício de cidadania no exercício do direito de ação popular, com natureza de direito fundamental, sobrepõe-se ao interesse público prosseguido pelas requeridas”.*

3. Conclusões

Dada a síntese imanente a este trabalho, poderemos afirmar, com algum grau de certeza, que o princípio da Justiça e da Razoabilidade, nomeadamente através do princípio da proporcionalidade, constitui um sério limite ao poder discricionário da administração.

O princípio da Justiça consubstancia-se no facto de que a Administração Pública deve harmonizar o interesse público específico que lhe cabe prosseguir com os direitos e interesses legítimos dos particulares eventualmente afetados por um ato administrativo. Este princípio, tal como se encontra atualmente consagrado na

Constituição, comporta, pelo menos, três corolários, sob a forma de outros tantos princípios. Assim, de acordo com o princípio da justiça *strictu sensu*, todo o ato administrativo praticado com base em manifesta injustiça é contrário à constituição e, portanto, é ilegal, podendo ser anulado em recurso contencioso pelo Tribunal Administrativo competente. Por outra via, o princípio da justiça também se cumpre através do princípio da proporcionalidade, que vem consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, a propósito dos direitos, liberdades e garantias. Assim, a lei ordinária só pode restringir estes direitos fundamentais nos casos expressamente previstos na constituição, *“devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”*.

O princípio em causa proíbe o sacrifício excessivo dos direitos e interesses dos particulares, sendo que as medidas restritivas devem ser proporcionais ao mal que pretendem evitar. Se se verificar uma atuação desproporcional, face aos fins da prossecução do interesse público, estamos perante um excesso de poder e, sendo contrária ao princípio da Justiça, viola a Constituição e a lei.

Bibliografia

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 6.^a ed. revista (reimpressão), Almedina, 1995.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 3.^a ed. (reimpressão), Coimbra Editora, 1996.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A Justiça Administrativa, Lições*, 8.^a ed., Almedina, 2006.

Conceito de Interessados

*José Nascimento Pimentel Soares**

Sumário: 1. Introdução; 2. Do interesse; 3. Dos sujeitos; 4. Da relação jurídica procedimental; 4.1. Fundamento e relevância; 4.2. Legitimidade procedimental; 4.3. Interessados e contrainteressados; 5. O que há de novo; 6. Conceito de interessados no CPTA; 6.1. Princípio geral; 6.2. Critério alargado; 7. Conceito de contrainteressados no CPTA; 7.1. Dos terceiros; 7.2. Fundamento; 7.3. Jurisprudência; 8. Conclusão; 9. Bibliografia.

1. Introdução

O presente trabalho versa sobre o conceito de interessados no Código de Procedimento Administrativo (doravante, CPA), onde se aborda várias temáticas relacionadas com aquela figura jurídica. Pretende-se assim aprofundar conhecimentos nesta importante matéria de direito administrativo.

Este trabalho está organizado por partes. Na primeira parte, fala-se do interesse no âmbito do procedimento administrativo, na segunda parte, dos sujeitos, sendo a terceira parte referente à relação jurídica procedimental. No seguimento, aborda-se o que há de novo quanto a esta matéria no novo CPA. Nas partes finais, dá-se ênfase às temáticas dos conceitos de interessados e contrainteressados no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (doravante, CPTA), nomeadamente quanto à sua classificação, estatuto, fundamento e jurisprudência.

A metodologia utilizada para adquirir as informações vincadas neste trabalho baseou-se na pesquisa e recolha bibliográfica e informática, bem como nos conhecimentos que sabiamente foram administrados durante a componente letiva deste mestrado.

* Mestrando em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

2. Do interesse

No que diz respeito ao procedimento administrativo, o interesse é um pressuposto subjetivo que condiciona a relação jurídica procedimental. É em função da situação concreta patenteada no requerimento inicial do procedimento que é aferido o interesse. O interessado tem apenas de alegar uma relação de conformidade com um direito subjetivo ou com um interesse legalmente protegido. Estamos no plano dos pressupostos procedimentais, pelo que questões de fundo, como a prova efetiva de lesão, se existe ou não direito ou interesse legalmente protegido, estão ainda por analisar e decidir. Ao interessado basta invocar em termos plausíveis que pode obter um benefício com aquele procedimento. Pois se nada pretender beneficiar, também não poderá ser interessado.

3. Dos sujeitos

Dispõe o artigo 65.º do CPA, sob a epígrafe “sujeitos da relação jurídica procedimental”, o seguinte:

“1 – São sujeitos da relação jurídica procedimental:

- a) Os órgãos das entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º, quando competentes para a tomada de decisões ou para a prática de atos preparatórios;
- b) Os particulares legitimados nos termos do n.º 1 do artigo 68.º;
- c) Pessoas singulares e coletivas de direito privado, em defesa de interesses difusos segundo o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 68.º;
- d) Os órgãos que exerçam funções administrativas, nas condições previstas no n.º 4 do artigo 68.º.

2 – Para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se interessados no procedimento os sujeitos da relação jurídica procedimental referidos nas alíneas b), c) e d) do número anterior que como tal nele se constituam, ao abrigo de um dos títulos de legitimação previstos no artigo 68.º”.

Ora, neste artigo, ínsito na Secção I do Capítulo II da Parte III do CPA, respeitante aos sujeitos do procedimento, qualificam-se os sujeitos da relação jurídica procedimental, começando nos órgãos da Administração Pública e terminando nos interessados, mais se clarificando, quanto a estes, que não basta a

deteção de um interesse na matéria a decidir, antes se exigindo também a participação formal no procedimento, seja ela voluntária ou por convocação da Administração.

Também nesta Seção I foi introduzida a figura do auxílio administrativo, permitindo a qualquer órgão pedir a intervenção no procedimento de qualquer outro órgão da Administração Pública, designadamente quando este último tenha melhor conhecimento da matéria relevante ou tenha em seu poder documentos ou elementos necessários à preparação da decisão, mas quanto a estes, quer o órgão originário quer o órgão de auxílio, não os podemos chamar de interessados pois os órgãos da Administração Pública estão subordinados ao interesse público subjacente à entidade pública que representam.

4. Da relação jurídica procedimental

Apesar da existência de um novo artigo sob a epígrafe *sujeitos da relação jurídica procedimental*, onde se abarcam particulares, cidadãos e pessoas coletivas privadas no seu direito de ação popular procedimental e ainda sujeitos de relações procedimentais administrativas, certo é que apenas se tratou de uma alteração pouco significativa ao anterior artigo 53.º do CPA, referente à legitimidade. Entendemos que ou se aproveitava o novo preceito, referente aos sujeitos da relação procedimental, para resolver a ambiguidade terminológica do CPA, definindo-se quem deve ser considerado interessado, contrainteresado e terceiro, ou o atual artigo 53.º, como se refere ao conceito unitário de *interessados*, seria suficiente, não havendo necessidade de um artigo que pouco traz de novo, uma vez que não clarifica os conceitos *supra* referidos.

Este CPA optou por alterar o anterior artigo 53.º (atual artigo 68.º), incluindo agora, juntamente com os direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos, deveres, ónus, encargos ou sujeições como posições jurídicas subjetivas atributivas de legitimidade procedimental¹. Ora, suscita-se a dúvida de saber em que medida um sujeito intervém no procedimento para fazer valer um dever. Sabemos que os

¹ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª ed., Imprensa da Universidade e Coimbra, 2011, pp. 61 e ss.; e PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2013, p. 421.

sujeitos da relação jurídica procedimental podem estar onerados com certos deveres ou ónus, mas essas posições encontram-se sempre em conexão com determinados direitos. Para se exercer determinado direito há um ónus preexistente, como é o caso, por exemplo, de requerer a licença de construção para o exercício do direito de propriedade. Também o inverso se verifica, quando o particular intervém no procedimento para fazer valer um direito que implica não ter de realizar uma prestação que a Administração entende ser devida, porque o dever que a Administração entende que onera o particular encontra determinados limites em virtude de um direito do respetivo titular.

Contudo, devemos realçar a alteração ao n.º 2 do anterior artigo 53.º do CPA, pois aí, ao referir-se a prejuízos relevantes causados aos cidadãos em certos bens, fazia com que as posições desses sujeitos não pudessem ser qualificadas como interesses difusos e, dessa forma, impossibilitava a consagração inequívoca de uma legitimidade popular contraposta à legitimidade singular. Neste sentido, a alteração cirúrgica, operada pelo atual CPA, referindo-se agora a “prejuízos relevantes não individualizados em bens fundamentais” comporta doravante, de forma indubitável, a legitimidade popular em sede de procedimento administrativo (artigo 68.º, n.º 2). Não obstante, ficou por esclarecer quais as prerrogativas concretas reconhecidas a estes titulares de interesses difusos. De facto, em muitas disposições do atual CPA continua a exigir-se, para o exercício de determinadas prerrogativas procedimentais, a titularidade de direitos ou interesses legalmente protegidos.

4.1. *Fundamento e relevância*

O procedimento administrativo destina-se a servir a averiguação material fáctica e a aquisição de informação relevante, servindo também de plataforma privilegiada de participação ativa dos atores privados, que pretendem fazer valer a sua posição substantiva na tomada de decisão, expondo a sua perspetiva da realidade jurídico-material. Portanto, quanto maior densidade possuir a informação de base e quanto mais intensivo for o contraditório dos argumentos pró e contra, maior probabilidade haverá de o procedimento administrativo produzir a decisão correta.

Com efeito, torna-se especialmente relevante a figura da relação jurídica procedimental como instrumento suscetível de enquadrar uma “multiplicidade de conexões jurídicas e materiais entre uma pluralidade de sujeitos, perfilando-se o pro-

cedimento administrativo como estrutura ordenadora e integrativa desses interesses”². Nesta linha, pode o procedimento administrativo, através da participação dos titulares de interesses conflitantes, constituir-se como a plataforma privilegiada para uma adequada avaliação do risco.

4.2. *Legitimidade procedimental*

Particular destaque no contexto da relação jurídica procedimental deve merecer a problemática da legitimidade, daí decorrendo quem tem o poder de participar no procedimento e, conseqüentemente, de ser sujeito dessa mesma relação jurídica.

Importa desde já salientar que a legitimidade é um conceito que visa determinar quem pode intervir no procedimento, ao passo que o conceito de interessado pressupõe a legitimidade mas exige, geralmente, intervenção efetiva no procedimento.

Como já verificámos, o atual CPA não procedeu, nesta matéria, a nenhuma alteração estruturante no que respeita à forma como são configurados os sujeitos do procedimento administrativo. Com efeito, é sobretudo a nível processual que ocorre uma especial preocupação de estender a eficácia das sentenças a certos sujeitos que são titulares de interesses que apenas parcialmente estão em conexão com o objeto processual, não se colocando no procedimento administrativo, de forma tão evidente, essa necessidade, não obstante a sua igual vocação para a formação de uma decisão com força de caso decidido. Poderia aceitar-se, em nome de uma certa clareza conceptual, a divisão entre interessados e contrainteressados em face da decisão a adotar no procedimento administrativo, dando-se assim expressão ao conceito de relação jurídica procedimental multipolar³.

²WALTER SCHMITT GLAESER, «Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung», in LERCHE/SCHMITT GLAESER/SCHMIDT-ASSMANN (org.), *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, Decker & Müller, Heidelberg, 1984, p. 77.

³ PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 248 e ss.

4.3. *Interessados e contrainteressados*

Esta opção implicaria, contudo, certos riscos, designadamente o de se destruir a ambivalência de conteúdo positivo inerente ao conceito de “interessados”, o qual, por via da sua amplitude, não acarreta o espartilhamento e a rigidez das várias categorias dos sujeitos da relação jurídica procedimental. Não tendo o atual CPA optado por realizar uma divisão estrita entre interessados e contrainteressados, subsiste pouca clareza na referência a tais sujeitos em certas disposições, designadamente em matéria de recursos administrativos (artigos 192.º e 195.º do atual CPA, mas, para efeitos de legitimidade *tout court*, tal como no CPA anterior, apenas se refere genericamente aos *interessados* (artigo 68.º do CPA atual). Para além disso, este CPA também usa o termo *terceiros*, designadamente no artigo 156.º, contribuindo assim para a nebulização terminológica.

Noutros ordenamentos, é a lesão na posição jurídica individual que faz com que o sujeito da relação jurídica procedimental adquira legitimidade, isto é, o direito subjetivo é sempre a medida da legitimidade. Se, porventura, neste CPA a intenção foi incluir titulares de interesses contrapostos, como já *supra* referimos, então tem de se fazer referência ao sentido da decisão, favorável ou desfavorável, criando duas categorias: interessados e contrainteressados, muito embora sempre em face das posições que detêm no ordenamento jurídico.

5. O que há de novo

Para além do que já se disse, salientam-se também as ilações do preâmbulo do presente código, onde é dito “O artigo 53.º do anterior Código surge agora como artigo 68.º, com alterações. No n.º 1, a referência às associações é reelaborada. Por um lado, deixa-se cair a exigência de que não possuam caráter político ou sindical, porque o Tribunal Constitucional se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade da recusa da legitimidade às associações sindicais para iniciarem procedimentos ou neles intervirem, tanto em defesa de interesses coletivos como em defesa coletiva de interesses individuais dos seus representados. Por outro lado, explicita-se agora a admissibilidade de as associações procederem, tanto à defesa de inte-

resses coletivos, como à defesa coletiva de interesses individuais, desde que no âmbito do respetivo escopo institucional.

No n.º 2, harmoniza-se o âmbito material dos interesses difusos com as qualificações levadas a cabo na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 53.º da Constituição, e no n.º 2 do artigo 9.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

No n.º 3, define-se, também em termos mais precisos, a legitimidade para a participação popular procedimental supletiva⁴.

Claro está que estas observações, estando perfeitamente identificadas naqueles termos na redação dada ao novo CPA, demonstram o espírito de quem laborou a lei e não uma opinião imparcial e desinteressada. Daí o facto de não se vislumbrar qualquer referência naquele preâmbulo ao que foi dito no ponto anterior.

6. Conceito de interessados no CPTA

6.1. *Princípio geral*

Nos termos do artigo 9.º, n.º 1, do CPTA, “o autor é considerado parte legítima quando alegue ser parte na relação material controvertida”.

Ao definir como parte legítima o autor que alegue ser parte na relação material controvertida, o legislador evidencia o propósito de construir todo o sistema judiciário em torno da figura da relação jurídica, abrindo caminho à ampliação da proteção de terceiros, designadamente quando estes possam ser tidos como titulares de relações jurídicas multipolares.

Na lei processual administrativa, a legitimidade ativa é determinada pela regulamentação particular que se encontra definida para cada um dos meios processuais considerados e o princípio geral consignado no artigo 9.º, n.º 1, do CPTA surge como um denominador comum que opera em todos os casos em que a disposição especial é omissa ou inconsequente.

⁴ Ponto 9, segunda parte, do Decreto-Lei n.º 4/20125, de 7 de janeiro.

No artigo 9.º, n.º 2, do CPTA encontra-se o exercício de ação popular destinada à defesa de interesses difusos a que se reporta o artigo 52.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP).

A CRP configurou a ação popular como uma forma de legitimidade ativa dos cidadãos que poderá ser exercida perante qualquer tribunal, aplicando-se a todas as espécies processuais que integram o contencioso administrativo, com vista à defesa de interesses difusos, incluindo valores ou bens relativos à defesa e ordenamento do território, a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

São titulares do direito de ação popular dispendo de legitimidade ativa para defesa de interesses difusos os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares na área da respetiva circunscrição e o Ministério Público (MP). Quanto à atribuição desta função ao MP, poderá justificar-se pela conveniência de agilizar a tutela judiciária dos interesses difusos, aproveitando-se a capacidade técnica e organizativa de um órgão do Estado. Só que o MP tem também como atribuição a representação processual do Estado e de outras entidades públicas quando estas forem intervenientes em causa. Portanto, o MP pode figurar como autor e réu, o que, apesar dos mecanismos de substituição processual previstos, parece-nos inadequado que no domínio da ação popular administrativa o MP possa figurar como autor, uma vez que a agressão ao interesse difuso é frequentemente imputada à administração pública.

6.2. Critério alargado

O artigo 55.º do CPTA, que diz respeito à ação administrativa especial, alarga o critério de legitimidade, abarcando todos os tipos de interesses que poderão constituir objeto da ação impugnatória:

- O *interesse individual*, isto é, o direito ou o interesse específico do indivíduo, caracterizado na lei como um interesse pessoal e direto;
- O *interesse público*, subjetivado no interesse próprio do Estado e dos demais entes regionais e locais, e que poderá ser tutelado, tanto pelas pessoas coletivas públicas, no âmbito das suas relações jurídicas interadministrativas, como pelo MP no exercício da ação pública em defesa do interesse geral da legalidade;

- O *interesse difuso*, entendido como um interesse relativo à comunidade globalmente considerada ou a um grupo indeterminado de cidadãos, que se expressa através da relação a um certo bem jurídico – a saúde, o ambiente, o urbanismo – e que poderá ser encabeçado por qualquer pessoa ou entidade mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º, mediante a denominada ação popular;

- O *interesse coletivo*, definido como um interesse particular comum a certos grupos ou categorias organizados de cidadãos e que é referenciado a certos valores jurídico-económicos ou socioprofissionais.

Portanto, neste âmbito, o interesse legitimador não se configura à titularidade de uma relação jurídica administrativa, nem a uma relação intersubjetiva ou a uma simples relação interorgânica. Nesta norma, foram sistematizados diversos critérios de legitimação que constavam de disposições diversas e de contributos jurisprudenciais, alargando o quadro de legitimidade ativa para a ação impugnatória.

7. Conceito de contrainteressados no CPTA

Contrainteressados são “*pessoas a quem a procedência da ação possa prejudicar ou que tenham interesse na manutenção da situação contra a qual se insurge o autor, e que possam ser identificadas em função da relação material em causa ou dos documentos contidos no processo administrativo*”⁵. Assim sendo, não são parte essencial na relação material controvertida subjacente, mas a procedência da ação poderá prejudicá-los diretamente ou retirar-lhes uma determinada posição que até ali detinham.

Seguindo o entendimento de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, os contrainteressados podem ser divididos em contrainteressados “diretos” ou “legítimos”, de acordo com o artigo 57.º.

Os *Contrainteressados Diretos* são “*pessoas que serão diretamente desfavorecidas, nos seus direitos ou interesses, pela procedência da ação instaurada, do mesmo modo em que o autor sairia favorecido*”. Assim, a par da Administração, responsável pelo ato que se impugna, têm legitimidade passiva estes particulares.

⁵ AROSO DE AMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 71.

Por sua vez, os *Contrainteressados Legítimos* são aqueles “*que tenham legítimo interesse na manutenção do ato impugnado*”. O artigo 55.º, n.º 1, alínea a), ao estabelecer o critério que determina a legitimidade ativa, determina também, na sua vertente negativa, a qualidade de contrainteressado, como sendo aquele que tem interesse direto e pessoal na manutenção do ato impugnado.

Em relação aos contrainteressados legítimos, estamos perante uma ampliação do conceito legal de contrainteressados. Para os autores, não é qualquer interesse que dota um particular de legitimidade passiva para o litígio. É necessário que a sua esfera jurídica tenha sido beneficiada pelo ato que se impugna e também que o particular se encontre ligado a este ato por razões especiais e juridicamente tuteladas (ou motivos abstratos). Note-se, contudo, que, citando VIEIRA DE ANDRADE, também não é necessária a titularidade de uma posição jurídica substantiva própria para que este interesse direto e pessoal exista.

Nos artigos 57.º e 68.º, n.º 2, deparamos com a referência específica à intervenção dos contrainteressados relativamente à impugnação de atos administrativos e à condenação à prática de ato devido, o que se compreende pois, estando em juízo a Administração, em concreto, a entidade que praticou, omitiu ou recusou o ato, há particulares que têm interesses coincidentes com os da entidade pública, beneficiando da conduta da mesma. Assim, não se pode esquecer a tutela destes particulares que, não sendo, à primeira vista, parte direta no litígio, devem também intervir no mesmo, de forma a assegurar a possibilidade de defesa dos seus direitos e interesses.

7.1. *Dos terceiros*

A conduta da Administração tem quase sempre efeitos sobre mais do que uma esfera jurídica, produzindo também efeitos nas esferas jurídicas de particulares que não foram destinatários do ato. Como refere PAULO OTERO, há um “*efeito pulverizador de certo tipo de decisões*”, havendo uma pluralidade de pessoas afetada pela intervenção da Administração. A atuação da Administração segue a prossecução do interesse público, o que necessariamente envolve muitos particulares, direta ou indiretamente.

Seguindo o entendimento de VASCO PEREIRA DA SILVA, dir-se-á que o alargamento dos direitos subjetivos públicos com base em direitos fundamentais

conduziu a uma reformulação do conceito de relação jurídica *“obrigando a considerar como sujeitos das ligações administrativas outros privados que não apenas aqueles a quem são aplicáveis normas ordinárias de cariz indiscutivelmente subjetivo ou destinatários imediatos dos atos administrativos”*, pois as relações administrativas de hoje são multilaterais, *“implicam o envolvimento de diferentes particulares e autoridades administrativas, situados em pólos diferenciados dessa mesma ligação”*.

Estes particulares não são terceiros estranhos à ação, mas verdadeiras partes, titulares de direitos subjetivos públicos em defesa dos seus próprios interesses e necessitam de proteção jurídica. São sujeitos da relação jurídica multilateral, titulares de posições jurídicas de vantagem conexas com a Administração.

Concretizando, tome-se como exemplo a condenação à emissão de uma ordem de demolição. Temos, por um lado, o interesse de um vizinho que pretende esta demolição porque o prejudica de alguma forma e, por outro, o interesse do proprietário do imóvel na manutenção da obra.

Ou seja, à relação jurídica inicialmente concebida acresce um terceiro que tem necessariamente de ser demandado enquanto parte, pois o seu direito subjetivo está a ser posto em causa.

Sendo certo que, como refere AROSO DE ALMEIDA, o objeto deste tipo de processos *“não se define por referência às situações jurídicas dos contrainteressados, titulares de interesses contrapostos aos do autor, mas à posição em que a Administração se encontra colocada, no quadro do exercício dos seus poderes de autoridade. (...) Esta circunstância não retira, no entanto, aos contrainteressados a sua qualidade de verdadeiras partes no litígio, para o efeito de deverem ser demandados em juízo”*.

7.2. Fundamento

A amplitude da eficácia subjetiva do caso julgado e o próprio efeito útil da sentença dependem da intervenção dos contrainteressados. Como referido, a defesa dos próprios interesses e direitos nunca poderá ser efetivada sem a possibilidade de estes entrarem em juízo. Efetivando-se, desta forma, os princípios do contraditório e da igualdade das partes.

De facto, se com uma sentença não se obtiver a resolução efetiva do litígio, mediante a intervenção de todos os interessados, estar-se-á a incentivar a multiplicidade de sentenças. Como refere LORENZ, são principalmente razões de economia

processual e de segurança jurídica que recomendam a ampliação subjetiva da causa, de forma a evitar decisões de sentido contrário.

Para concluir este ponto, citando VASCO PEREIRA DA SILVA, no processo é imperioso encontrar o *“justo equilíbrio entre a proteção conjunta (eficácia do funcionamento da justiça administrativa) e a proteção individual (posições subjetivas de vantagem dos particulares)”*.

7.3. Jurisprudência

Embora pacífico na doutrina, o tema da determinação e qualificação dos contrainteressados como partes, continua a suscitar dúvidas na prática. A título elucidativo, refiram-se dois acórdãos:

O Acórdão 05527/09 do 2.º Juízo do Tribunal Central Administrativo Sul, de 04.03.2010, trata precisamente da questão da determinação dos particulares com qualidade de contrainteressados. Neste caso, face a uma declaração de nulidade da licença de construção referente a um empreendimento, colocava-se a questão de saber se os recorrentes podiam ser constituídos partes enquanto contrainteressados. Decidiu o tribunal, como se lê no sumário:

“I. Os Recorrentes devem ser admitidos como contrainteressados, face à previsão do art. 57.º do CPTA, já que a declaração de nulidade da licença de construção referente ao empreendimento, seja do primitivo licenciamento (suspensão na sua eficácia por decisão judicial transitada em julgado), seja do titulado pelo alvará 251/2008 (julgado nulo por ofensa do caso julgado, pelo despacho de 25.08.09), pode diretamente prejudicá-los;

II. De facto, estes que atualmente residem no empreendimento, podem ver os seus direitos de propriedade e de habitação (cfr. arts. 62.º e 68.º da CRP) irreversivelmente afetados com a procedência da presente ação de impugnação;

III. Assim, o despacho recorrido que rejeitou a constituição como contrainteressados dos Recorrentes, enferma do erro de julgamento que estes lhe imputam, violando o princípio da tutela judicial efetiva prevista nos arts. 20.º e 268.º da CRP e o disposto nos arts. 57.º e 10.º, n.º 8, do CPTA”.

Por sua vez, no acórdão 07771/11 do 2.º Juízo do Tribunal Central Administrativo Sul, de 26.01.2012, colocava-se o problema da fronteira entre o interesse direto e pessoal (que refere o artigo 55, n.º 1) e o dos particulares que, embora

tenham interesse na causa, são apenas indiretamente afetados pela procedência da mesma. Assim, decidiu-se:

“I. São contrainteressados os particulares que possam ser diretamente prejudicados pelo provimento do processo impugnatório ou que tenham legítimo interesse na manutenção do ato impugnado.

II. A obrigatoriedade da identificação dos contrainteressados, que resulta dos artigos 57.º e 68.º, n.º 2, do CPTA, configura uma situação de litisconsórcio necessário passivo.

III. Os eventuais interessados que apenas sejam indiretamente afetados pela decisão a proferir no processo impugnatório poderão ser chamados a intervir no processo através do incidente de intervenção provocada”.

Conclui-se, então, que embora não haja já um debate doutrinário aceso em torno desta questão, sendo pacífica a qualificação dos contrainteressados como partes que intervêm necessariamente no processo, em litisconsórcio necessário passivo com a entidade que praticou ou omitiu o ato, sob pena de ilegitimidade, a aplicação prática dos artigos 10.º, n.º 1, parte final, 57.º e 68.º, n.º 2, não é totalmente clara, surgindo ainda questões relativamente à determinação dos contrainteressados.

8. Conclusão

Aqui chegados, cumpre tecer algumas considerações finais sobre o tema em questão: o conceito de interessados. Como foi decorrendo ao longo do trabalho, o interesse como pressuposto subjetivo do procedimento administrativo está na base do conceito, mas não basta a deteção de um interesse na matéria a decidir, pois também se exige a participação formal no procedimento.

Ora, a figura da relação jurídica procedimental afigura-se-nos como a ponte para o bom caminho do procedimento, pois quanto maior densidade possuir a informação de base e quanto mais intensivo for o contraditório dos argumentos, maior probabilidade haverá de o procedimento administrativo produzir a decisão correta.

Quanto à problemática da configuração dos sujeitos do procedimento, defendemos que a divisão entre interessados e contrainteressados, atendendo ao conteúdo casuístico do procedimento, poderia levar ao conceito de relação jurídica procedimental multipolar, contribuindo assim para melhor nitidez classificatória.

Aliás, as ambiguidades terminológicas quanto à qualificação dos sujeitos da relação jurídica procedimental não deixam de incidir negativamente na formulação de certas disposições, nomeadamente, o n.º 5 do artigo 126.º e o n.º 2 do artigo 167.º do CPA.

Quanto à legitimidade, com o novo código, pouco se acrescentou ao artigo 53.º do CPA anterior, apesar de agora vincar a legitimidade popular em sede de procedimento administrativo, embora de forma condicionada.

Pretendeu-se, também, compreender o conceito de interessados no processo administrativo, ou seja, em via contenciosa, sendo que, neste caso, a dicotomia entre interessados e contrainteressados é bem mais evidente. Também se explorou a ação popular administrativa no que diz respeito à legitimidade de propositura, tendo-se verificado a sua maior abrangência.

Aquando do conceito de contrainteressado em processo administrativo, apurou-se a sua classificação, estatuto, fundamento e aplicação jurisprudencial, salientando-se que tem função essencialmente subjetivista, pois, destina-se, primeiramente, a defender a sua posição jurídica material em face da ação em litígio. Esta intervenção assenta nos princípios constitucionais de direito de acesso à justiça e de direito a uma tutela jurisdicional efetiva concluindo-se pela sua primordial importância, sendo também relevante por razões de economia processual e de segurança jurídica.

Em suma, no procedimento administrativo não há partes, apenas interessados, caracterizando-se por ser um procedimento aberto aos interessados e não um processo fechado às partes como o processo judicial.

9. Bibliografia

- AROSO DE ALMEIDA, Mário, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2010.
- AROSO DE ALMEIDA, Mário e FERNANDES CADILHA, Carlos Alberto, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2005.
- CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 11.^a ed., Âncora Editora, Lisboa, 2013.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário e ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos Anotado*, Almedina, Coimbra, 2006.
- FONSECA, Isabel Celeste M., *Código do Procedimento Administrativo e Legislação complementar*, 1.^a ed., Elsa, Braga, 2015.
- _____, *Direito Processual Administrativo. Roteiro prático*, 2.^a ed., Elcla, Porto, 2010.
- FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011.
- OTERO, Paulo, «Os Contra-Interessados em Contencioso Administrativo: fundamento, função e determinação do universo em recurso contencioso de acto final de procedimento concursal», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- SOUSA, António Francisco de, *Código do Procedimento Administrativo anotado e comentado*, 1.^a ed., Quid Juris, Lisboa, 2009.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011.

<http://e-publica.pt/pdf/artigos/arelacaojuridica.pdf>

<http://contenciosoadministrativonodiva.blogspot.pt/>

http://octalberto.no.sapo.pt/Direito_Administrativo.htm

http://www.isa.utl.pt/files/pub/direitos/cod_proc_admin.pdf

http://www.ace.pt/resources/docs/ace/publicacoes/mlr_02_2015.pdf

A automatização do procedimento administrativo

Miguel Ferreira da Silva*

Sumário: 1. Introdução; 2. Procedimentalização eletrónica. 2.1. A modernização administrativa ao abrigo do princípio da boa administração. 2.2. A automatização administrativa. 2.3. O *quid* da assinatura. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1. Introdução

O incremento dos meios eletrónicos no procedimento administrativo é entendido como um dos pontos positivos na revisão operada, sendo uma medida de concretização de uma administração mais eficiente e célere, a par da inerente economicidade e otimização de recursos. A procedimentalização eletrónica permite uma facilidade de exercício de direitos e de cumprimento de obrigações; um acesso simples e rápido dos interessados ao procedimento e à informação; simplifica e torna mais céleres os procedimentos, conforme decorre do artigo 61.º do Novo Código do Procedimento Administrativo (NCPA). Estes desideratos vão ao encontro do fim visado pelo princípio de uma boa administração, disposto no artigo 5.º do NCPA.

Sucede que a procedimentalização eletrónica encerra em si mesma um risco de uma utilização abusiva que pode colocar em causa o seu ideal. A eficácia da tramitação eletrónica é passível de se transformar, progressivamente, numa automatização de procedimentos. Esta automatização trata-se de uma problemática que se poderá colocar em sede de procedimento administrativo e que se encontra pouca espelhada nas preocupações da doutrina, designadamente pelos seus efeitos substantivos. De facto, por não se tratar de um problema atual, trata-se de uma problemática pouco decifrável e prospetivada.

No entanto, a procedimentalização eletrónica, em determinados ramos do direito, tem evoluído para a automatização de procedimentos, que coloca em crise as garantias dos administrados. Nesse sentido, por comparação com o Direito Fis-

* Mestrando em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

cal, a automatização procedimental consiste numa das principais ferramentas para otimizar os recursos, resvalando para procedimentos que são geridos quase na íntegra por um sistema central que se rege por uma programação inicial de preceitos administrativos. Assim, são vários os receios que se podem apontar, desde à falta de apreciação do caso concreto, passando por uma massificação de atos emanados automaticamente, até uma crise das garantias dos administrados e do interesse público.

Portanto, no presente trabalho, pretende-se aclarar a futura possibilidade da existência do problema da automatização de procedimentos administrativos, designadamente atendendo ao princípio da boa administração e da procedimentalização electrónica.

2. A procedimentalização eletrónica

2.1. A modernização administrativa ao abrigo do princípio da boa administração

A informatização do Direito Administrativo constitui uma realidade plasmada no novo CPA (NCPA), “(...) como aspeto positivo a adesão à e.procedimentalização, acolhendo soluções no sentido da procedimentalização electrónica, nos art. 61.º ss.”¹. Trata-se de uma estratégia associada a uma boa governação, usualmente entendida como de “good governance” e “e-government”².

Esta perspetiva de modernização administrativa pode ser explicada ao abrigo do novo princípio da boa administração. Este princípio tem sido entendido no sentido de “que a Administração Pública deve ser eficiente na prossecução do interesse público, deve reger-se por critérios de economicidade e deve agir com rapidez”³, “assumin-

¹ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Código do Procedimento Administrativo e Legislação Complementar*, ELSA UMINHO, Braga, 2015, p. 9.

² MIGUEL PRATA ROQUE, «O procedimento administrativo eletrónico», in *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), AAFDL, Lisboa, 2015, p. 282.

³ FAUSTO QUADROS, «As principais inovações do projecto do CPA», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto 2013, pp. 130 e 131.

do-se mais como um princípio do «bom andamento ou funcionamento da Administração»)⁴. Ou ainda, “(...) *A Administração Pública deve apontar, no cumprimento da sua obrigação estrita de prosseguir o interesse público, em cada caso concreto, para as soluções mais eficientes, expeditas e racionais, quer do ponto de vista técnico, quer de uma perspectiva financeira (...)*”⁵.

Em face do referido, deve entender-se que a abertura do princípio, pese embora ao mesmo tempo se apontar de ser genérico e de se fechar em si próprio⁶, poderá legitimar novos entendimentos por ser um princípio transversal. Os critérios por que se pauta, de eficiência, economicidade e celeridade, são critérios legitimadores de novas “ferramentas” administrativas. Nesse sentido, também corre como reflexo constitucional de eficiência, da aproximação dos serviços às populações e da desburocratização. Dessa forma, o dever jurídico de uma administração pública que busca uma correta defesa do interesse público, assente neste princípio da boa administração, encerra em si mesmo uma legitimação na busca de novos moldes, que abraçam uma modernização administrativa por via da tecnologia.

Os vetores dessa modernização estão patentes em várias disposições do NCPA. Assim, decorre do artigo 14.º, n.º 1, do NCPA, que os órgãos e serviços da Administração Pública devem utilizar meios eletrónicos no desempenho da sua atividade, de modo a promover a eficiência e a transparência administrativa e a proximidade com os interessados. Logo, recomenda-se que seja dada a prevalência à atuação administrativa através do uso de meios informatizados. O alcance da legitimação do novo princípio da boa administração, designadamente por via da utilização de novos meios, ganha uma maior visibilidade com esta recomendação. Sendo que, neste artigo, efetua-se uma referência ao dever de respeito deste princípio, quando se refere, no n.º 3 do artigo 14.º do NCPA, que a utilização de meios eletrónicos, dentro dos limites estabelecidos na Constituição e na lei, está sujeita às

⁴ PEDRO COSTA GONÇALVES, «Âmbito de aplicação do Código do Procedimento Administrativo (na versão do anteprojecto de revisão)», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto 2013, p. 9.

⁵ CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo, Notas Práticas e Jurisprudência*, Porto Editora, Porto, 2015, p. 55.

⁶ PEDRO CRUZ E SILVA, «Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo II, 2013 – Ética e Direito*, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas da EDUM, Braga, 2014, p. 136.

garantias previstas no presente Código e aos princípios gerais da atividade administrativa.

No mesmo sentido, decorre a estipulação no artigo 61.º do NCPA de que, na instrução dos procedimentos, devem ser preferencialmente utilizados meios eletrónicos.

Uma das mais pertinentes reformas, encontra-se plasmada no artigo 62.º do NCPA, que dispõe sobre o balcão único eletrónico, como forma de proporcionar: uma informação clara e acessível; meios de consulta eletrónica do estado dos pedidos; meios de pagamento por via eletrónica das taxas devidas; informação completa sobre a disciplina jurídica dos procedimentos; endereço e contacto da entidade administrativa com competência; e informação sobre os meios de reação judiciais e extrajudiciais. E, ainda, atente-se ao disposto no artigo 63.º do NCPA, que dispõe sobre as comunicações por telefax, telefone ou meios eletrónicos, elevando-se a presunção operada no seu n.º 2.

Os *supra* referidos exemplos espelham a intenção de, no NCPA, ser instituída uma administração eletrónica. Neste âmbito, acompanhe-se a análise e divisão operada por RUI GUERRA DA FONSECA. Segundo este autor, são três os traços fundamentais. Em primeiro lugar, a transformação do objeto da atividade administrativa, como consequência da desmaterialização eletrónica, porquanto *“O recurso a meios eletrónicos provoca uma profunda descaracterização da administração pública tradicional. Ela deixa de assentar na manutenção de um corpo imenso e indiferenciado de funcionários de apoio burocrático, para se bastar com um número reduzido de colaboradores encarregues da supervisão da tecnologia colocada ao serviço do procedimento administrativo”*⁷. Em segundo lugar, uma desmaterialização do procedimento administrativo, no sentido que *“contribui para a plena efetivação do «princípio da continuidade dos serviços públicos», permitindo à administração pública agir, seja num regime de continuidade de abertura ao público, seja fora do expediente”*⁸. Em terceiro lugar, uma transnacionalização das situações e do procedimento administrativo.

⁷ RUI GUERRA DA FONSECA, «O nascimento da administração eletrónica num espaço transnacional», in <http://www.icjp.pt/debate/4268/4324>.

⁸ RUI GUERRA DA FONSECA, «O nascimento da administração eletrónica num espaço transnacional», *op. cit.*

2.2. A automatização administrativa

A questão da automatização administrativa integra-se na perspetiva da desmaterialização do procedimento administrativo e do conceito de administração eletrónica. Este conceito *“compreende quaisquer comportamentos padronizados, concretizados por um aparelho ou sistema electrónico, especificamente dirigidos a regular uma situação individual e concreta (ou mesmo várias, no caso dos atos plurais e gerais), inclusive preparando ou executando essa decisão, que traduzam a prévia formação e fixação da vontade de um órgão, dirigente, funcionário ou agente da administração pública”*⁹.

A automatização administrativa consiste na programação de uma central tecnológica, vulgo *“sistema central”*, que, através de *inputs* definidos pela Administração Pública, procede à prática de atos administrativos massificados. Em sentido prático, o administrado não tem consciência que determinado ato foi praticado por um sistema central, pois ele apresenta-se como um ato emanado por um determinado órgão, com o cumprimento de todos os requisitos legais. No entanto, ele é um ato massificado, praticado de forma *“semicega”*. Através da análise da introdução dos elementos, em concreto, de uma determinada situação administrativa, até através de um funcionário, o sistema central opera a tramitação do procedimento administrativo de acordo com a sua programação. Dessa forma, fica de parte a tradicional apreciação do caso em concreto, porquanto passa a ser feita de acordo com os balizamentos que se encontrem programados. Assim, nasce o risco de que qualquer elemento que não esteja presente para apreciação na programação possa deixar de ser atendível pelo sistema, com a inerente possibilidade de se verificarem violações das garantias dos administrados. Nesse sentido *“Afinal a intervenção automatizada de mecanismos, electrónicos ou mecânicos, na relação entre a administração pública e administrados implica a substituição ou a dispensa da vontade concretamente dirigida pelo titular da competência a uma específica situação jurídico-administrativa? Passará a haver uma decisão sem manifestação de vontade especificamente dirigida a uma situação individual e concreta?”*¹⁰.

⁹ MIGUEL PRATA ROQUE, «Administração Eletrónica e Automatização: Contributos para uma Reformulação da Teoria Geral das Atuações Administrativas», in *Estudos em Homenagem ao Dr. Rui Machete*, Almedina, Coimbra, 2015.

¹⁰ MIGUEL PRATA ROQUE, «Administração Eletrónica e Automatização: Contributos para uma Reformulação da Teoria Geral das Atuações Administrativas», *op. cit.*

Uma das perspetivas que se deve acalentar na abordagem da automatização do procedimento eletrónico é a órbita de efeitos substantivos que produz no procedimento administrativo. O NPCA pode ser censurado por não perspetivar a automatização eletrónica como uma nova forma administrativa¹¹. Assim, importa olhar para a consciência das proporções que a automatização do procedimento administrativo pode originar.

A procedimentalização eletrónica tem as inerentes vantagens de incrementar uma maior celeridade e acessibilidade no procedimento administrativo, favorecendo a eficiência, a economicidade e a celeridade, em suma, a boa administração. O problema está a jusante desta procedimentalização, para o qual o NPCA poderá não estar preparado à partida. Todavia, entende-se que não se trata de uma matéria que à partida fosse possível, ou melhor, fácil, de regulamentar. Porquanto, trata-se de uma consequência de uma otimização dos recursos eletrónicos pela Administração Pública, com inerências substantivas no procedimento, que estão além de uma situação em concreto.

Dessa análise, são vários os problemas que se podem potencializar que resultam em efeitos prejudiciais para os administrados, com uma inerente diminuição das suas garantias, da defesa do interesse público e da verdade material. Alguns deles são já perspetivados por não se encontrar resposta, à partida, no NPCA. Outros podem ser trazidos à colação pela comparação com o Direito Fiscal, onde está patente a existência destas problemáticas, numa fase mais desenvolvida.

Ora, por comparação, a procedimentalização eletrónica no Direito Fiscal é uma realidade existente há vários anos, designadamente em sede de cumprimento das obrigações fiscais. Daí que já se questione, nesta sede, se os atos administrativo-tributários podem ser praticados por esquemas operativos automáticos, sem intervenção humana¹². As vantagens da utilização dos meios eletrónicos têm sido inúmeras, com uma celeridade e eficiência sem igual. De facto, a tramitação eletrónica operada pela Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) constitui uma referência a nível mundial. Acresce que essa tramitação eletrónica já se encontra imposta no procedimento tributário e com importantes resultados em sede de execução fiscal. É neste campo que constitui uma das principais áreas de atuação da AT, pela impor-

¹¹ MIGUEL PRATA ROQUE, «O procedimento administrativo eletrónico», *op. cit.*, p. 278.

¹² JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Lições do Procedimento e Processo Tributário*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2014, p. 21.

tância na arrecadação de receita, que a automatização tem levantado as maiores problemáticas, pelas implicações que pode causar. Em sentido prático, a massificação dos atos tributários é produzida por um sistema central, que genericamente procede ao cruzamento de dados dos contribuintes, previamente escolhidos na programação. Nesse sentido, pode acompanhar-se que “*O titular do órgão competente para decidir ou agir empresta a sua vontade, antecipadamente, antevendo e prevenido toda uma panóplia de decisões/atuações futuras, em função do preenchimento de determinadas características e condições fácticas, que fazem accionar o mecanismo automatizado. Verifica-se, portanto, uma dupla antecipação*”¹³. Assim, está presente, em termos sintéticos, na emissão das respetivas notificações, na contagem de prazos, na instauração dos processos de execução fiscal, na tramitação processos de reversão fiscal, na identificação e penhora os bens existentes, na tramitação processos de venda e graduação dos respetivos créditos. Os problemas que se constituam por um lapso de análise, em virtude de determinadas vicissitudes do caso concreto, mas não identificáveis pelos sistemas, terão que ser atendidos numa fase posterior, por vezes com efeitos prejudiciais sobre os administrados e apenas resolvidos pelas vias contenciosa administrativa ou judicial.

Ora, uma situação perceptível da automatização é a emissão de atos certificativos. Previamente, reiterando a *supra* chamada à colação, atente-se o exemplo da emissão de certidão sobre a situação tributária no Portal das Finanças. Assim, após a solicitação da certidão, o sistema efetua uma análise imediata e emite no momento uma certidão com efeitos comprovativos da situação tributária regularizada ou não. No âmbito deste tipo de atos, o artigo 62.º, n.º 4, do NCPA refere que o balcão único eletrónico pode proceder à emissão automatizada de atos meramente certificativos. A explicação da noção destes atos pode estar no alcance operado por esses atos, como atos administrativos verificativos ou atos reais certificatórios, sendo apontada como uma intenção mais alargada, no sentido de uma verdadeira decisão de verificação do preenchimento de condições legais¹⁴. Nesse sentido, depreende-se que se aproxime da certidão de dívida, na medida em que essa certifica se um contribuinte reúne as condições de ter a situação tributária regularizada.

¹³ MIGUEL PRATA ROQUE, «Administração Eletrónica e Automatização: Contributos para uma Reformulação da Teoria Geral das Atuações Administrativas», *op. cit.*

¹⁴ MIGUEL PRATA ROQUE, «O procedimento administrativo eletrónico», *op. cit.*, p. 290.

Outro dos efeitos, ou concretização, da automatização é a elevação do número de procedimentos administrativos, ocorrendo uma produção em massa. O que em determinados casos, principalmente em procedimentos administrativos mais simples, constitui uma mais-valia pela rápida tramitação e a simplicidade desses procedimentos ou dos atos produzidos. Sucede que, e conforme referido, o procedimento administrativo, ao ser automatizado e massificado, diminui da sua esfera a apreciação humana em concreto. Posto isto, pode potencializar-se um problema de juízo de contencioso. No sentido de que o administrado pode ser confrontado com vários atos, feridos de legalidade, mas que, em face do diminuto prejuízo para si e da simplicidade e celeridade da tramitação, procede a uma ponderação de aceitar esses vícios, em vez de acionar as devidas garantias. Pese embora estar na esfera do poder do administrado o exercício dos seus direitos de garantia, em termos práticos, o administrado vê-se confrontado com uma ponderação de interesses, entre acatar o procedimento administrativo e o risco do exercício da defesa das suas garantias aumentar o seu “prejuízo” a final. Pelo que, sob este desígnio de prejudicialidade de risco, a força e a celeridade da automatização podem ter um efeito perverso sobre a decisão do contribuinte. Por comparação, em sede de processo de execução fiscal, a rápida tramitação da cobrança coerciva, vinculada em muitos atos de emissão centralizada pelo sistema eletrónico, associado aos juros de mora e custos, poderá constituir um motivo para o contribuinte decidir proceder ao pagamento dos valores exigidos, em vez de recorrer ao contencioso judicial. Acresce a problemática da discrepância entre a taxa de justiça de 1UC (€102) e os valores exigidos nos processos de execução fiscal provenientes de cobranças de valores mais pequenos, por natureza, como é a atual questão da cobrança das taxas de portagem. Ou seja, um contribuinte, verificando que lhe está a ser exigido um valor de portagem reduzido (por exemplo, de 40 euros), e entende que não é devido, é encaminhado para uma atuação de cautelas e procede ao pagamento, por o valor a despender para colocar em crise a decisão da administração ser desproporcionado. Assim, estes alertas em sede de execução fiscal demonstram a riqueza das interligações da automatização do procedimento eletrónico, ao nível da produção de efeitos substantivos, e os latentes problemas que se podem questionar. Pese embora as diferenças do procedimento tributário com o procedimento administrativo, deve salvaguardar-se que problemas semelhantes se podem vir a colocar em sede tramitação administrativa.

Um problema que se prevê num futuro próximo, em face da crescente automatização de procedimentos, com o inerente aumento de volume de dados informáticos a ser suportados com o sistema, está relacionado com os formatos dos documentos. Trata-se de uma questão transversal a toda a administração pública. Ora, a crescente procedimentalização eletrónica significa a diminuição do documento físico, mas obriga ao investimento em sistemas mais evoluídos. Nessa conformidade, a constante evolução tecnológica e o aumento da necessidade de guardar dados informáticos pode originar a alteração de formatos que dificultam o acesso e tratamento da informação. De facto, trata-se de uma problemática pouco abordada, mas de enorme pertinência. Pense-se nos prejuízos que a dificuldade em aceder a dados da administração pode causar em sede de instrução dos procedimentos. E a sua inacessibilidade em sede de defesa dos administrandos, ao mesmo tempo, da violação dos princípios da administração aberta, da boa administração, do acesso à informação. A complexidade é de tal ordem que, a título de possível exemplo, em sede dos CTT, já não é possível pesquisar registos *online*, por vezes de anos recentes, o que se depreende que tenha similitude com este problema. Nessa conformidade, pese embora a resposta estar melhor em legislação referente ao tratamento de dados e matérias eletrónicas, considerando o incentivo operado pelo NCPA no procedimento eletrónico, designadamente de a entrega de documentos ser por via eletrónica, então era merecida uma referência no NCPA a esta questão, nomeadamente por remissão em concreto, ficando assim salvaguardado o seu tratamento.

O *supra* explanado, e com o procedimento tributário, numa vertente essencialmente prática, vai ao encontro das ressalvas que se colocam à administração eletrónica, “*Sucedo que o conceito de «administração eletrónica» não se fica pela mera substituição de um meio de comunicação, antes operando uma verdadeira modificação substantiva dos atos a praticar, que impõe uma nova regulamentação normativa, devidamente adaptada às suas especificidades*”¹⁵.

Portanto, os receios que a automatização dos procedimentos pode originar são de vária ordem. Em primeiro lugar, se não está em violação com a submissão da administração pública ao direito, designadamente ao princípio da legalidade. Em segundo lugar, se acaba por ser contrário ao que se dispõe a ser, ou seja, o dever de uma boa administração, do interesse público, da verdade material. Em terceiro

¹⁵ RUI GUERRA DA FONSECA, «O nascimento da administração eletrónica num espaço transnacional», *op. cit.*

lugar, um procedimento em massa, sem análise concreta, sobre que pressupostos cumpre com o princípio da igualdade de tratamento, de boa-fé e, sempre, de justiça. O que permite afirmar que a aplicação da e-procedimentalização e do procedimento eletrónico têm de ser efetuadas de forma paulatina e ponderada (sob pena de assistirmos aos mesmos problemas em sede de cobrança coerciva de portagens), com a possibilidade de não avançar mais em certas matérias ou até retroceder. Em concordância, “*Sempre que o recurso a meios electrónicos dificulte, demore ou sobrecarregue a actividade da administração pública e o pleno exercício das garantias dos particulares, impõem-se uma opção óbvia: antes arcaico, mas eficiente*”¹⁶.

Do *supra* explanado, fica patente que a automatização do procedimento administrativo é muito mais do que meio ou instrumento de atuação. Os efeitos substantivos projetam-se para além do que pode ser hoje decifrável no NCPA. E nesse sentido, a abordagem desta perspetiva da automatização não compreende todas as situações que podem vir a ser problemas na evolução da aplicação do procedimento eletrónico. Mas as vantagens de eficiência, celeridade e economicidade, por via da otimização de recursos, devem ser aceites com cautela, sob pena de se verificar uma crise de procedimentalização, como entendemos que já se potencializa em sede de Direito Fiscal.

2.3. O quid da assinatura

Em face de o presente estudo ser na tónica dos problemas de génese substantiva que a automatização da procedimentalização eletrónica pode levantar, com vista a uma explanação concretizadora da presente preocupação, importa escrutinar o *quid* da assinatura.

O procedimento administrativo carece de notificação para que produza os devidos efeitos. O NCPA trouxe um dever de notificação dos atos administrativos mais alargado, o que resulta da utilização da expressão *designadamente* no artigo 114.º do NCPA¹⁷.

O novo artigo 110.º, n.º 1, do NCPA, dispõe que “*O início do procedimento é notificado às pessoas cujos direitos ou interesses legalmente protegidos possam ser lesados*”

¹⁶ MIGUEL PRATA ROQUE, «O procedimento administrativo eletrónico», *op. cit.*, p. 284.

¹⁷ CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo, Notas Práticas e Jurisprudência*, *op. cit.*, p. 166.

pelos atos a praticar e que possam ser desde logo nominalmente identificados". Por sua vez, o n.º 3 refere que *"A notificação deve indicar a entidade que ordenou a instauração do procedimento, ou o facto que lhe deu origem, o órgão responsável pela respectiva direcção, a data em que o mesmo se iniciou, o serviço por onde corre e o respectivo objecto"*. Do referido, é assente que um dos conteúdos da notificação é a identificação do órgão responsável e do autor do ato. Logo, considerando-se esses elementos essenciais da notificação, sem a sua verificação, a notificação não cumpre com o seu fim, encontrando-se ferida juridicamente.

Da assinatura do autor do ato depreende-se que se trata de uma formalidade que demonstra a vinculação do autor e a integridade do ato. A assinatura de documentos quanto ao seu valor jurídico, tem merecido bastante atenção na jurisprudência no âmbito dos contratos públicos^{18/19/20}, nomeadamente a questão do tipo de assinatura, e da consideração como um elemento essencial, ou mera irregularidade.

Ora, a automatização de procedimentos tem a permeabilidade de se vir a verificar numa massificação do procedimento administrativo de forma automatizada, conforme se tem vindo a esmiuçar. A notificação, por excelência, concretiza-se num dos atos permeáveis a essa massificação.

Pese embora o desiderato do NCPA de instituir a comunicação electrónica como um verdadeiro meio procedimental, até mesmo por excelência, conforme decorre do artigo 112.º, n.º 1, alínea c), a chamada de atenção para a automatização de procedimentos encontra a sua centralidade por via da verificação dos vetores da administração electrónica, como o princípio da acessibilidade compreensível e do princípio da transparência administrativa e do fomento à automatização. O NCPA, conforme já referido, deixa aberto um grande espaço de manobra em sede de automatização, pelo que a densificação do regime requer as devidas cautelas de simplificar atos que são garantias dos contribuintes.

Sucede que, com a automatização do procedimento administrativo, se vislumbra que as assinaturas que constam das notificações sejam efetuadas de forma padronizada e massificada. Ou seja, pode tratar-se de aposição automática da assinatura, pelo que se coloca em causa qual o seu valor jurídico, designadamente em sede de vinculação em concreto do autor do ato. E, nesse sentido, se essa massifica-

¹⁸ Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 7 de março de 2012, proc. n.º 08592/12.

¹⁹ Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 27 de abril de 2012, proc. n.º 528/06.

²⁰ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 30 de janeiro de 2013, proc. n.º 01123/12.

ção da utilização da assinatura está em conformidade com os elementos da validade da notificação. E, ainda, se não deveria ser de outra forma. Atente-se que referimo-nos à emissão de notificações em papel de forma automática, porquanto depreende-se que a comunicação eletrónica coloca problemas apenas ao nível da assinatura eletrónica e não por “*chancela electrónica*”.

Com vista a melhor compreensão, trazendo novamente à colação o Direito Tributário, o artigo 35.º, n.º 3, do Código de Procedimento e Processo Tributário (CPPT) prevê a via da assinatura por chancela. Em face da noção de chancela, compreende-se que se trata de uma referência à produção de atos em massa de forma mecânica. Sucede que, pese embora as sucessivas alterações legislativas e da enorme modernização eletrónica do procedimento e processo tributário, permanece a mesma referência ao conceito de chancela, correspondendo ao que já estava disposto no art.63.º do Código do Processo Tributário. Sendo que, pondera-se, que talvez melhor estaria uma adaptação, complemento ou interpretação da noção de assinatura por chancela, a um procedimento tributário informatizado, designadamente no art.35.º do CPPT. De facto, será de questionar que muitos atos tributários são praticados com uma assinatura que assenta numa reprodução, o que poderá suscitar vicissitudes do seu atual enquadramento legal. Em sede de procedimento administrativo, não se verifica uma referência a esta situação de assinatura por chancela, nem a outra forma massificada.

Assim, entende-se que esta *chancela electrónica* constitui uma assinatura digitalizada que é constituída por uma reprodução da assinatura. A este respeito, pode dizer-se que “(...) é de se notar que a segurança da autenticidade desta «*chancela electrónica*» não é menor do que a das *chancelas tradicionais*: estas poderão ser utilizadas por pessoa diversa do seu autor apenas se este o consentir; o mesmo acontece com aquela, já que o autor da assinatura memorizada por «*scanner*» pode guardá-la sob uma *password* só dele conhecida, inibindo assim a sua utilização abusiva por terceiro”²¹. No entanto, aqui em concreto debruçamo-nos sobre uma reprodução da assinatura que é efetuada pelo sistema centralizado, pelo que depreende-se que não tem aplicação a figura da *password*.

Atento o referido, quanto ao sentido da automatização do procedimento administrativo, não se vislumbra em que medida o NCPA dispõe quanto a esta questão. De facto, verifica-se um certo vazio. A reprodução da assinatura do res-

²¹ MIGUEL PUPO CORREIA, «Assinatura Electrónica e Certificação Digital», in *Direito da Sociedade de Informação*, Coimbra Editora, Vol. VI., 2006, p. 411.

ponsável pelo órgão poderá colocar problemas ao nível da vinculação do responsável e da integridade do ato produzido. Porquanto, a assinatura, ao não ser colocada pelo próprio, quer a rubro, quer por chancela, mas sim pelo sistema informático automatizado, poderá consubstanciar uma desvirtuação da função da assinatura. Se ela já não representa uma vinculação direta e imediata do responsável com o ato onde é aposta, em que medida a assinatura ainda mantém as suas propriedades?

A passível perda de substância jurídica da assinatura por via da sua reprodução massificada num procedimento automatizado poderá ferir o procedimento administrativo. Atente-se em sede de validade da notificação. Ou seja, partindo da premissa de que a assinatura constitui um elemento da identificação do órgão, e sendo esse um pressuposto do conteúdo da notificação, sob pena da sua deficiência, então o ato de notificação poderá estar ferido juridicamente.

A questão é pertinente pela dificuldade em encontrar respostas no NCPA. Pode apontar-se que a solução está na utilização da comunicação eletrónica, com apenas a utilização da assinatura eletrónica. Todavia, a questão não deixa de existir, porque continuarão a existir procedimentos em papel mas elaborados de forma automatizada.

Nesta matéria, com as devidas ressalvas, importa ainda referir a pertinência que pode trazer os contornos em face da conjugação com as matérias da assinatura eletrónica presentes no Decreto-Lei n.º 290-D/99 e do novo Regulamento Europeu n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23-07-2014.

Atente-se que o artigo 61.º do NCPA, por referência à utilização dos meios eletrónicos, refere no seu n.º 2 que, quando na instrução do procedimento se utilizem meios eletrónicos, as aplicações e sistemas informáticos utilizados devem indicar o responsável pela direção do procedimento e o órgão competente para a decisão. Assim, não decorre uma referência à assinatura do órgão competente. No entanto, entende-se que o NCPA presta atenção ao valor jurídico da assinatura mas na ótica do interessado no procedimento. Tal possível entendimento decorre da alínea *b*) do n.º 3 do referido artigo, por constar a referência à assinatura digital eletrónica.

A problemática do valor da assinatura depreende-se que venha a abraçar muita discussão, em virtude do problema probatório. Assim, verifica-se uma desconformidade entre o alcance que decorre do artigo 63.º, n.º 3, do NCPA e do artigo 3.º, n.º 2, do Regime Jurídico dos Documentos Eletrónicos e da Assinatura Digital. Por outro lado, o referido novo regulamento europeu sobre identificação eletrónica

e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas, que dispõe sobre a assinatura eletrónica, contém discrepâncias com o nosso regime jurídico, tendo aplicabilidade direta ao nosso ordenamento jurídico. Neste novo regulamento europeu, faz-se referência à tipologia de uma assinatura eletrónica avançada e uma assinatura eletrónica qualificada. Ao mesmo tempo que se depreende o reforço de o requisito essencial da assinatura eletrónica ser identificar o titular, à luz de uma função de integridade, de conexão entre documento e autor. Neste sentido, veja-se o disposto no n.º 1 artigo 25.º do referido regulamento, *“Não podem ser negados efeitos legais nem admissibilidade enquanto prova em processo judicial a uma assinatura eletrónica pelo simples facto de se apresentar em formato eletrónico ou de não cumprir os requisitos exigidos para as assinaturas eletrónicas qualificadas”*.

Da conjugação do 49.º Considerando do referido regulamento e do n.º 2 do artigo 25.º, resulta que a assinatura eletrónica qualificada deverá ter um efeito legal equivalente ao de uma assinatura manuscrita. Assim, daqui se pode potencializar que, em virtude da aplicação direta do Regulamento, a solução do problema da assinatura massificada no procedimento eletrónico, ou seja da reprodução da assinatura, poderá vir a passar por uma automatização que fica a aguardar pela aposição da assinatura eletrónica qualificada. Ou então, por uma solução que, de certa forma, vá ao encontro da aplicação da assinatura eletrónica.

Outra das soluções, pese embora se afastar desta problemática da assinatura, seria pela introdução do sistema do Código do Hash, que funciona como um tipo de encriptação do documento. Este tipo de código consiste num cálculo matemático associado a um documento, em que se for efetuada uma alteração, por exemplo uma vírgula, ele é detetado. No entanto, depreende-se que se trata mais de uma medida de segurança e integridade do próprio documento do que uma vinculação e integridade do ato.

Portanto, este último ponto pretendeu demonstrar que, para além dos exemplos referidos, a automatização poderá ter sérias implicações substantivas em sede de vinculação e vontade dos autores dos atos. A automatização deverá aplicar-se com cautela sob a devida harmonia dos diferentes princípios, designadamente da boa administração e das garantias dos administrados. O que permite sufragar que *“há que discernir em que medida é que a tecnologia contribui para a criação de mais valias operativas, assim tornando a prossecução da função administrativa mais eficiente, mas também mais humana e mais promotora dos direitos fundamentais. Um segundo passo implica*

compreender a automatização como um comportamento humano (ou até melhor, humanizado), que só será juridicamente relevante quando dominado pela vontade humana"²².

3. Conclusão

A presente explanação pretende ser um alerta para a solução positiva do procedimento eletrónico no direito administrativo. As inerentes e perceptíveis vantagens da informatização numa administração mais eficiente, económica e célere são o cumprimento do princípio da boa administração. Sob este prisma, a e-procedimentalização constitui uma assunção da modernização do procedimento administrativo, com desiderato de fazer face aos atuais desafios da sociedade

A automatização surge no procedimento eletrónico como uma desmaterialização do procedimento administrativo, em que se assume como uma verdadeira modificação substantiva dos atos a praticar e não apenas como um meio de atuação.

Todavia, a positividade do procedimento eletrónico deve ser gerida com cautela, salvaguardando as garantias dos administrados. Nesse sentido, importa potencializar os efeitos de uma automatização do procedimento administrativo, sem as devidas precauções, em similitude com alguns efeitos que já se reconhecem no Direito Fiscal.

De facto, permite-se criar um alerta, e suscitar questões substantivas, designadamente do valor massificado da assinatura do autor do ato. Mais do que procurar respostas, do explanado resulta a consciência de que são vários os desafios da atual automatização do procedimento administrativo, que potencializa questões transversais quanto à sua conformidade com os princípios do Direito Administrativo.

Portanto, com a presente análise, de sentido preventivo e crítica positiva, tentou-se cumprir com o desiderato inicial de equacionar as cautelas que devem existir na consagração do procedimento eletrónico no procedimento administrativo. O procedimento eletrónico terá sempre de garantir a sua própria humanização.

²² MIGUEL PRATA ROQUE, «Administração Eletrónica e Automatização: Contributos para uma Reformulação da Teoria Geral das Atuações Administrativas», *op. cit.*

4. Bibliografia

- AMARAL, Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2.^a ed., Coimbra, 2012.
- BATALHÃO, Carlos José, *Novo Código de Procedimento Administrativo, Notas Práticas e Jurisprudência*, Porto Editora, Porto, 2015.
- FONSECA, Isabel Celeste M., *Código do Procedimento Administrativo e Legislação Complementar*, ELSA UMINHO, Braga, 2015,
- FONSECA, Rui Guerra da, «O nascimento da administração eletrónica num espaço transnacional», in <http://www.icjp.pt/debate/4268/4324>.
- GONÇALVES, Pedro Costa, «Âmbito de aplicação do Código do Procedimento Administrativo (na versão do anteprojecto de revisão)», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto 2013.
- MARTINS, Jesuíno Alcântara, *Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, Coimbra, 2015.
- NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013.
- QUADROS, Fausto, «As principais inovações do projecto do CPA», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto 2013.
- ROCHA, Joaquim Freitas, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 5.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- ROQUE, Miguel Prata, «O procedimento administrativo eletrónico», in *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), AAFDL, Lisboa, 2015.
- _____, «Administração eletrónica e automatização», in *Estudos em Homenagem ao Dr. Rui Machete*, Almedina, Coimbra, 2015.
- SILVA, Pedro Cruz e, «Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo II, Ano 2013, Ética e Direito*, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas da EDUM, Braga, 2014.
- SILVA, Vasco Pereira da, «Primeiro comentário acerca do projecto de revisão do CPA (a recordar um texto de Steinbeck)», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 101, setembro/outubro 2013.

O princípio da boa administração no novo Código do Procedimento Administrativo – Breves anotações

Nuno Miguel Mota*

0. A consagração do princípio da boa administração no novo Código do Procedimento Administrativo anuncia um interessante debate sobre os contornos jurídicos deste princípio. Ambiciona-se, com o presente trabalho, oferecer um modesto contributo para o tema em apreço, ensaiando-se, sem pretensões de exaustão, algumas breves notas sobre o princípio da boa administração, mormente sobre a tradição jurídica em que se filia, os seus propósitos e as vinculações jurídicas criadas por este (não tão) novo princípio.

1. O novo Código do Procedimento Administrativo (doravante, CPA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, consagrou o “*princípio da boa administração*” como um dos princípios gerais da atividade administrativa.

A formulação desse princípio determina, à luz do disposto no n.º 1 do artigo 5.º do CPA, que “*A administração deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade*”, devendo, para o efeito, “*ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada*” (n.º 2 do artigo 5.º).

Na nota preambular do novo código, o legislador esclarece que a inclusão do princípio da boa administração foi “*ao encontro ao que era sugerido pelo direito comparado, com essa ou outra designação, e a sugestões da doutrina. Integraram-se nesse princípio os princípios constitucionais da eficiência, da aproximação dos serviços das populações e da desburocratização (artigo 5.º)*”.

2. De facto, a conceção jurídica de boa administração tem sido trabalhada noutros ordenamentos jurídicos, mormente o italiano, de onde a doutrina portuguesa tem bebido muita influência sobre o conceito. Tradicionalmente, tem-se asso-

* Mestrando em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

ciado o conceito de “*boa administração*” à ideia de eficiência, no sentido de que a administração deverá estar próxima das populações e de forma não burocratizada, a fim de garantir a celeridade, economia e eficiência das suas decisões (formulação que, genericamente, estava sintetizada no artigo 10.º do anterior CPA).

Partindo da clássica contraposição entre a legalidade e o mérito, o direito português tem enquadrado o conceito de boa administração como um conjunto de deveres de natureza extrajurídica que a administração deverá exercer em ordem a prosseguir o “*interesse público*” a que alude o n.º 1 do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa (“*A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*”).

MARCELO REBELO DE SOUSA¹ menciona que, durante o século XIX e boa parte do século XX, se contestaria a juridicidade do princípio e a sua força vinculativa para a administração, dando-nos conta que era essa a posição clássica adotada por MARCELLO CAETANO e ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, contrapondo-se a ela a doutrina minoritária subscrita por ROGÉRIO SOARES.

Segundo este professor, o princípio da boa administração, do mérito ou da eficiência está ligado ao princípio da prossecução do interesse público e também ao princípio da desburocratização da administração pública, sustentando que a “*relevância jurídica do princípio é inquestionável*”², abarcando a reclamação e a recorribilidade dentro da administração pública. Contudo, no que tange à anulação ou à declaração de nulidade pelos tribunais por violação do princípio da boa administração, sustenta que “*apenas pode ocorrer no caso de aplicabilidade de critérios ou pautas técnicas extrajurídicas ou de violação dos princípios da justiça, da igualdade ou da proporcionalidade*”.

FREITAS DO AMARAL³ considera que o princípio da prossecução do interesse público implica a “*existência de um dever de boa administração*”, dando, também ele, nota da discussão existente sobre a relevância jurídica deste dever de boa administração, concluindo que “*ele é um dever jurídico, mas é um dever jurídico imperfeito, porque não comporta uma sanção jurisdicional*”, alertando para a impossibilidade de sin- dicar em tribunal se determinada opção era mais adequada do ponto da sua tecni-

¹ MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, LEX, Lisboa, 1999, p. 115.

² MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, op. cit., pp. 114-115.

³ FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, pp. 38-39.

cidade administrativa ou financeira, dado que “os tribunais só podem pronunciar-se sobre a legalidade das decisões”.

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA⁴ dá-nos conta de que a doutrina tradicional portuguesa tem enquadrado o dever de boa administração associado a um “*dever que se concretiza na observância de parâmetros de natureza extra jurídica – as chamadas regras de boa administração*”, salientando, ainda, que, de acordo com essa tradição, “*ao dever de boa administração que é posto a cargo das entidades públicas não correspondem situações jurídicas subjetivas na esfera jurídica de eventuais interessados*”.

Em síntese, a doutrina tradicional portuguesa tem trabalhado o conceito de boa administração, associando-o à ideia de eficiência e de prossecução do interesse público. A relevância jurídica do princípio não se questiona, admitindo-se que este pode fundamentar pretensões junto da administração, abarcando a reclamação e a recorribilidade. No entanto, tem-se entendido que ao dever *objetivo* de boa administração não correspondem *posições subjetivas* dos particulares que possam ser tuteladas em sede jurisdicional.

3. O conceito de “boa administração” tem sido também profusamente trabalhado no âmbito do direito da União Europeia, o qual afirmou o valor jurídico da boa administração e o consagrou na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵ (doravante, CDFUE).

O artigo 41.^o⁶ da CDFUE enuncia que o “*direito a uma boa administração*” passará pelo direito que todas as pessoas têm “*a que os seus assuntos sejam tratados pelas*

⁴ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 56.

⁵ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, em 18.12.2000, disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2015.

⁶ Artigo 41.^o da CDFUE:

“*Direito a uma boa administração*”

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente;

b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;

c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável” e que esse direito compreende, nomeadamente, o direito de audição antes de ser tomada uma decisão desfavorável, o direito de acesso aos processos, a obrigação de a administração fundamentar as decisões, o direito de reparação dos danos causados pelas instituições e o direito de interpelar as instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados e de receber uma resposta na mesma língua.

Deve referir-se que o “*direito a uma boa administração*” aqui enunciado incide essencialmente na dimensão jurídica da boa administração, que se desdobra em vários direitos, de conteúdo subjetivizado e permeável à tutela jurisdicional. Direitos esses que, em boa verdade, estão amplamente consagrados na legislação nacional respeitante às relações dos particulares com a administração pública, não sendo de forma alguma nossos desconhecidos.

O princípio da boa administração foi também trabalhado no âmbito da Recomendação CM/Rec (2007)7⁷, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 20 de junho de 2007, e no modelo de Código de Boa Administração que a acompanhava, onde se recomendava que os governos dos Estados-Membros promovessem a boa administração. A elaboração do conceito por parte deste Comité pressupõe a adoção de um padrão comportamental imbuído de boas práticas, não exclusivamente jurídicas, que concorrem para a prossecução da boa administração.

De facto, a referida recomendação alerta que a boa administração é uma dimensão da “*good governance*” e que esta não depende somente das disposições legais mas também da qualidade da organização, da produtividade, da adequada formação dos agentes, da gestão financeira, do cumprimento das regras orçamentais, etc. Trata-se de um conceito que tem sido usado para descrever como a administração pública conduz a sua atividade e como gere os seus recursos, incidindo a sua análise sobre os processos de tomada de decisão e de adoção do processo mais adequado para esse processo decisório.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respetivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”.

⁷ Recomendação CM/Rec(2007)7, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 20.06.2007, disponível em <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155877>. Acesso em: 30 de maio de 2015.

Assim, o arquétipo da boa administração projetado na Recomendação e no modelo de Código de Boa Administração remete-nos para padrões, jurídicos e não jurídicos, que procuram sintetizar as diversas condicionantes que concorrem para esse propósito, distanciando-se do conceito eminentemente jurídico que presidiu à consagração do “*princípio da boa administração*” na CDFUE.

4. Todavia, ainda que a Recomendação CM/Rec (2007)⁷ tenha um pendor mais programático, parece-nos que o direito da União Europeia tem procurado imprimir referenciais de juridicidade ao princípio da boa administração, afirmando-o como valor jurídico e consagrando-o na CDFUE.

A afirmação do princípio da boa administração nos termos *supra* enunciados deve-se muito ao labor jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia, mormente das decisões que abordavam os direitos dos cidadãos relativamente às decisões da administração pública. À luz do entendimento que tem vindo a ser desenvolvido por este Tribunal, o controlo jurisdicional da decisão administrativa deverá passar pela análise do cumprimento das regras e princípios subjacentes à tomada de decisão administrativa. Por conseguinte, o escrutínio judicial não incidirá na decisão substantiva mas sim no procedimento decisório e no cumprimento das regras e princípios subjacentes a esse processo.

Trata-se de uma abordagem que procura juridificar o conceito de boa administração, reconduzindo-o a um conjunto de regras precisas que possibilitam a sua tutela jurisdicional. É certo que, por um lado, pode ser-lhe assacada a crítica de ser um controlo formalístico que repousa na ideia (ilusória) de que a decisão será sempre boa se observar as regras e os princípios procedimentais; mas, por outro lado, tem o virtuosismo de dar um sentido útil ao princípio da boa administração no âmbito da tutela jurisdicional.

5. Era relativamente previsível que o princípio da boa administração viesse a ser acolhido na legislação nacional, dada a importância que o princípio tem adquirido no âmbito do direito comparado e do direito comunitário, nomeadamente com a sua consagração na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Enuncia-se, agora, no artigo 5.º do novo CPA, que a “boa administração” terá de conformar-se com o cumprimento das exigências de *eficiência*, de *economicidade* e *celeridade*, devendo *aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada*.

De um ponto de vista axiológico, a importância dos referidos valores é inquestionável, a ninguém repugnando a defesa da eficiência, da racionalidade económica e da celeridade enquanto padrões axiais da atuação administrativa. Porém, nesta perspetiva, há muito que estes valores estão presentes no nosso ordenamento jurídico como corolários do princípio da prossecução do interesse público.

Na verdade, o artigo 10.º do anterior CPA já dispunha que *“A administração Pública deve ser estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões”*.

Assim, numa primeira nota, diríamos que o *“Princípio da desburocratização e da eficiência”* (enunciado na epígrafe do artigo 10.º do anterior CPA) se transformou no *“Princípio da boa administração”* no novo CPA. Conforme se poderá constatar, a preocupação *“de aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada”*, plasmada agora no n.º 2 do artigo 5.º, já estava presente no artigo 10.º do anterior código. E o mesmo sucede relativamente aos valores da *eficiência* e da *celeridade*, os quais estão agora previstos no n.º 1 do artigo 5.º.

Por conseguinte, contrapondo os valores enunciados no artigo 10.º do anterior CPA com os ora formulados no artigo 5.º do novo código, conclui-se que o legislador unicamente substituiu *“economia”* por *“economicidade”*, em ordem a uma provável acentuação da dimensão da poupança da despesa pública. Acompanhando FAUSTO DE QUADROS⁸, *“está-se a dizer que a administração tem de ser poupada ao gastar o dinheiro dos contribuintes”*. Sucede que, grosso modo, parece-nos que já eram essas as preocupações que estavam subjacentes à ideia de *“economia”* consagrada no artigo 10.º do anterior CPA.

Em suma, parece-nos que o quadro de valores enunciados no artigo 5.º do novo CPA não é particularmente inovador, sendo constituído por princípios já bem conhecidos da doutrina jurídica nacional.

Numa outra vertente, julgamos que houve a preocupação de realçar a natureza programática que está subjacente ao princípio da boa administração enquanto elemento conformador da atividade administrativa – uma espécie de *“umbrella principle”* – e não um princípio destinado a ter, por via de regra, uma operacionalidade jurisdicional.

⁸ FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do projeto do CPA», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto 2013, p. 130.

De facto, numa análise ao texto das referidas normas, constata-se que o artigo 10.º do antigo CPA impunha a proximidade e desburocratização “a fim de assegurar (redondo nosso) a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões”, ao passo que o novo CPA sublinha que a administração “(...) deve pautar-se (redondo nosso) por critérios de eficiência, economicidade e celeridade” (n.º 1 do artigo 5.º). Parece-nos, portanto, que o legislador, ao considerar que a administração “deve pautar-se” por critérios de eficiência, economicidade e celeridade, está a acentuar o pendor programático da ideia de boa administração enquanto princípio que deverá presidir à atividade administrativa.

Por conseguinte, o princípio da boa administração não deverá ser interpretado no sentido de lhe acentuar referenciais jurídicos em ordem à sua tutela jurisdicional, na medida em que não foi essa a ideia que esteve subjacente à consagração do princípio no novo CPA, conforme já refere alguma doutrina⁹. Na verdade, o princípio da boa administração pretende incluir sob a sua égide um núcleo de princípios, jurídicos e não jurídicos, que deverão estar presentes na atuação da administração pública. Nesses termos, e numa primeira linha, o princípio deverá funcionar como um dever objetivo que se impõe à administração, ao qual, em regra, não corresponderá um direito subjetivo na esfera jurídica dos particulares passível de tutela jurisdicional – ainda que se admita, em casos circunstanciados, essa tutela.

A acentuação do vetor programático do princípio da boa administração em detrimento de uma maior operatividade jurídica, aproxima-o da tradição jurídica nacional e do modelo de Código de Boa Administração que acompanha a Recomendação CM/Rec (2007)7¹⁰, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 20 de junho de 2007. Em sentido oposto, não vislumbramos significativas influências do artigo 41.º da CDFUE na redação do artigo 5.º do novo código. Note-se até que a epígrafe do artigo 41.º da CDFUE consagra o “Direito a uma boa administração”, ao passo que o artigo 5.º do novo CPA consagra um “Princípio da Boa Administração”. Ora, o âmbito e o alcance pretendidos com um e outro parecem-nos de amplitude diversa.

⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA sustenta que “o conceito de boa administração não deve ser preenchido, em nome da pretensa necessidade de lhe imprimir uma maior operacionalidade jurídica. Essa solução tem, na verdade, o inconveniente de ser redutora, do ponto de vista do que, efetivamente, se deve entender por boa administração”. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, op. cit., p. 66.

¹⁰ Recomendação CM/Rec (2007)7, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 20.06.2007, op. cit.

De facto, a consagração do direito a uma boa administração na CDFUE, conforme já referimos, foi resultado da jurisprudência do TJUE, que teve como principal preocupação juridificar o conceito, subjetivando-o e imprimindo-lhe utilidade prática do ponto de vista da tutela jurisdicional. Já a consagração do princípio da boa administração no Código do Procedimento Administrativo aparenta ter como objetivo introduzir uma ideia orientadora para a atuação da administração pública, procurando sintetizar diferentes parâmetros, jurídicos e não jurídicos, sobre a ideia da boa administração.

Neste sentido, o princípio da boa administração consagrado no novo CPA é tributário da tradição jurídica portuguesa, tendo influências do modelo de Código de Boa Administração que acompanha a Recomendação CM/Rec (2007)7 e também do direito comparado e da doutrina, conforme se refere na nota preambular do código.

6. Destarte, ainda que tributário da tradição jurídica nacional, afigura-se que o princípio da boa administração pretende ter um alcance mais intenso e profundo daquele que era o habitual no nosso ordenamento.

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA¹¹ sustenta que *“a consagração no CPA deste princípio, nos termos enunciados, tem um sentido e alcance que, em contraste com a tradição doutrinária portuguesa, se reveste de grande importância: o de assumir que a eficiência da Administração Pública possui relevância jurídica e, por conseguinte, que o princípio da eficiência administrativa é um princípio jurídico – que, dependendo das circunstâncias, pode, a nosso ver, concretizar-se numa dimensão de tutela subjetiva, no sentido de que se podem constituir situações jurídicas subjetivas, passíveis de serem acionadas nos tribunais administrativos (...)”*.

O autor aborda a possibilidade de, em certos casos, devidamente circunstanciados, a eficiência concretizar-se numa tutela subjetiva, nomeadamente *“para exigir a adoção em tempo útil de atuações administrativas concretas”* ou *“como elemento auxiliar da fiscalização jurisdicional da observância de princípios como o da proporcionalidade”*. Nestas possibilidades, parece-nos que a convocação do princípio da boa administração, na sua dimensão de eficiência, é enquadrável nos limites da atuação jurisdicional e não constitui uma ameaça ao equilíbrio de poderes.

¹¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, op. cit., pp. 57-61.

Todavia, algumas teses, ancoradas na ideia da força normativa da Constituição e na aplicabilidade direta dos princípios fundamentais, advogam a defesa do aprofundamento do controlo principialista por parte do poder jurisdicional, em moldes mais amplos, abarcando aspetos tradicionalmente vistos como insindicáveis pelos tribunais. Portanto, coloca-se a questão de saber qual o alcance do princípio da boa administração no âmbito do controlo jurisdicional.

A este respeito, cumpre referir que o controlo da atuação da administração por parte dos tribunais administrativos se efetua à luz do cumprimento das normas e princípios aplicáveis, conforme dispõe o artigo 3.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (doravante, CPTA): *“No respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação”*.

Assim sendo, estribado por imperativos constitucionais e legais, o tribunal não pode conhecer da conveniência ou oportunidade da atuação administrativa. Ora, quer-nos parecer que o controlo jurisdicional da decisão administrativa por contraposição estrita ao princípio da boa administração redundará, quase fatalmente, numa análise quanto ao mérito da decisão e, por conseguinte, numa ingerência ilegítima do poder judicial na esfera administrativa.

Na verdade, sendo o princípio da boa administração dotado de uma certa vacuidade e flexibilidade que propicia interpretações subjetivas, o resultado prático seria a substituição da subjetividade administrativa pela jurisdicional. Interrogamo-nos, nesse sentido, se haverá grande benefício na ideia de admitir que o poder jurisdicional possa controlar a conformidade de decisões administrativas face ao princípio da boa administração.

Ainda assim, admitindo que o princípio da eficiência e da boa administração venha a concretizar-se numa dimensão de tutela subjetiva em moldes mais amplos, estamos em crer que essa dimensão terá de reconduzir-se a aspetos que não passarão pela possibilidade de o tribunal poder determinar qual a solução mais razoável em face dos interesses públicos concretos, sob pena, desde logo, do desequilíbrio da relação entre a atividade administrativa e a jurisdicional, colocando-se em crise o princípio da separação de poderes.

Em síntese, a preservação do núcleo essencial da atuação administrativa, quanto ao mérito e oportunidade, deve manter-se, via de regra, insindicável pelo

poder jurisdicional, conforme vem reconhecendo a doutrina majoritária¹². E tal não significa que o princípio da boa administração perca utilidade e relevância jurídica pois este mantém-se como verdadeira condicionante jurídica da atuação da administração, que deverá procurar as melhores soluções do ponto de vista da eficiência, da economicidade e da celeridade.

7. É absolutamente compreensível, e até salutar, que as sociedades modernas exijam que a administração pública pautе a sua atuação por critérios de boa administração, sejam eles de natureza jurídica ou extrajurídica. Estamos em crer, no entanto, que a exigência de qualidade na gestão pública deve ser, via de regra, demandada junto da própria administração e dos órgãos democraticamente eleitos que a representam, conforme se pressupõe num quadro de direito democrático estabilizado e amadurecido.

A ideia de acentuar um cunho de juridicidade ao princípio da boa administração em ordem à sua tutela jurisdicional deverá, via de regra, ser recusada, desde logo porque não foi essa a intenção que presidiu à consagração do princípio nos moldes enunciados, mas também porque não é a solução mais adequada do ponto de vista do equilíbrio dos poderes administrativo e judicial.

Tal não significa que o princípio da boa administração seja um princípio retórico. É um princípio com relevância jurídica, implicando um dever para a administração de prosseguir o bem comum segundo os parâmetros de que está imbuída a ideia de boa administração.

Parece-nos, contudo, que a ideia de boa administração não deverá reconduzir-se exclusivamente aos valores enunciados no novo CPA. Na verdade, terá de caminhar cada vez mais ao lado dos ideais da *"good governance"*. Nesse sentido, a administração pública não poderá deixar de convocar outros princípios, jurídicos e não jurídicos, num elenco aberto e mutável, em ordem a conformar a sua atuação com os pressupostos da *"good governance"* e da boa administração.

¹² Entre outros, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, que sustenta, *"não podemos deixar de reconhecer a necessidade de preservar o núcleo irreduzível do mérito, no âmbito do qual se deve admitir que as escolhas da Administração Pública se devem pautar por critérios não juridicizados e, como tal, insindicáveis pelos Tribunais, sob pena de se promover a mera substituição de uma subjetividade por outra"*. Teoria Geral do Direito Administrativo. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, op. cit., p. 47.

Bibliografia

- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 2.^a ed., Almedina: Coimbra, 2015. ISBN 978-972-40-5771-2.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. 2, 1.^a ed., Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 972-40-1539-4.
- CAUPERS, João, *Introdução ao direito administrativo*, 9.^a ed., Âncora: Lisboa, 2007. ISBN 972-780-195-4.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo, OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 3.^a ed., Almeida Leitão: Porto, 2011. ISBN 978-972-40-4355-5.
- FONSECA, Isabel Celeste M., «A revisão do Código do Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais) fracos», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo II, Ano de 2013 – Ética e Direito*, 2014. ISBN 978-989-97970-3-1.
- _____, *Código do Procedimento Administrativo e Legislação Complementar*, 1.^a ed., ELSA UMINHO: Braga, 2015. ISBN 978 989 8783-11-0.
- QUADROS, Fausto de, «As principais inovações do projeto do CPA», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto de 2013.
- SILVA, Pedro Cruz e, «Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo II, Ano de 2013 – Ética e Direito*, 2014. ISBN 978-989-97970-3-1.
- SOUSA, António Francisco, *Código do Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado*, Quid Juris: Lisboa, 2009. ISBN 978.972-724-476-8.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I. Lex: Lisboa, 1999. ISBN 972-9495-77-7.

“Novo” Código do Procedimento Administrativo: “novas” soluções?

Patrícia Pinto Alves*

Sumário: 0. Nota prévia. I. Principais mudanças do antigo CPA para o atual CPA. II. A definição ampla de ato administrativo no novo CPA. III. A revogação administrativa e a revogação anulatória: *afinal em que consistem?* IV. Algumas considerações finais.

0. Nota prévia

O atual Código do Procedimento Administrativo (CPA), que entrou em vigor no dia 8 de abril de 2015, traz-nos algumas novidades de cariz positivo, a nosso ver, mas também nos gera algumas dúvidas em certos pontos. De referir que relativamente à Parte III do atual CPA, na qual é integrada a dimensão procedimental propriamente dita do diploma, a mesma apenas ganhará aplicação aos procedimentos que tenham o seu início após 8 de abril de 2015.

Assim, importa referir que o CPA, enquanto Lei do Direito Substantivo que é, faz algumas cedências, na medida em que há um acréscimo das garantias para os particulares e atribui à Administração Pública (AP) um maior número de ferramentas, que, no anterior CPA, a AP não tinha.

Do artigo 2.º deste “novo” CPA, inferem coordenadas fundamentais: que são as Partes I (Princípios gerais da atividade administrativa), III (Procedimento) e IV (Atividade Administrativa) que se aplicam a quaisquer entidades que, sob um prisma funcional, possam vir a fazer parte integrante na AP e a Parte II do CPA, consagradora de regras acerca da estrutura, do funcionamento e das competências

* Mestranda em Direito Administrativo na Universidade do Minho, advogada estagiária e investigadora do NEDip – Núcleo de Estudos de Direito *Ius Publicicum*.

¹ Antes de mais, quero agradecer o convite que a Exma. Senhora Professora Doutora ISABEL CELESTE M. FONSECA me fez para a escrita deste artigo jurídico, pessoa esta que tanto estimo. Quero dedicar o presente artigo jurídico ao Exmo. Senhor Professor Doutor ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, que tanto fez pelos seus alunos e que merece toda a dedicação e carinho por parte de todos aqueles que se cruzaram na sua vida, quer pessoalmente, quer profissionalmente. Muito obrigada, Senhor Professor, por todos os ensinamentos que me transmitiu enquanto eu era uma simples estudante de Direito na Licenciatura da Universidade do Minho, no meio de tantos outros. É uma pessoa inesquecível.

dos órgãos, aplicando-se tão-só a estruturas tradicionais da AP “em sentido orgânico” cujo elenco integra a totalidade dos órgãos da Administração direta do Estado, indireta do Estado e autónoma do Estado, mas também, e em correspondência com o que já dispunha a nova Lei-Quadro (cfr. Lei n.º 67/2013, de 29 de agosto), às entidades administrativas independentes, vistas na atualidade como o “quarto bloco” da estrutura administrativa Estatal.

Ainda há aqui a sublinhar a figura da Administração aberta que se infere do artigo 17.º do CPA, na medida em que todas as pessoas têm o direito de acesso aos arquivos administrativos, mesmo quando nenhum procedimento que lhes diga diretamente respeito esteja em curso, sem prejuízo do disposto na lei em matérias concernentes à segurança interna e externa, à investigação criminal, ao sigilo fiscal e à privacidade das pessoas.

Todavia, a AP passa a ter a possibilidade de aproveitar atos nulos, isto é, os atos que não são produtores de efeitos jurídicos, havendo também que ressaltar o disposto no artigo 163.º do CPA, na medida em que lá se encontra estabelecido o regime da anulabilidade, mas, quando falamos em anulação, temos de nos questionar se está aqui vigente a anulação administrativa ou a anulação judicial, passando assim, este CPA a consagrar dois tipos de anulações no n.º 5 do seu artigo 163.º.

No entanto, agora, quando nos referimos à revogação por contrato, passamos a utilizar a expressão anulação...

É agora consagrado neste diploma legal um importante princípio que é o do aproveitamento do ato administrativo, mas não só! O atual CPA traz-nos algumas surpresas, na medida em que parece “divorciar-se” do modelo legal de influência francesa e “casar-se” com um modelo legal de influência anglo-saxónica, parece-nos, adotando desta forma os novos princípios gerais da boa administração (artigo 5.º do CPA) e da razoabilidade (artigo 8.º do CPA), perdendo assim o “Novo” CPA a sua simplicidade, cremos nós!

Outro aspeto a evidenciar é o que concerne à denominada “Conferência procedimental” (artigos 77.º e seguintes do CPA) que se destinam ao exercício em comum ou conjugado das competências de diversos órgãos da AP, visando a promoção da economicidade, da eficiência e a rapidez da atividade administrativa, na medida em que temos de demandar e citar todos, sob pena de “cairmos” em ilegitimidade... O prazo para a realização de tais conferências é de 60 dias, prorrogável por mais 30 (podendo, desta forma, o seu máximo atingir 90 dias), e, no seu decurso,

suspendem-se os prazos para conclusão dos procedimentos nos quais deveriam ser exercidos os variados atos envolvidos (cfr. o n.º 1 do artigo 81.º do “novo” CPA).

Falando ainda em dúvidas e dificuldades que este CPA nos traz, vamos ainda reportar o facto de o legislador nacional recorrer mais e mais à utilização dos tão conhecidos conceitos indeterminados/vagos/imprecisos, sendo de identificar neste âmbito os artigos 7.º, n.º 1, 8.º e 176.º, n.º 1, todos do atual CPA.

Em suma, há agora um acréscimo dos princípios gerais e a clarificação de outros princípios embutidos neste CPA. Inexiste um regime geral da caducidade dos atos administrativos. Mas, existem os chamados acordos endoprocedimentais (artigo 57.º), muito embora não se possa retirar a sua definição do “novo” CPA.

Depois desta breve reflexão, passaremos agora a desenvolver vários aspetos do presente diploma legal em análise, sendo de referir que este CPA de 2015 também aborda a figura do regulamento administrativo, sendo o regulamento administrativo a norma jurídica geral e abstrata que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, vise produzir efeitos jurídicos externos (artigo 135.º do CPA).

I. Principais mudanças do antigo CPA para o atual CPA

O artigo 3.º do atual CPA reporta-se ao princípio da legalidade e diz-nos o seguinte:

“1 – Os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins”.

“2 – Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados têm o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração”².

² Em relação à última parte do n.º 2 do artigo 3.º do CPA, parece-nos ser aplicável aqui o disposto nos artigos 2.º e 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterada pontualmente pela Lei n.º 31/2008, de 17 de junho). Neste sentido *vd.*, PATRÍCIA PINTO ALVES, *A Responsabilidade do Estado por Imposição de Sacrifício*, Bookline, Porto, 2014, pp. 145 e ss.

Os novos princípios gerais adotados pelo “novo” CPA, o da boa administração (artigo 5.º do CPA) e o da razoabilidade (artigo 8.º do CPA), levaram este diploma legal a perder a sua simplicidade.

Quanto ao princípio da boa administração em si, frisando FAUSTO DE QUADROS, este princípio “consta hoje de muitos códigos homólogos e já fazia falta no nosso CPA. Ele diz muito em poucas palavras, mas diz o que é evidente e devia ser redundante num Estado de Direito e em qualquer democracia estabilizada: ou seja, que a Administração Pública deve ser eficiente na prossecução do interesse público, deve reger-se por critérios de economicidade e deve agir com rapidez (...)”³.

Ora, ainda no mesmo seguimento, haverá boa administração nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º do CPA. O mesmo é dizer que esta AP deve pautar-se por três critérios que são a celeridade, a economicidade e a eficiência. Também a AP tem o dever de ser organizada de forma a promover a aproximação dos serviços das populações e de maneira não burocratizada.

Destacando FAUSTO DE QUADROS, prevendo uma ajuda à interpretação do estabelecido no artigo 5.º do CPA, “pelo lado da eficiência, ficam proibidas na actividade administrativa a culpa grave, o dolo, o erro indesculpável, a corrupção, assim como se impõe que na actividade administrativa os meios se adequem aos fins. Pelo lado da economicidade, está-se a dizer que a Administração tem de ser poupada ao gastar dinheiro dos contribuintes. Por celeridade, quer-se significar que o interesse público exige que a sua prossecução seja o mais rápida possível. O País não pode parar, ou andar devagar, porque a Administração Pública não decide ou decide lentamente”⁴. Estamos, aqui ao lado da crítica feita por VASCO PEREIRA DA SILVA, na medida em que, quando se fala em princípio da boa administração, parece-nos não existir no seu elenco uma cláusula aberta no que a direitos procedimentais diz res-

³ FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do projecto do CPA», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto 2013, p. 130, *apud* PEDRO CRUZ E SILVA, «Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Ética e Direito*, Tomo II, Ano de 2013, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas da EDUM, Braga, 2014, p. 126.

⁴ FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do projecto do CPA», *op.cit.*, p. 131, *apud* PEDRO CRUZ E SILVA, «Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», *op. cit.*, p. 127.

peito, parecendo-nos a sua escrita de cariz taxativo, na medida em que parece apenas abarcar o que está expresso no artigo 5.º do CPA por parte do legislador⁵.

Como nos relata PEDRO CRUZ E SILVA, “A verdade é que nos parece que, por todos os motivos já indicados, este artigo 5.º demonstra, principalmente em face da sua epígrafe – que muito prometia –, uma feição não só nada original, como bastante incompleta em razão daquilo que a boa administração exige. Sendo um bom princípio *guarda-chuva*, ideal para estar *aberto* em permanência (como título ou como capítulo) tememos que, em função do lugar e do conteúdo que o projecto lhe reservou, acabe por estar *fechado* na maior parte das ocasiões em que era necessário”⁶.

Em nosso entendimento, esta ideia da boa administração parece-nos deveras redutora e parece-nos reduzir a simplicidade que deveria ter sido atribuída, na nossa modesta opinião, ao “novo” CPA, trazendo-nos, desta feita, inúmeros problemas e dúvidas quanto à viabilidade prática da sua eventual aplicabilidade. Não nos parece, de todo, simplicista a sua adoção, mas o facto é que o legislador nacional adotou-o no seu artigo 5.º.

Ainda na terminologia principiológica, há neste “novo” CPA a formulação de princípios particulares ao nível da administração eletrónica a que se refere o disposto no artigo 14.º do CPA, de relevância essencial a partir do momento em que, nos termos do também recente artigo 61.º do mesmo diploma legal, se elege a eletrónica dos procedimentos como via preferencial de tramitação dos procedimentos administrativos, numa regra à qual acresce a previsão geral dos denominados “balcões únicos eletrónicos”, designação esta que nos parece um tanto desajustada, na medida em que existem vários balcões eletrónicos espalhados pelas diversas zonas do país *online*, logo não se deve utilizar, na nossa humilde opinião, a expressão “únicos”, gerando o CPA, assim, uma contradição entre o n.º 1 do artigo 62.º e o n.º 2 do artigo 62.º. Ainda neste contexto, importa realçar a importância que a assinatura eletrónica qualificada reveste aqui. Assim, passamos a ter uma espécie de registo e aviso de receção eletrónicos, passando a ser possível tais operações serem efetuadas eletronicamente, sendo que a assinatura eletrónica qualificada equivale agora à remessa por via postal registada.

⁵ Para mais desenvolvimentos, *vd.* VASCO PEREIRA DA SILVA, «Primeiro comentário acerca do projecto de revisão do CPA (a recordar um texto de Steinbeck)», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 101, setembro/outubro 2013, p. 86.

⁶ PEDRO CRUZ E SILVA, «Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», *op. cit.*, p. 136.

No entanto, e ainda informaticamente falando, a alínea *b*) do n.º 3 do artigo 63.º do CPA refere-se ao termo “assinatura digital certificada”, havendo inúmeras dúvidas quanto a esta expressão adotada por parte do legislador porque, nos demais diplomas legais existentes, fala-se em “assinatura eletrónica”, dado que este último é um conceito mais amplo, mas que o “novo” CPA não seguiu, e não percebemos por que razão... Porém, há uma garantia que deve ser sempre salvaguardada que é a preservação dos direitos e dignidade dos cidadãos, podendo ter-se aqui em conta a tão abordada, nos dias de hoje, “*privacy*”. A verdade é que nos parece que a e.procedimentalização veio para ficar, dado que temos oito plataformas eletrónicas a funcionar (cfr. os artigos 61.º, 62.º, 63.º, 112.º e 113.º todos do CPA).

Há, no atual CPA, a introdução de novos princípios que são também o princípio da responsabilidade plasmado no artigo 16.º, o princípio da administração aberta elencado no artigo 17.º, o princípio da proteção dos dados pessoais expresso no artigo 18.º e, por fim, o princípio da cooperação leal com a União Europeia elencado no artigo 19.º. Trata-se de princípios correspondentes às tendências da AP do nosso quotidiano, diplomas legais avulsos, mas, a nosso ver, de cariz fortemente positivo.

Parece-nos que um dos principais problemas que encontramos neste CPA está relacionado com as invalidades, mais propriamente com o regime legal da anulabilidade.

Doravante, é de mencionar que o regime da anulabilidade se encontra previsto no artigo 163.º do CPA e, no seu n.º 1, é-nos dada a sua definição. Desta forma, “são anuláveis os atos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou outras normas jurídicas aplicáveis, para cuja violação se não preveja outra sanção”. Por nossas palavras, ato anulável é o ato administrativo praticado com ofensa dos princípios ou outras normas jurídicas aplicáveis, para cuja violação se não preveja outra sanção que não a anulabilidade (artigo 163.º do CPA).

Parafraseando ISABEL CELESTE M. FONSECA: “quanto ao regime da anulabilidade e quanto à possibilidade de o juiz não reconhecer efeitos anulatórios ao acto anulável, acolhe-se aqui a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo (STA) sobre o aproveitamento do acto, que vale tanto para vícios formais como para outras situações contempladas no artigo 161.º, n.º 5, alíneas *a*), *c*) e *d*)”⁷.

⁷ Para mais desenvolvimentos, *vd.* ISABEL CELESTE M. FONSECA, «A revisão do Código do Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais) fracos», in *Anuário Publicista da Escola de*

Ora, o ato anulável é suscetível da produção de efeitos jurídicos, que podem ser destruídos com eficácia retroativa se o ato vier a ser anulado por decisão emanada pelos tribunais administrativos ou até pela AP. Tais atos podem ser impugnados perante a AP ou perante os órgãos jurisdicionais competentes, ou seja, os tribunais administrativos, mas sempre dentro dos prazos previstos na legislação. Tais atos podem ser anulados pela AP nos prazos legalmente previstos. Porém, e como em quase tudo, há exceções à regra, na medida em que não se produz o efeito anulatório quando estivermos perante as situações elencadas nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 5 do artigo 163.º do CPA.

Antes de passarmos à exposição de outro ponto que nada tem a ver com as invalidades, ainda vamos falar aqui do regime da nulidade previsto no artigo 162.º do CPA.

Ato nulo é o ato para o qual a lei comine expressamente a nulidade (artigo 161.º, n.º 1, do CPA). Em regra, a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado, podendo, a todo o tempo, ser conhecida por qualquer autoridade e declarada pelos tribunais administrativos com competência para a anulação. Porém, o que é dito em relação ao regime da nulidade não prejudica a hipótese de concessão de efeitos jurídicos a casos de facto que decorrem de atos nulos, em sintonia com os princípios da boa-fé, da proteção da confiança ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente associados ao decurso do tempo (n.º 3 do artigo 162.º do CPA). Nos termos do n.º 2 do artigo 164.º do CPA: “os atos nulos só podem ser objeto de reforma ou conversão”.

Um aspeto que nos parece deveras pertinente não esquecer de abordar é o que respeita à figura dos contratos públicos. Assim, citando LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, há aqui neste “novo” CPA “a manutenção da distinção entre contratos administrativos (sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo) e contratos submetidos a um regime de direito privado. Mantém-se neste particular a tradição portuguesa nesta matéria, tradição legislativa consolidada no Código do Procedimento Administrativo, que distinguia contrato administrativo de contrato de direito privado (pela negativa, na medida em que definia contrato administrativo e estabelecia o seu regime), parcialmente infirmada no ETAF de 2002-2004 com a sujeição à jurisdição administrativa dos contratos privados precedidos de um pro-

cedimento pré-contratual público, mas logo reconfirmada no artigo 1.º, n.º 6, do Código dos Contratos Públicos; mas também tradição jurisprudencial e doutrinal (assim MAGALHÃES COLAÇO, MELO MACHADO, MARQUES GUEDES, MARCELLO CAETANO, FREITAS DO AMARAL, SÉRVULO CORREIA, MARCELO REBELO DE SOUSA (numa primeira fase do seu pensamento), ORLANDO DE CARVALHO, PAZ FERREIRA, PAMPLONA CORTE REAL, FERREIRA DE ALMEIDA, entre muitos outros, sem que, contudo, existissem posições divergentes, das quais se destaca MARIA JOÃO ESTORNINHO, tendencialmente acompanhada em certo momento por VASCO PEREIRA DA SILVA e JOÃO CAUPERS e em parte por MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS), sustentando a proximidade entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado da administração, referindo-se preferencialmente a níveis de administratividade”⁸.

No entanto, achamos pertinente expor que existem contratos que, mesmo sendo qualificados como contratos de direito privado da Administração a nível do Direito interno, não podem deixar de se sujeitar de forma parcial a um regime de execução, regime este sujeito a limites de interesse público (a um regime parcialmente administrativo). Neste sentido, estamos de acordo com a posição defendida por MARIA JOÃO ESTORNINHO.

Ora, na verdade, há a existência de contratos que, mesmo sendo qualificados enquanto contratos de direito privado da AP dentro do direito interno, estes não podem deixar de se sujeitar de forma parcial a um regime de execução que está sujeito a limites de interesse público, estando desta feita sujeitos a um regime administrativo, embora que parcialmente.

Porém, não é o caminho acima enunciado aquele que o Projeto de Revisão do Código de Procedimento Administrativo adotou e vejamos, de seguida, os motivos. Em primeiro lugar, temos de ter em atenção o disposto no artigo 200.º, n.º 2, que passaremos a transcrever:

“No âmbito dos contratos sujeitos a um regime de direito privado são aplicáveis aos órgãos da Administração Pública as disposições do presente Código que concretizam preceitos constitucionais e os princípios gerais da atividade administrativa”.

⁸ LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, «Análise do projecto de revisão do CPA relativamente ao regime para os contratos da Administração Pública», in ICJP (Instituto de Ciências Jurídico-Políticas), fevereiro 2014, pp. 1 e 2. *Vd.*, também <http://www.icjp.pt/debate/4268/4418>.

Este n.º 2 do artigo 200.º do atual CPA remete-nos para o artigo 2.º, n.º 4, do mesmo diploma legal. Doravante, não tem uma menção relativa ao princípio da concorrência, o que nos leva a crer, na nossa humilde opinião, que há aqui uma lacuna na lei neste sentido.

Nas palavras de LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, “Releve-se, contudo, que a separação entre as figuras contratuais era mandato do qual o Projecto de Revisão do Código de Procedimento Administrativo não se pode afastar, por constar da alínea v) do artigo 2.º da Proposta de Lei de Autorização Legislativa (a manter-se sem alteração) o seguinte «*Definir o regime geral dos contratos administrativos celebrados pelos órgãos da Administração Pública, incluindo os contratos sujeitos a um regime de direito privado*», embora fosse possível modelar o regime dos contratos de direito privado, sem criar uma terceira figura, de forma a acomodar as preocupações relativas à necessidade de sujeitar a execução desses contratos, parcialmente, a regimes de direito administrativo”⁹.

O denominado Código dos Contratos Públicos (CCP) já não nos dá uma definição expressa do que é um contrato administrativo, sendo que deixou ainda de constar, em termos doutrinários, em parte, um elenco dos ditos contratos administrativos, na medida em que, na nossa modesta opinião, a Parte III do CCP somente se aplica aos contratos lá indicados, contratos tais que revistam, por direito próprio, a natureza de contrato administrativo. Ora, refere-se, neste prisma ideológico, aos contratos que preencham os demais critérios do artigo 1.º, n.º 6, do já referido CCP. Desta forma, conclui-se que o CCP não elencou exemplificativamente os contratos administrativos e o CPA não tomou proveito do ensejo legislativo para reintroduzir tal elenco correspondente à tradição histórica nacional, muito embora oscilando entre os dois tipos de elencos, ou seja, o taxativo e o exemplificativo.

Assim, há apenas uma singela remissão por parte do Projeto do Código de Procedimento Administrativo para o artigo 198.º, n.º 2, para os contratos públicos, cuja classificação está prevista no CCP ou em legislação avulsa.

No que respeita aos procedimentos pré-contratuais, realçamos aqui o facto de não haver um afastamento da regra do concurso público, a nosso ver, na medida em que se deve aplicar o regime do CCP a todos os contratos cujo objeto englobe prestações que estejam, ou sejam suscetíveis de estar, submetidas à concorrência de

⁹ LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, «Análise do projecto de revisão do CPA relativamente ao regime para os contratos da Administração Pública», *op. cit.*, p. 3.

mercado, isto é, o n.º 1 do artigo 199.º do Projeto não se limita a proteger a aplicação do CCP e de legislação especial que preveja exigências concursais, mas alarga o âmbito de aplicação do CCP a todos os contratos submetidos à livre concorrência mercantil. Estamos com LOURENÇO VILHENA DE FREITAS¹⁰, na medida em que, no nosso entendimento, concordamos que se trata de uma interpretação em conformidade com o princípio da concorrência, tendo o devido respeito pela CRP e respeitando o Direito da União Europeia, de que Portugal é Estado-Membro.

Tendo em conta as matérias *supra* expostas, podemos ter situações em que o CCP se aplique por remissão a casos em que, em relação a contratos da Administração paritária, não seja de se aplicar, por não estarem abarcados no âmbito de aplicação do CPA, trazendo-nos aqui alguns obstáculos a serem decifrados, cremos nós...

II. A definição ampla de ato administrativo no novo CPA

Em nosso entendimento, ato administrativo é a decisão que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, vise produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta (artigo 148.º do CPA).

Importa enaltecer que a grande mudança que há aqui neste novo conceito de ato administrativo não é no efeito externo, a verdadeira alteração é que esse efeito dito externo pode ser, nos dias que correm, introduzido por qualquer entidade.

Como o Professor LICÍNIO LOPES MARTINS¹¹ defende, e com quem concordamos, vigora aqui no artigo 148.º do CPA “um princípio de indiferenciação”, levando-nos assim a pensar que, à partida, tal facto nos gera consequências ao nível de sabermos se será a última palavra a da AP. Achamos, assim, na nossa opinião, que, à partida, o ato administrativo será administrativo e impugnável, remetendo o artigo 148.º do CPA para o artigo 2.º.

¹⁰ Para mais desenvolvimento, *vd.* LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, «Análise do projecto de revisão do CPA relativamente ao regime para os contratos da Administração Pública», *op. cit.*, pp. 5-6.

¹¹ LICÍNIO LOPES MARTINS, opinião sua formulada na conferência realizada pelo NEDip no “II Curso Breve de Atualização do CPA”, realizada no dia 6 de maio, no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados Portugueses.

III. A revogação administrativa e a revogação anulatória: *afinal em que consistem?*

Antes de mais, iremos diferenciar as figuras da revogação administrativa da revogação anulatória, explicitando as principais diferenças entre estas duas figuras jurídicas, assim como enquadrando-as legalmente no “novo” CPA.

Relativamente à figura da revogação anulatória, também denominada por anulação administrativa, o n.º 2 do artigo 165.º do “novo” CPA dá-nos a sua noção. Assim, anulação administrativa é “o ato administrativo que determina a destruição dos efeitos de outro ato, com fundamento em invalidade”. Por sua vez, e nos termos do n.º 1 do artigo 165.º do CPA, a revogação administrativa é “o ato administrativo que determina a cessação dos efeitos de outro ato, por razões de mérito, conveniência ou oportunidade”.

Todavia, a figura da revogação anulatória no “novo” CPA representa uma importante inovação introduzida pelo nosso legislador, na medida em que esta figura é quase que uma novidade no diploma anterior em relação ao CPA de 1991.

No entanto, na Seção IV do Capítulo II do atual CPA, mais propriamente nos artigos 165.º a 174.º, são desenvolvidas as figuras da anulação administração e da revogação administrativa convenientemente, em nosso entendimento, as quais passaremos de seguida a explicar.

Neste contexto legislativo atual, e uma vez que já nos referimos às noções das duas figuras jurídicas em análise, passaremos a retratar aqui o objeto de ambas. Deste modo, importa transcrever o disposto no n.º 1 do artigo 166.º do atual CPA, referindo-se o mesmo, com as necessárias adaptações, às figuras da revogação administração e da anulação administrativa. Assim:

Artigo 166.º do atual CPA:

“1 – Não são suscetíveis de revogação nem de anulação administrativas:

- a) *Os atos nulos;*
- b) *Os atos anulados contenciosamente;*
- c) *Os atos revogados com eficácia retroativa”.*

Importa salientar ainda o facto de que, em relação aos atos cujos efeitos tenham padecido de caducidade ou se encontrem esgotados, apenas há a possibilidade dos mesmos serem objeto de revogação anulatória ou de revogação administrativa, desde que tenham eficácia retroativa.

MARCO CALDEIRA defende que “só os actos que sejam ilegais – mas que sejam meramente anuláveis, isto é, que não incorram numa das ilegalidades *taxativamente* previstas no artigo 161.º do CPA e que, portanto, determinem a sua nulidade – e que ainda se mantenham em vigor no ordenamento jurídico podem vir a ser objecto de anulação administrativa, com vista à destruição dos seus efeitos. Passe a aparente redundância, a *anulação* apenas pode incidir sobre actos *anuláveis*, e não sobre actos *nulos*”¹².

Apesar de a anulabilidade ser tida como desvalor-regra, situações há no atual CPA que nos deixam algumas dúvidas, na medida em que no n.º 5 do artigo 163.º é-nos relatado:

“5 – Não se produz o efeito anulatório quando:

a) *O conteúdo do ato anulável não possa ser outro, por o ato ser de conteúdo vinculado ou a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível;*

b) *O fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via;*

c) *Se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo”.*

Ademais, nada no atual CPA nos remete para o facto de estarmos perante normas apenas aplicáveis pelo juiz administrativo no citado artigo 163.º do mesmo diploma legal. Como sugere MARCO CALDEIRA, citando RUI CHANCERELLE DE MACHETE, “Por outro lado, e contrariamente ao que tantas vezes é afirmado na jurisprudência, o princípio de aproveitamento do acto “[n]ão é um princípio processual”¹³.

Um aspeto deveras relevante a ser aqui exposto é o da legitimidade e competência relativamente aos atos administrativos que podem ser objeto de revogação administrativa e de revogação anulatória (ou anulação administrativa).

¹² MARCO CALDEIRA, «A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015», in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), Lisboa, 2015, pp. 650-651.

¹³ RUI CHANCERELLE DE MACHETE, «A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da Justiça Administrativa Portuguesa», in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 876, *apud* MARCO CALDEIRA, «A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015», *op. cit.*, p. 653.

Porém, o artigo 169.º, n.º 1, do CPA refere-se à legitimidade, sendo que há legitimidade para o efeito *supra* mencionado por parte dos órgãos competentes, ou a pedido dos interessados, através dos meios da reclamação (cfr. o artigo 191.º e os artigos 184.º e seguintes) ou recurso administrativo (cfr. o artigo 193.º e os artigos 184.º e seguintes). Quanto à competência, esta está patente nos n.ºs 2, 3, 4 e 5 do artigo 169.º do atual CPA.

O artigo 170.º deste CPA refere-se à forma e formalidades, sendo que, em regra, o ato de revogação administrativa ou revogação anulatória deve revestir a forma legalmente prescrita para o ato administrativo revogado ou anulado.

Relativamente à tempestividade, achamos que o legislador estabelece prazos demasiado longos neste novo CPA, no que respeita à revogação anulatória (anulação administrativa), e refere-os no seu artigo 168.º:

“1 – Os atos administrativos podem ser objeto de anulação administrativa no prazo de seis meses, a contar da data do conhecimento pelo órgão competente da causa de invalidade, ou, nos casos de invalidade resultante de erro do agente, desde o momento da cessação do erro, em qualquer dos casos desde que não tenham decorrido cinco anos, a contar da respetiva emissão.

2 – Salvo nos casos previstos nos números seguintes, os atos constitutivos de direitos só podem ser objeto de anulação administrativa dentro do prazo de um ano, a contar da data da respetiva emissão.

(...)

4 – Salvo se a lei ou o direito da União Europeia prescreverem prazo diferente, os atos constitutivos de direitos podem ser objeto de anulação administrativa no prazo de cinco anos, a contar da data da respetiva emissão, nas seguintes circunstâncias:

a) Quando o respetivo beneficiário tenha utilizado artifício fraudulento com vista à obtenção da sua prática;

b) Apenas com eficácia para o futuro, quando se trate de atos constitutivos de direitos à obtenção de prestações periódicas, no âmbito de uma relação continuada;

c) Quando se trate de atos constitutivos de direitos de conteúdo pecuniário cuja legalidade, nos termos da legislação aplicável, possa ser objeto de fiscalização administrativa para além do prazo de um ano, com imposição do dever de restituição das quantias indevidamente auferidas”.

Por fim, o artigo 167.º do atual CPA indica os condicionalismos aplicáveis à figura jurídica da revogação administrativa, explicitando que os atos administrativos não podem ser revogados quando a sua irrevogabilidade resulte de vinculação legal, ou então, nas situações em que deles resultem, para a AP, deveres legais ou direitos irrenunciáveis.

Importância carismática, na nossa modesta opinião, reveste a alínea c) do n.º 2 do *supra* mencionado artigo 167.º porque, tendo em consideração o exposto nesta alínea deste n.º 2, os atos constitutivos de direitos apenas são suscetíveis de revogação administrativa com fundamento na superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou em alteração objetiva das circunstâncias de facto, em face das quais, num ou noutro caso, não poderiam ter sido exercidas. Esta alínea c) remete-nos para o disposto no n.º 5 deste artigo 167.º do CPA, de 8 de abril de 2015. Explicitando o teor deste n.º 5 do “novo” CPA:

“(…)

5 – *Na situação prevista na alínea c) do n.º 2, os beneficiários de boa-fé do ato revogado têm direito a ser indemnizados, nos termos do regime geral aplicável às situações de indemnização pelo sacrifício, mas quando a afetação do direito, pela sua gravidade ou intensidade, elimine ou restrinja o conteúdo essencial desse direito, o beneficiário de boa-fé do ato revogado tem direito a uma indemnização correspondente ao valor económico do direito eliminado ou da parte do direito que tiver sido restringida”.*

A nosso ver, na primeira parte do n.º 5 do artigo 167.º do atual CPA *supra* transcrita, estamos perante uma situação de aplicação do artigo 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (RRCEE), Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterada pontualmente pela Lei 31/2008, de 17 de junho, que nos remete para o artigo 2.º do RRCEE.

Contudo, é de expor que, quando falamos no artigo 16.º do RRCEE, em nosso entendimento, estamos perante casos de Responsabilidade do Estado por Imposição de Sacrifício, Responsabilidade esta objetiva por atos lícitos, e que se baseia num princípio de justa repartição dos encargos públicos, princípio este com emanção constitucional nos artigos 2.º, 13.º e 18.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Para estarmos perante este tipo de Responsabilidade Extracontratual do Estado, terá de haver a existência de danos especiais e anormais, sendo que o artigo 2.º do RRCEE nos dá a noção dos mesmos, considerando-se especiais

os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, mas sem nunca afetarem a generalidade da comunidade; por sua vez, danos anormais podem ser definidos como os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam a tutela do direito, pela sua gravidade inerente. Este tipo de responsabilidade *supra* mencionada não tem o seu fundamento no artigo 22.º da CRP¹⁴.

Por fim, e para não nos alargarmos muito na exposição, visto que muitos aspetos ainda há a ser desenvolvidos e pormenorizados, quem sabe, em estudos futuros, não podemos deixar de fazer alusão ao artigo 171.º do atual CPA, artigo este que se refere aos efeitos. A regra aqui é a de que a revogação só produz efeitos para o futuro, podendo, contudo, o autor da revogação, no próprio ato, conceder-lhe eficácia retroativa quando esta seja favorável aos interessados ou quando estes manifestem acordo de forma expressa com a retroatividade e não estejam em causa direitos ou interesses indisponíveis. Todavia, a revogação de um ato revogatório apenas produz efeitos repristinatórios se a lei ou o ato de revogação administrativa o determinem expressamente neste sentido.

No que concerne à anulação administrativa (revogação anulatória), em regra, produz efeitos retroativos, mas o autor da anulação pode, na própria decisão, conferir-lhe eficácia para o futuro, quando o ato se tenha tornado inimpugnável por via jurisdicional. Também não podemos deixar de exprimir que a revogação anulatória produz efeitos repristinatórios e, nas situações em que tenha por objeto a anulação de um ato revogatório, só não determina a repristinação do ato revogado se a lei ou o ato de anulação o dispuserem expressamente neste sentido.

Nos termos do n.º 1 do artigo 172.º do atual CPA, parece-nos estar aqui inerente a aplicação, por parte da AP, da figura da reconstituição da situação atual hipotética, isto no que se refere à primeira parte no n.º 1 deste preceito e em relação à figura jurídica da revogação anulatória.

¹⁴ Para mais desenvolvimentos, *vd.* PATRÍCIA PINTO ALVES, *A Responsabilidade do Estado por Imposição de Sacrifício*, *op. cit.*, pp. 152 e ss.

IV. Algumas considerações finais

0. Com o CPA de 8 de abril de 2015, verifica-se o fim do indeferimento tácito;

1. O legislador português nacional anuncia que se cria uma nova tipologia das reclamações e dos recursos, no preâmbulo do atual CPA, o que nos parece uma posição manifestamente exacerbada;

2. Nos termos dos artigos 184.º e seguintes do “novo” CPA, estabelece o legislador um princípio geral da reação aos atos administrativos que não sejam benéficos aos seus exercícios e aos seus direitos;

3. Nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 184.º do CPA, quer as reclamações, quer os recursos se realizam por meio de requerimento;

4. Manutenção dos ditos recursos especiais: o recurso hierárquico em sentido especial e o recurso tutelar;

5. Nos termos dos n.ºs 2 e 3 do diploma preambular, qualquer que seja o prazo que esteja previsto em legislação especial, nunca pode ser inferior a 10 dias;

6. O artigo 86.º do “novo” CPA estabelece a regra geral do prazo, sendo que o prazo a praticar pelos órgãos administrativos é de 10 dias;

7. As alíneas *c* e *d*) do artigo 87.º do atual CPA trazem-nos especificidades, na medida em que:

“*c*) O prazo fixado suspende-se nos sábados, domingos e feriados”;

“*d*) Na contagem dos prazos legalmente fixados em mais de seis meses, incluem-se os sábados, domingos e feriados”.

8. As garantias administrativas necessárias têm obrigatoriamente de produzir um efeito suspensivo, ou seja, o efeito não pode ser meramente devolutivo;

9. A omissão de pronúncia ilegal pode ter um quadro de reação que é a condenação à prática de ato legalmente devido;

10. No que concerne à notificação, esta pode ser feita por carta registada, por telefax eletrónico, quando o particular der o seu consentimento, excetuando os casos das pessoas coletivas porque, quanto a estas, tal consentimento não é preciso; uma novidade, cremos nós, neste aspeto, que a mesma pode agora ser feita pelo telefone, tendo de ser confirmada por carta registada, sendo o seu prazo o do dia em que ocorreu a chamada telefónica (artigos 112.º e seguintes do CPA).

Bibliografia sucinta

- FAUSTO DE QUADROS, «As principais inovações do projecto do CPA», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto 2013.
- ISABEL CELESTE M. FONSECA, «A revisão do Código do Procedimento Administrativo: pontos (mais) fortes e pontos (mais) fracos», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Ética e Direito*, Tomo II, Ano de 2013, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas da EDUM, Braga, 2014.
- LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, «Análise do projecto de revisão do CPA relativamente ao regime para os contratos da Administração Pública», in *ICJP (Instituto de Ciências Jurídico-Políticas)*, fevereiro de 2014.
- MARCO CALDEIRA, «A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015», in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), Lisboa, 2015.
- PATRÍCIA PINTO ALVES, *A Responsabilidade do Estado por Imposição de Sacrifício*, Bookline, Porto, 2014.
- PEDRO CRUZ E SILVA, «Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», in *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Ética e Direito*, Tomo II, Ano de 2013, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas da EDUM, Braga, 2014.
- VASCO PEREIRA DA SILVA, «Primeiro comentário acerca do projecto de revisão do CPA (a recordar um texto de Steinbeck)», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 101, setembro/outubro 2013.

Universo subjetivo de aplicação do Código do Procedimento Administrativo*

Pedro Cruz e Silva**

Entrando, diretamente, no tema da nossa comunicação, parece-nos relevante, desde já, enquadrar ou definir o seu objeto, isto é, falaremos de quê ou sobre o quê. Ora, sublinhando a dimensão subjetiva do tema que nos foi proposto, queremos deixar-vos algumas curtas palavras sobre as entidades às quais o Código se dedica, ou, talvez em melhores palavras, as entidades que estão obrigadas ao cumprimento das regras normativas estabelecidas neste Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

O artigo desta lei que, mais concretamente, aponta ao tema é, como sabemos, o artigo 2.º do seu Anexo, cuja epígrafe, simbolicamente, se cristaliza como “*âmbito de aplicação*”. Curiosamente, o âmbito de aplicação do ainda sobrevivente Código do Procedimento Administrativo de 1991, também consta do seu artigo 2.º. Parece-nos, por isso, que é de aproveitar a força própria da simbologia e, a partir daqui, fazer uma análise comparativa entre estes dois “âmbitos de aplicação”, se a expressão nos é consentida. Não o faremos por motivos puramente simbólicos ou, até, estéticos ou plásticos, mas sim porque esta análise comparativa das soluções previstas nestes dois diplomas nos dirá, estamos em crer, muito mais sobre o sentido e o alcance da norma do artigo 2.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, do que uma reflexão, a frio e desligada do seu contexto histórico-jurídico, desta mesma norma.

O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, em matéria de âmbito de aplicação subjetivo, apontava claramente numa direção: o âmbito de aplicação das disposições do Código do Procedimento Administrativo abrange todos os órgãos da Administração Pública que estabeleçam relações com os particulares, no desempenho da sua atividade de gestão pública. O que significa, do ponto

* O presente artigo corresponde, sem qualquer modificação, ao texto que serviu de base à nossa intervenção, a 4 de março de 2015, no Curso sobre o Novo Código do Procedimento Administrativo, decorrido na Biblioteca Lúcio Craveiro da Silva, em Braga, com coordenação científica da Senhora Professora Doutora ISABEL CELESTE FONSECA.

** Assistente Convidado da Escola de Direito da Universidade do Minho.

de vista sistémico ou puramente de princípio, que, aos órgãos da Administração Pública, são aplicáveis todas as disposições de todo o Código (na medida em que não se abre nenhuma exceção), desde que, por um lado, esteja em causa uma relação (procedimental) com particulares e, por outro lado, a Administração Pública exerça a sua atividade ao abrigo de normas de direito administrativo. Já a atividade da Administração Pública que fosse meramente técnica (ou seja, não jurídica) ou de gestão privada, essa apenas estaria comprometida com o cumprimento dos princípios gerais estabelecidos no mesmo Código.

Em concretização destes postulados, o n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, vincava, como todos seguramente saberão, que *“as disposições deste Código aplicam-se a todos os órgãos da Administração Pública que, no desempenho da atividade administrativa de gestão pública, estabeleçam relações com os particulares, bem como aos atos em matéria administrativa praticados pelos órgãos do Estado que, embora não integrados na Administração Pública, desenvolvam funções materialmente administrativas”*.

Tal vem a significar, como a experiência significativamente nos demonstrou, que determinada entidade estava obrigada a lançar mão de um exemplar do Código do Procedimento Administrativo e cumprir as suas boas regras jurídicas de conduta (e todas as suas boas regras jurídicas de conduta), desde que, cumulativamente, se preparasse para atuar no âmbito da sua atividade de gestão pública e, ao mesmo tempo, se relacionasse com particulares. Nunca foi tarefa isenta de dificuldades saber, desde logo, o que inequivocamente significaria *“gestão pública”*. De acordo com a melhor jurisprudência, entre outra, a do Tribunal de Conflitos, combinada com a mais consolidada doutrina nacional, podemos avançar que *“gestão pública”* se traduz naquela atividade exercitada com base em normas de direito administrativo, a que deve acrescer a precisão de se tratar de uma atividade que, para além deste segmento, se mostre vocacionada para o exercício de um dos tipos típicos do exercício administrativo, ou seja, traduzida à prática (formação, manifestação ou execução) de atos, regulamentos ou contratos administrativos. É, pois, a combinação destes dois elementos ou segmentos que melhor identifica o que seja *“gestão pública”*. Muito relevante é, também, a exigência de um relacionamento administrativo com particulares. Por um lado, estes particulares sempre foram todos aqueles que, no Capítulo II da Parte II deste Código do Procedimento Administrativo, eram reconhecidos como *“os interessados”*, naquele sentido em que, pessoas singulares

ou coletivas, tanto teriam o direito de intervir pessoalmente no procedimento administrativo, por si ou por seu representante (artigo 52.º), como naquele outro sentido em que teriam legitimidade para iniciar ou para intervir num procedimento administrativo, como titulares de direitos subjetivos ou de interesses legalmente protegidos (sem prejuízo da proteção dos interesses difusos) (artigo 53.º). Por outro lado, esta noção amplíssima de particulares mostrou-se, desde o início, apta a nela incluir, também, outras entidades públicas que, no contexto daquele procedimento administrativo, se pudessem configurar como “administrados”, o que valeu por aqui incluir as relações interadministrativas ou público-públicas.

De toda a forma, e como já vimos, são também obrigados ao cumprimento de todo o Código do Procedimento Administrativo todos os órgãos do Estado não integrados na Administração Pública aquando do exercício de atos em matéria administrativa. Estamos, aqui, a falar desse conjunto de órgãos ou poderes do Estado que, tendo como vocação principal o exercício de uma atividade legislativa, política ou judicial, acabam por, em determinados contextos, exercer funções materialmente administrativas, como é o caso do Presidente da República, da Assembleia da República ou do seu Presidente, dos Tribunais ou dos Conselhos Superiores de Magistratura ou do Ministério Público. Foi também entendido que aqui caberiam os órgãos das entidades administrativas independentes (nessa fase dogmaticamente reconhecidas como “órgãos administrativos independentes do Estado”), na medida em que, como se pretendia à data, era necessário fechar o círculo da sujeição de todos os poderes do Estado materialmente administrativos ou com funções (principais ou acessórias) administrativas à lei e ao direito do procedimento administrativo.

Ainda tributário desta ideia de forçar ao cumprimento de toda a disciplina de todo o Código às entidades que integrassem o perímetro das funções materialmente administrativas, o artigo 2.º consagrava expressamente que:

a) Os órgãos da Administração Pública reconhecidos, à data, pelo legislador seriam os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas que exerçam funções administrativas; os órgãos dos institutos públicos e das associações públicas; e os órgãos das autarquias locais e suas associações e federações.

b) Por outro lado, estavam também sujeitos a todas as disposições do Código os atos de autoridade que fossem praticados pelas entidades concessionárias. Neste ponto, haveria a sublinhar que (*ponto um*) quando quaisquer entidades se prevalessem de regimes de autoridades face a terceiros (não apenas os atos, mas também

a emissão de regulamentos ou a execução de contratos), estariam forçadas ao cumprimento global das regras normativas do Código, como se de uma entidade integrada na Administração Pública tradicional se tratasse; (*ponto dois*) por “concessionárias” se deveria entender todos aqueles casos em que, por virtude de qualquer título, entidades privadas são chamadas a exercer, perante terceiros, prerrogativas ou poderes similares aos entes públicos.

Ainda incluídos na disciplina do Código estavam as entidades particulares de interesse público, mas, neste caso, apenas quando lei especial o viesse a prever, o que significou que a norma do n.º 4 do artigo 2.º, sendo norma habilitante, não era norma suficiente para o provocar.

No cumprimento do estabelecido no seu próprio preâmbulo, o n.º 5 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 15 de novembro (aqui com a numeração oferecida pela reforma de 1996), também vinha estabelecer que os princípios gerais da atividade administrativa previstos no Código, bem como as normas que concretizam preceitos constitucionais, são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, sublinhando-se que tal é especialmente válido quando se trate da sua atividade técnica (ou seja, não juridicamente orientada em primeira instância) ou de gestão privada (isto é, no cumprimento de normas de raiz no Direito Privado). Como a boa doutrina se encarregou de fazer sobressair, esta norma, sendo imprescindível no quadro da criação de uma Administração Pública típica de um Estado de Direito democrático e constitucional (de facto, não é admissível que haja franjas de atividade administrativa ou de atividade levada a cabo por entidades pertencentes à Administração Pública que escape ao Direito e, em especial, às traves mestras do ordenamento jurídico-administrativo, como são, notoriamente, os seus princípios), acaba por dizer, por um lado, menos do que devia e, por outro lado, mais do que devia. Diz menos do que devia porque não dissipa as dúvidas sobre se os princípios gerais da atividade administrativa são aplicáveis apenas aos órgãos da Administração Pública tradicional ou se devem ser, também, aplicados aos órgãos que exerçam funções administrativas, mas que não estejam abrangidos por este perímetro, principalmente nos casos em que exerçam a sua atividade nos domínios da técnica ou da gestão privada. Diz mais do que devia porque há várias circunstâncias em que a concretização dos preceitos constitucionais só se pode fazer ao abrigo da atividade de gestão pública tal como antes a definimos (pense-se, por exemplo, no dever de

fundamentação expressa dos atos administrativos – artigo 124.º – ou nas regras de eficácia dos atos constitutivos de deveres ou de encargos para os particulares – artigo 132.º).

De uma forma esquemática, poderemos, então, dizer que o Código do Procedimento Administrativo se aplicava, tendencialmente, todo e em todas as suas partes a quem?

(i) Aos órgãos da Administração identificados no n.º 2 do artigo 2.º (Estado e Regiões, institutos públicos e associações públicas, autarquias locais e suas associações e federações);

(ii) Aos órgãos do Estado que, não constando deste elenco, exerçam funções administrativas, de gestão pública, no âmbito de um relacionamento com particulares;

(iii) Aos órgãos administrativos que não pertençam à Administração Pública, na medida em que se inserem noutras funções do Estado, quando pratiquem atos materialmente administrativos;

(iv) Aos concessionários, aquando do exercício de poderes de autoridade;

(v) Às instituições particulares de interesse público, quando lei especial o preveja.

Já os seus princípios gerais, bem como as normas que concretizavam preceitos constitucionais, para além, naturalmente, de se aplicarem a este catálogo de sujeitos, deviam, ainda, aplicar-se à atuação técnica ou privada da Administração Pública.

Ora, saltando, de imediato, para o texto da norma contido no artigo 2.º agora do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, constatamos que, pelo menos quanto à forma, há significativas diferenças, muito embora talvez menos quanto ao conteúdo e quanto aos resultados práticos que se possam extrair, por interpretação, desta mesma norma.

Registe-se, de antemão, que a definição do âmbito subjetivo de aplicação respeita, integralmente (*dir-se-ia, palavra por palavra*) o teor constante das alíneas *a)*, *b)* e *c)* do artigo 2.º da Lei n.º 42/2014, de 11 de julho, que é, como sabemos, a lei de autorização ao Governo para a aprovação do “novo” (e “novo” é a expressão da lei) Código do Procedimento Administrativo.

Regressando, portanto, ao decreto-lei que nos ocupa, o Decreto-Lei n.º 4/2015, dir-se-á que a única formulação que se mantém intacta é a que, agora, consta do n.º 3 do artigo 2.º, nos termos do qual “*os princípios gerais da atividade administrativa e as disposições do presente Código que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada*”. Com exceção da primeira parte da norma (na qual a troca de palavras não parece conter qualquer modificação substancial), trata-se da mera transcrição (o que é particularmente visível na segunda parte da norma), também aqui *palavra por palavra*, do n.º 5 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 15 de novembro. Preserva-se, assim, o essencial: e o essencial é que não há qualquer franja de atividade administrativa (ainda que não subordinada a normas de direito administrativo) que fique à margem da lei e do direito e que, em consequência, todas as formas de atividade de um órgão ou agente integrado na Administração Pública estarão, necessariamente e sempre, cobertas pelos, pelo menos, princípios gerais contidos neste Código. Trata-se, no fundo, da preservação, realizada em tom impressivo, desse ideal da subordinação da Administração Pública à lei e à juridicidade pública, ainda que apenas (o que já não quer dizer pouco) aos seus princípios jurídicos basilares. É merecedor de crítica, todavia, a forma aparentemente pouco refletida como o legislador se limitou a transcrever para o novo Código o texto de uma norma que já tinha merecido críticas dogmáticas, em especial no que toca à parte das disposições que concretizam preceitos constitucionais. Continua a não ser fácil compreender o sentido e o alcance deste segmento, o que levou o Senhor Professor PEDRO COSTA GONÇALVES, então a propósito do texto do anteprojeto de revisão deste Código do Procedimento Administrativo, a qualificá-lo como uma enigmática fórmula, para, logo de seguida, acrescentar: “*diga-se que não alcanço, nem na versão projetada, nem tão-pouco no Código em vigor, disposições que concretizem preceitos constitucionais que conheçam um potencial de aplicação fora do quadro do desempenho da atividade administrativa ou do exercício de poderes administrativos de autoridade*”¹.

¹ PEDRO COSTA GONÇALVES, «Âmbito de aplicação do Código do Procedimento Administrativo (na versão do anteprojeto de revisão)», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto de 2013.

Por outro lado, e ainda em matéria de semelhanças de forma, ou de linguagem técnico-legislativa, com o Código anterior, também no novo Código se traça um catálogo do que seja a tipificação da Administração Pública. Com uma diferença, desde logo à partida: se no Código do Procedimento Administrativo de 1991 se falava, quanto ao âmbito subjetivo de aplicação e como vimos, apenas de órgãos administrativos, agora, no n.º 4 do artigo 2.º, refere-se, tendencialmente, a pessoas coletivas! Talvez seja uma aproximação às regras do processo (judicial) administrativo, nos termos das quais todas as imputações de efeitos se fazem em relação às pessoas coletivas e não aos seus órgãos. O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, não faz, a este propósito específico, qualquer esclarecimento, limitando-se a referir que *“enunciam-se, no n.º 4, as entidades que, para este efeito, integram a Administração Pública, acrescentando-se, na nova alínea c), ao elenco que já constava da redação do anterior n.º 2 do mesmo artigo, as entidades administrativas independentes. Trata-se, apenas, de uma precisão, que desfaz eventuais dúvidas sobre a pertença destas entidades à Administração Pública, em sentido objetivo”*. Ora, esta apreciação que é feita pelo próprio legislador merece alguns, ainda que muito sintéticos, comentários. O primeiro para referir o seguinte: se a confessa intenção do legislador foi a de tipificar um conjunto de entidades que devem ser entendidas como Administração Pública, e se, por natureza e tradição jurídica, entidades equivalem a entes, no sentido de pessoas coletivas, merece reparo que a primeira alínea deste n.º 4 do artigo 2.º se refira, afinal, a “órgãos”, ao passo que as demais se referem, essas sim, a pessoas coletivas. Pensamos que haveria algo a ganhar em manter um critério uniforme e se a intenção do legislador era salvaguardar que o Código apenas se aplica, como é natural, ao Estado e às regiões autónomas (que são entidades plurifuncionais, naquele sentido em que, constitucionalmente desde logo, albergam a função política, legislativa e administrativa) aquando do seu exercício da função administrativa, nada impedia que o texto da alínea a) do n.º 4 do artigo 2.º fosse: *“o Estado e as regiões autónomas, aquando do exercício da sua função administrativa e a título principal”*. Estabelecer-se-ia, assim, um critério estatutário, em linha com o demais previsto nas seguintes alíneas do mesmo n.º 4 do artigo 2.º, que seria, naturalmente, complementado com o disposto no n.º 1 do mesmo artigo 2.º, designadamente na parte em que este explicitaria o que seria a função administrativa. Por outro lado, repete-se a aplicação do Código às autarquias locais e às suas associações, bem como às federações de autarquias locais, referência que, como vimos, já vinha estabelecida no Código

de 1991. No que toca ao segmento das federações de autarquias locais, haverá, por certo, uma ligeira distração do legislador: sendo uma figura reconhecida constitucionalmente desde a versão originária de 1976 (que, de resto, tem tido residual aplicação prática), a federação só está disponível para a autarquia local “município” – artigo 253.º da Constituição –, sendo que a freguesia apenas pode constituir, com outras, associações – artigo 247.º da Constituição. Também a inclusão das “entidades administrativas independentes” não se mostra isenta de reparos: se é verdade que se pretendeu deixar claro aquilo que, na versão anterior do Código do Procedimento Administrativo, estaria eventualmente enevoadado, por outro lado, é pacificamente reconhecido que há de incluir-se na categoria de “administração independente” algumas instâncias que detêm a natureza de órgãos e que, por isso, não são “entidades” propriamente ditas; nesse sentido, estariam abrangidos pela alínea *a*) do mesmo n.º 4, como órgãos do Estado (que é, na verdade, aquilo que, muitas vezes, realmente são), o que prejudica a sua autonomização. De resto, a compatibilização do regime jurídico das entidades administrativas independentes, constante de lei-quadro própria (a Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto) com o novo Código do Procedimento Administrativo não poderá prescindir, em algumas circunstâncias, da indispensável dose de flexibilidade, inteligência e pragmatismo, na medida em que, pelo menos alguns aspetos relacionados com a atividade dessas entidades (refiro-me, por exemplo, a poderes normativos, regulamentares ou de aconselhamento ao mercado e aos setores regulados, típicos da *soft law* comumente produzida pelas entidades administrativas independentes) harmonizam com dificuldade com a rigidez dos regimes substantivos do ato e do regulamento administrativos previstos neste Código do Procedimento Administrativo. Talvez fosse apropriado questionar se os regimes substantivos devessem estar previstos numa lei com vocação procedimental, como é o caso do nosso Código.

Tal como na versão de 1991 do Código do Procedimento Administrativo, integram a Administração Pública, para os efeitos da aplicação do “novo” Código, os institutos públicos e as associações públicas, o que é naturalmente de saudar.

O que é verdadeiramente “novo” é a cláusula geral de aplicação subjetiva do Código, tal como ela se encontra no n.º 1 do artigo 2.º, nos termos da qual “*as disposições do presente Código respeitantes aos princípios gerais, ao procedimento e à atividade administrativa são aplicáveis a quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, adotada no exercício de poderes públicos ou regulada de modo específico por disposições de*

direito administrativo". Uma primeira conclusão ressalta à vista: embora tal não se mostre dito taxativamente, o que esta cláusula geral significa, em nossa opinião, é que, tendencialmente, às entidades que, independentemente da sua natureza pública ou privada, atuem ao abrigo de poderes públicos ou ao abrigo de disposições de direito administrativo, o Código se aplica todo e em todas as suas partes, na medida em que: (i) os princípios gerais correspondem à Parte I do Código; (ii) o procedimento corresponde à Parte III do Código; (iii) e a atividade correspondente à sua Parte IV. O que significa, por sua vez, que só não se aplicará a sua Parte II – disposições sobre os órgãos da Administração Pública – se se tratar de entidade não prevista no n.º 4 do mesmo artigo 2.º, o que, de resto, é, agora sim, taxativamente confirmado pelo n.º 2 do artigo 2.º. Já se se tratar de entidade integrada na Administração Pública, tal como o cataloga o n.º 4 do artigo 2.º, então, aqui sim, o Código aplicar-se-á todo e em todas as suas partes.

A segunda conclusão que ressalta à vista é a transformação lexical; por um lado, desaparece a referência, consolidada, à atividade de “gestão pública” como um dos critérios padrão para a aplicação do Código; fala-se, agora, em atividade de poder público ou em atividade regulada de modo específico por disposições de direito administrativo. Na verdade, penso que poderemos reconduzir este segundo segmento da norma – “*atividade regulada de modo específico por disposições de direito administrativo*” – à essência do conceito de gestão pública. Como ainda há pouco hávamos visto, a gestão pública era um conceito que se traduzia em atividade exercitada com base em normas de direito administrativo, a que acresce a precisão de se tratar de uma atividade que se mostre vocacionada para o exercício de um dos tipos típicos do exercício administrativo, ou seja, traduzida à prática (formação, manifestação ou execução) de atos, regulamentos ou contratos administrativos. Ora, na verdade, não parece haver nada que, no “novo” Código, desminta categoricamente esta afirmação; neste sentido, a expressão “gestão pública” parece ter sido substituída por uma expressão mais longa, mas que, afinal, se reconduz à mesma unidade de sentido: atividade regulada por normas jurídico-administrativas, que se manifesta por formas jurídicas de direito administrativo.

A terceira conclusão que ressalta à vista é a inclusão do critério de “poderes públicos” ou, melhor, de “condutas adotadas no exercício de poderes públicos” como um dos critérios para a sujeição de certas entidades (na expressão legislativa: de quaisquer entidades, independentemente da sua natureza) à disciplina do Código

do Procedimento Administrativo. Antes de mais, é curioso registar que o legislador se mostrou hesitante: o anteprojeto de reforma do Código do Procedimento Administrativo referia “exercício de poderes administrativos de autoridade”, exigência esta que caiu e se mostra substituída, como vemos, pela expressão “condutas adotadas no exercício de poderes públicos”. Desde logo, é uma expressão demasiado vaga e, potencialmente, desligada do Direito Administrativo (na medida em que várias entidades podem atuar em sede de exercício de poderes públicos que não tenham qualquer correspondência com as normas jurídico-administrativas; basta pensar nas demais funções do Estado, como a legislativa ou a judicial, dentro das quais há suficientes condutas de autoridade típicas de poderes públicos não administrativos; também a estas, e nessas circunstâncias, se aplicará o Código do Procedimento Administrativo?). Este desligamento do Direito Administrativo é circunstancialmente agravado pelo facto de o legislador ter recorrido à conjunção “ou” como elemento de ligação da norma (veja-se, de facto, que a norma refere “poderes públicos” ou “regulada de modo específico por disposições de direito administrativo”, pelo que o critério, sendo alternativo e não cumulativo, pode potenciar suficientes dúvidas de interpretação). Parece bem certo, claro está, que o legislador procurou aqui incluir certas entidades privadas dotadas de poderes públicos para o desempenho das suas missões; aqui caberão, desde logo, as concessionárias e as instituições particulares de interesse público que estavam expressamente previstas no artigo 2.º do Código do Procedimento Administrativo de 1991. Neste sentido, o legislador substituiu o catálogo por uma fórmula abrangente, a qual, todavia, não nos parece isenta de dúvidas. Fará aqui todo o sentido, diga-se, a exclusão da aplicação, a estas entidades privadas, das regras de funcionamento dos órgãos da Administração Pública e, por isso, andou bem o legislador quando o previu, expressamente, no n.º 2 do artigo 2.º. Fica, porém, a incerteza: ao mostrar-se previsto que o Código se aplicará a entidades de qualquer natureza, não se terá arrastado (eventualmente sem querer) algumas entidades públicas de natureza empresarial no momento, ou momentos, em que estas atuem ao abrigo de poderes públicos ou de normas de direito administrativo? Seria esta, realmente, a intenção do legislador? Ou terá sido a, talvez, excessiva abertura semântica da norma que acaba por produzir este efeito, potencialmente indesejado? Nesta data, ainda não temos resposta, nem sequer sugestão de resposta.

A quarta nota a destacar prende-se com o facto de o legislador ter deixado também cair a exigência de relacionamento com os particulares e fica mesmo a sugestão (ou talvez um pouco mais do que isso) de que o Código pretende aplicar-se à atividade administrativa ainda quando não estejam envolvidas relações com os particulares. De resto, esta orientação já se encontra acolhida, de certo modo, no n.º 1 do artigo 1.º, quando se define o procedimento administrativo como “a sucessão ordenada de atos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública”, não se ressaltando, em lado algum, que esse procedimento tenha, forçosamente, como destinatários ou co-participantes os particulares. É, de resto, curioso, e por isso o destacamos, que a versão do n.º 1 do artigo 1.º do anteprojeto era, nesta vertente, ainda mais incisivo, na medida em que aí se prescrevia o procedimento administrativo também com uma dimensão de “organização interna das entidades administrativas”. Esta versão não vingou, mas nem por isso se deve menosprezar este facto como revelador da real intenção legislativa. Aliás, o “novo” Código do Procedimento Administrativo manifesta uma propensão para a regulação de relações interadministrativas: é o que sucede com as figuras do auxílio administrativo (artigo 66.º) ou da conferência procedimental (artigo 77.º).

É, agora, possível esboçar um catálogo de entidades às quais se aplica o Código do Procedimento Administrativo.

(i) Assim, aplicar-se-á todo, e em todas as suas partes, é dizer, quanto aos princípios gerais, quanto ao funcionamento dos órgãos, quanto ao procedimento e quanto à atividade administrativa, apenas às entidades públicas tradicionais previstas no n.º 4 do artigo 2.º (Estado, regiões autónomas, autarquias locais e associações ou federações de municípios, entidades administrativas independentes e associações e institutos públicos).

(ii) Se se tratar de entidades, públicas ou privadas, que atuem ao abrigo de normas conferentes de poderes públicos ou normas de direito administrativo, o Código ser-lhes-á aplicável em todas as suas partes, com exceção da Parte II, relativa ao funcionamento dos órgãos.

(iii) Se se tratar de entidades integradas, tipicamente, na Administração Pública, designadamente aquelas que estão previstas no n.º 4 do artigo 2.º, e na medida em que a sua atuação seja enquadrada apenas por regras técnicas ou pelo direito privado, aplicar-se-lhes-á somente a Parte I (relativa aos princípios gerais da ativi-

dade administrativa), bem como todas as disposições que concretizem preceitos constitucionais (será necessário localizá-las, o que não será uma tarefa menor, pelo menos se se pretender fazer uma localização excludente).

Permita-se-nos duas notas conclusivas. A primeira para dizer alguma coisa, ainda que muito sintética, sobre o lugar dos particulares (no fundo, dos cidadãos) neste “novo” Código do Procedimento Administrativo. Na versão de 1991, os particulares assumiam lugar de especial relevo, desde logo porque, como se viu, era na relação que com eles a Administração Pública estabelecia que assentava o próprio âmbito subjetivo de aplicação do Código (muito embora se deva destacar que a definição de procedimento administrativo que constava dessa versão, no n.º 1 do artigo 1.º, era, tal como a atual, totalmente omissa quanto a tal exigência). Em consequência, a Parte II desse Código de 1991, cuja epígrafe era, simbolicamente, “Dos sujeitos”, estabelecia uma distinção entre, por um lado, os órgãos administrativos (Capítulo I) e, por outro lado, os interessados (Capítulo II). Ficava, assim, estabelecido que os sujeitos do procedimento administrativo se consolidavam, em paridade axiológica, como os órgãos administrativos e os particulares. Estes, reconhecidos e definidos, legalmente, como “interessados”, gozavam, mercê da abertura profundamente generosa dos termos legais, dos mais amplos poderes de intervenção e participação, que não conhecia praticamente qualquer limitação que não fosse, por um lado, a capacidade de exercício de direitos prevista na lei civil, tal como o estipulava, expressamente, o n.º 2 do artigo 52.º, e, por outro lado, a sua legitimidade (artigo 53.º), entendida esta, de forma profundamente sintética, como a titularidade de certa posição jurídica material relacionada com a decisão a que o procedimento tende. Na versão de 1991, o procedimento administrativo não é visto como um processo de partes, de posições opostas ou antagónicas, mas de interessados (no seguimento, de resto, de soluções como as de Espanha ou da Alemanha), o que, por sua vez, força um determinado grau de abertura nas várias etapas do procedimento (pense-se, a título de exemplo, na comunicação de abertura do procedimento, na instrução, na audiência dos interessados, na exigência de fundamentação das decisões administrativas, entre outras).

Neste novo Código de 2015, o legislador começa por afirmar, no preâmbulo, que *“à democratização do procedimento importa que os particulares e a Administração nele apareçam face a face, enquanto titulares de situações subjetivas ativas e passivas recíprocas. Isso não significa uma igualização, porque, ao passo que os particulares detêm direitos, a Administração exerce um poder público. Mas os particulares não são reduzidos a objeto daquele poder, nem meramente afetados, positiva ou negativamente, pelo modo como sobre eles se refletem as consequências da respetiva concretização. Pelo contrário, a par de efeitos materiais, existem efeitos jurídicos, bem como pretensões de estofa jurídico quanto ao modo do respetivo exercício”*. Não parece um texto que revele, muito claramente, as intenções do legislador. É verdade que o artigo 68.º continua a tratar os particulares como *“interessados”*, o que se saúda (também no preâmbulo, o legislador considerou essa opção como *“consciente”*). Mas não deixa de ser verdade que os mesmos interessados passam, agora, a ser vistos numa lógica de relação jurídica procedimental, a qual, de resto, se mostra prevista no Capítulo II da Parte III do Código, subordinada ao procedimento administrativo. É dizer: os cidadãos, ainda que pertencendo à categoria de *“interessados”*, abandonam a Parte II do Código de 1991, na qual surgiam em paridade valorativa e axiológica com os órgãos administrativos, todos como sujeitos da ação pública administrativa, passando, agora em 2015, para a posição de partes de uma relação procedimental administrativa. Fazemos votos para que esta nova arrumação no texto da lei não conduza a um enfraquecimento relativo das posições jurídicas dos particulares em face dos poderes da Administração Pública e que se traduza, afinal e tão-somente, numa nova arrumação.

A segunda, e última, nota conclusiva relaciona-se com a questão dos contratos administrativos. Não queremos, de forma alguma, invadir o espaço de intervenção de quem, nos dias vindouros deste curso, e até melhor do que nós, se poderá dedicar ao tema; mas, ainda e sempre a propósito do âmbito subjetivo de aplicação do Código, não resistimos a umas brevíssimas palavras sobre o assunto. Para dizer o seguinte: parece, para nós, claro que este Código será, por excelência, uma lei de regulamentação da atividade administrativa de autoridade, simbolicamente marcada pela disciplina jurídica dos atos e dos regulamentos administrativos. Mesmo as demais partes do Código, quer as relativas aos órgãos administrativos, quer as relativas ao procedimento administrativo, tendem a criar uma unidade de sentido com um procedimento que, na esmagadora maioria dos casos, levará à prática de um ato ou de um regulamento. Este é, por isso, o *Código do Ato e do Regulamento Administra-*

tivo, se nos for concedida a expressão. Não admira, por isso, que o mesmo Código tenha expulsado a disciplina jurídica do contrato e se tenha conformado com o facto de essa disciplina estar, desde 2008, no Código dos Contratos Públicos. Ora, a bondade desta solução parece-nos mais do que discutível: o Código dos Contratos Públicos não esgota, nem pode esgotar, o regime jurídico de todos os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública. Reduzido a três artigos na parte final do Código, que regulam, respetivamente, as espécies de contratos (numa formulação, aliás, pobre), os procedimentos pré-contratuais e o regime substantivo dos contratos administrativos, este regime não dá a solução (designadamente a jusante da celebração do contrato) que deveria dar a questões muito substanciais para as partes contratantes, como, por exemplo, a modificação ou revogação do contrato. Ainda há bem pouco tempo, a Senhora Professora MARIA JOÃO ESTORNINHO declarou que, em sua opinião, a opção legislativa foi a opção acertada, no contexto do atual ordenamento jurídico português, e, “aliás, pena é que o [à data] projeto do Código do Procedimento Administrativo não fosse ainda mais minimalista nestas matérias da atividade contratual pública”². Respeitamos profundamente, mas não podemos concordar. Em Espanha, em Itália ou na Alemanha, a figura do contrato administrativo ou de direito público encontra-se regulada nas leis do procedimento, apesar de todos esses ordenamentos contarem, como o nosso, com leis gerais sobre a contratação pública. A proclamada vocação do Código dos Contratos Públicos para se autoconstituir como uma lei geral sobre toda a contratação, quando, na verdade, talvez não devesse ser mais do que uma lei sobre as compras públicas, terá impressionado, excessivamente, o nosso legislador. Designadamente quanto ao contrato para o exercício de poderes públicos, como muito bem salientou, também há pouco tempo, o Senhor Professor PEDRO COSTA GONÇALVES³, era imperioso, atenta a sua dimensão, à vez, de autoridade e consenso, que fosse construído um regime de procedimento pré-contratual tipificado, e o lugar natural desse procedimento seria, parece claro, o Código do Procedimento Administrativo. Tendo sido desperdiçada esta oportunidade, continua, e continuará, a vigorar a solução, essa sim minimalista, do artigo 336.º do Código dos Contratos Públicos, que, e repare-se,

² MARIA JOÃO ESTORNINHO, «O projeto de revisão do CPA e os contratos da Administração Pública», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 101, setembro/outubro de 2013.

³ PEDRO COSTA GONÇALVES, «Âmbito de aplicação do Código do Procedimento Administrativo (na versão do anteprojecto de revisão)», *op. cit.*

quanto aos contratos com *objeto passível de ato administrativo* e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, deixa nas mãos das partes intervenientes (é dizer, as mais das vezes, deixa nas mãos dos poderes mais fortes dos públicos administrativos) o prazo da sua vigência, bem como os pressupostos da sua modificação, caducidade, revogação ou resolução. Não nos parece ser um regime que proteja, suficientemente, os cidadãos coparticipantes na ação pública administrativa, e, nestes tempos que vivemos de intensa aceleração do fenómeno da “administração por contrato”, somos da singela opinião de que, neste campo, o legislador fez menos do que teria possibilidade de fazer.

Muito obrigado pela vossa atenção.

Princípio da participação local no novo Código do Procedimento Administrativo Português: uma análise a partir do direito social de Gurvitch

Ricardo Hermany*
Guilherme Estima Giacobbo**

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. A autonomia local em Portugal e o aprofundamento do princípio da participação. 3. O direito social condensado e a gestão pública compartilhada. 4. Abertura democrática constitucional e a participação social no ordenamento português. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

De plano, cabe ressaltar a honrosa missão de poder participar da publicação em homenagem ao ilustre Professor Doutor ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho, tanto pela relevante contribuição acadêmica, de notável importância para a autonomia científica do Direito Municipal, quanto pela grandiosidade de sua figura, capaz de reunir o prestígio acadêmico, a relevância política, o zelo para com o bem-estar de seus alunos e colegas professores, figurando como expoente estimulador de toda uma geração de juristas preocupados com o Direito Administrativo e com o Direito Municipal.

Para tanto, a tarefa que aqui nos incube, de contribuir com essa obra que aborda os contributos do Novo Código do Procedimento Administrativo Português

* Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) com estágio de doutoramento pela Universidade de Lisboa (2003); Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Professor do curso de Direito da FEMA. Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC; *E-mail: Hermany@unisc.br*.

** Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Mestre em Direito das Autarquias Locais pela Universidade do Minho em Portugal em regime de dupla titulação, sob a orientação do Prof. Dr. António Cândido de Oliveira; Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany.

e que objetiva disciplinar o conjunto de atos e formalidades necessários para a manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública, é singela. Sem objetivar esgotar a análise dos dispositivos e princípios presentes no Novo Ordenamento Administrativo Português, buscar-se-á, no presente estudo, realizar uma análise ampla e geral acerca da relevância do princípio da participação e o controle social a partir da previsão do novo Código Administrativo Português.

Não há dúvida de que o Estado Contemporâneo e o complexo de inter-relações sociais, de demandas por políticas públicas diversas e de paradigmas em latente contestação estão envoltos em pelo menos duas situações que se mesclam no contexto político institucional ocidental: a crise do paradigma do monismo jurídico e a descrença no modelo da democracia representativa.

Em relação à descrença da sociedade no modelo de democracia representativa, pode-se inferir que ela se revela pelo distanciamento dos representantes políticos e suas realizações das aspirações dessa sociedade complexa com demandas mais urgentes. O poder político, passando a atender cada vez mais aos anseios do poder econômico, torna-se paulatinamente um instituto hierarquizado e de difícil permeabilidade social. Os partidos políticos revelam-se incapazes de representar o eleitorado no atendimento das demandas plurais e complexas, gerando amplo desinteresse da população acerca da questão política e gerando um desestímulo geral, especialmente no que diz respeito a participação social e seu controle da gestão pública.

É nesse contexto que se busca ressaltar a importância de princípios e dispositivos que venham a retirar a sociedade da aparente letargia, rompendo com o modelo político hierarquizado, vertical e pouco permeável às manifestações sociais. Para tanto, utilizar-se-á a teoria do direito social condensado de GEORGES GURVITCH enquanto proposição de um modelo alternativo ao paradigma do monismo jurídico e que pressupõe a participação ativa dos atores sociais na gestão pública, especialmente de âmbito local, relacionando-o com o princípio da participação e da administração aberta, presentes no novo Código do Procedimento Administrativo.

Esse modelo alternativo, primeiramente, pressupõe a autonomia do espaço local, a aplicação do princípio da subsidiariedade, inclusive no plano horizontal – distribuído entre poder local e atores sociais – de forma que seja capaz de fomentar a cidadania e a participação democrática da comunidade, considerando que o es-

paço local se consubstancia como a esfera mais próxima do cidadão e, consequentemente, é a mais apta a propiciar o envolvimento dos atores sociais na criação, participação e implementação de políticas públicas e gerenciamento compartilhada com a administração pública.

2. A autonomia local em Portugal e o aprofundamento do princípio da participação

O princípio do Estado democrático de direito tem relevante papel entre os princípios fundamentais previstos na Constituição da República Portuguesa (CRP), de 1976. Esse princípio é referido no preâmbulo da CRP, sendo tratado especificamente¹ no artigo 2.º e o “respeito pelos princípios do Estado de direito democrático” constitui tarefa fundamental do Estado (CRP, artigo 9.º, alínea b)). Tem-se, portanto, que o Estado de direito “é um Estado constitucionalmente conformado. Pressupõe a existência de uma Constituição e a afirmação inequívoca do princípio da constitucionalidade”².

Desse modo, quando se refere ao princípio democrático, se está tratando de um estado democrático de direito.

“O Estado de direito só o é verdadeiramente enquanto democraticamente legitimado (pela sua formação e pelo seu conteúdo). O Estado democrático só o é genuinamente enquanto a sua organização e funcionamento assentam no direito e não na prepotência”³.

Nesse sentido, o Princípio democrático se desvela multidimensional, podendo ser reconhecidas ao menos quatro dimensões em sua perspectiva da organização do poder político. A primeira dimensão consubstancia-se no viés da forma representativa, pois “ela é a forma constitucionalmente estabelecida para a escolha de alguns dos mais importantes órgãos do poder político”⁴, dentre os quais a escolha da Presidência da República, Assembleia da República, assembleias regio-

¹ CRP, artigo 2.º: “A República Portuguesa é um *Estado de direito democrático*, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o *aprofundamento da democracia participativa*” (grifos nossos).

² JOSÉ JOAQUIM CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

³ JOSÉ JOAQUIM CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, *op. cit.*, p. 85.

⁴ JOSÉ JOAQUIM CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, *op. cit.*, p. 193.

nais, assembleias das autarquias locais e câmaras municipais. Tal representação baseia-se no sufrágio universal, igual, direto, secreto e periódico, conforme preceituado no art. 10.º e no pluralismo partidário, segundo disposto no artigo 51.º.

A segunda dimensão do Princípio democrático na ordem constitucional portuguesa materializa-se na dimensão participativa, que reflete a assunção pela CRP de diversas formas de democracia participativa.

“Surgida num contexto interno marcado por intensa participação popular e num ambiente político-cultural internacional caracterizado pela exigência da democratização da democracia através da participação, a Lei Fundamental procurou responder ao problema nevrálgico da democracia, que é o da participação popular permanente no exercício do poder. Se o poder político pertence e é exercido pelo povo, então é necessário assegurar aos cidadãos uma possibilidade de participação directa e activa”⁵.

Disso decorre que a participação do povo enquanto governante não pode se subsumir a uma colaboração restrita ao sufrágio eleitoral, mas, sobretudo, pressupõe uma atuação permanente e incisiva que permita a perfectibilização de uma genuína democracia participativa⁶. Portanto, o Princípio democrático apresenta-se como princípio normativo complexo, onde o engendramento dessas duas dimensões o subsume como princípio multiforme, tendo em vista sua estrutura pluridimensional.

Desse modo, a democracia figura como processo de democratização enquanto caminho de aprofundamento de natureza política, socioeconômica e cultural. Posteriormente, tal princípio agrega as duas dimensões que, por muito tempo, foram consideradas antagônicas, onde em um dos polos figuram os elementos de democracia representativa, com órgãos representativos, eleições periódicas e separação de poderes, enquanto o outro polo passa a incorporar algumas demandas fundamentais da teoria participativa, dentre elas a ampliação do princípio democrático, em diferentes perspectivas da visão econômica e sociocultural com a incorporação da participação popular direta e o reconhecimento de associações e organizações como atores relevantes à concretização e dinamização democrática⁷.

⁵ JOSÉ JOAQUIM CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, op. cit., p. 194.

⁶ JOSÉ JOAQUIM CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, op. cit., p. 195.

⁷ São numerosos os dispositivos constitucionais relacionados à efetivação da democracia participativa, dentre os quais se pode destacar os artigos 263.º a 266.º (que trata da constituição de organizações de moradores); o artigo 63.º, n.º 2 (que trata da participação das associações sindicais, de outras orga-

Dessa ideia, surge a necessidade de resguardar o direito das comunidades locais, onde se pode identificar, preliminarmente, um movimento de “*reactivação das culturas locais* ou de *renascimento da referência local*” que acaba dando origem a um movimento jurídico de criação de um conjunto de normas próprias, designado como “*Direito das Autarquias Locais*”, decorrendo destes pressupostos de quebra da exclusividade estatal, deslegalização e referência da cultura local, o ambiente propício para a ocorrência dos fenômenos de descentralização, não apenas sob o viés sociopolítico, mas essencialmente do ponto de vista político⁸. Tem-se então a vital importância das Autarquias Locais enquanto parte integrante da organização democrática do Estado, pois se desvelam em uma relação intrínseca com a democracia, na medida em que a efetiva participação da sociedade, bem como a articulação dos cidadãos no processo de tomada de decisões, perpassam, necessariamente, pelas Autarquias Locais.

Os fundamentos de base da Autonomia Local estão consagrados precisamente em dois diplomas legais, a saber: A Constituição da República Portuguesa, de 1976, e a Carta Europeia de Autonomia Local, de 1985 representam o “primeiro instrumento jurídico multilateral que define e que garante os princípios da autonomia local”, perfazendo-se como um dos marcos da democracia em que o Conselho da Europa tem por objetivo defender e garantir seu desenvolvimento. Tal autonomia local tem concepção em uma base territorial, ensejando certa conjuntura de liberdade e iniciativa que se consubstancia como “um elemento de diversidade inevitável” e que é, em grande medida, colidente com os princípios da uniformidade e igualdade, princípios estes característicos do Estado Moderno⁹.

“A autonomia local e regional implica uma *concepção descentralizada* do Estado e, em certo sentido, uma *policracia* ou pluralidade de centros de poder, configurando uma separação vertical de poderes, complementar da tradicional separação horizontal de poderes”¹⁰.

nizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários); e artigo 65.º, n.º 5 (onde é garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território).

⁸ JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Direito Financeiro Local (Finanças Locais)*, Braga: CEJUR, 2009.

⁹ ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, 2.ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2013, pp. 108-109.

¹⁰ JOSÉ JOAQUIM CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, op. cit., p. 226.

Uma das demonstrações mais claras da autonomia das autarquias locais refere-se à limitação do poder de ingerência do Governo Central nos assuntos locais, restringindo-se ao poder de tutela. Deste modo, só poderá haver tutela do Governo em relação às autarquias locais nos termos e casos expressos em lei, entendendo-se por tutela o poder/conjunto de poderes de controle atribuídos a um órgão ou órgãos de uma pessoa coletiva pública – Estado/regiões autónomas – relativamente à atividade de outras pessoas coletivas. A tutela tem por finalidade a verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos, liminarmente excluindo a tutela de mérito.

3. O direito social condensado e a gestão pública compartilhada

GEORGES GURVITCH¹¹ foi um dos últimos pensadores modernos a propor, de forma audaciosa, um sistema próprio e genuíno de compreensão e explicação do fenómeno humano e de organização social, baseou suas premissas na conjugação de uma filosofia pluralista nos campos jurídico e social. As posições do autor no campo da sociologia não são neutras, GURVITCH refere que a sociologia é uma crítica social no sentido que expressa uma concepção do pensamento sociológico como análise crítica das doutrinas, teorias e instituições sociais, refutando as abordagens conservadoras da filosofia e da sociologia, procurando desenvolver teorias mais radicais e operantes na prática das transformações sociais¹².

Isso, no entanto, nos permite utilizar muitas de suas reflexões e propostas ainda hoje, corroborando com a reabilitação que reconheça sua contribuição para o pensamento jurídico, aplicada a uma reflexão e (re)formulação das formas de pro-

¹¹ GEORGES GURVITCH foi um filósofo e sociólogo francês de origem russa, tendo nascido na cidade de Novorossisk, ainda nos tempos da Rússia Czarista, em outubro de 1894, vindo a falecer em Paris em dezembro de 1965. GURVITCH participou diretamente da revolução russa na organização dos Sovietes (ou conselhos Operários) e dedicou grande parte de sua obra na oposição a concepção dogmática do Direito – o qual se baseava somente em um sistema de regras – e defendia a realidade social do Direito (JOSÉ LUIZ BOLZAN DE MORAIS, *A idéia de direito social – O pluralismo de Georges Gurvitch*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997).

¹² JOSÉ LUIZ BOLZAN DE MORAIS, *A idéia de direito social – O pluralismo de Georges Gurvitch*, op. cit.

dução do direito atual¹³. A respeito do legado intelectual de GURVITCH, pode-se afirmar que:

“[...] a sua dúplice formação – jurídica e filosófica – bem como a sua experiência vivida, inclusive no período da Revolução Bolchevique, que consubstanciação no seu intelecto muitas das ideias que o perseguirão por muito tempo, influenciando sua trajetória e marcando suas posições futuras. A experiência direta com este período revolucionário revela ao autor várias das ideias que serão traduzidas mais tarde em sua trajetória acadêmica, entre elas, a ideia do direito social que nasce espontaneamente, independente do Estado e de sua ordem jurídica, podendo relacionar-se com esta de várias formas”¹⁴.

Para GURVITCH, o direito social é sempre um direito autônomo, produzido originariamente por certos grupos sociais e que jamais poderá ser imposto de forma externa. O direito social confere aos grupos e atores sociais um papel central, tornando-os operantes e refletindo-se no campo jurídico e no pluralismo social, bem como na existência de uma multiplicidade de centros de poder criadores de direito, em uma sociedade de relativa complexidade. É este pluralismo de centros de poder que vai conferir lugar central aos grupos e atores sociais operantes, de tal sorte que o direito social será sempre um direito de integração e nunca de exclusão – onde só admite-se o direito de coordenação inter-individual – e nem de subordinação – vertical, de tendências totalitárias e mecanicistas¹⁵.

GURVITCH considera que o Direito não se limita às regras emanadas por um conjunto de superestruturas do Estado e outros poderes públicos e não se dá somente através de um expoente vertical (poder público emanado como fenômeno de autonomização do poder). Ao contrário, o autor rompe com tal pensamento estatizante afirmando que existe também uma dimensão horizontal da esfera pública jurídica, onde ocorre a reprodução dos marcos sociais em que se afirmam forças autônomas fazendo com que nasçam novas formas de experiência jurídica. Para

¹³ JOSÉ LUIS MONEREO PEREZ e ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO, «Studio Peliminar: La “Idea del Derecho Social” en la Teoría General de los Derechos: El pensamiento de Gurvitch», in GEORGES GURVITCH, *La Idea Del Derecho Social. Noción y Sistema Del Derecho Social*, Granada: Comares S.L., 2005.

¹⁴ JOSÉ LUIZ BOLZAN DE MORAIS, *A idéia de direito social – O pluralismo de Georges Gurvitch*, op. cit., p. 23.

¹⁵ JOSÉ LUIS MONEREO PEREZ e ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO, «Studio Peliminar: La “Idea del Derecho Social” en la Teoría General de los Derechos: El pensamiento de Gurvitch», op. cit.

Gurvitch, “este Derecho Social es ante todo un derecho eminentemente colectivo, que nace espontáneamente e es independiente del Estado”¹⁶.

Ainda, a função primária do Direito Social é a de produzir uma ordem que possibilite uma reconciliação prévia das tensões entre os valores ativos e a coletividade, destarte, a solidariedade que se expressará em cada grupo em particular determinará também que o direito social seja, por consequência, múltiplo, originando, então, o pluralismo jurídico. Neste contexto de pluralismo descentralizado, portanto, o direito do Estado não ocupa mais do que um lugar relativo e não inteiramente determinante. O estado pluralístico é, assim, uma contraposição ao pensamento jurídico dogmático e estatizante e não necessitaria recorrer a uma autoridade política e jurídica central. Tal multiplicidade de atores de diversos grupos sociais resulta num verdadeiro “mosaico formado por uma pluralidade de marcos de direito social”¹⁷.

Nesse contexto, não há que se confundir este Direito Social, que serve de base a todo seu sistema pluralista, com aquele direito referente à “política social” do Estado. Essa política, vinculada ao Estado do bem-estar social, certamente teve seu importante papel, enquanto legislação estatal frente às questões sociais. No entanto, essa interpretação restrita é errônea, segundo GURVITCH, do ponto de vista teórico, e perigosa para a democracia. Essa concepção restritiva seria substancialmente equivocada, pois vai de encontro à experiência jurídica do pluralismo jurídico (que advém do pluralismo de fato, na vida real do direito), conectado à realidade social. Ainda, tal interpretação restritiva do Direito social reflete-se na teoria estatizante e monista do direito¹⁸.

Com relação à ideia de cidadania ativa e democracia participativa, pode-se afirmar que a mera outorga de feixes de poder à sociedade não pressupõe a existência de um Estado democrático, permeável ao direito social. Ao contrário, o Estado só será verdadeiramente democrático quando os canais de participação propiciarem aos atores sociais exercer uma cidadania ativa, formando uma vontade pública

¹⁶ JOSÉ LUIS MONEREO PEREZ e ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO, «Studio Peliminar: La “Idea del Derecho Social” en la Teoría General de los Derechos: El pensamiento de Gurvitch», *op. cit.*, p. XV.

¹⁷ JOSÉ LUIS MONEREO PEREZ e ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO, «Studio Peliminar: La “Idea del Derecho Social” en la Teoría General de los Derechos: El pensamiento de Gurvitch», *op. cit.*, p. XVIII.

¹⁸ JOSÉ LUIS MONEREO PEREZ e ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO, «Studio Peliminar: La “Idea del Derecho Social” en la Teoría General de los Derechos: El pensamiento de Gurvitch», *op. cit.*, pp. XVI-XVII.

complexa, constituída pela participação ativa do povo e dos poderes estatais. Assim, pode-se inferir que:

“[...] La esencia de la democracia no consiste en una simples transferencia del poder del pueblo al poder legítimamente constituido, sino en una participación activa de los individuos y de los grupos organizados en el proceso democrático. [...] De ahí su defensa del principio de autogestión socialista que se contrapone al mismo tiempo al pensamiento liberal y a la teoría marxista originaria de inspiración más estatalista”¹⁹.

BOBBIO²⁰, sete décadas mais tarde, assinala esta transformação jurídica de abandono do direito como aparto meramente coativo, baseado em sanções negativas em direção a um direito orientado a promover e incentivar e não somente proibir, reprimir e desincentivar, um direito promocional que seria orientado por sanções positivas. Assinala ainda que “grande parte da teoria geral do direito europeia é prisioneira de um conceito de direito que pressupõe a imagem simplista do Estado como organismo que estabelece as regras do jogo e institui um árbitro”. BOBBIO²¹ afirma ainda que é preciso adequar a teoria geral do direito às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado Social, a fim de descrever com exatidão a passagem do Estado garantista para o Estado “dirigista”, e, por conseguinte, a transformação do direito como mero instrumento de controle social a um mecanismo de “direção social”.

O vertiginoso aumento das normas de organização do Estado Contemporâneo fará com que se abandone a imagem do direito tradicional com ordenamento protetor-repressivo em direção ao ordenamento com função promocional. Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece com maior e mais frequência a função de promover²².

¹⁹ JOSÉ LUIS MONEREO PEREZ e ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO, «Studio Peliminar: La “Idea del Derecho Social” en la Teoría General de los Derechos: El pensamiento de Gurvitch», *op. cit.*, p. XXXIX.

²⁰ NORBERTO BOBBIO, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, Trad. Daniela Beccacia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 2.

²¹ NORBERTO BOBBIO, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, *op. cit.*

²² Exemplos disso podem ser observados na Constituição Italiana: “artigo 4.º – promover as autonomias locais, artigo 5.º – promover o desenvolvimento da cultura”. Na Constituição Federal Brasileira: artigo 218: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.” e artigo 225, § 1.º, VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”. Na Constituição Portuguesa: artigo 9.º: “d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transforma-

A necessidade de compreensão da teoria que envolve o direito social e seus pressupostos teóricos é fundamentada em decorrência da possibilidade de compatibilização da ideia de um controle social das decisões públicas, sem, contudo, supear a estrutura político-administrativa estabelecida, mas dar um novo enfoque ao uso do poder estatal, integrando-o a uma pluralidade jurídica até pouco tempo ignorada. Esse poder se baseava unicamente na produção legislativa oficial, olvidando um conjunto de ordens jurídicas que coabitam a sociedade.

A ordem do direito estatal só se constituirá em uma espécie de direito de integração social quando se tratar de um estado verdadeiramente democrático, ou seja, se o direito constitucional do Estado estiver permeado pelo direito social que se desprende da comunidade política subjacente. Faz-se referência a um direito social, que será condensado na ordem do direito estatal em razão de sua ligação com a coação incondicionada do Estado. Se do contrário, esta permeabilidade não encontra resguardo, se a organização do Estado é mais ou menos independente da infraestrutura da comunidade política subjacente, tratar-se-á então de uma ordem de subordinação e não de um direito social.

“En síntesis, cuando el Estado es una asociación igualitaria de colaboración, el monopolio de coacción incondicionada, que le pertenece, no impide a su orden jurídico afirmarse como una especie particular del derecho social. Al contrario, cuando el Estado es una asociación jerárquica de dominación, su relación con la coacción incondicionada subraya de forma especial el carácter subordinador de su orden jurídico”²³.

O fato do direito Estatal estar revestido de uma forma democrática pertencente à ordem do direito social não exime o Estado, sob qualquer aspecto, das tendências estatistas. A ordem do direito Estatal situa-se no interior de um âmbito do direito muito mais vasto e amplo, o que implica, necessariamente, em estudar a estrutura jurídica do estado democrático situada no contexto da teoria geral do direito social e da qual é só uma das múltiplas manifestações.

Ademais, apenas levando em consideração as tendências opostas e reciprocamente limitativas do direito social puro e do Direito Social Condensado, que se

ção e modernização das estruturas económicas e sociais” e artigo 58.º, n.º 2, “Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover: a) A execução de políticas de pleno emprego [...]”.

²³ GEORGES GURVITCH, *La Idea Del Derecho Social. Noción y Sistema Del Derecho Social*, Granada: Comares S.L., 2005, p. 94.

apóiam sobre a oposição tão importante entre a sociedade e o Estado é que se consegue compreender os limites reais do direito Estatal. Toda uma gama de problemas “primordiales del derecho constitucional del Estado democrático sólo pueden ser verdaderamente resueltos si recurrimos a la idea del derecho social, que se manifiesta aquí en su forma condensada”²⁴.

GURVITCH²⁵ afirma que o princípio da soberania popular, como soberania do direito social da comunidade política subjacente sobre sua própria organização não predetermina em absoluto os processos técnicos do estabelecimento dos corpos eleitorais e das assembleias representativas, e, da mesma maneira, não importa a forma pela qual se dará determinada eleição ou representação. Importa, contudo, que essas técnicas estejam dirigidas a um único objetivo: abrir os órgãos de Estado à penetração mais profunda possível pelo direito e pelo espírito da comunidade política subjacente, vincular tão íntima e intensamente quanto possível a organização do Estado a esta infraestrutura objetiva, que é suporte da soberania popular.

GURVITCH²⁶ cita ainda o problema do estado federal com relação ao direito social, pois a essência do Estado federal, em qualquer espécie de federação – incluindo as confederações – não pode ser reduzida a uma situação puramente coordenativa nem tampouco a uma situação de absorção dentro de uma unidade. O Direito Social Condensado referido por GURVITCH, ao mesmo tempo em que reconhece a existência de outros atores, além do ente Estatal, permite que se mantenham importantes aspectos inerentes ao espaço público estatal, sem se desvincular dele, especialmente no que se refere à observância aos princípios fundamentais constitucionais que servem como mínimo referencial e deverá balizar as deliberações do corpo social.

A característica do Direito Social Condensado deve ser a ampliação dos intérpretes da constituição, redefinindo as relações entre Estado e Sociedade e propiciando um envolvimento mais substancial entre a cidadania e as decisões públicas, jamais podendo esse conjunto de intérpretes, consubstanciados no Direito Social Condensado, afastar-se do norte constitucional. Destarte, a insuficiência da estrutura contemporânea estatal traduz um importante contexto sociopolítico,

²⁴ GEORGES GURVITCH, *La Idea Del Derecho Social. Noción y Sistema Del Derecho Social*, op. cit., p. 93.

²⁵ GEORGES GURVITCH, *La Idea Del Derecho Social. Noción y Sistema Del Derecho Social*, op. cit., p. 97.

²⁶ GEORGES GURVITCH, *La Idea Del Derecho Social. Noción y Sistema Del Derecho Social*, op. cit., p.

capaz de maximizar um novo espaço: um Direito Social Condensado a partir do espaço local.

4. Abertura democrática constitucional e a participação social no ordenamento português

Ao analisar o contexto da participação popular, especialmente no direito administrativo, é necessário observar a evolução dos ordenamentos que tratam da ampliação do espectro democrático sob dois prismas temporais diferentes: o primeiro deles, antes do pós-guerra, correspondente ao direito administrativo Napoleônico que perdurou e se expandiu no século XIX até a 2.^a Grande Guerra, quase desconhecia qualquer princípio referente à participação pública na atividade administrativa.

Mesmo em Estados Democráticos que adotaram sistemas semelhantes ao francês ou britânico, a materialização do princípio da participação era discreta e frágil, não indo além de meras garantias como o direito à informação acerca do andamento de procedimentos administrativos, mesmo que desacompanhados de tutela jurisdicional e direito à audiência prévia do acusado em sede de procedimentos disciplinares. Excepcionalmente, admitiam-se formas análogas de participação nos procedimentos administrativos²⁷.

Tal contexto se transforma radicalmente após o advento da 2.^a Guerra Mundial, reforçando-se os dispositivos que tratam da participação dos particulares no exercício do poder administrativo, passando a integrar-se no contexto geral de proteção e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos que ganharam importante destaque com a edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

QUADROS²⁸ refere que justamente a Alemanha foi a precursora da salvaguarda dos direitos dos particulares à participação no exercício do poder administrativo, especialmente em sede de procedimento administrativo. Nesse contexto, em 1976 a Alemanha aprova a Lei do Procedimento Administrativo

²⁷ FAUSTO DE QUADROS, «O Princípio da Participação no Direito Administrativo Português», in ROGÉRIO GESTA LEAL (Org.), *Administração pública e participação social na América Latina*, Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2005, p. 109.

²⁸ FAUSTO DE QUADROS, «O Princípio da Participação no Direito Administrativo Português», *op. cit.*

(*Verwaltungsverfahrensgesetz*) que consagra o direito de participação dos cidadãos nos procedimentos administrativos em diversas matérias, o que acabou influenciando, de forma direta, o Direito Administrativo de uma série de Estados europeus, dentre eles, Portugal.

A Constituição da República Portuguesa, de 1976, majorou substancialmente o âmbito de alcance da participação dos cidadãos em sede de poder administrativo, elencando explicitamente tal matéria em seu artigo 267.º, n.º 5, que trata da Estrutura da Administração, garantindo no processamento da atividade administrativa “a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito”.

Também nesse artigo é previsto, no n.º 1, que a Administração Pública portuguesa será estruturada de forma a “aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva” afirmando que esse processo se fará através de “associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática”. Assim, vislumbra-se que a questão da participação dos particulares na seara do poder administrativo é tratada como preceito essencial na Lei Maior portuguesa.

O artigo 267.º foi materializado na edição do Código de Procedimento Administrativo (CPA) de 2015 (atualmente com cinco revisões, sendo a última através do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro), que elenca em seus artigos iniciais o rol dos princípios orientadores do CPA, dentre eles o princípio da participação que prevê que:

“Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objeto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes digam respeito, designadamente através da respetiva audiência nos termos do presente Código” (CPA, 2015).

O artigo 7.º trata do princípio da colaboração da Administração com os particulares e dispõe que “os órgãos da Administração Pública devem actuar em estreita colaboração com os particulares, procurando assegurar a sua adequada participação no desempenho da função administrativa”. Este dispositivo denota a clara abertura democrática na seara público-administrativa, podendo falar-se em gestão pública compartilhada, com cada polo da relação jurídico-administrativa atuando conforme seus deveres e possibilidades. Assim, igualmente, essencial destaque merece o disposto no artigo 8.º que trata do “Princípio da participação”:

“Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objecto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes disserem respeito, designadamente através da respectiva audiência nos termos deste Código”.

Dessa maneira, não só se elenca o direito do particular de participar ativamente das decisões administrativas a que lhes forem afeitas, mas, admite-se a intervenção de associações, dentre os quais os sindicatos e entidades representativas de classe, na defesa de interesse coletivo de seus representados. Da leitura desses dois dispositivos, decorre do Código de Procedimento Administrativo sua concretização, especialmente do Princípio da participação, por meio da disciplina da “audiência dos interessados” e do “princípio da administração aberta”, onde se faz pertinente transcrever o disposto no artigo 17.º:

“1 – Todas as pessoas têm o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, mesmo quando nenhum procedimento que lhes diga diretamente respeito esteja em curso, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal, ao sigilo fiscal e à privacidade das pessoas.

2 – O acesso aos arquivos e registos administrativos é regulado por lei”.

Tal dispositivo assemelha-se em grande parte com a Lei de Acesso à Informação²⁹ (Lei n.º 12.527/2011) no Brasil e que regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas. É pressuposto de qualquer forma de controle social efetivo, a possibilidade de acesso e conhecimento sobre as informações acerca de órgãos e entidades constantes da Administração Pública, salvo àquelas resguardadas sob sigilo. Tal dispositivo é ferramenta ímpar à transparência, a pedra fundamental da gestão compartilhada da qual a sociedade deve ser parte atuante, enquanto interessado, administrado e fiscal.

O advento da revisão do CPA corrobora com a vocação democrática do ordenamento jurídico português, no sentido da abertura e interação entre Poder Público e Sociedade. Tanto em sede de mecanismos constitucionais, quanto na estrutura infraconstitucional, é possível se vislumbrar a intenção de garantir a

²⁹ Tal norma entrou em vigor em maio de 2012 e criou mecanismos que possibilitam, a qualquer pessoa, física ou jurídica, sem necessidade de apresentar justificativa, requerer o recebimento de informações públicas dos órgãos e entidades da União, Estados e Municípios. A lei aplica-se, inclusive, às entidades privadas sem fins lucrativos a dar publicidade a informações referentes ao recebimento e à destinação dos recursos públicos por elas recebidos.

autonomia das autarquias locais, a efetivação do princípio da subsidiariedade e a criação de uma nova lógica de gestão pública: compartilhada. Portanto, é inequívoco o direcionamento de toda a estrutura política do Estado para a pessoa humana que é sua própria razão de existência, enquanto sujeito ativo da política:

“O cidadão tem ao mesmo tempo deveres para com o seu semelhante, para com a comunidade de que faz parte, utilizando, nomeadamente, as estruturas políticas que, por isso, estão ao seu serviço. Estas considerações sobre a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente apoiadas, são fundamentais para entendermos devidamente o conceito de soberania popular (soberania do povo, vontade popular). A dignidade da pessoa humana fundamenta e baliza a ideia de soberania popular. A dignidade da pessoa constitui o sustento da ideia de soberania popular”³⁰.

Assim, acredita-se que Portugal detém um arcabouço jurídico que se coaduna com a efetivação de um Direito Social Condensado, o que foi mantido e de certa forma ampliado com a revisão do CPA, através do Decreto-Lei n.º 4/2015. Tal direito que, não pressupõe a substituição da democracia representativa, nem tampouco pretende subtrair a competência legislativa estatal, mas tão somente tornar a estrutura jurídica mais permeável às interações de sua comunidade, passível de efetuar a transição de um sistema jurídico fechado para um sistema jurídico aberto, proporcionando a gestão compartilhada dos governos locais, com espaço interativo para a sociedade, tanto enquanto participe como enquanto destinatária das ações de uma gestão pública local e democrática.

5. Considerações finais

É latente que a demanda pela democratização dos espaços públicos institucionais é um dos reflexos da crise do Estado moderno. A democracia representativa, por si só, não consegue mais atender satisfatoriamente as diferentes demandas advindas de uma sociedade pluralística e complexa.

³⁰ ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, op. cit., pp. 85-86.

Diante desse paradigma em crise, os Estados passaram a incorporar, em seus ordenamentos jurídicos, diversos mecanismos e instrumentos factíveis de tornar a gestão pública compartilhada, envolvendo todos os setores da sociedade. Disso não é exceção o Estado Português, face o caráter democrático de sua Constituição e dos inúmeros legais, de considerável amplitude democrática, que garantem participação dos administrados e a autonomia das autarquias locais.

No entanto, ainda que se tenha a disposição um rol de instrumentos democráticos no espaço público, no plano formal, materialmente ainda se busca empoderar os cidadãos a cerca dos mecanismos participativos colocadas à sua disposição. Tais mecanismos têm de estar coadunados com a realidade de cada espaço local, passíveis de serem vislumbrados pelos atores sociais.

A gestão democrática do espaço local deve ser passível de produzir um ambiente plural, onde todos tenham espaço de atuação e que possam desenvolver suas atividades de forma sustentável, devendo, para isso, fiscalizar constantemente os espaços de participação para que a decisão popular esteja imune de ser cooptada por grupos de interesse ou, ainda, ser reduzida à atuação de uma parcela representativa de interesses corporativos.

Desse modo, conclui-se como substancialmente plausível a concepção de um Estado Constitucional Democrático de base pluralista, coadunado com a ideia de Direito Social Condensado proposto por Gurvitch, com ampla interpenetração entre a ordem jurídica estatal e os fatos normativos da comunidade subjacente – sociedade – e desvelando uma nova e qualificada forma de relacionamento entre poder público estatal e os cidadãos.

É nesse contexto que se espera que a revisão do CPA, trazida com o Decreto-Lei n.º 4/2015, qualifique os instrumentos de participação e controle social, corroborando para um controle mais qualificado das políticas públicas, legitimado democraticamente, onde as decisões que sejam afetas ao espaço local passe, necessariamente, pela avaliação crítica da comunidade local, balizadas pelo mínimo referencial constitucional, para que a vontade da maioria não venha a suprimir outros direitos em disputa, mas, complemento a atuação do gestor pública, sob as premissas da boa-gestão e da responsabilidade.

6. Referências bibliográficas

- BOBBIO, Norberto, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- _____, *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 61.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, Vol. III, Coimbra: Editora Coimbra, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- GURVITCH, Georges, *La Idea Del Derecho Social. Noción y Sistema Del Derecho Social*. Granada: Comares S.L., 2005.
- HERMANY, Ricardo; FRANZ, Diogo, «(Re)definindo o pacto federativo: Uma proposta a partir subsidiariedade e do municipalismo», in COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (orgs.), *Direito e Políticas Públicas VII*, Santa Cruz do Sul, Edunisc: 2012, pp. 195 a 214.
- HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local: Uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.
- _____, *Município na Constituição: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro*, Curitiba, Juruá, 2012.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de, *A idéia de direito social – O pluralismo de Georges Gurvitch*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- OLIVEIRA, António Cândido de, «Tutela administrativa: por uma lei que fortaleça o Estado de Direito», in *Cadernos de justiça administrativa*, n.º 04, Braga, 1997.
- _____, *Direito das Autarquias Locais*, 2.ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2013.
- PEREZ, José Luis Monereo; PRIETO, Antonio Márquez, «Studio Peliminar: La “Idea del Derecho Social” en la Teoría General de los Derechos: El pensamiento de Gurvitch», in GURVITCH, Georges, *La Idea Del Derecho Social. Noción y Sistema Del Derecho Social*, Granada: Comares S.L., 2005.
- QUADROS, Fausto de, «O Princípio da Participação no Direito Administrativo Português», in LEAL, Rogério Gesta (Org.), *Administração pública e participação social na América Latina*, Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2005.

ROCHA, Joaquim Freita de, *Direito Financeiro Local (Finanças Locais)*, Braga: CEJUR, 2009.

PORTUGAL, *Constituição da República Portuguesa*, de 2 de abril de 1976. Disponível em: www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx, acesso em 12 dez. 2013.

PORTUGAL, Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro de 2015, Disponível em: www.dgaep.gov.pt/upload/Legis/2015_dl_04_01_07.pdf. Acesso em 12 jun. 2015.

Algumas nótulas sobre o acolhimento da e-procedimentalização no Novo Código do Procedimento Administrativo

Rita Isabel de Sousa Costa*

Sumário:** 1. A viragem para o novo milénio: entre as metamorfoses de velhos *riscos* e o surgimento de novos *riscos*. Em especial, a massificação dos meios electrónicos. 2. Algumas marcas *impressivas* do acolhimento da e-procedimentalização no nCPA. **α)** Dos princípios aplicáveis à administração electrónica. **β)** Da utilização dos meios electrónicos no procedimento administrativo. **i)** A utilização dos meios electrónicos na instrução dos procedimentos (artigos 61.º e 62.º e 63.º). **ii)** Outras marcas da consagração dos meios electrónicos no regime comum do procedimento administrativo. **γ)** Da utilização de meios electrónicos no procedimento do acto administrativo. **i)** A utilização de meios electrónicos na *forma e perfeição* das notificações do acto administrativo (artigos 112.º e 113.º). 3. Algumas questões sobre o alcance da e-procedimentalização no nCPA, à guisa de breves notas finais.

1. A viragem para o novo milénio: entre as metamorfoses de velhos *riscos* e o surgimento de novos *riscos*. Em especial, a massificação dos meios electrónicos

Vinte e quatro anos volvidos desde a entrada em vigor do primeiro Código do Procedimento Administrativo (CPA) português, o Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, aprovou um Novo CPA (nCPA)¹. Parece, pois, que aquela imagem tipicamente oitocentista de que os Códigos devem ser dotados de uma longevidade secular vai, paulatinamente, desvanecendo-se ao longo dos tempos, sendo este nCPA paradigmático dessa realidade. Será um corolário da nossa hodierna *sociedade do*

* Estudante do 2.º ano da Licenciatura em Direito na Universidade do Minho.

** Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

¹ Em bom rigor, oficialmente, foi aprovado um Novo CPA, mas, consabidamente, o diploma importou grande parte das soluções do primeiro CPA, razão pela qual a Comissão de Elaboração do nCPA assevera publicamente que apenas procurou fazer uma grande revisão e que foi opção do legislador aprovar um Novo Código.

risco (risikogesellschaft)? Ou, numa visão mais céptica, uma patologia da pós-modernidade jurídica?²

Por força da ideia de sociedade pluralista, o comportamento humano prespõe riscos na tomada de decisão³, cada vez mais imprevisíveis. Falar, por isso, em *sociedade de risco* é quase um lugar-comum. Dizer que os *riscos* de hoje são um produto mais refinado dos riscos apresentados por BECK⁴, em 1986, é uma evidência tal – ainda que, em certa medida, contaminada por algum cronocentrismo – que soa a tautologia. Mas a verdade é que, neste quarto de século, a nossa *sociedade-da-urgência*⁵ se desenvolveu e continua a desenvolver-se a uma velocidade vertiginosa, potenciada, entre outros, pelo virtuoso e cada vez mais célere progresso tecnológico.

Pois bem, um dos marcos desse progresso deu-se em Agosto de 1991: um *web server* (o NeXTcube) e o primeiro *browser* da história (o WorldWideWeb) permitiram aceder ao “admirável mundo novo” da *Internet*. Um mundo, naturalmente,

² Um dos Autores portugueses mais crítico do fenómeno da pós-modernidade jurídica é JOAQUIM FREITAS DA ROCHA. *Vd.* JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos – Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 34 e ss.

³ Um exemplo da Ética com imbricações no Direito é o apresentado por PETER SINGER, como crítica à exigente *igualdade na consideração de interesses* rawlsiana. *Cfr.* PETER SINGER, *Ética Prática*, Trad. Álvaro Fernandes, Lisboa, Gradiva, 2002, pp. 42-43. Outros exemplos em ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 4.ª ed., Trad. António Cortês, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, pp. 454-455. Outro plano, sobre os paradigmas do Direito Penal na Sociedade de Risco, *cfr.* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., 2.ª reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 133 e ss.; JOSÉ LUIS DÍES RIPPOLÉS, «Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4, Ano 17, Out-Dez, 2007, pp. 547-599. Para uma incursão no Direito Administrativo, *cfr.* ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, 2.ª ed., Tenacitas, 2009; CARLA AMADO GOMES, «Estado Social e Concretização de Direitos Fundamentais na Era Tecnológica: Algumas Verdades Inconvenientes», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VII (especial), 2010, pp. 19-34; CAMILLE BROUELLE, «Le Risque en Droit Administratif ‘classique’? (fin du XIX^e, milieu du XX^e siècle)», in *Revue du Droit Public*, n.º 6, 2008, pp. 1513-1524.

⁴ *Cfr.* ULRICH BECK, *Risk Society – Towards a New Modernity*, Trad. [ing.], Londres, SAGE Publications, 1992.

⁵ Importámos a expressão utilizada por ISABEL CELESTE M. FONSECA. A Autora, em nota de rodapé, na sua introdução à edição da ELSA UMINHO do nCPA, elenca um conjunto de postulados, no campo do Direito Público, como sendo a aceleração e desformalização procedimentais. *Cfr.* ISABEL CELESTE M. FONSECA, «A revisão do CPA: pontos fortes e pontos fracos», in *Código do Procedimento Administrativo*, 1.ª ed., Braga, ELSA UMINHO, 2015, nota n.º 1, p. 7. Para um desenvolvimento aturado e aprimorado das intersecções entre *urgência* e direito, *vd.*, por todos, ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 121-159.

muito simples e limitado⁶, que sofreu uma evolução exponencial que veio revolucionar a forma como comunicamos e acedemos a conteúdos.

Em Novembro de 1991, em Portugal, foi promulgado o primeiro CPA. E, evidentemente, a forma como a *Internet* evoluiu e veio influenciar a vida em sociedade não poderia ser prevista a tempo de ser integrada no Código (e, mesmo num contrafactual em que tal previsão fosse possível, não teria sentido a sua integração quando não existiam meios técnicos e materiais suficientemente desenvolvidos até, provavelmente, à década seguinte).

Actualmente, porém, a utilização de meios electrónicos com acesso à *Internet* para a realização das mais diversas tarefas é uma realidade inabalável que veio reforçar o mundo globalizado e multimodal. As facilidades introduzidas pela utilização de meios electrónicos são absolutamente notáveis. Assinalamos algumas: (i) facilidades do ponto de vista da comunicação à distância, através de *e-mail*, *chat*, redes sociais, videoconferências, demais plataformas electrónicas, etc.; (ii) facilidades de desmaterialização: a possibilidade de processar texto, imagens, vídeos, e armazená-los; (iii) facilidades de efectuar pagamentos, de comercialização de produtos, de divulgação de ideias; (iv) novas formas de participação popular⁷, que possibilitam a participação em novos espaços de discussão e permitem, também, que a mesma seja efectuada sob o véu do anonimato. Enfim, é evidente que não sonegamos os novos *riscos* associados a este salto tecnológico. Desde logo, os problemas mais famigerados associados à cibercriminalidade⁸, como sendo os do *hacking*, da proliferação de *malwares*, das burlas informáticas, associadas ou não a *phishing*, da pirataria informática e potencial violação de direitos de autor, da difusão de imagens e vídeos associados à pedopornografia e o problema dessa difusão em *streaming*, entre muitos outros.

⁶ A primeira página *web* desenvolvida/accedida: <http://info.cern.ch/hypertext/WWW/TheProject.html>.

⁷ Do ponto de vista da participação política, porém, consoante a geografia, ainda há algum caminho a trilhar, nomeadamente no que concerne à desmaterialização do voto (voto electrónico). O caso português, não obstante as diversas experiências-piloto (a primeira em 1997), é paradigmático desta situação. Para uma brevíssima perspectiva comparada, cfr. «Experiências de Votação Electrónica em Eleições Políticas no Mundo», UMIC – Agência para a Sociedade do Conhecimento (Ministério da Educação e Ciência), disponível em: http://www.unic.pt/index.php?option=com_content&task=view&id=3113&Itemid=448, consultado em 11 de Junho de 2015.

⁸ Cfr. P. W. SINGER / ALLAN FRIEDMAN, *Cybersecurity and Cyberwar: What Everyone Needs to Know*, Oxford, Oxford University Press, 2014; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «Criminalidade Informática», in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 261-287.

Certo é que a Administração, no quadro da actual *revolução digital*, não pode deixar-se ficar para trás⁹, sob pena de não conseguir prosseguir as suas obrigações constitucionais. Os princípios da *prossecação do interesse público*, da *desburocratização*, da *aproximação dos serviços às populações*, da *participação dos interessados na sua gestão efectiva*, consagrados no artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), pressupõem que a Administração se actualize e acompanhe a sociedade para que seja possível a sua concretização. Mesmo os mais cépticos, advogando, com alguma razão, que a informatização da Administração pode, justamente, colidir com o princípio da *aproximação dos serviços às populações*, propugnando a tese de que a desmaterialização da Administração implica o encerramento de alguns serviços, não podem negar que esta *aproximação dos serviços* ganha novas formas¹⁰, designadamente através da consulta das informações constantes nos *sites* oficiais, das linhas telefónicas de atendimento fora de horário de expediente, ou do envio de *e-mails* a qualquer hora do dia para um pedido de esclarecimentos, evitando a deslocação física ao serviço e uma longa espera. Ainda no âmbito da análise dos princípios constitucionais, é necessário, também, aquilatar um novo e prudente olhar sobre o princípio da *desburocratização*, lido em paralelo com o princípio da *participação dos interessados na sua gestão efectiva*¹¹, sob pena de, como adverte CARLOS CARVALHO, com tanto entusiasmo colocado nos meios electrónicos, correremos “*quicá o risco de*

⁹ Em 1997, já se discutiam as tendências para a automação da Administração, mediante a produção de actos administrativos informáticos. Cfr. PEDRO GONÇALVES, «O Acto Administrativo Informático», in *Scientia Iuridica*, n.º 265/266, 1997. Anteriormente, VASCO PEREIRA DA SILVA avançara a hipótese da “*administração através de máquinas*”. Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, Almedina, reimp. 2003, p. 481. Esta automação da Administração concorre, ainda, no sentido da “*despapelização*”. Cfr. CARLA AMADO GOMES / SANDRA LOPES LUÍS, «O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal», in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 7, Ano 1, 2012, p. 4013.

¹⁰ MIGUEL PRATA ROQUE defende que a introdução dos meios electrónicos cominou a Administração de tipo tradicional-mecanicista. No entanto, isso não implica o despedimento de funcionários, mas a sua reorientação, na medida em que “*se a administração quiser prosseguir a sua «função preventiva», de conformação da conduta dos particulares perante a lei vigente, forçoso é que a mesma seja dotada dos meios humanos e técnicos a isso necessários*”. MIGUEL PRATA ROQUE, «O Nascimento da Administração Electrónica num Espaço Transnacional (Breves Notas a Propósito do Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo)», in *e-pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 1, 2014.

¹¹ A propósito da burocracia da Administração, NIKLAS LUHMANN, em 1969, defendia que o “*aperto da organização reside agora na capacidade de realização da administração. As decisões administrativas têm de ser racionalizadas para interceptar esta pressão do trabalho. Racionalizar significa orientação específica de função. A orientação específica de funções exige, porém, um alívio de outras funções, um alívio principalmente das funções de obter o consenso e de legitimar as decisões*”. NIKLAS LUHMANN, *Legitimação pelo Procedimento*, Trad. Conceição Côrte-Real, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 175.

criar uma nova burocracia, agora electrónica, mas com os mesmos efeitos perversos sobre a sociedade"¹².

Pois bem, com vista a acompanhar o aludido desenvolvimento tecnológico da sociedade e consequente acompanhamento da prossecução de princípios constitucionais e directivas europeias¹³, uma das grandes novidades deste nCPA é justamente a introdução da e-procedimentalização. Não se pense, todavia, que este é o primeiro esforço do legislador português de adaptação às exigências do *e-government* (*e-gov*)¹⁴. Simplesmente, agora, a e-procedimentalização é contemplada no mais importante diploma jus-administrativo.

¹² CARLOS CARVALHO, «O procedimento administrativo – tramitação e formalidades. Algumas questões e reflexões a propósito da revisão do CPA», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, Julho-Agosto, 2013, p. 102.

¹³ *Vd.* a transposição da Directiva Serviços (Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho) e a consagração do *balcão único*. Sobre a transposição da referida directiva e o impacte da e-Administração no sector do turismo, cfr. VIRGÍLIO MACHADO, «Administração Pública Electrónica e Directiva dos Serviços: Aplicação ao Sector do Turismo», in *Jurismat*, n.º 2, Portimão, 2013, pp. 139-159.

¹⁴ Cfr. RICHARD SCHWESTER, «Examining the Barriers to e-Government Adoption», in *The Electronic Journal of e-Government*, Vol. 7, Issue 1, Janeiro, 2009, pp. 113-122, disponível em: www.ejeg.com; EDUARDO GAMERO CASADO, «Interoperabilidad y Administración Electrónica: Conéctense, por favor», in *Revista de Administración Pública*, n.º 179, Madrid, 2009, pp. 291-332; DELFINA DE SÁ-SOARES, *Interoperabilidade entre Sistemas de Informação na Administração Pública* (Tese de Doutoramento em Tecnologias e Sistemas de Informação), Braga, Universidade do Minho, 2009, pp. 49 e ss., disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/10539>.

Intra muros, a título ilustrativo, pode ler-se no preâmbulo do Código dos Contratos Públicos (CCP) “no plano da permeabilidade à evolução tecnológica e às possibilidades oferecidas pelas vias electrónicas, o CCP adequa o regime da contratação pública às exigências da actualidade, maxime às impostas pelo e-procurement...”. Num texto bastante anterior ao CCP, PEDRO GONÇALVES já dava conta do fenómeno do *e-gov*. Cfr. PEDRO GONÇALVES, «Contratação Pública Electrónica», in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

Por outro lado, nos últimos anos, tem surgido, amiúde, bastante legislação neste âmbito da modernização da administração e integração das TIC. Cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA / MATEUS AREZES NEIVA, *Cadernos II de Legislação Administrativa*, Coimbra, Almedina, 2015, maxime: *Lei das Comunicações Electrónicas* (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, alterada pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro); *Rede Interministerial para a Modernização Administrativa (RIMA)* (Decreto-Lei n.º 4/97, de 9 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 72/2014 de 13 de Maio); *Modernização Administrativa* (Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 73/2014, de 13 de Maio); *Prestação Digital de Serviços Públicos* (Decreto-Lei n.º 74/2014, de 13 de Maio).

2. Algumas marcas *impressivas* do acolhimento da e-procedimentalização no nCPA

α) Dos princípios aplicáveis à administração electrónica

O nCPA introduziu um catálogo de princípios gerais sobre a actividade administrativa, no Capítulo I da Parte I, no qual se incluem os princípios aplicáveis à administração electrónica (artigo 14.º). Consideramos, no geral, que a introdução deste catálogo de princípios¹⁵ é vastamente positiva. Especificamente, porém, no que concerne aos princípios que enformam a administração electrónica, somos ligeiramente mais renitentes quanto à forma como os mesmos foram consagrados.

O n.º 1 do artigo 14.º constitui, nas suas linhas centrais, uma importação do artigo 266.º da CRP e uma repetição do acolhimento principiológico dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do nCPA. Dada a *open texture*¹⁶ destes princípios, pressupõe-se que os

¹⁵ Para uma perspectiva dos princípios do ponto de vista da Teoria e Filosofia do Direito, cfr. RONALD DWORKIN, *A Matter of Principle*, Harvard, Harvard University Press, 1986; ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios. Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa Editora, 2010. Para uma visão genérica dos princípios de Direito Administrativo, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol II, reimp. da 2.ª ed. de 2011, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 135 e ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, pp. 44 e ss.; ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, «A Administração Pública de Prestação e o Direito Público», in *Scientia Iuridica*, Tomo XLV, n.º 259/260/261, 1996. No sentido do direito administrativo global, cfr. CAROL HARLOW, «Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values», in *The European Journal of International Law*, Vol. 17, n.º 1, Oxford University Press, 2006, pp. 188-214.

Sobre a consagração dos novos princípios no nCPA, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo. Temas Nucleares. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 41 e ss.; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração em particular», in CARLA AMADO GOMES / ANA FERNANDES NEVES / TIAGO SERRÃO (Coord.), *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2015; JOÃO PACHECO AMORIM, «Os princípios gerais da actividade administrativa o projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo (CPA)», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, Julho-Agosto, 2013; CARLA AMADO GOMES, «A “Boa Administração” na Revisão do CPA: Depressa e Bem...», Lisboa, ICJP, 2013, disponível em: <http://www.icjp.pt/debate/4268/4337>, consultado em: 11 de Junho de 2015; ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, «Abertura e Transparência no Projecto de Revisão do CPA», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano X, 2013, pp. 63-75. Antevendo alguns pontos do primeiro CPA carentes de revisão, *vd.* VASCO PEREIRA DA SILVA, «Functions and Purposes of the Administrative Procedure: New Problems and New Solutions», in *Lisbon Meeting on Administrative Procedure*, Lisboa, ICJP, 2011, pp. 69-80, disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/e-book_international_isbn.pdf, consultado em: 11 de Junho de 2015.

¹⁶ Expressão de HERBERT L. A. HART. Cfr. HERBERT L. A. HART, *O Conceito de Direito*, Trad. A. Ribeiro Mendes, 5.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, pp. 139 e ss. e 314.

mesmos já contemplem as exigências da e-procedimentalização. O n.º 1 do artigo 14.º parece-nos, portanto, ligeiramente tautológico.

O n.º 2 do artigo 14.º traz à colação um conjunto de informações muito relevantes: *“os meios eletrónicos utilizados devem garantir a disponibilidade, o acesso, a integridade, a autenticidade, a confidencialidade, a conservação e a segurança da informação”*. Por todos os *riscos* associados à utilização de meios electrónicos que já aludimos, parece-nos que o conteúdo do n.º 2 é uma solução prudente. Por outro lado, por força de uma terminologia algo vaga no âmbito da perfeição das notificações, que abordaremos *infra*, esta disposição impede uma das possíveis (nocivas) interpretações.

O n.º 3 do artigo 14.º, contudo, não nos parece ter uma redacção muito feliz. Enuncia o seguinte: *“A utilização de meios eletrónicos, dentro dos limites estabelecidos na Constituição e na lei, está sujeita às garantias previstas no presente Código e aos princípios gerais da actividade administrativa”*. cremos que o legislador pretendia dizer algo do género *A utilização de meios eletrónicos deverá ser efectuada dentro (...), estando sujeita (...)*. Porque o que o preceito dita, nos moldes da redacção em vigor, é que só a utilização de meios electrónicos que é efectuada dentro dos limites estabelecidos na CRP e na lei é que está sujeita às garantias previstas no Código e aos princípios gerais da actividade administrativa. Significa isto que a utilização de meios electrónicos à revelia da lei e da CRP não se subordina ao respeito pelos princípios do presente Código e pelos princípios gerais da actividade administrativa. Outra interpretação passível de ser apreendida da construção frásica desta norma é a de que as garantias previstas no nCPA, no que tange à utilização de meios electrónicos, se sobrepõem à CRP. Compreendemos, todavia, a *mens legislatoris* por detrás deste n.º 3 e vamos presumir que o legislador *“soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”*¹⁷. Já no âmbito desta presunção, por outro lado, e no seguimento do n.º 2, pare-

¹⁷ Ainda que nos estejamos a referir a esta regra do artigo 9.º do Código Civil com um ligeiro traço irónico – uma vez que professamos o entendimento da doutrina que teoriza no sentido da eliminação desse artigo, numa futura revisão daquele Código –, não nos parece problemática a importação e consequente aplicabilidade heurística desta regra hermenêutica. Isto porque, embora o artigo 9.º, de um ponto de vista estritamente formal, valha para o Direito Civil, a sua aplicabilidade noutros domínios do Direito é justificável, por exemplo, dada a inexistência de consagração de uma norma desta tipologia num texto de valor normativo ascendente (Constituição). Diga-se, ainda, que o artigo 9.º tem como epígrafe *“interpretação das leis”* e o Código Civil avança um entendimento (muito peculiar) de lei na parte inicial, do artigo 1.º, n.º 2. Sobre esse entendimento de lei do Código Civil e a sua desconformidade com a CRP, *vd.*, por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, «Da necessidade de revisão dos artigos 1.º a 13.º do Código

ce-nos que também o n.º 3 procura salvaguardar as interpretações nocivas que possam surgir da leitura das perfeições das notificações (embora nos questionemos se seria este o objectivo do legislador quando desenhou esta disposição ou se foi apenas fruto do mero acaso), constituindo a parte francamente mais positiva deste mesmo número. Por fim, a segunda parte do número em análise, *i.e.*, a sujeição aos princípios gerais da actividade administrativa é, novamente, uma repetição, desta feita do n.º 1 (que, por sua vez, é, em si mesmo, uma repetição de outras disposições).

Os n.ºs 5 e 6 são, na nossa óptica, as disposições mais bem conseguidas do artigo 14.º e devem ser lidas em interligação. Entendemos que, contrariamente às tautologias contempladas nalguns números anteriores, o conteúdo do n.º 5 seja autonomizado do carácter mais amplo do artigo 6.º, referente ao princípio da igualdade. Embora a possibilidade de, num entendimento quase religioso da procedimentalização electrónica, a Administração restringir ou discriminar quem não use os meios electrónicos se possa, com algum esforço – porquanto o âmbito dos tipos de discriminação elencados, de seguida, é mais no sentido das famigeradas discriminações directas –, inscrever numa discriminação com base em *convicções ideológicas, instrução, situação económica ou condição social*, é nosso entendimento que este seria um corolário do *princípio da igualdade* que deveria ser densificado autonomamente, parecendo-nos, por isso, uma solução salutar, sem prejuízo das medidas de diferenciação positiva aludidas no n.º 6. Por outro lado, o n.º 4 concorre, num sentido inverso, para a não discriminação dos utilizadores de *meios electrónicos*, possibilitando aos interessados, designadamente “*formular as suas pretensões, obter e prestar informações, realizar consultas, apresentar alegações, efectuar pagamentos e impugnar atos administrativos*”. Temos apenas algumas dificuldades no que respeita à interpretação de “*meios electrónicos*”, nomeadamente se esta expressão é utilizada no sentido da existência de uma plataforma *online*, do tipo do balcão único electrónico, no sentido da publicitação dos contactos de *e-mail* dos serviços da Administração, ou no

Civil», in *Themis*, Vol I, Ano I, 2000, pp. 9-22. Sobre os cânones hermenêuticos, cfr., MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, Coimbra, Arménio Amado, 1978; EMILIO BETTI, *Teoria Generale della Interpretazione*, Vol. II, Milão, Giuffrè Editore, 1990, pp. 801 e ss. No sentido da eliminação do artigo 9.º do Código Civil, *vd.*, por todos, JOANA AGUIAR E SILVA, *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça. Repercussões Jusliterárias no Eixo Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 406 e ss. Expressámos a nossa perspectiva sobre o assunto em RITA ISABEL DE SOUSA COSTA, «Da subsidiariedade dos estudos interdisciplinares entre Metodologia Jurídica e Filosofia da Linguagem», in *Apeiron – Revista Filosófica*, Vol. 5, 2015, pp. 17-35.

sentido de ambas. Mas esta é uma dificuldade que nos acompanha ao longo do nCPA, noutros contextos, sempre que esta expressão aparece consagrada.

β) Da utilização dos meios electrónicos no procedimento administrativo

i) A utilização dos meios electrónicos na instrução dos procedimentos (artigos 61.º e 62.º¹⁸ e 63.º)

As alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 1 e o n.º 2 do artigo 61.º constituem linhas orientadoras dos fins da utilização dos meios electrónicos na fase de instrução. Aparecem, novamente, as ideias de “*celeridade*”, “*acessibilidade*”, “*segurança*”, aduzindo-se a obrigatoriedade de garantia do controlo dos prazos, simplificação, redução da duração e publicidade dos procedimentos, e obrigatoriedade da indicação do responsável pela direcção do procedimento e o órgão competente para a decisão. Em todo o caso, não entendemos por que razão o legislador consagra expressamente a “*instrução dos procedimentos*”, quando parece que a sua intenção é a de um entendimento e aplicabilidade mais latos deste artigo a todas as fases procedimentais¹⁹.

A alínea *a)* do n.º 3 do artigo 61.º não oferece grandes dúvidas e deve ser lida no seguimento dos números anteriores. Mais curiosa é, todavia, a conformação prática da alínea *b)*: os interessados têm direito “*a obter os instrumentos necessários à comunicação por via eletrónica com os serviços da Administração, designadamente nome de utilizador e palavra-passe para acesso a plataformas eletrónicas simples e, quando legalmente previsto, conta de correio eletrónico e assinatura digital certificada*”. Nomeadamente, a obtenção de *conta de correio eletrónico e assinatura digital certificada*. É que, sendo esta uma solução muito semelhante ao n.º 2 do §3a da *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG), estamos perante processos que são tecnicamente evoluídos, mas certamente serão onerosos (especialmente a assinatura digital certificada²⁰) para a

¹⁸ Em relação ao balcão único electrónico, remetemos para MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Eletrónico», in CARLA AMADO GOMES / ANA FERNANDES NEVES / TIAGO SERRÃO (Coord.), *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2015, pp. 287-292; e CARLOS CARVALHO, «O procedimento administrativo...», *op. cit.*, p. 103.

¹⁹ Neste sentido, CARLOS CARVALHO, «O procedimento administrativo...», *op. cit.*, p. 102.

²⁰ Cfr. Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto (*Aprova o regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital*), alterado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril, *maxime* artigos 9.º e ss.; e Decreto-Lei n.º 116-A/2006, de 16 de Junho (*Sistema de Certificação Electrónica do Estado (SCEE), Infra-estrutura de Chaves Públicas*), alterado pelo Decreto-Lei n.º 161/2012, de 31 de Julho.

Administração (ou para o interessado?). Num Código que consagra um princípio da boa administração (artigo 5.º)²¹, com preocupações de “economicidade”, e que, no âmbito da sua “adequação procedimental” (artigo 56.º), torna a reiterar essa necessidade de economicidade, é com alguma surpresa – mas bastante entusiasmo – que encontramos uma solução desta natureza.

Em relação às comunicações por telefax, telefone ou meios electrónicos, “as comunicações da Administração com os interessados ao longo do procedimento só podem processar-se através de telefax, telefone ou correio electrónico mediante seu prévio consentimento, prestado por escrito”. Em sentido contrário, as comunicações da Administração com pessoas colectivas não carecem de consentimento expresso destas (artigo 63.º, n.º 3).

Cumprido, agora, analisar uma situação que nos parece dotada de alguma ambiguidade.

No n.º 1 do artigo 63.º, é referido que “(...) as comunicações da Administração com os interessados ao longo do procedimento só podem processar-se através de (...) identificação da caixa postal electrónica de que é titular, nos termos previstos no serviço público de caixa postal electrónica” (redondo nosso). Ora, esta norma parece rejeitar a comunicação através do tradicional *e-mail* entre o interessado e a Administração, apenas possibilitando, em alternativa, o contacto através do serviço público de caixa postal electrónica. Este serviço é bastante distinto do tradicional *e-mail*. Em primeiro lugar, é um serviço com *valor legal*²², concessionado aos CTT²³. Em segundo lugar, só determinadas *entidades aderentes*²⁴ podem enviar correspondência para a caixa postal electrónica – estando vedada a recepção de correio electrónico enviado

²¹ Sobre o princípio da boa administração, *vd.* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 61 e ss.; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração em particular», *op. cit.*; CARLA AMADO GOMES, «A “Boa Administração”...», *op. cit.*

²² Trata-se de um *serviço da sociedade de informação*, na acepção do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro (*Regime jurídico do comércio electrónico no mercado interno e tratamento de dados pessoais*).

²³ Cfr., para uma definição de “serviço público de caixa postal electrónica”, o artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 112/2006, de 9 de Junho. Para uma melhor contextualização, deixamos um trecho do preâmbulo deste Decreto-Lei: “O presente decreto-lei vem, pois, alterar as bases da concessão do serviço postal universal e prever o cometimento à entidade concessionária de um novo serviço público, a caixa postal electrónica, com valor legal no domínio da comunicação entre o Estado, incluindo os tribunais, os serviços e organismos que integram a administração directa, indirecta ou autónoma do Estado e as entidades administrativas independentes, por um lado, e os cidadãos e as empresas, por outro, designadamente no campo dos procedimentos administrativos e dos processos judiciais, reservando e impondo à concessionária a concepção, construção, implementação e aplicação do sistema em termos que assegurem os objectivos e padrões inerentes ao serviço público em causa”.

²⁴ Cfr. lista das entidades aderentes em: https://www.viactt.pt/website/entidades_aderentes.html.

por terceiros – e são os CTT quem depositam o correio electrónico na respectiva caixa postal. Em terceiro lugar, trata-se de um serviço já com alguma tradição no âmbito das notificações da Autoridade Tributária e Aduaneira²⁵. Encontramos, pois, menção à caixa postal electrónica nos artigos 102.º, n.º 1, alínea g), e 113.º, n.ºs 5 e 6, do nCPA.

No entanto, há disposições do Código que parecem apontar no sentido da contemplação da comunicação através do tradicional *e-mail*²⁶. São os casos do n.º 2 do artigo 63.º, que refere que se presume “*que o interessado consentiu na utilização (...) de meios eletrónicos de comunicação quando...*” (redondo nosso); do n.º 3 do mesmo artigo, com a indicação “*para os endereços de correio eletrónico (...) indicados em qualquer documento por elas apresentado no procedimento administrativo*” (redondo nosso); mais adiante, da alínea c) do n.º 1 do artigo 112.º, com a indicação de que as notificações podem ser efectuadas por “*correio electrónico*”, e da alínea a) do n.º 2 do mesmo artigo 112.º, “[*p*]or iniciativa da Administração (...) para os endereços de correio eletrónico” (redondo nosso). Ora, a opção pelo plural (em “*os endereços...*”) por parte do legislador é, no mínimo, confusa, porquanto, nos termos do artigo 4.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 112/2006, de 9 Junho²⁷, “*cada aderente apenas pode ser titular de uma caixa postal electrónica*” (redondos nossos)²⁸. Por outro lado, numa perspectiva hermenêutica, *correio electrónico* é uma conjugação de palavras com um sentido bastante mais amplo do que a mera sindicância ao conceito de correio electrónico recebido e enviado através da *caixa postal electrónica*. E mesmo a conjugação de palavras *caixa postal electrónica* só denota a caixa postal electrónica do Serviço ViaCTT, porque o artigo 63.º, n.º 1, *in fine*, remete para o “*serviço público de caixa postal electrónica*”. Mas, então, é legítimo questionar o seguinte: se não foi desiderato do legislador contem-

²⁵ Nos termos do artigo 19.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária, a caixa postal electrónica integra o domicílio fiscal do sujeito passivo. A este respeito, cfr. MANUEL FAUSTINO, «Da obrigatoriedade de adesão ao serviço público de caixa postal electrónica», 2012, disponível em: <http://www.otoc.pt/fotos/editor2/gabinetetoc148.pdf>, consultado em 11 de Junho de 2015.

²⁶ Neste sentido, *vd.* parecer do Conselho Superior da Magistratura: «Parecer sobre a “Proposta de Lei n.º 224/XII/3.ª – Autoriza o Governo a aprovar o novo Código do Procedimento Administrativo”», Junho de 2014, disponível no site do Parlamento em: <http://goo.gl/BRZgVl>, pp. 6 e 7, consultado 11 de Junho de 2015.

²⁷ Versão mais recente: Decreto-Lei n.º 160/2013, de 19 de Novembro (*Primeira alteração à Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril, e quarta alteração das bases da concessão do serviço postal universal, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 448/99, de 4 de Novembro, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 150/2001, de 7 de Maio, 116/2003, de 12 de Junho, e 112/2006, de 9 de Junho*).

²⁸ Cfr., ainda, artigo 2.º, alínea d), da Resolução do Conselho de Ministros n.º 50/2006, de 5 de Maio de 2006: “*cada cidadão ou empresa apenas pode dispor de uma CPE para recepção das comunicações...*”.

plar o tradicional *e-mail* como meio de comunicação, por que razão, no artigo 113.º, n.º 6, *in fine*, é ficcionado um “*sistema de filtragem não imputável ao interessado*” como forma de ilidir a presunção de consulta do específico correio electrónico? Então, a caixa postal electrónica não é um sistema seguro em que, supostamente, só as *entidades aderentes* subscritas podem comunicar com o detentor da mesma e cuja correspondência é gerida pelos próprios CTT? Que tipo de *filtragem não imputável ao interessado* pode existir num sistema concebido para a impossibilidade, em si mesma, de *spam*?

Num Código que contempla a notificação por telefax e que possibilita a notificação por telefone, é, todavia, com alguma perplexidade que verificamos a possibilidade de afastamento das comunicações através dos *e-mails* tradicionais, que constituem um dos principais veículos de comunicação utilizados pelos particulares e pelas pessoas colectivas.

ii) Outras marcas da consagração dos meios electrónicos no regime comum do procedimento administrativo

No âmbito da realização das conferências procedimentais, nos termos do artigo 79.º, n.º 4, “*as reuniões da conferência podem ter lugar presencialmente ou por videoconferência*”. Esta solução de contemplar a conferência por videoconferência parece-nos extremamente positiva e em conformidade com as vantagens trazidas pelos meios electrónicos com vista a tornar o procedimento mais eficiente. Se a inserção das conferências procedimentais no nCPA constitui uma das inovações mais salutares do mesmo, a sua adequação ao propugnado pelos princípios da e-Administração não poderia reforçar melhor esse instituto. Cremos, todavia, *mutatis mutandis*, que, no artigo 42.º da Parte II²⁹ do nCPA, a mera ausência, no sentido de impossibilidade da presença física na reunião, poderia contemplar o mesmo ratio do artigo 79.º, n.º 4. No que respeita aos mecanismos que permitem colmatar essa

²⁹ Noutro plano, mas ainda no que se refere à parte II do Código, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA lamenta que não se tenha dado o passo para a gravação das reuniões, uma vez que as mesmas “*seriam um excelente antídoto preventivo da corrupção e ilicitude em geral*”. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, «Abertura e Transparência...», *op. cit.*, p. 71.

ausência física, a chamada telefónica ou a videoconferência seriam, pois, importantes instrumentos com vista a não forçar imediatamente a figura da suplência³⁰.

O artigo 94.º, n.º 2, refere que “à decisão final proferida através de meios electrónicos deve ser aposta assinatura electrónica”. Note-se que o artigo 61.º, n.º 3, alínea b), referencia a “assinatura digital certificada”. Nos termos do regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital³¹, a assinatura digital certificada é uma modalidade de assinatura electrónica (conceito mais amplo)³².

γ) *Da utilização de meios electrónicos no procedimento do acto administrativo*

i) *A utilização de meios electrónicos na forma e perfeição das notificações do acto administrativo (artigos 112.º e 113.º)*

A alínea c) do n.º 1 do artigo 112.º postula que as notificações podem ser efectuadas através de três formas de comunicação electrónica: (i) correio electrónico, (ii) sistema incorporado no *site* do serviço do órgão competente; e (iii) balcão único electrónico; operacionalizando o acolhimento da procedimentalização electrónica, maioritariamente principiológico, consagrado nos artigos anteriores.

³⁰ No mesmo sentido, PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol I., Coimbra, Almedina, 2013, p. 487, ponto (vi) das manifestações da informatização da Administração; MIGUEL PRATA ROQUE, «O Nascimento da...», *op. cit.*, *maxime* nota n.º 10, p. 7. Na nota seguinte, o Autor faz referência à regra da alínea f) do artigo 87.º (artigo 84.º do Projecto de Revisão), preconizando que a mesma é “anacrónica”, na medida em que existem serviços *online* contínua e ininterruptamente, 24 horas por dia. Na nossa óptica, todavia, embora o argumento de MIGUEL PRATA ROQUE seja bastante cogente, acreditamos que faça sentido a manutenção desta regra, porquanto há uma cultura enraizada no sentido da transferência para o primeiro dia útil seguinte, quando o término do prazo coincida com um dia não útil. Por outro lado, temos algumas dúvidas no que tange a uma eventual colisão entre a proposta do Autor e o princípio consagrado no n.º 5 do artigo 14.º.

³¹ Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril.

³² Ver artigo 2.º, alíneas b) e c), do Decreto-Lei *supra*. Cfr. MIGUEL PUPO CORREIA, «Assinatura digital electrónica e certificação digital – novas tendências», in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VIII, Coimbra, Coimbra Editora, 2009; FRANCISCO CARNEIRO DE ANDRADE, *Da Contratação Electrónica – Em Particular da Contratação Electrónica Inter-Sistémica Inteligente (Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas)*, Braga, Universidade do Minho, 2009, pp. 58 e ss., disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/10175>. Cfr., também, *Regulamento (UE) N.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativo à identificação electrónica e aos serviços de confiança para as transações electrónicas no mercado interno e que revoga a Diretiva 1999/93/CE*.

A alínea *a*) do n.º 2 do artigo 112.º informa, à semelhança do artigo 63.º, que, em qualquer momento do procedimento, a Administração pode notificar através das formas de comunicação electrónica elencadas na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 112.º, sem necessidade de prévio consentimento³³, quando se trate de pessoa colectiva. Os

³³ Ainda a respeito da questão da notificação por correio electrónico sem necessidade de consentimento por parte das pessoas colectivas é preciso sublinhar duas realidades distintas com utilidade, respectivamente, *(i)* no caso de o legislador unicamente contemplar o correio electrónico enviado e recebido através do serviço público de caixa postal electrónica; e/ou *(ii)* no caso de o legislador contemplar, também, os tradicionais *e-mails*.

(i) Não basta que o interessado divulgue o seu endereço de correio electrónico do serviço público de caixa postal electrónica, como parece fazer crer a redacção do artigo 112.º, n.º 2, alínea *a*), na linha do que sucede com o telefone ou telefax. É, pois, necessário, também, que o interessado subscreva a entidade (subscreção essa que pode ser cancelada a qualquer momento).

(ii) É prática comum as pessoas colectivas adquirirem nomes de domínio, associando o *e-mail*, *i. e.*, em vez de utilizarem contas de e-mail do tipo, *v. g.*, “@gmail.com” ou “@outlook.com”, etc., elas adquiririam o seu próprio domínio “pessoacolectiva.com”, ou “pessoacolectiva.pt” e demais hipóteses, comunicando por essa via (“@pessoacolectiva.com”, ou “@pessoacolectiva.pt”). Que problemáticas, então, subjazem? A verdade é que os aspectos que vamos ressaltar reconduzem-se, particularmente, às pessoas colectivas de direito privado, porquanto as pessoas colectivas de direito público, *a priori*, terão meios técnicos e materiais que infirmem aqueles. Por um lado, o processo de configuração de DNS nem sempre é um processo bem sucedido e, muitas vezes, está inclusivamente dependente do próprio serviço de alojamento do *site*; por outro lado, a aquisição de domínios é temporária. A pessoa colectiva adquire o domínio por 1 ano, 2 anos... 10 anos, enfim, consoante o que lhe for mais vantajoso. Imaginemos, então, a seguinte situação: XYZ é uma pessoa colectiva que adquiriu o domínio “xyz.com” (obs.: este domínio encontra-se registado. Evidentemente, não remetemos para o mesmo, tratando-se apenas de uma designação aleatória com fins exemplificativos) com duração de um ano. Nesse período, comunicou com a Administração. Quando o domínio expirou, decidiu não renová-lo. No ano seguinte, a Administração notifica a pessoa colectiva XYZ através do *e-mail* para o efeito, vamos supor “info@xyz.com”. Ora bem, impõe-se a questão de saber como é que XYZ vai ilidir a presunção de acesso ao *e-mail* e se esta é efectivamente a presunção que está em causa. Nesta situação, a pessoa colectiva não conhecerá da notificação por parte da Administração, porque a mensagem de correio electrónico ficará *perdida* numa espécie de *limbo*. A única forma que XYZ terá para ilidir a presunção será mostrando os dados de aquisição do domínio onde será possível consultar a data da aquisição e por que período de tempo (mas é necessário que tenha esses dados arquivados). Outra possibilidade, contudo, embora desconhecamos o valor probatório desse potencial mecanismo de ilusão, seria através da pesquisa do nome de domínio em *www.who.is*, demonstrando, assim, *a contrario sensu*, que o mesmo já não se encontra na titularidade de XYZ (diga-se, ainda, no que concerne às potencialidades da utilização deste mecanismo mas agora por parte de titulares de nomes de domínio registados – *i. e.* não expirados –, que a opção pela utilização de um serviço suplementar para ocultar / tornar privados os dados pessoais (*whois privado*), com vista a evitar contactos indesejados de terceiros com intenções de *spam*, é uma solução que não se nos afigura problemática, na medida em que o titular, em princípio, poderá activar e desactivar esse serviço a qualquer momento). Aquele exemplo, por outro lado, põe a descoberto um determinado quesito, que tem que ver, designadamente, com a questão de saber se estaremos a ilidir a presunção correcta. As salvaguardas do n.º 6 do artigo 113.º servem apenas para a “ausência de acesso à caixa postal electrónica” (equivalente, por interpretação extensiva, à ausência de acesso ao respectivo *e-mail* pessoal). Este caso é, todavia, distinto. Neste caso, não há uma ausência de acesso, na medida em que o acesso é impossível, porque inexistente.

titulares dos órgãos das pessoas colectivas terão, agora, de tomar cuidados redobrados na consulta do correio electrónico, do balcão único electrónico ou do sistema incorporado no *site* do serviço do órgão competente.

A solução do n.º 5 do artigo 112.º, no que respeita às notificações por telefone, parece-nos acertada. Nos termos desta alínea, a notificação é efectuada por telefone – não conseguimos destrinçar, nos casos em que a notificação é efectuada por chamada telefónica, se aquela se efectiva quando a chamada é atendida ou quando é desligada, embora nos pareça mais lógica a última hipótese –, sem prejuízo de, no dia útil seguinte, ser confirmada pela forma de comunicação da alínea *a)* do n.º 1, que é a carta registada. A solução da confirmação da notificação por via telefónica parece-nos muito acertada. Mas, na senda do que apontaremos *infra*, parece que o legislador do nCPA não é muito coerente nos seus ímpetos de modernização procedimental. O mesmo legislador que não tem pudor em notificar as pessoas colectivas, por via electrónica, e sem prévio consentimento das mesmas, parece agora recuar na confirmação da notificação por telefone. É que a confirmação via *e-mail* assumia-se como uma alternativa tão ou mais eficiente que a alternativa da carta registada, porquanto, *v. g.*, o próprio funcionário poderia lembrar o interessado que lhe seria enviada, de imediato, uma mensagem para o seu *e-mail* (ou caixa postal electrónica) a confirmar a notificação. E mesmo alegando a possibilidade de extravio da mensagem (que é análoga à possibilidade de extravio da carta), estamos perante uma mera *confirmação* de uma notificação que se estabeleceu por telefone (ademais, se for por SMS está sob a forma escrita). Não se percebe, por isso, por que razão o n.º 5 não consagra as duas possibilidades de confirmação.

Impossível num sentido distinto do “*impossível*” utilizado em “*demonstre ter sido impossível essa comunicação*”. Este “*impossível*” refere-se a algum problema técnico, alguma falha ocorrida durante o envio da mensagem de correio electrónico por parte do remetente para o destinatário. Este “*demonstre ter sido impossível essa comunicação*” é, nos termos do artigo 113.º, n.º 6, sindicável apenas no que concerne a ilidir a presunção de consulta do correio electrónico. O Código não confere qualquer garantia que permita ilidir a presunção de existência *contínua* e *intemporal* do *e-mail*. Vejamos, agora, uma segunda situação: XYZ não renova o domínio e, de seguida, ABC adquire o domínio “*xyz.com*”, que antes pertencia à pessoa colectiva XYZ. ABC é agora proprietário(a) do domínio “*xyz.com*” e possui igualmente o *e-mail* “*info@xyz.com*”. A Administração notifica XYZ pelo *e-mail* “*info@xyz.com*”. A notificação está, agora, na posse de um terceiro (ABC), que poderá ser residente em qualquer parte do mundo. Embora reconhecamos que se trata de uma situação extremamente improvável, a verdade é que a mesma é passível de suceder minutos após XYZ deixar expirar o domínio. E, assim, torna-se, novamente, questionável se a presunção da *não ausência de acesso* é suficientemente ampla para contemplar todas estas e outras possibilidades que os avanços tecnológicos venham a aquilatar.

O artigo 113.º, por outro lado, trata da *perfeição das notificações*, residindo aqui, do nosso ponto de vista, alguns dos problemas estruturais da operacionalização da e-procedimentalização no nCPA. Dita o n.º 5 do artigo 113.º: “A notificação por meios eletrónicos considera-se efetuada, no caso de correio eletrónico, no momento em que o destinatário aceda ao específico correio enviado para a sua caixa postal eletrónica, e, no caso de outras notificações por via de transmissão eletrónica de dados, no momento em que o destinatário aceda ao específico correio enviado para a sua conta eletrónica aberta junto da plataforma informática disponibilizada pelo sítio eletrónico institucional do órgão competente”.

Começemos pela parte que não oferece dúvidas. Naturalmente, se a notificação foi efectuada através do sistema incorporado no *site* do serviço do órgão competente ou do balcão único electrónico (em boa verdade, temos algumas dúvidas quanto à inserção do balcão único electrónico. A nossa pressuposição advém das disposições anteriores, uma vez que esta norma em análise, inesperadamente, oblitera as comunicações efectuadas através do balcão único electrónico), é legítimo que a Administração tenha o controlo sobre as *entradas* e *saídas* do portal por parte do utilizador. O problema, contudo, coloca-se no campo do correio electrónico.

Nos termos da parte inicial do n.º 5 do artigo 113.º, a notificação por correio electrónico é efectuada “no momento em que o destinatário acede ao específico correio enviado” (!). A questão que se impõe é evidente: como é que a Administração vai controlar a efectivação das notificações por correio electrónico?³⁴ Duas possíveis interpretações se podem aduzir desse controlo: uma que denominaremos por *nociva* e outra que redundará numa *indeterminabilidade prática*.

A interpretação *nociva* é a interpretação no sentido de um controlo desconforme aos valores do Estado de Direito: é a interpretação no sentido de que a Administração conseguiria *saber* – qual *Big Brother* orwelliano – quando é que o notificando acede ao *específico correio electrónico enviado*. Repare-se que é totalmente distinto a Administração ter acesso às *entradas* e *saídas* dos interessados das plataformas por si desenvolvidas e a Administração poder aceder ao correio electrónico dos mesmos ou saber quando é que as *específicas* mensagens de correio electrónico são consultadas. As duas últimas constituem uma claríssima violação de princípios

³⁴ A mesma questão levantada em FERNANDO GONÇALVES / MANUEL JOÃO ALVES / VÍTOR MANUEL FREITAS VIEIRA / RUI MIGUEL GONÇALVES / BRUNO CORREIA / MARIANA VIOLANTE GONÇALVES, *Novo Código do Procedimento Administrativo – Anotado e Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 155.

constitucionalmente consagrados, como a inviolabilidade da correspondência ou a reserva de intimidade privada³⁵. Por outro lado, é muito duvidoso, do ponto de vista técnico, que a Administração consiga obter esses dados, na medida em que muitos servidores de *e-mail* se encontram alojados fora de Portugal³⁶. Enfim, como afirmamos *supra*, à protecção constitucional, acresce o facto de, evidentemente, o legislador nunca ter pensado na possibilidade de uma interpretação neste sentido que apelidamos de nocivo, salvaguardando essa realidade na principiologia dos n.ºs 2 e 3 do artigo 14.º. Esta interpretação é, pois, uma das possíveis apenas no plano teórico-abstracto que não merece grande discussão.

A interpretação que redundaria numa *indeterminabilidade prática* é a interpretação que preconiza a impossibilidade hermenêutica e prática de detecção do momento da notificação por correio electrónico, nos casos em que o notificando não esteja de boa-fé e/ou nos casos em que o procedimento não lhe seja favorável³⁷. Casos em que a notificação não seja do interesse do notificando poderão amiúde redundar na presunção de não consulta da caixa postal electrónica, do n.º 6, e levarão, concomitante, a um atraso de vinte e cinco dias. Ou seja, de todas as formas de notificação prevista pelo nCPA, a notificação por correio electrónico é, paradoxalmente, a que poderá implicar um maior atraso procedimental³⁸. Ora vejamos.

³⁵ No sentido da primeira, *vd.* MIGUEL PRATA ROQUE, «O Nascimento da...», *op. cit.*, p. 10.

³⁶ Neste caso dos servidores de *e-mail* alojados fora de Portugal, não estamos a incluir, naturalmente, o serviço público de caixa postal electrónica.

³⁷ MIGUEL PRATA ROQUE considera que “[é] de louvar a cautela e a precisão que o legislador revelou, ao garantir que o mero acesso à caixa postal electrónica não implicava uma “presunção de conhecimento”, conforme decorria do projeto de código apresentado a discussão pública”. MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento...», *op. cit.*, p. 300. Não podemos concordar totalmente com o Autor. Parece-nos que esta opção, do ponto de vista prático, difere pouco da opção do projecto de Código, embora reconhecamos que, ainda assim, é uma opção mais bem conseguida que a primeira. Prova disso é o facto de o legislador, noutras sedes, ter optado por uma redacção com bastante similitude (é o caso da opção tomada pelo *legislador fiscal* na redacção do artigo 39.º, n.º 9, do Código de Procedimento e de Processo Tributário). Estamos, porém, de acordo com MIGUEL PRATA ROQUE quando afirma que o mero acesso à caixa postal electrónica não poderia implicar uma “presunção de conhecimento” do específico correio electrónico.

³⁸ Paradoxalmente, na medida em que a utilização de meios tecnológicos como instrumento de modernização da Administração tem como desiderato fundante a redução da duração dos procedimentos. Neste sentido, *cfr.* JOSÉ LUÍS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Una Introducción a la Idea de Modernización Administrativa», in *Dereito – Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela: Estudios sobre la Modernización Administrativa*, Servizo de Publicacións Universidade de Santiago de Compostela, pp. 5-20, *maxime*, p. 15.

Na prática, se a notificação for efectuada por carta registada, a notificação presume-se efectuada no terceiro dia útil; se a notificação for efectuada por telefax, presume-se efectuada na data da emissão; se a notificação for efectuada por telefone, sem prejuízo do envio de carta regista a confirmar a notificação, ela é efectuada, também, no dia da chamada telefónica; repare-se agora no que sucede com os mecanismos que, supostamente, tinham como desiderato implementar uma maior eficiência da Administração: se a notificação for efectuada através da plataforma disponibilizada pelos serviços da Administração para o efeito, a notificação presume-se efectuada no momento em que o potencial notificado acede a essa plataforma, num limite de vinte e cinco dias (n.º 6); se a notificação for efectuada por correio electrónico, presume-se efectuada quando o destinatário acede ao *específico* correio enviado para o seu *e-mail* ou caixa postal electrónica, que, em suma, é equivalente a dizer quando o destinatário pretender ser notificado, num limite de vinte e cinco dias. Sentimos, novamente, um recuar, uma descrença na modernização procedimental por parte do legislador, pois só esses receios o poderiam levar a não adoptar soluções análogas à da carta registada, do telefax, ou até do telefone. O pior é que, encerrado no seu cepticismo, criou uma presunção que muito dificilmente é ilidível (n.º 6, *in fine*).

3. Algumas questões sobre o alcance da e-procedimentalização no nCPA, à guisa de breves notas finais

Chegados a este ponto, após uma incursão por alguns dos artigos do nCPA que contemplam expressamente os mecanismos que podemos integrar na *forma mentis* da consagração da e-procedimentalização, é tempo para apartar algumas questões, que deixaremos para futura reflexão.

Afinal, qual o alcance da e-procedimentalização no nCPA? Será que aditar novas formas de notificação e inscrever novos princípios para a administração electrónica constituem instrumentos suficientes para afirmarmos que estamos perante um Código que acolheu plenamente as exigências da e-Administração? Não terão algumas partes do Código ficado, aparentemente, à margem deste entusiasmo envolto no espírito de modernização? A pulverização legiferante que tem surgido nos últimos anos, no que concerne à modernização da Administração, terá o cor-

respondente arrimo no acolhimento conferido à e-procedimentalização, naquele que é amplamente considerado o mais importante diploma jus-administrativo?

Apresentámos, pois, alguns aspectos que nos parecem francamente positivos, alguns aspectos que nos têm vindo a inquietar e algumas interrogações a propósito da aplicabilidade de algumas disposições concernentes aos moldes da utilização de meios electrónicos no procedimento administrativo. A verdade é que todo o optimismo com que o legislador apresenta o acolhimento da procedimentalização electrónica neste nCPA parece, nalgumas disposições, não ter escopo. Ademais, outras disposições vão necessitar de densificação e uniformização jurisprudencial, sob pena de indeterminabilidade hermenêutica.

Enfim, não querendo redundar num excessivo pessimismo, parece-nos que, no limite, algumas disposições vêm incrementar novos *riscos à risikogesellschaft* em que vivemos e, paradoxalmente, cominar a *urgência* preconizada, que é, não raras vezes, essencial.

Um novo Paradigma na Execução do Acto Administrativo...

Perhaps Oui, Perhaps Non!

Rui Duarte Rocha*

Ao Senhor Professor Doutor António Cândido de Oliveira...

Sumário:** I. Introdução; II. O novo paradigma...; III. Excepções ao novo paradigma...; *a)* O caso das obrigações pecuniárias; *b)* A urgente necessidade pública, devidamente fundamentada...; IV. Dúvidas e algumas incertezas...; *a)* A redação do artigo 149.º, n.º 2, do CPA1991; *b)* A redação do artigo 183.º do CPA2015; *c)* A urgente necessidade pública, devidamente fundamentada...; V. Conclusão

I. Introdução

O Código do Procedimento Administrativo de 2015¹ é fruto do constante labor que a doutrina e a jurisprudência *jus-administrativista* foram desenvolvendo a propósito do Código do Procedimento Administrativo de 1991². Esse trabalho ganhou forma de Projecto de CPA pelas mãos de uma comissão de ilustres académicos especialistas, sendo depois o texto final uma mescla entre as opções que a comissão propôs ao legislador e as principais ideias que foram sendo aduzidas no intenso debate público que se foi realizando a propósito no País³. Em 1991, discutia-se a necessidade de publicar um Código do Procedimento Administrativo, existindo uma corrente doutrinária que a tal se opunha. Contudo, hodiernamente, essa discussão deixou de ser central, porque é inegável o enorme contributo que o tratamento sistematizado da matéria do procedimento administrativo trouxe à activi-

* Mestrando em Direito Administrativo na Universidade do Minho e Advogado Estagiário.

** Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

¹ Adiante apenas designado “CPA2015”, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, na sequência da Lei n.º 42/2014, de 11 de Julho, que autorizou o Governo a aprovar o novo Código do Procedimento Administrativo.

² Adiante apenas designado por “CPA1991”, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 422/91, de 15 de Novembro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro.

³ Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, Ponto 2.

dade da Administração Pública e à tutela efectiva dos direitos dos cidadãos no relacionamento com a Administração Pública, passando a ser essencial debater, acima de tudo, as opções de fundo que deviam estar vertidas no Código do Procedimento Administrativo⁴.

II. O novo paradigma...

Constatamos que é praticamente unânime na doutrina a necessidade de se proceder a uma revisão do CPA1991, muito por causa de o adaptar a uma sociedade marcada pela urgência e pelo forte pendor tecnológico, mas também pelas influências do Direito Europeu e o do Direito Administrativo Global⁵.

No entanto, o que resulta da leitura do preâmbulo do CPA2015 não é uma revisão, mas um “(...) *novo Código* (...)”. É o próprio legislador (Governo) que o assume, porque da proposta elaborada pela comissão resultou uma alteração de paradigma “(...) *para institutos tão importantes no direito administrativo, como sejam o regulamento e o ato administrativo* (...)”⁶. No entanto, no que respeita à execução do acto administrativo, tema que nos propomos abordar, o Governo não foi tão adjetivador, limitando-se a justificar as alterações como uma “*reivindicação*” da doutrina nos últimos 30 anos⁷.

Bem sabemos que, já a propósito da execução do acto administrativo no âmbito do CPA1991, mais precisamente a formulação do princípio da autotutela executiva inscrita no artigo 149.º, n.º 2, existiu (e existe) uma querela doutrinária assente em três perspectivas sobre a forma de concretizar o mencionado princípio. A discussão agrega-se em três concepções, duas mais radicais e uma mais mode-

⁴ Cfr. ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, «Prefácio», in *Novo Código de Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*, CARLOS JOSÉ BATALHÃO, Porto Editora, 2015, p. 7.

⁵ No mesmo sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL, «A revisão do CPA: balanço e perspectivas», in *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, 2013, p. 136 disponível em <http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documentos/UCEditora/PDF%20Livros/PROJETO%20DE%20REVIS%C3%83O%20DO%20C%C3%93DIGO%20DO%20PROCEDIMENTO%20ADMINISTRATIVO.pdf> (acedido pela última vez em 22.06.2015); e ISABEL CELESTE M. FONSECA, «O procedimento administrativo no (novo) CPA», in *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 05, Janeiro/Março 2015, pp. 25 e 26.

⁶ Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

⁷ Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, Ponto 19.

rada⁸. Pois bem, essa discussão ganhou vida novamente, sendo ela própria motivadora da qualificação do CPA2015 como um *novo Código*⁹. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA¹⁰ sustenta que não foi “(...) *incumbência da comissão, nem seu propósito, elaborar o anteprojeto de um novo CPA – nem tão pouco me parece, apesar das proclamações grandiloquentes que o legislador entendeu introduzir no respetivo preâmbulo, que o Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, tenha procedido à publicação de um novo CPA*”. No que concerne à execução do acto administrativo, o ilustre professor diz que o CPA2015 apenas operou uma mudança de lógica, isto é, foi concedido ao legislador uma margem de decisão quanto aos casos em que Administração Pública pode executar coercivamente os seus actos, não consubstanciando tal mudança de lógica uma mudança de paradigma, no seu entendimento¹¹.

Por outro lado, DIOGO FREITAS DO AMARAL¹² afirma que “(...) *se o privilégio da execução prévia se mantiver como princípio geral do nosso Direito Administrativo, acho que se tratará de uma revisão (embora ampla) do Código atualmente em vigor; se esse princípio geral for abolido – retirando Portugal do sistema administrativo de tipo francês e transferindo-o para o sistema anglo-saxónico (a que nunca pertencemos) –, então penso que se tratará de um novo Código*”. Embora esta afirmação tenha sido proferida ainda a propósito do projecto do CPA2015, ela mantém a sua validade porque o diploma aprovado acolheu, quanto à execução do acto administrativo, o sentido que, DIOGO FREITAS DO AMARAL fazia corresponder a um *novo Código*, isto é, a abolição do privilégio de execução prévia¹³.

⁸ Veja-se, a propósito das concepções “*em confronto*”, e aquela que sustenta a redação do artigo 149.º, n.º 2, do CPA1991, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2003, pp. 478, 479 e 480.

⁹ A qualificação do CPA2015 como um novo Código é um tema controverso, dando disso a devida nota PAULO OTERO, «Problemas constitucionais do novo Código do Procedimento Administrativo – uma introdução», in *Comentário ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), AAFDL, 2015, p. 15, nota 2.

¹⁰ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «Nota de apresentação ao novo Código do Procedimento Administrativo», in *Comentário ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), AAFDL, 2015, pp. 35 e 42 e ss.

¹¹ Se bem entendemos MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, este defende que a concepção que, em 1991, era apelidada por DIOGO FREITAS DO AMARAL de *ultra-moderna*. Traduzia-se na possibilidade de execução coerciva das decisões administrativas em matéria de polícia e, para além destas situações, só nos casos em que a lei autorizasse, caso a caso.

¹² DIOGO FREITAS DO AMARAL, «A revisão do CPA: balanço e perspectivas», *op. cit.*, p. 143.

¹³ Embora de forma diferida no tempo, como veremos *infra*.

Não pretendemos com esta exposição contribuir para a discussão de estarmos, ou não, perante um *novo Código*. Entendemos que essa questão foi ultrapassada no momento que o legislador apelidou o CPA2015 de *novo Código*. Contudo, não podemos deixar de perceber que existe uma mudança, importante quanto a nós, que altera radicalmente a forma como a Administração Pública vai projectar os efeitos que decorrem do acto administrativo.

A leitura dos artigos 175.º e ss. do CPA2015 permite perceber, desde logo, que algo mudou no instituto da execução do acto administrativo, no entanto, a pergunta que se impõem é: será uma mudança de paradigma efectiva?... *perhaps*.

Quanto a nós, entendemos que efectivamente ocorreu uma mudança de paradigma, concretizada na abolição genérica do poder de autotutela executiva da Administração Pública portuguesa, uma das notas caracterizadoras dos sistemas administrativos de tipo francês¹⁴. Pois bem, o CPA2015¹⁵ estabelece que “(...) a satisfação de obrigações e o respeito por limitações decorrentes de atos administrativos só podem ser impostos coercivamente pela Administração nos casos e segundo as formas e termos expressamente previstos na lei, ou em situações de urgente necessidade pública, devidamente fundamentada”, isto é, a Administração Pública deixou de poder, *de per se*, recorrer à coação para fazer cumprir as suas decisões. Só o poderá fazer quando a lei o disser ou em situações de “(...) urgente necessidade pública, devidamente fundamentada” e, fora estes casos, terá necessariamente de recorrer aos tribunais para executar coactivamente a sua decisão, cfr. artigo 183.º do CPA2015. A interpretação coordenada da letra dos artigos 176.º, n.º 1, e 183.º do CPA2015 consubstancia, quanto a nós, uma mudança de paradigma, ou seja, hodiernamente, o CPA2015 consagra, no que toca à execução do acto administrativo, um sistema administrativo do tipo inglês¹⁶.

Não acompanhamos a concepção de que o CPA2015, no artigo 176.º, n.º 1, consagrou, quanto à execução do acto administrativo, um espaço de decisão para que o legislador estabeleça quais os casos que devem, ou não, caber na competência

¹⁴ Para mais desenvolvimentos sobre o sistema administrativo de tipo francês ou também denominado de administração executiva, *vd.* DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 2009, pp. 108 e ss.

¹⁵ Artigo 176.º, n.º 1.

¹⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL, «A revisão do CPA: balanço e perspetivas», *op. cit.*, pp. 103 e ss. No mesmo sentido da mudança de paradigma operada pelo CPA2015, ISABEL CELESTE M. FONSECA, «O procedimento administrativo no (novo) CPA», *op. cit.*

executiva da Administração Pública, isto é, a forma como se configura o princípio da autotutela executiva.

Contudo, a mudança de paradigma não é, quanto a nós, efectiva, porque está dependente de uma condição. Referimo-nos ao artigo 8.º, n.º 2, do Decreto preambular que aprova o CPA2015, ao estabelecer que o legislador deveria fazer aprovar, no prazo de 60 dias a contar da entrada em vigor do CPA2015¹⁷, um diploma que regule “(...) os casos, as formas e os termos em que os atos administrativos podem ser impostos coercivamente pela Administração (...)”. Pois bem, volvidos mais de 60 dias desde a entrada em vigor do CPA2015, ainda não foi publicado o diploma mencionado. Como tal, mantém-se em vigor o artigo 149.º, n.º 2, do CPA1991¹⁸, até à aprovação do mencionado diploma. Pelo que, o mesmo será dizer que o sistema de administração do tipo francês que caracterizava a execução coerciva do acto administrativo no âmbito do CPA1991 se vai manter em vigor até à aprovação do diploma. No fundo, a mudança de paradigma que o CPA2015 estabelece quanto à execução do acto administrativo, afinal, poderá ser um *perhaps... non!*¹⁹

III. Excepções ao novo paradigma...

Da leitura do texto do CPA2015 parece resultar, quanto a nós, duas excepções à regra vertida no artigo 176.º, n.º 1. Falamos naturalmente da execução coerciva de obrigações pecuniárias²⁰ e do novo instituto da “(...) urgente necessidade pública, devidamente fundamentada (...)”²¹. Vejamos então as especificidades de ambos os institutos.

¹⁷ Cfr. artigo 8.º, n.º 2, *in fine*, e artigo 6.º, ambos do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

¹⁸ Cfr. artigo 6.º do Decreto que aprova o CPA2015.

¹⁹ Dando conta desta realidade, ISABEL CELESTE M. FONSECA, «O procedimento administrativo no (novo) CPA», *op. cit.*, p. 41.

²⁰ Artigo 176.º, n.º 2, do CPA2015.

²¹ Artigo 176.º, n.º 1, do CPA2015.

a) *O caso das obrigações pecuniárias*

A execução coerciva de obrigações pecuniárias constitui, na letra do código, se bem percebemos, um dos casos de excepção à regra vertida no artigo 176.º, n.º 1, do CPA2015²².

De facto, o artigo 176.º, n.º 2, do CPA2015 estabelece que é sempre possível à Administração exigir o “(...) cumprimento de obrigações pecuniárias em que os particulares ficam constituídos por força de atos administrativos (...)”²³, sendo que o cumprimento é exigido, em caso de não pagamento voluntário, nos termos e âmbito do processo de execução fiscal²⁴.

A este respeito, o CPA2015 mantém a solução que o seu antecessor prescrevia²⁵, isto é, caso a Administração pretenda cobrar qualquer quantia da qual seja titular activa, em resultado da prática de um acto administrativo, terá de lançar mão do processo de execução previsto no Código de Procedimento e Processo Tributário²⁶.

Mas a pergunta que se nos impõe é: será que estamos perante uma verdadeira excepção?

Reconhecemos que a Administração mantém, no que toca à execução coerciva de obrigações pecuniárias, algumas prerrogativas em relação aos particulares: desde logo, é ela própria que liquida²⁷ a obrigação exequenda; e, se atendermos às características do processo de execução fiscal, este acaba por ser mais vantajoso para a Administração Pública, nomeadamente por ser um processo mais célere²⁸ e limitado quanto aos fundamentos que se podem invocar, em que só em casos muito

²² Com este entendimento, *vd.* CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Código de Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*, *op. cit.*, p. 299, anotação ao artigo 179.º.

²³ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES, J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed., Almedina, 1997, anotação VII ao artigo 149.º, p. 713.

²⁴ Cfr. Artigo 179.º, n.º 1, *in fine*, do CPA2015.

²⁵ Artigos 149.º, n.º 3, e 155.º, ambos do CPA1991.

²⁶ Artigos 148.º e ss. do Código de Procedimento e Processo Tributário (adiante apenas designado por CPPT).

²⁷ Empregamos o termo no sentido próprio do Direito Tributário, e mais concretamente em sentido restrito, enquanto procedimento de tornar uma obrigação, certa, líquida e exigível; *vd.*, quanto aos vários sentidos do termo liquidação, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2009, pp. 183 ss.

²⁸ No mesmo sentido, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, *op. cit.*, p. 288, nota de rodapé n.º 564.

particulares se pode questionar a legalidade (validade) da dívida exequenda^{29/30}. Não podemos também deixar de notar que o processo de execução fiscal, apesar de ser um verdadeiro processo judicial³¹, é tramitado em grande medida por um órgão administrativo³², *rectius* órgão de execução fiscal³³.

Contudo, e respondendo à questão formulada, não configuramos hodiernamente esta solução como uma excepção ao paradigma. Quanto a nós, a execução coerciva de obrigações pecuniárias seria uma excepção ao princípio da legalidade da execução, tal como previsto ao abrigo do CPA1991, não obstante reconhecermos os poderes que a Administração detinha (detém) neste caso e a configuração em termos de tramitação do processo de execução quanto aos sujeitos, e de que demos nota acima. Porém, após a emissão de certidão de dívida e remessa da mesma para execução fiscal junto do órgão de execução fiscal competente para a tramitar, a verdade é que estamos no âmbito de um verdadeiro processo judicial³⁴.

Ora, esta forma de proceder à execução coerciva de obrigações pecuniárias foi transposta para o CPA2015, mas agora o paradigma da execução do acto administrativo é diferente, como já tivemos oportunidade de dar nota. Quando plenamente em vigor as disposições do CPA2015 relativas à execução coerciva do acto administrativo, a Administração apenas poderá executar o acto nos casos em que exista previsão legal ou em situações de “(...) *urgente necessidade pública, devidamente fundamentada*”, fora estes casos, terá necessariamente de recorrer aos tribunais para executar coactivamente a sua decisão³⁵. Pois bem, entendemos nós que é exactamente isso que acontece no caso da execução coerciva de obrigações pecuniárias através do processo de execução fiscal. A Administração, por via da remissão legal que já acontecia no CPA1991, e se mantém no CPA2015, recorre a um processo imi-

²⁹ Cfr. artigo 204.º do CPPT; note-se que o catálogo de fundamentos para deduzir oposição à execução é fechado/taxativo.

³⁰ No mesmo sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES, J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, op. cit., anotação VII ao artigo 149.º, p. 713. Para um estudo mais aprofundado sobre os fundamentos da oposição à execução, no âmbito do processo de execução fiscal, *vd.* JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, op. cit., pp. 309 e 310.

³¹ Cfr. artigo 103.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária.

³² JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, op. cit., pp. 286, 292 e 294, afirma que o processo de execução fiscal tem uma componente não jurisdicional muito marcada, contudo, não deixa de ser “(...) *uma verdadeira acção* (...)”.

³³ Cfr. artigo 149.º do CPPT.

³⁴ Cfr. notas 31 e 32.

³⁵ Cfr. artigo 183.º do CPA2015.

nentemente judicial³⁶. Quanto a nós, o sentido judicial que já existia no âmbito do CPA1991 quanto à execução coerciva das obrigações pecuniárias, e que aí constituía uma verdadeira excepção, mantém-se na(o) reforma/*novo Código*, contudo, hodiernamente, à luz do novo paradigma, a execução coerciva de obrigações pecuniárias não nos parece que constitua uma excepção.

b) A urgente necessidade pública, devidamente fundamentada...

O artigo 176.º, n.º 1, *in fine*, do CPA2015 habilita a Administração a executar *de per si* o acto administrativo, isto é, sem necessidade de recorrer à via judicial para obter habilitação para tal³⁷. Neste sentido, este novo instituto, estabelece uma excepção ao princípio da legalidade da execução tal como configurado pelo CPA2015.

Pela novidade do instituto, faremos abaixo uma análise mais detalhada do mesmo, pelo que, para aí remetemos o nosso estudo.

IV. Dúvidas e algumas incertezas...

a) A redação do artigo 149.º, n.º 2, do CPA1991

O artigo 149.º, n.º 2, do CPA1991, *in fine*, contém uma expressão que foi introduzida pela única revisão de que o CPA1991 foi alvo, a revisão de 1996³⁸, da qual resultou o aditamento ao corpo do artigo a expressão “(...) *nos termos previstos no presente Código (...)*”; pois bem qual será o código a que se refere a expressão, o revogado ou actual?

³⁶ Corroborando o sentido exposto, RUI GUERRA DA FONSECA, «A Execução do Acto Administrativo», 2013, disponível em <http://www.icjp.pt/debate/4268/4285> (acedido pela última vez em 27.06.2015). O ilustre Professor, ainda a propósito do projecto, mas com plena validade, porque a versão final manteve a opção do projecto, afirma que se “(...) *mantém uma habilitação genérica de execução do acto administrativo, em situações de normalidade, é o justamente aquele em que já se considerava não estarmos em presença de uma manifestação de autotutela executiva, por se tratar de um procedimento no essencial jurisdicionalizado – a execução para pagamento de quantia certa ou de obrigações pecuniárias (...)*”. *Vd.* ainda Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17.04.2013, disponível em www.dgsi.pt.

³⁷ RUI GUERRA DA FONSECA, «A Execução do Acto Administrativo», *op. cit.*

³⁸ Introduzida pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro.

Não temos dúvida de que a expressão se referia, à época, ao CPA em vigor³⁹. Contudo, ela hoje ganha uma importante dimensão interpretativa, porque o artigo 6.º do decreto preambular refere que esta específica norma se mantém em vigor até à publicação do diploma referido no artigo 8.º, n.º 2, do decreto preambular. Pois bem, fazendo uma leitura coordenada com o artigo 7.º, que nos diz que é revogado o CPA1991, ganha ainda mais dimensão a pergunta, qual o código a que se refere?

É nosso entendimento que uma interpretação sistemática impera e impera no sentido de colocar alguma ordem na casa. Não podemos simplesmente revogar um código e deixar uma norma em vigor remetendo essa mesma norma para o código vigente, que contém um paradigma totalmente oposto àquele que foi o seu antecessor. Interpretar neste sentido era criar um conflito. Nesse sentido, e para além da dificuldade que o intérprete vai ter, uma vez que terá necessidade de manusear dois códigos, entendemos que o anterior código se mantém integralmente em vigor, na parte relativa à execução do acto, até que seja aprovado o diploma que refere o artigo 8.º, n.º 2, do decreto preambular.

b) A redação do artigo 183.º do CPA2015

Outra consideração que nos tem causado alguma perplexidade tem a ver com a redação do artigo 176.º, n.º 1, do CPA2015 na parte em que prescreve que “(...) só podem ser impostos coercivamente (...)” e o artigo 183.º do CPA2015 onde prescreve “(...) esta pode solicitar (...)”⁴⁰; pois bem, mas então em que ficamos? Será que pode a administração quando não disponha (no futuro) de poder de autotutela executiva decidir não recorrer ao tribunal para executar o acto?

Entendemos que não, aliás, configurar tal solução seria desde logo contrariar o princípio da prossecução do interesse público, enquanto “farol” orientador da actuação administrativa⁴¹. Somos da opinião que Administração tem um verdadeiro dever de executar o acto, ademais não podemos esquecer que o acto pode ser desfavorável para uns, mas favorável para muitos outros⁴². A Administração não pode

³⁹ *Vd.*, a propósito, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, *op. cit.*, p. 480.

⁴⁰ Redondo nosso.

⁴¹ Cfr. artigo 4.º do CPA2015.

⁴² Atente-se no amplo conceito de legitimidade para intervir no procedimento previsto no artigo 68.º do CPA2015.

simplesmente depois de emanar o acto administrativo, e este não ser cumprido voluntariamente pelo seu destinatário, ficar de braços cruzados sem nada fazer. Tem mesmo de agir, aliás, tem o dever de agir⁴³. Concluimos portanto que o artigo 183.º do CPA2015 deve ser lido fazendo apelo a uma interpretação correctiva e, em lugar do “*pode*”, o intérprete deve ler “*deve*”⁴⁴.

c) *A urgente necessidade pública, devidamente fundamentada...*

Uma outra questão que nos causa alguma incerteza, e para a qual confessamos, desde já, que não conseguimos uma resposta totalmente esclarecedora, prende-se com o texto do artigo 176.º, n.º 1, do CPA2015, quando estabelece “(...) *em situações de urgente necessidade pública, devidamente fundamentada (...)*”. Julgamos que não é uma inquietação de menor importância, tanto mais que uma situação fáctica subsumível na expressão habilita a Administração Pública a executar o acto administrativo sem recurso aos tribunais⁴⁵, quando julgamos que foi intuito do legislador limitar ao máximo a autotutela executiva da Administração Pública.

Numa primeira abordagem, para percebermos o sentido da expressão, somos de imediato transportados para uma figura que semanticamente tem alguma similitude, a qual nos parece que poderá ajudar no preenchimento valorativo da expressão. Falamos, claro está, do *estado de necessidade*⁴⁶, a qual encontra acolhimento no Capítulo II, Parte I, do CPA2015, artigo 3.º, n.º 2. Serão figuras idênticas, serão rea-

⁴³ Caso a Administração não execute coactivamente o acto, concordamos com a interpretação realizada a propósito do artigo 157.º, n.ºs 2 e 3, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que habilita a possibilidade de instaurar uma acção executiva contra a Administração e contra o particular obrigado pelo acto, tendo esta acção por objecto a execução do acto que a Administração devia ter promovido; *vd.* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2010, anotação ao artigo 157.º, pp. 1030 e 1031.

⁴⁴ Concordando com a ideia de que o legislador deve esclarecer o sentido da expressão “*pode*”, *vd.* ISABEL CELESTE M. FONSECA, «O procedimento administrativo no (novo) CPA», *op. cit.*, p. 41.

⁴⁵ Configurando portanto uma excepção à regra como vimos *supra*.

⁴⁶ Sobre o instituto do *estado de necessidade*, veja-se DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 336 e ss. O autor apresenta o conceito de estado de necessidade, como aquele que permite o agir da administração pública, numa situação “(...) *imediate e urgente (...)*”, para salvaguardar bens essenciais, podendo nesse caso não serem cumpridas as normas reguladoras da actuação administrativa. Da decomposição do conceito de *estado de necessidade* resultam como pressupostos: a urgência; a natureza imperiosa do interesse público a defender; e a excepcionalidade da situação. O autor demonstra desde logo o cuidado de autonomizar a figura da *urgência administrativa* do conceito de *estado de necessidade*, no sentido de que aquela detém um conceito dogmático autónomo.

lidades opostas ou será a expressão do artigo 176.º, n.º 1, uma concretização da expressão do artigo 3.º, n.º 2?

Não podemos esquecer que ambas as figuras encontram acolhimento no mesmo código, o que *de per se* poderia dar corpo à ideia que estaríamos perante figuras próximas ou uma concretização/densificação. Julgamos não ser esse o sentido, porque o instituto do “estado de necessidade” encontra o seu acolhimento na parte principiológica do CPA2015⁴⁷, sob a epígrafe “Princípios gerais da actividade administrativa”, os quais, por força do artigo 2.º, n.º 3, têm aplicação a toda a actividade administrativa, pelo que, naturalmente também se aplicam à execução do acto administrativo. Com efeito, entendemos que, se o legislador queria empregar o mesmo sentido às expressões, mesmo podendo ser acusado de redundante ou de paternalismo, por chamar a atenção do intérprete para a figura do *estado de necessidade* e do âmbito da sua aplicação⁴⁸, poderia/deveria ter usado a mesma expressão, a qual, tem entre nós abundante doutrina e jurisprudência concretizadora.

Contudo não usou, e não usou, quanto a nós, por querer dizer coisa diferente. Estaremos perante uma figura nova que julgamos estar para lá dos conceitos tradicionais de: *estado de necessidade* e *urgência* administrativas⁴⁹. Ademais, como bem denota RUI GUERRA DA FONSECA⁵⁰, “[é] muito provável que, em termos práticos, a aplicação desta norma encontre entrave difícil de superar, pois o agente administrativo – ou aquele que lhe ordena certa actuação – dificilmente estará seguro da verificação desta última condição de actuar, o que tem peso considerável para efeitos de responsabilidade, de acordo com o art. 271.º da CRP, e com o regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas”.

Mas a figura da “(...) urgente necessidade pública (...)” é ainda objecto, se bem entendemos, de um requisito adicional, um especial dever de fundamentação na sua aplicação. Toda a decisão administrativa é, desde logo por imperativo constitucional, fundamentada⁵¹, mesmo nos casos em que se exige preenchimento valorativo de conceitos. Contudo, parece-nos que, aqui, este dever de fundamentação é

⁴⁷ Aliás, como já acontecia com o CPA1991.

⁴⁸ Que se encontram ambos inscritos no início do código e podem não estar tão “frescos” na memória do intérprete no momento de se proceder à execução do acto administrativo.

⁴⁹ Ainda a propósito do projecto de CPA, mas já levantando a questão da autonomia da figura “(...) urgente necessidade pública (...)” face ao “estado de necessidade”, *vd.* RUI GUERRA DA FONSECA, «A Execução do Acto Administrativo», *op. cit.*

⁵⁰ RUI GUERRA DA FONSECA, «A Execução do Acto Administrativo», *op. cit.*

⁵¹ Artigo 268.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa.

ainda mais reforçado ou exigente, muito por causa da expressão “(...) *devidamente fundamentada* (...)”⁵², o que configura, quanto a nós, uma exigência especial estabelecida por via legal para fundamentar o recurso a esta figura pela Administração Pública⁵³.

V. Conclusão

Após esta modesta exposição, ficamos com a sensação de que, no âmbito da execução coerciva do acto administrativo, apenas foi dado o primeiro passo quanto à mudança de paradigma que já se iniciou. Os próximos tempos são tempos em aberto e incertos. Abertos, porque a emissão do diploma que vai regular “(...) *os casos, as formas e os termos em que os atos administrativos podem ser impostos coercivamente pela Administração* (...)”, que já devia ter acontecido, ainda não aconteceu e, em bom abono da verdade, não se sabe se irá acontecer. E incertos, porque se avizinhavam alguns problemas de aplicação e interpretação decorrentes da sistemática do CPA2015 e dos novos conceitos por ele introduzidos.

Teremos necessariamente de aguardar por novos episódios para perceber qual o rumo definitivo que a (o) reforma/*novo Código* vão tomar.

Por último, não foi nosso intuito com o texto diminuir ou desvalorizar as opções vertidas no CPA2015, apenas contribuir modestamente com a nossa opinião.

⁵² Artigo 176.º, n.º 2, *in fine*, do CPA2015.

⁵³ Constituindo a presente norma uma excepção ao paradigma imposto pelo CPA2015 quanto à execução coerciva da decisão administrativa, bem se compreende o porquê de o legislador impor este “travão” no uso desta prerrogativa, sob pena de deixar entrar pela janela aquilo que pretendia deixar à porta.

O Renovado Código do Procedimento Administrativo

*Rui Polónia de Sousa**

Sumário:** I. Considerações introdutórias; II. A motivação principiológica do NCPA; III. O acto administrativo no NCPA; IV. O n.º 7 do artigo 168.º; V. As invalidades do NCPA; VI. O privilégio de execução prévia e a execução do acto administrativo; VII. Reflexão final.

I. Considerações introdutórias

O Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, trouxe o já há muito aguardado – e assim baptizado – Novo Código do Procedimento Administrativo (NCPA), que revoga e renova o Código do Procedimento Administrativo (CPA) instituído, pela primeira vez, em 1991, pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro.

Sem nos centrarmos demasiado nas querelas que acompanharam a redacção deste novo código (veja-se que chegaram mesmo a orbitar dúvidas em torno da data do início da sua vigência) – mas também não as desvalorizando –, somos da opinião de que a apreciação deste novo código não pode deixar de ser enquadrada no contexto das necessidades da sociedade, temporal e situacionalmente entendida, que o recebe. Numa sociedade nacional e globalmente mais acelerada, cada vez mais marcada pela necessidade de respostas imediatas – ainda que isso, não raras vezes, possa pôr em causa a vertente garantística que tutela os direitos de todos e de cada um – e pela adopção de meios tecnológicos que potenciam a possibilidade deste novo ritmo frenético, é só normal que o legislador tenha necessidade de adaptar as suas codificações legais à realidade sobre que recairá a sua vigência. Este é um ponto importante no entendimento do NCPA.

* Licenciado em Direito na Universidade do Minho.

** Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

II. A motivação principiológica do NCPA

Houvéramos de entender os princípios que norteiam a revisão do legislador ao âmbito procedimental administrativo e a tónica recairia sempre, certamente, sobre três pontos fundamentais: (1) a europeização do próprio procedimento administrativo, (2) a economia e eficácia da acção administrativa (e precisamente neste sentido aponta a consagração principiológica patente no artigo 5.º deste NCPA) e, por fim, e (3) a tecnologização do acto procedimental (cuja regulação verte, no âmbito axiomático do artigo 13.º do mesmo diploma – e pretende dar resposta à necessidade de adoptar a nova forma de comunicar que marca os relacionamentos interpessoais nos últimos anos).

Este NCPA, sustentamos, será menos um novo código e mais uma renovação de um diploma que urgia actualizar – veja-se que até a sua estrutura, em comparação com o CPA de 1991, se manteve muito semelhante –, promovendo-se agora alterações que vão mesmo acompanhando práticas que, usualmente, iam sendo já implementadas na actividade administrativa – e, portanto, não será exagero dizer que este NCPA pretende aproximar-se mais da concreta prática administrativa, procurando não entrar de rompante neste universo e almejando mais ser uma actualização às necessidades contemporâneas do que uma alteração radical do sistema normativo procedimental administrativo. Ainda assim, algumas das mudanças não deixam de trazer algum arrepio a todos aqueles que com ele de perto convivam – por força da sua actividade profissional ou nas suas relações com a administração, no exercício dos seus direitos e interesses legalmente protegidos. Por fim, o NCPA sobressai ainda por algumas das mudanças que consagrou no âmbito do regime das invalidades do acto administrativo, que mais adiante teremos oportunidade de apreciar.

III. O acto administrativo no NCPA

A inovação surge, desde logo, naquele que será o conceito objectivo central da prática administrativa: o de acto administrativo, que, nos termos do artigo 148.º (doravante, mediante referência a norma e perante ausência de menção do diploma legal de que consta, é ao NCPA que nos referimos), se vê agora restringido apenas

às situações em que a acção concretizada pela Administração Pública produza “efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta” – o que, desde logo, limita a aplicação de diversas disposições do renovado regime substantivo. Esta reconceitualização joga a favor da desprocedimentalização da actividade administrativa, numa tendência que resulta claramente desfavorável a uma das grandes conquistas dos mais recentes modelos administrativos: a da procedimentalização como garantia da transparência da acção interna da administração. De facto, bem se consagrou a ideia de que a acção da administração se torna estruturalmente mais transparente e justa (assim como os resultados materiais, por disto derivarem directamente) quando se atende ao cuidado pela procedimentalização, ordenada e clara, pelo que qualquer alteração que possa diminuir, ainda que em ligeiro grau, esta garantia não pode deixar de implicar algum desagrado à crítica jurídica. Não menos importante será referir, ainda a respeito do artigo 148.º, que o legislador – conforme PEDRO COSTA GONÇALVES bem sublinha (no seu artigo “Algumas Alterações e Inovações «Científicas» no Novo Código do Procedimento Administrativo”, publicado nos *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*), e já o preâmbulo do diploma de aprovação do NCPA avisa – omite agora qualquer referência ao elemento orgânico do acto administrativo.

Ainda quanto à questão do critério dos efeitos jurídicos externos como elemento caracterizador do acto administrativo, será de ressaltar que opção semelhante tomou o legislador quanto ao conceito de regulamento administrativo, como bem demonstra o artigo 135.º do NCPA: *“consideram-se regulamentos administrativos as normas jurídicas gerais e abstractas, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos”*. Esta opção não está então isenta de críticas, nomeadamente pela possibilidade de excessiva abertura deste conceito, à luz do novo traço distintivo.

Mas, se o conceito de acto administrativo marca a centralidade da actividade administrativa, não menos importante será o conceito de relação jurídica, no seio do ramo jurídico-administrativo e, na verdade, no de qualquer área do Direito. Neste sentido, bem fez o legislador, atirando no sentido da subjectivização, ao dedicar um capítulo (na Parte III) do NCPA à relação jurídica procedimental. Constitui isto uma correcta tradução das mais cuidadas considerações dos cultores da ciência do Direito, bem como da tendência do avanço da generalidade dos diplomas legais de direito administrativo, numa consagração que não pode deixar de ser aplaudida, e que

demonstra cristalinamente o desiderato que nucleia: o de especificar o conjunto de direitos e deveres, estados de sujeição ou ónus que a todos os sujeitos da relação administrativa procedimental cabem, numa clara tentativa de promover a igualdade de garantia das partes, mesmo quando a uma delas corresponda – e tenha mesmo de corresponder! – o exercício de poder público para a satisfação do interesse público.

IV. O n.º 7 do artigo 168.º

Entrando agora noutro ponto que começámos por destacar – o da preocupação com a europeização do direito administrativo substantivo –, este reflecte-se agora no NCPA, manifestando-se, por exemplo, na previsão normativa do n.º 7 do artigo 168.º. A este respeito, estatui o código que *“a Administração tem o dever de anular o ato administrativo que tenha sido julgado válido por sentença transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo com base na interpretação do direito da União Europeia, invocando para o efeito nova interpretação desse direito em sentença posterior, transitada em julgado, proferida por um tribunal administrativo que, julgando em última instância, tenha dado execução a uma sentença de um tribunal da União Europeia vinculativa para o Estado português”*. Noutras palavras, e independentemente da crescente necessidade que se tem sentido – e muito no âmbito do direito administrativo – de consagrar normas que transponham, e transponham bem, o Direito da União Europeia, na sua produção normativa e nas decisões dos seus órgãos judiciais, certo é que este n.º 7 do artigo 168.º desperta algumas preocupações quanto à forma como potencialmente abala um caso julgado, nomeadamente por permitir à administração subtrair-se ao respeito pela sentença de um tribunal judicial (todo este comentário sem pôr em causa o valor do princípio do primado do Direito da União Europeia) e anular um acto que tinha sido declarado válido de forma tão brusca. É pertinente questionarmo-nos se esta norma poderá, com algum excesso, afectar o princípio da segurança e certeza jurídica, assim como o princípio do caso julgado.

V. As invalidades do NCPA

Ainda no âmbito do procedimento – agora na regularidade procedimental –, outra norma tem despertado paixões no campo jusadministrativo: o artigo 161.º, que regula o regime dos actos inválidos por vício de nulidade, já não inclui no seu elenco a “falta de elementos essenciais”, extinguindo-se a nulidade por natureza e verificando-se agora a correspondência deste vício apenas aos casos legalmente determinados – pese embora o n.º 2 deste artigo 161.º nos brinde com um “designadamente”, indicando que o leque de previsões que então dispõe não será rigidamente fechado.

A seguir ao regime das invalidades, a Secção IV do NCPA traz-nos agora uma clara distinção entre dois conceitos cujo esclarecimento legal é de aplaudir: os de revogação e anulação do acto, contemplados no artigo 165.º, respectivamente nos n.ºs 1 e 2, que se referem então, no primeiro caso, ao “*ao acto através do qual a Administração faz cessar os efeitos de outro acto, por entender que ele já não é conveniente para o interesse público [por] razões de mérito*”, implicando “*o exercício de uma função administrativa dispositiva [...]*” e, no segundo caso, ao “*acto através do qual a Administração destrói os efeitos de um acto anterior, com fundamento na sua ilegalidade ou, pelo menos, num vício que o torna ilegítimo e, por isso, inválido; implica o exercício de uma função de controlo [...]*” (conforme definições do glossário do *Código do Procedimento Administrativo de 2015*, redigido e publicado pela AEDRL – Associação de Estudos de Direito Regional e Local).

VI. O privilégio de execução prévia e a execução do acto administrativo

Por fim, mas como proverbial a expressão anglo-saxónica, *last but not least*, não poderíamos deixar de nos referir quanto às alterações no domínio do privilégio da execução prévia. Corolário do nosso modelo de poder administrativo, o privilégio da execução prévia resultava – ainda que o exacto grau da sua extensão dependesse de apuramento por via de técnica interpretativa – do antigo CPA em moldes bem mais amplos dos que são agora consagrados no NCPA.

De facto, o NCPA traz novidades neste campo (concretamente, na sua Parte IV, Capítulo II, Secção V), ao estatuir que o privilégio da execução prévia deixa de

ser um princípio de aplicação geral aos actos da administração pública, estando agora a sua prevalência sujeita à verificação de uma de três condições: (1) naqueles casos em que lei especial o determine, (2) quando o acto a executar tiver por objecto o cumprimento de obrigações da natureza pecuniária ou (3) se a situação concretamente verificada se referir a uma questão de grande urgência pública – estando isto sujeito a fundamentação adequada e devidamente justificada.

A execução do acto administrativo encontra-se agora mais apertadamente regulada no texto do NCPA, estabelecendo os artigos 176.º e 177.º, respectivamente, os termos da legalidade deste procedimento e a necessidade da comunicação e integridade de todo o *iter* procedimental, estando a matéria principiológica quanto a esta questão vertida logo a seguir, no artigo 178.º.

As garantias dos executados saem claramente reforçadas no NCPA (*vd.* o artigo 182.º), ficando claro que o legislador optou por restringir o âmbito da execução do acto administrativo, estando agora a administração mais vinculada a previsão normativa e mesmo, em muitos casos, à concordância do controlo jurisdicional quanto à actividade de execução.

VII. Reflexão final

O NCPA apresenta-se, e quanto a isto não há dúvidas, como um produto das necessidades da sociedade contemporânea e da natureza e urgência das questões jurídicas que têm sido trazidas ao campo do direito administrativo. Sendo o teste do tempo fundamental na determinação da utilidade prática de um código – enfim, da correcta transposição das suas previsões normativas para a realidade concreta para que foi pensado e elaborado –, seguramente teremos, nos próximos anos, a oportunidade de verificar a adequação e idoneidade das soluções equacionadas e consagradas por este renovado código, o NCPA de 2015.

Nota bibliográfica

ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, CARLOS JOSÉ BATALHÃO, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ISABEL CELESTE M. FONSECA e PEDRO CRUZ E SILVA, *Código do Procedimento Administrativo de 2015*, AEDRL – Associação de Estudos de Direito Regional e Local –, Braga, 2015.

CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015.

JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 11.^a ed., Âncora Editora, Lisboa, 2013.

O regulamento administrativo.

O regime substantivo e procedimental – O novo CPA e as suas implicações no procedimento regulamentar

Sandra de Azevedo Pereira*

Sumário:** Introdução. 1. O regime procedimental. 1.1. O novo CPA – Notas Introdutórias. 1.2. O novo CPA – O procedimento. 1.3. O novo CPA – Publicação, vigência, aplicação e termo. 2. O regime substantivo do regulamento. 2.1. O conceito de regulamento, o poder regulamentar e a titularidade. 2.2. Limites do poder regulamentar. 3. Os tipos de regulamento. 3.1. Regulamentos internos e externos. 3.2. Regulamentos gerais e especiais. 3.3. Regulamentos executivos, complementares, autorizados e independentes. 3.4. Regulamentos obrigatórios e facultativos. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

Dá-se o nome de regulamento aos actos administrativos – isto é, aos actos jurídicos contendo normas – que são emanados no exercício das funções administrativas¹. É certo que a Administração Pública recorre a vários instrumentos para exercer o poder administrativo, designadamente, o acto administrativo, o contrato administrativo e aquilo que DIOGO FREITAS DO AMARAL² designa de operações materiais. Frequentemente, os órgãos administrativos forçam-se a complementar ou desenvolver os comandos genéricos contidos na lei, a fim de viabilizar a sua aplicação, muitas vezes sendo essa a pretensão do legislador, desonerar-se da tarefa face às quais não está munido do conhecimento global. Esta necessidade de editar normas jurídicas, comandos genéricos e abstractos, consiste numa das formas de exercício do poder administrativo, isto é, a emissão de regulamentos. E será este o tema do nosso trabalho.

* Mestranda em Direito Administrativo na Escola de Direito da Universidade do Minho.

** Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 79.

² DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011.

Cumpre, desde já, distingui-lo do conceito de lei. Podemos distingui-lo por um lado, segundo o critério, que DIOGO FREITAS DO AMARAL considera vago, *à lei caberia a formulação dos princípios, ao regulamento a disciplina dos pormenores*³, por outro lado, o critério iniciado pela escola alemã de Direito Público, e sustentado por MARCELLO CAETANO, de que faltaria ao regulamento a novidade. Todavia, também este apresenta dificuldades, por isso, recorreremos a um terceiro critério baseado na ideia de que o regulamento e a lei são materialmente normas jurídicas, porém, com diferente valor formal e emanadas de órgãos com posição hierárquica distinta. Com efeito, à semelhança da função administrativa, também a função regulamentar está subordinada ao princípio da legalidade da administração, assegurando com os seus subprincípios, primado de lei, reserva de lei e precedência de lei, a prioridade da lei sobre os regulamentos, a proibição de legislar inovadoramente sobre matérias reservadas ao acto legislativo e, por fim, obstando à Administração a possibilidade de legislar sobre matérias sem fundamento/habilitação em lei anterior.

Destarte, nas próximas laudas, pretende-se, objectivamente, clarificar o regime do regulamento administrativo. Abordaremos tanto o regime substantivo como o procedimental, em todas as suas vertentes, aspirando à sua total compreensão.

1. O regime procedimental

1.1. O novo CPA – Notas introdutórias

Chegados à segunda parte fundamental deste trabalho, o regime procedimental do regulamento, importa deixar breves notas relativas ao novo Código de Procedimento Administrativo (CPA) e as alterações feitas, em particular, ao regime do regulamento. Ora, pegando no antigo CPA, as disposições relativas ao regulamento encontravam-se na Parte IV com a epígrafe *da actividade administrativa*, que regulava o âmbito e procedimento do mesmo, dos artigos 114.º a 118.º. Presentemente, as novas alterações aumentaram significativamente a parte dedicada aos regulamentos, bem como, alterou significativamente a disposição no código. Assim, regulada na mesma Parte IV, no mesmo capítulo e sob o mesmo título, disciplina-se de uma forma mais extensa o regime do regulamento, dividindo por secções as

³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 193.

disposições gerais, a eficácia, a invalidade, a caducidade e revogação e a impugnação dos regulamentos administrativos (artigos 135.º a 147.º). Contudo, note-se que o anteriormente disposto nos artigos 114.º a 118.º corresponde ao agora regulado nos artigos 96.º a 101.º, no capítulo a que o legislador apelidou de *procedimento do regulamento administrativo*. Em suma, assume-se que com o novo CPA o legislador pretendeu consolidar e complementar aquela que era uma regulação parca e pouco generosa do procedimento do regulamento e que para a qual era necessário recorrer a legislação especial.

1.2. O novo CPA – O procedimento

Quanto às alterações materiais, esquematicamente, encontramos correspondência entre muitos dos artigos, mudaram-se algumas epígrafes e redacções, adicionaram-se números e, fundamentalmente, inovou-se com a inserção de certos temas. De acordo com alguns autores, nomeadamente, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA⁴, o regime não se alterou muito, tendo como principal inovação a regulação directa da audiência dos interessados e consulta pública, sobre as quais o antigo CPA dava apenas indicações genéricas e, por fim, remetia para lei especial. Referimo-nos aos artigos 100.º e 101.º, que correspondem aos antigos 117.º e 118.º, respectivamente. Assim, atendendo aos princípios da audiência dos interessados e da consulta pública, quando perante regulamentos que contenham disposições que afectam imediata e directamente os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o responsável pela direcção do procedimento deve submeter o projecto a audiência dos interessados, que se constituíram previamente como tal, num prazo nunca inferior a 30 dias. A realização da audiência suspende os prazos do procedimento, contudo, a audiência pode, fundadamente, não se realizar, nomeadamente, se a emissão do regulamento for urgente. Quanto à consulta pública, realiza-se quando a natureza da matéria em causa o justifica ou quando o número de interessados é de tal forma elevado que a audiência se incompatibiliza, cabendo ao órgão competente submeter o projecto à consulta. Em suma, estes dois mecanismos visam aumentar a transparência do procedimento e proporcionar a participação dos particulares. Outra inovação, no artigo 99.º, trata-

⁴ JOSÉ FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.

-se da inserção, aquando da aprovação do projecto, da ponderação dos custos e benefícios das medidas projectadas juntamente com uma nota justificativa fundamentada, correspondente ao antigo artigo 116.º. O artigo 98.º é uma novidade, impõe à entidade que desencadeou o procedimento a publicação do projecto, com a indicação do órgão regulamentador, da data em que se iniciou, do objecto e forma do regulamento, bem como, dos requisitos para a constituição como interessado e apresentação de contributos para a elaboração do regulamento, isto no seu sítio institucional. Por último, o CPA continua a consagrar o direito de petição em matéria regulamentar que estabelece dois deveres, primeiro, que os interessados fundamentem a sua solicitação e, segundo, que a Administração informe do destino da petição e fundamentos da tomada de posição. Assim, a redacção do antigo artigo 97.º, em relação ao actual 115.º, permanece inalterada. Por conseguinte, como refere DIOGO FREITAS DO AMARAL⁵, podemos distinguir duas situações: aquelas em que as normas regulamentares são necessárias à execução do acto legislativo habilitante e as restantes. Na primeira situação, se a Administração não tornar a lei exequível, incorre numa ilegalidade por omissão, sancionável jurisdicionalmente. Nas restantes, existe um propósito de autonomia da Administração em matéria de exercício do poder regulamentar, pelo que não se retiram consequências para eventual impugnação contenciosa.

1.3. O novo CPA – Publicação, vigência, aplicação e termo

De acordo com o artigo 139.º, a produção de efeitos do regulamento depende da sua publicação em *Diário República*, assim o determina, também, o artigo 119.º, n.º 1, alínea *h*), da Constituição da República Portuguesa (CRP). Consequentemente, a falta de publicidade acarreta a inexistência jurídica do regulamento, o acto é válido, porém não produz quaisquer efeitos (artigo 119.º, n.º 2, da CRP). Naturalmente, com esta exigência pretende-se assegurar que particulares tenham o acesso facilitado ao direito, que conheçam das decisões do poder político. Em particular, quando publicado, define-se a vigência no próprio regulamento, contudo, na ausência de referência, dispõe o artigo 140.º do CPA que entrará em vigor cinco dias após a publicação.

⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª ed., *op. cit.*, pp. 220 e ss.

É possível modificar e suspender regulamentos, desde que, operado pelos órgãos que os emitiram ou pelos órgãos hierarquicamente superiores ou, ainda, pelos órgãos que, nos termos da lei, assumam poderes tutelares relativamente aos órgãos que editaram. Mas não só, também o legislador tem o poder de suspender e modificar. Relativamente à forma, impõe-se um respeito pelo princípio do paralelismo de formas, porém, o artigo 142.º, n.º 2, na sua redacção, admite que os regulamentos possam ser derogados por actos administrativos.

Os regulamentos podem cessar por caducidade, revogação ou decisão contenciosa. A caducidade implica o cessar automático da vigência dos regulamentos e que pode dever-se tanto ao facto de o regulamento estar sujeito a um termo ou condição resolutiva como à situação da lei que regulamentava ter sido revogada, reservando que, se compatível com a nova lei, vigora o velho regulamento até o novo regulamento ser editado (artigo 145.º do CPA). DIOGO FREITAS DO AMARAL⁶ refere ainda a regra de caducidade por transferência das atribuições para outra entidade administrativa ou, se cessar a competência regulamentar, com duas excepções, por um lado, se a competência passar para outro órgão da mesma entidade, por outro, se a entidade é extinta mas outra lhe sucede, em ambos o regulamento continuará em vigor. Diferente é a revogação, que implica que o regulamento cesse os seus efeitos, total ou parcialmente, através de *um acto voluntário dos poderes públicos*⁷ e pode operar, expressa ou tacitamente, por força da lei, em razão de um regulamento de autoridade hierarquicamente superior ou de forma mais solene, ou por causa de outro regulamento de grau hierárquico e forma análogos e, ainda, por decisão dos órgãos competentes para a respectiva emissão. Relembramos que artigo 146.º (antigo 119.º), a fim de evitar vazios regulamentares que inviabilizem a aplicação da lei, determina que a revogação de regulamentos de execução não acompanhada da emissão de um novo é proibida, vigorando o regulamento até ao início da vigência do novo regulamento, e que os regulamentos revogatórios devem fazer menção expressa das normas revogadas, a fim de evitar revogações implícitas que comprometam segurança jurídica.

Com efeito, assiste aos interessados o direito de solicitar a revogação, a modificação, a suspensão, a declaração de invalidade dos regulamentos administrativos, bem como, de reagir contra a omissão ilegal. Estes direitos podem ser exercidos pe-

⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª ed., op. cit., pp. 227 e ss.

⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª ed., op. cit., p. 228.

rante o autor do regulamento, através da reclamação, ou com recurso para o órgão competente (artigo 147.º do CPA). Quanto à decisão contenciosa, os regulamentos deixam também de vigorar, sempre que forem objecto da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, nos termos dos artigos 72.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

2. O regime substantivo do regulamento

2.1. O conceito de regulamento, o poder regulamentar e a titularidade

A Administração Pública recorre a variados instrumentos, a fim de cumprir as suas funções administrativas. O acto administrativo, enquanto comando jurídico unilateral, é, tradicionalmente, a figura central da actividade administrativa, assumindo-se como o instrumento mais distintivo e característico da actuação jurídica da Administração. Além deste, destacam-se ainda outras formas de actuação legislativa da Administração Pública, o contrato administrativo, mais recente e com importância crescente, e o regulamento. Os regulamentos administrativos são normas jurídicas, com valor infra-legal, emanadas pela Administração (órgãos ou autoridades competentes) no exercício da função administrativa destinadas, em regra, à aplicação das leis ou de normas equivalentes.

Em particular, o regulamento configura-se como uma normação intermédia, posicionada entre a lei e o acto administrativo, que assenta em três elementos de natureza material, orgânica e funcional. Os regulamentos são normas jurídicas, o que significa que são dotados de generalidade e abstracção, porquanto, a norma jurídica define os seus destinatários e situações por meio de conceitos universais. Por outras palavras, do ponto de vista material, o regulamento é um comando que não se esgota numa aplicação só, aplica-se a uma pluralidade de destinatários sempre indeterminados e a um número indefinido de casos. Mas não só, a natureza material pressupõe, igualmente, que a sua aplicação seja imposta, ainda que coercivamente, através de sanções de carácter administrativo ou disciplinar. Os regulamentos são editados por autoridades administrativas, ou melhor, de acordo com os elementos orgânico e funcional, entidades investidas de poder administrativo e que emanam regulamentos no exercício desse poder. Note-se que este enquadramento é

relevante para distinguir a função administrativa das demais, legislativa e política. Ora, os regulamentos editados pelo Governo, órgão que detém igualmente poder legislativo e no âmbito do qual produz decretos-lei, não se devem confundir com estes diplomas, uma vez que são exercícios em diferentes âmbitos.

Com efeito, o exercício das funções administrativas e, conseqüentemente, a titularidade do poder regulamentar encontra-se determinado por lei, nomeadamente, na CRP, porquanto, o poder regulamentar encontra-se submetido ao princípio da legalidade, não se consubstanciando como um poder próprio e originário. Assim, quanto ao poder regulamentar externo, é a lei, ordinária ou constitucional, que habilita a Administração para o exercício dessa forma de poder administrativo, a qual, na ausência de referência expressa, não possuiu competência para regulamentar. No concernente ao poder regulamentar interno, fundamenta-se no poder de auto-regulamentação da Administração e, para tal, não é preciso uma autorização especial. O principal titular do poder regulamentar é o Governo (artigos 112.º, n.º 6, e 199.º, alínea *c*), da CRP) mas não é único; também têm competência as Regiões Autónomas (artigos 227.º, n.º 1, alínea *d*), e 232.º, n.º 1, da CRP), as Autarquias Locais (artigo 241.º da CRP e Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro), bem como, os Institutos Públicos, as Entidades Públicas Empresariais e as Associações Públicas, que dispõem de competência regulamentar nos termos das respectivas leis orgânicas e estatutos. Os regulamentos do Governo podem assumir a forma de decreto regulamentar, de resolução do conselho de ministros, de portaria (quando é da autoria de um ou mais ministros em nome do Governo), de despacho normativo (regulamento editado por um ou mais ministros) ou de despacho simples (que, geralmente, tem forma de acto administrativo mas podem ser de natureza regulamentar). Reforçamos que o Governo, enquanto órgão máximo da Administração Pública, edita regulamentos no âmbito das suas funções administrativas que não se confundem com os decretos-lei que procedem e são editados no exercício do seu poder legislativo. Relativamente às Regiões Autónomas, o poder regulamentar é exercido pela Assembleia Legislativa, a quem compete emanar os decretos regionais, quando se trata de regulamentar uma lei geral da República, e pelo Governo Regional, a quem compete regulamentar os decretos legislativos regionais e aprovar os regulamentos de funcionamento da Administração Regional. Finalmente, no plano das Autarquias Locais, têm competência as Assembleias Municipais e de Freguesia, bem co-

mo o executivo camarário, a quem compete os regulamentos disciplinadores dos serviços do Município.

No seguimento desta concepção do poder regulamentar limitado, compreenda-se que a própria elaboração e conteúdo dos regulamentos administrativos obedece a um conjunto de regras e princípios.

2.2. *Limites do poder regulamentar*

De acordo com JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, os regulamentos estão sujeitos, fundamentalmente, a seis regras. Primeiro, os regulamentos *não podem conter disciplina contrária aos preceitos de valor normativo superior*⁸, são, portanto, obrigados a respeitar a Constituição e as leis e, ainda, outros regulamentos do Governo, das autoridades com poder tutelar e das autarquias de grau superior (artigo 241.º da CRP). Em seguida, estão vedadas ao regulamento, cuja disciplina constitucional está regulada no artigo 112.º, n.ºs 6 e 7, as matérias constitucionalmente reservadas à lei. Em terceiro lugar, os regulamentos não podem ter eficácia retroactiva quando imponham deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções, que causem prejuízos ou restrinjam direitos ou interesses legalmente protegidos, por exigências de respeito aos direitos adquiridos, ressalvando que, uma vez disposto um regime mais favorável para o administrado na posição de arguido num novo regulamento, este prevalece. Bem como, não poderão reportar-se os efeitos dos regulamentos à data anterior àquela a que se reporta a lei habilitante (artigo 141.º do CPA). Ainda, relativamente às competências subjectiva e objectiva, não pode um órgão com competência regulamentar invadir a competência de outro, nem desviar-se do fim que determinou que lhe fosse conferido poder regulamentar. Em quinto lugar, o conteúdo normativo dos regulamentos deve obedecer a certos princípios, nomeadamente, o da proporcionalidade, legalidade, justiça, igualdade, imparcialidade, prossecução do interesse público, participação, plasmados no CPA e na Constituição. E, finalmente, de acordo com o artigo 146.º, n.ºs 2, 3 e 4, do actual CPA, os regulamentos necessários à execução das leis em vigor ou de direito da União Europeia não podem ser revogados mas substituídos por outros, o que, na

⁸ JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

eventualidade de inobservância, implica a manutenção da vigência do regulamento até entrada em vigor de um novo. Mais, é obrigatória a menção especificada das normas regulamentares revogadas.

3. Tipos de regulamentos

À semelhança dos actos administrativos, também os regulamentos são pluridimensionais. Portanto, podemos classificá-los com base em critérios fundamentais. Todavia, a dificuldade reside em elegê-los, são numerosos e a doutrina não é consistente em relação a todos. Destarte, elegemos abordar os tipos de regulamentos assentes nos seguintes critérios: o âmbito da sua eficácia, o âmbito de aplicação (destinatários), a sua relação com a lei e a exigibilidade por lei.

3.1. *Regulamentos internos e externos*

Uma das principais classificações é a que distingue os regulamentos com base na projecção da sua eficácia, falamos dos regulamentos externos e internos. Os regulamentos internos são normas que produzem efeitos unilaterais, ou seja, projectam efeitos no interior da pessoa colectiva administrativa, esgotando-se no âmbito desta. Com efeito, trata-se de regulamentos editados com o objectivo de regular o funcionamento e organização dos serviços, criando auto-vinculações internas através de normas de expediente e distribuição de tarefas. Têm características especiais, a sua impugnação judicial não é admitida e os órgãos administrativos podem não os cumprir, admitindo-se a possibilidade de decisões concretas divergentes da sua regulação, não valendo a regra da inderrogabilidade singular dos regulamentos. Este regime especial fez com que, tradicionalmente, a doutrina duvidasse da sua natureza normativa, estando em causa a sua relevância jurídica. Não obstante a sua insusceptibilidade de impugnação judicial, os regulamentos são impugnáveis através dos meios de auto-tutela administrativa e é-lhes reconhecido relevo indirecto na ordem externa, na medida em que acarretam indícios de eventuais vícios dos actos administrativos, sendo estes ilegais se os regulamentos o forem e ainda ilegais se os actos, infundadamente, desaplicarem as suas disposições (designadamente, mau uso do poder discricionário ou violação do princípio da igualdade). Afastada a con-

cepção de que os regulamentos não se deveriam considerar jurídicos, reconhece-se que estes criam obrigações e prevêem sanções para os órgãos administrativos, além do que, actualmente, são raros os regulamentos com mera eficácia interna.

Os regulamentos externos são normas administrativas com efeitos bilaterais, que se projectam no ordenamento jurídico geral, abarcando não só a Administração como também os particulares, regulando as relações inter-subjectivas. Vale o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, contrariamente ao que acontece com os regulamentos internos, acarretando para o acto que desaplique o regulamento num caso concreto a sua invalidade.

3.2. *Regulamentos gerais e especiais*

Com base no critério de classificação dos regulamentos quanto aos destinatários, distinguimos os gerais e os especiais.

Os regulamentos gerais são aqueles que se dirigem aos particulares em geral, aqueles que não têm uma relação estatutária com a administração, portanto, regulam as relações externas relativas à generalidade das pessoas. Por sua vez, os regulamentos especiais aplicam-se a uma certa categoria de pessoas integradas em relações especiais de direito administrativo, por outras palavras, regulam relações de poder, de especial subordinação dos particulares a uma determinada entidade administrativa.

Note-se que na definição dos regulamentos gerais falamos em relações externas, pelo que não há dúvidas que estes regulamentos são nitidamente regulamentos externos. Porém, no que toca aos regulamentos especiais, a correlação não é tão simples de fazer. Começamos por desmontar o significado de relação especial de poder, assim, a doutrina entende que esta se divide em dois tipos de situações. Por um lado, a relação orgânica ou de funcionamento, por outro, a relação fundamental. Na primeira, o sujeito destinatário da relação encontra-se numa relação de especial dependência face à Administração, o sujeito é elemento do funcionamento da entidade administrativa ligado pelo vínculo de emprego público e submetido à tutela dos seus órgãos. Finalmente, a relação fundamental implica que o destinatário seja considerado, somente, como uma pessoa titular de direitos fundamentais, não se relacionando com a administração enquanto elemento do serviço. As duas situações têm implicações bem distintas: os regulamentos dirigidos aos trabalhadores

com o mero intuito de disciplinar a organização ou funcionamento do serviço são regulamentos meramente internos; porém, quando aplicáveis a esses particulares enquanto cidadãos titulares de direitos fundamentais, que a Administração não pode pôr em causa, no âmbito dessa relação fundamental, então esses regulamentos serão externos.

3.3. *Regulamentos executivos, complementares, autorizados e independentes*

A partir deste momento, o enfoque está nos regulamentos gerais externos e a sua classificação em função da sua relação com a lei. Este critério aponta para um número de categorias de regulamentos. Na primeira categoria, inserimos os regulamentos executivos que são aqueles que pretendem *obviar as deficiências involuntárias de expressão do legislador*⁹, isto é, quando o legislador não conseguiu ser exacto como se pretendia e essas falhas comprometem a aplicação da lei, deve a Administração através dos regulamentos executivos cobri-las, repetindo de forma mais clara os preceitos, sem criar de novo, só explicando técnico-cientificamente os pressupostos de facto previstos na lei. Fundamentalmente, estes regulamentos visam obviar as lacunas involuntárias do legislador, assegurar a aplicação uniforme das leis, bem como, interpretar as leis, esclarecendo-as, se obscuras, precisando-as, se deficientes ou lacunosas, e pormenorizando-as, se incompletas.

A segunda categoria, os regulamentos complementares, opostos à primeira que se limitavam a uma execução estrita da lei, são aqueles que permitem à Administração desenvolver o regime legal, nomeadamente, aquelas leis que se limitam a estabelecer um quadro amplo. Esta categoria subdivide-se em dois tipos: os regulamentos complementares de desenvolvimento, que completam os quadros legais gerais de regulamentação de uma dada matéria, inovando de uma forma moderada e limitada a fim de suportar a lógica; o segundo subtipo são os regulamentos complementares integrativos que regulam/adaptam situações especiais, que não estão expressamente previstas, utilizando como base o quadro legal.

Seguidamente, na categoria dos regulamentos autorizados, a lei delega na Administração o exercício do poder legislativo, autorizando-a a actuar através de comandos regulamentares no lugar do legislador, fixando ela própria a disciplina

⁹ DULCE LOPES, *Actividade, Procedimento e Processo Administrativos*, Centro de Estudos e Formação Autárquica, Coimbra [s.d.].

normativa de certas relações sociais. A inovação é somente limitada ao respeito pelo fim a que presidiu a delegação.

Por fim, os regulamentos independentes não têm por base uma lei habilitadora é uma regulação primária ou disciplina inicial de certas relações sociais. Também se subdividem em dois subtipos, os regulamentos autónomos e regulamentos independentes do Governo. Os regulamentos autónomos consistem em normas administrativas emitidas por entes da administração autónoma, no uso de poderes de produção normativa primária (artigo 227.º, n.º 1, alínea g), da CRP), como expressão da sua auto-administração e auto-governo. Estes poderes fundamentam-se na necessidade de prossecução de atribuições próprias ou concedidas. Quanto aos regulamentos independentes do Governo, distinguem-se dos anteriores somente quanto à entidade competente, porquanto, nestes é o Governo que emite. São editados sem referência imediata a uma lei anterior, não visando alterar ou executar o conteúdo de uma norma legal, sendo antes a disciplina inicial de certas relações sociais.

Do que vimos e atendendo à redacção do artigo 112.º, n.ºs 5 e 6, da CRP, *nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos; Os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão*, a admissibilidade face à Constituição desta tipologia de regulamentos, sobretudo os independentes, desperta algumas contendas. Destarte, fazendo uma interpretação literal do artigo 112.º, n.º 5, assumiríamos que esta excluiu os três primeiros tipos de regulamentos que referimos *supra*. No que concerne aos regulamentos executivos, face ao artigo, consideraríamos que a intenção do legislador seria reagir, contra abusos e não proibir a interpretação e integração de lacunas. Isto é, combater a tendência dos Ministros para tomarem a iniciativa de criar novas soluções e, com isso, distanciarem-se ou contrariarem espírito da lei, a título de estarem a resolver quaisquer dúvidas ou omissões. Para corroborar esta posição, o artigo 199.º, alínea c), da CRP refere expressamente a admissibilidade dos regulamentos executivos. Também quanto aos regulamentos complementares, o artigo não é conclusivo, ainda que, neste caso, aponte para a sua admissibilidade. Se efectuarmos uma interpretação ampla do preceito, é possível admitir, excepcionalmente, os regulamentos complementares de desenvolvimento, desde que emitidos em

domínios não reservados à lei e assumindo a forma de decretos regulamentares, uma vez que, no nosso sistema constitucional, a sua função cabe aos decretos-lei de desenvolvimento. Quanto aos regulamentos complementares de integração, ainda que aparentemente proibidos, consideramos admissíveis se expressamente autorizados pela lei e quando se confinem a adaptar o quadro legal a situações especiais, fora das zonas de reserva de lei formal, ou no quadro da autonomia administrativa. Regulamentos autorizados estão proibidos quando: modificativos, alteram a disciplina legislativa; suspensivos, limitam-se a tornar ineficaz uma norma legal, desprovidos de qualquer preceito inovador; e revogatórios, eliminam leis do ordenamento jurídico.

Por fim, coloca-se uma importante questão relativa ao princípio de precedência de lei que, relembramos, limita a Administração à possibilidade de legislar apenas sobre matérias com fundamento em lei anterior, como aliás indicia o artigo 112.º, n.º 7, e com as quais a definição de regulamento independente parece incompatibilizar-se.

Com efeito, esta problemática é objecto de algumas posições doutrinárias, designadamente, a defendida por VITAL MOREIRA, GOMES CANOTILHO e pelo Tribunal Constitucional e, por outro lado, a de AFONSO QUEIRÓ e VIEIRA DE ANDRADE. Segundo a primeira posição, não existe poder regulamentar sem fundamento numa lei prévia, assim, nos casos dos regulamentos independentes, a lei que habilita é aquela que define tanto a competência objectiva como a competência subjectiva, respectivamente, a matéria e o órgão regulamentador, e esta norma pode ser a Constituição. Ora, concluiu este sector doutrinal que a primeira parte do artigo 112.º, n.º 7, é apenas referente aos regulamentos executivos e que aos regulamentos independentes aplica-se a segunda parte do artigo, *indicar as leis que definem a competência objectiva e subjectiva para a sua emissão*. O segundo ramo da doutrina defende que a indicação da lei que fixa as competências objectiva e subjectiva não é possível, no caso dos regulamentos do Governo, porquanto este tem atribuições genéricas, sendo que só é possível dar cumprimento a essa exigência constitucional no caso dos regulamentos das autarquias locais e das regiões autónomas. Contudo, o artigo 112.º, n.º 6, que se refere expressamente aos regulamentos independentes do Governo, pode assumir-se como a excepção à regra da segunda parte do artigo 112.º, n.º 7. Quanto aos fundamentos, para AFONSO QUEIRÓ, o artigo 199.º, alínea g), que se refere, segundo ele, a actos normativos, legitima os poderes regulamentares ini-

ciais do Governo em determinadas matérias. Para VIEIRA DE ANDRADE, o fundamento está algumas alíneas acima, no artigo 199.º, alínea c), do qual decorre uma competência universal do Governo em matéria regulamentar e que os regulamentos emanados visam dinamizar a ordem jurídica em geral e não executar leis específicas. Concluindo, a exceção do artigo 112.º, n.º 7, à regra do artigo 112.º, n.º 6, 2.ª parte, contrabalança-se com a exigência de forma de Decreto Regulamentar, só admitido fora dos domínios de reserva de lei e com a implicação da assinatura do Primeiro-Ministro e promulgação do Presidente da República. Finalmente, breve nota no que concerne aos regulamentos emanados pelas entidades administrativas independentes, estes deveriam ser admitidos, somente como regulamentos de execução, destarte, sob pena de inconstitucionalidade das normas legais que lhes permitam ir mais além, a sua interpretação deve ser restritiva.

3.4. *Regulamentos obrigatórios e facultativos*

Enquadramos os regulamentos em obrigatórios e facultativos, quanto à sua exigibilidade por lei, quando são exigidos por lei ou quando a sua emissão depende apenas de um juízo de ponderação da própria entidade administrativa competente, respectivamente. A distinção é importante pois a ela aliam-se certos efeitos jurídicos; assim, o artigo 146.º do novo CPA (antigo artigo 119.º) determina, em relação aos *regulamentos necessários à execução das leis em vigor*, que não podem estes ser revogados globalmente, sem que sobre a matéria que versavam recaia, simultaneamente, uma nova regulamentação. Inclusivamente, a fim de obstar à inactividade regulamentar, nas situações em que a exequibilidade dos actos legislativos dependem de regulamentação, o CPTA coloca ao dispor dos particulares a declaração contra *situações de ilegalidade por omissão de normas* como meio de reacção (artigo 77.º do CPTA).

Conclusão

No essencial, aquando da finalização deste trabalho, pretendíamos obter um apuramento consubstanciado do regime substantivo e procedimental do regulamento administrativo, em particular, traçando um paralelo entre o novo e antigo CPA. Dividimos o trabalho em duas vertentes, substantiva e procedimental, e em cada explorámos os tópicos mais importantes, nomeadamente, o conceito, os tipos de regulamentos, o poder regulamentar e os seus limites, o procedimento em geral, a hierarquia, a aplicação, o termo, entre outros. Descrevemos cada um deles em traços gerais, com recurso aos principais diplomas legais, o CPA e a CRP, e, com o auxílio da doutrina, esquematizámos cada problemática. Em particular, mas a fim de complementar esta análise global, aproveitámos as referências bibliográficas menos actualizadas para traçar um paralelo entre o regime procedimental anterior e o que vigora no novo CPA.

Relativamente à investigação feita para este trabalho, naturalmente, a maior dificuldade foi encontrar doutrina actualizada que desenvolvesse globalmente o procedimento. Primeiramente, de ressaltar que, a nível de diplomas legais, não revelaram dificuldades interpretativas. Em segundo lugar, denotámos o pouco cuidado das bibliotecas na introdução, em tempo útil, das principais obras bibliográfica, quando, e uma vez perante uma grande alteração legislativa, essa actualização é essencial para aqueles que procuram informar-se das mudanças. Destarte, é claramente um obstáculo tal inércia.

Por fim, este trabalho assentou, fundamentalmente, na interpretação e comparação dos diplomas sobre uma base doutrinal sólida. Espera-se que os objectivos de clarificação do regime do regulamento administrativo tenham sido plenamente atingidos.

Bibliografia

- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011.
- _____, *Curso de Direito Administrativo*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2014.
- AROSO DE ALMEIDA, Mário, *Teoria geral do Direito Administrativo. Temas Nucleares*, Edições Almedina, Coimbra, 2002.
- _____, *Teoria geral do Direito Administrativo. Temas Nucleares*, 2.^a ed., Edições Almedina, Coimbra, 2015.
- DIAS, José Figueiredo, e OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- _____, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015.
- LOPES, Dulce, *Actividade, Procedimento e Processo Administrativos*, Centro de Estudos e Formação Autárquica, Coimbra [s.d.].
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*, Edições Almedina, Coimbra, 2013.

A e-Procedimentação e a e-Contratação Pública

Susana Gonçalves*
Ana Luísa Castro Ferreira**
Vânia Isabel Vicente Grilo***

Ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira agradecemos, de forma sincera e sentida, os ensinamentos que nos transmitiu, a disponibilidade que sempre demonstrou e o profissionalismo que sempre pautou enquanto docente.

Sumário: §I. Nota introdutória; §II. A e-Procedimentação e a e-Contratação; §III. A e-Procedimentação no novo Código do Procedimento Administrativo; §IV. A Contratação Pública Eletrónica: a) A evolução da Contratação Eletrónica a nível europeu; b) O Código dos Contratos Públicos: o propulsor da contratação pública eletrónica; c) As Plataformas Eletrónicas: A Segurança na Contratação Eletrónica: i) Princípios subjacente à Plataforma Eletrónica de Contratação Pública; §V. Notas conclusivas; §VI. Bibliografia.

§I. Nota introdutória

A e-Procedimentação constitui, sem dúvida, um importante ponto de partida para a evolução do Direito do Procedimento Administrativo e da Contratação Pública, como veremos ao longo desta narrativa.

Nesse sentido, impunha-se que, nesta sentida homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira, existisse um capítulo dedicado aos avanços tecnológicos no Procedimento Administrativo e na Contratação Pública.

Assim, tentaremos demonstrar como estas evoluções a nível tecnológico têm sido aceites e, sobretudo, como têm sido aplicadas pelas entidades adjudicantes, referindo a recente implementação dos meios eletrónicos no Código do Procedimento Administrativo (CPA).

* Técnica Oficial de Contas e Doutoranda em Ciências Jurídicas e do Mercado na Universidade de Vigo.

** Advogada e Mestre em Direito Administrativo pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

*** Jurista e Mestre em Direito Administrativo pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

§II. A e-Procedimentação e a e-Contratação

A e-Procedimentação advém da necessária evolução tecnológica que se tem vindo a verificar nos últimos anos, na medida em que cada vez mais são utilizados meios eletrónicos em todos os aspetos da vida e, mais recentemente, no Direito. Como afirma GUILLÉN CARAMÉS, “La introducción de las nuevas tecnologías en la Administración Pública ha exigido un importante proceso de adaptación a estas nuevas exigencias que demanda la sociedad de la información”¹.

Assim, a par de muitas outras áreas, impunha-se que o Direito se adaptasse às novas realidades, procedendo, para tal, a uma autêntica e-Procedimentação. De facto, segundo BOCANEGRA REQUENA e BOCANEGRA GIL², *prácticamente todas as transacciones económicas realizadas entre bancos e entidades financeiras a nível mundial se realizan por medios electrónicos, o que supone un movimiento de fondos a nivel mundial*. Interpretando esta afirmação, podemos, de facto, dizer que hoje em dia o contacto entre empresas e particulares se processa cada vez mais à distância, sem ser necessário a presença física de qualquer operador económico.

Atualmente, todo o Direito, inevitavelmente, acaba por se encontrar subordinado à informática, o que se revela extremamente útil no caso do procedimento administrativo e ainda nos casos em que são necessários procedimentos de seleção do cocontratante³.

Assim, no caso da contratação pública eletrónica, apesar de se processar de forma um pouco distinta da chamada contratação tradicional, as premissas que norteiam a formação de qualquer contrato continuam a ser utilizadas e a ter natureza imperativa. Assim, deve existir sempre um acordo de vontades, que será necessariamente a base do contrato, sendo certo que todos os vícios e faltas de vontade constantes do Código Civil são aplicáveis no caso da contratação eletrónica⁴, sendo certo que, de todo o modo, o comércio eletrónico se encontra regulado pelo Decre-

¹ Cfr. D. JAVIER GUILLÉN CARAMÉS, *La Administración Electrónica ¿Mito o realidad para los ciudadanos del siglo XXI?*, Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2010, p. 17.

² JOSÉ MANUEL BOCANEGRA REQUENA, BORJA BOCANEGRA GIL, *La Administración electrónica en España. Implantación y régimen jurídico*, Barcelona: Atelier – Libros Jurídicos, 2011, pp. 327 e 328, do original *En efecto, prácticamente todas las transacciones económicas realizadas entre bancos y entidades financieras a nivel mundial se realizan por medios electrónicos, lo que supone un ingente movimiento de fondos a nivel mundial*.

³ Nesse sentido seguem AA. VV., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual – los contratos electrónicos e informáticos*, Granada: Editorial Comares, 3.ª ed., 2000, p. 5.

⁴ A falta e vícios da vontade encontram-se previstos nos artigos 240.º e ss. do Código Civil.

to-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento e do Conselho.

Existem várias formas de se proceder à celebração de um contrato por via eletrónica. Apresentamos, a título de exemplo, as seguintes⁵:

i. Através da utilização dos chamados “agentes eletrónicos”, ou seja, de programas de *software* que contêm instruções e informações acerca do contrato a celebrar;

ii. Através do acesso a mercados eletrónicos, isto é, espaços *on-line* que os parceiros de negócio utilizam para trocar informações e chegar a um entendimento;

iii. Através de leilões processados *on-line* sendo, nesse caso, o *eBay* o espaço/*site* mais conhecido no mundo;

iv. Através da utilização de plataformas eletrónicas. Esta última forma de contratação eletrónica é aquela que as entidades adjudicantes mais utilizam para adjudicar contratos públicos por meios eletrónicos.

§III. A *e-Procedimentação* no novo Código do Procedimento Administrativo

Com a publicação e conseqüente entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que aprovou o novo Código do Procedimento Administrativo, o procedimento administrativo passa a incluir a utilização de meios eletrónicos.

Com este decreto-lei, o Direito Administrativo deu, definitivamente, um passo em direção às novas tecnologias e à adaptação já mais do que necessária aos meios eletrónicos, dando, assim, preferência à utilização destes meios na fase da instrução do procedimento, de modo a facilitar o exercício de direitos e o cumprimento de deveres. Simplificando o acesso ao procedimento e reduzindo significativamente a duração dos procedimentos. Neste seguimento, é criado o balcão único eletrónico, sendo um mecanismo que proporcionará acesso à informação, consulta eletrónica do estado dos pedidos, meios de pagamento eletrónico de taxas, informação sobre a disciplina jurídica dos procedimentos administrativos, entre outros.

⁵ Esta categorização foi feita com base em MARTIEN SCHAUB, *European Legal Aspects of E-Commerce*, Groningen: European Law Publishing, 2004, p. 63.

No Capítulo I do Título I, artigo 14.º, podemos encontrar a introdução aos mecanismos eletrónicos no procedimento administrativo, todavia, e como veremos de seguida, na maioria dos casos, a sua utilização é facultativa.

No referido artigo são consagrados os princípios aplicáveis à administração eletrónica, referindo que *“Os órgãos e serviços da Administração Pública devem utilizar meios eletrónicos no desempenho da sua atividade, de modo a promover a eficiência e a transparência administrativas e a proximidade com os interessados”*. Esses meios eletrónicos devem ser utilizados de forma a garantir princípios fundamentais, como a disponibilidade, o acesso, a integridade, a autenticidade, a confidencialidade, a conservação e a confiança da informação, tendo sempre presentes os limites da Constituição e da Lei. Como se pode ver pela redação do artigo, e pela utilização da palavra *devem*, a utilização de meios eletrónicos não é uma obrigação/imposição.

Nesta sequência, o artigo 61.º refere que *“Salvo disposição legal em contrário, na instrução dos procedimentos devem ser preferencialmente utilizados meios eletrónicos (...)”*. Poderemos entender que se pretende facilitar o exercício de direitos, bem como cumprimento de deveres, tornando mais simples e rápido o acesso dos interessados ao procedimento e à informação. Deste modo, consegue-se simplificar e reduzir a duração dos procedimentos, promovendo a rapidez das decisões, com as devidas garantias legais. Caso seja utilizado o meio eletrónico, o procedimento administrativo pode iniciar-se e desenvolver-se num *balcão eletrónico*⁶, que tem como objetivo primordial ser intermediário nos procedimentos entre os interessados e as autoridades administrativas competentes.

No que respeita às comunicações da Administração com os particulares, *só podem processar-se através de telefax, telefone ou correio eletrónico mediante seu prévio consentimento*, sendo que se presume que o interessado (pessoa singular) consentiu na sua utilização quando tenha estabelecido contacto regular através daqueles meios⁷.

Quanto à tramitação procedimental, *“o início do procedimento é publicitado na Internet, no sítio institucional da entidade pública”*⁸, abrindo-se a possibilidade de enviar os requerimentos através de telefax ou transmissão eletrónica de dados, podendo estes ser apresentados em qualquer dia, independentemente da hora da

⁶ Cfr. artigo 62.º do Novo CPA.

⁷ Cfr. artigo 63.º, n.ºs 1 e 2, do CPA.

⁸ Cfr. artigo 98.º do CPA.

abertura e do encerramento dos serviços⁹. As notificações poderão igualmente ser realizadas nos mesmos moldes dos requerimentos¹⁰.

Como já referimos anteriormente, a inclusão dos meios eletrónicos no procedimento administrativo é sem dúvida um passo importante, todavia uma pergunta se impõe: será que a implementação facultativa das normas no que concerne aos meios eletrónicos conduzirá a uma efetiva aplicação?

§IV. A Contratação Pública Eletrónica

Tal como no caso do Direito do Procedimento Administrativo e da Contratação Eletrónica em geral, também a Contratação Pública passou a utilizar as novas tecnologias como mecanismo de apoio à adjudicação. De facto, para além de se pretender um acompanhamento das novas tecnologias, a verdade é que há muito se ansiava por respostas e mecanismos mais transparentes e rápidos para auxiliar na adjudicação dos contratos públicos.

Assim, o processamento do procedimento pré-contratual por vias eletrónicas iria, por um lado, tornar todo o processo mais rápido e eficaz e, por outro, auxiliar num melhor cumprimento de alguns princípios basilares de todo o Direito, como são os princípios da igualdade, da não discriminação, da concorrência e da transparência¹¹.

a) A evolução da contratação eletrónica a nível europeu

Tornou-se clara a intenção do legislador europeu em introduzir as novas tecnologias neste âmbito. Desde logo, na Comunicação da União Europeia de 27 de novembro de 1996, foi fortemente impulsionada a utilização de meios eletrónicos na contratação pública, afirmando-se especificamente que *no longo prazo, a via a seguir na contratação pública eletrónica será indubitavelmente a utilização de uma via ele-*

⁹ Cfr. artigo 104.º, n.ºs 1 e 2, do CPA.

¹⁰ Cfr. artigo 112, n.º 1, alínea c), do CPA.

¹¹ De facto, nesse sentido segue ESTEFANIA VINTIMILLA GONZÁLEZ, *La utilización de medios informáticos, telemáticos y electrónicos en los procedimientos de contratación pública del Ecuador*, Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2011, p. 51.

*trónica exclusiva*¹². Mas o verdadeiro impulso para esta mudança de paradigma deu-se com a Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho.

Na verdade, os órgãos legislativos da União Europeia tinham, aquando da publicação das Diretivas de 2004, alguns objetivos de modernização da contratação pública, entre os quais destacamos: melhoramento das relações entre cidadãos e Estado, desburocratização dos procedimentos tendentes à adjudicação de contratos públicos, maior transparência e equidade e maior liberdade de circulação e prestação de serviços.

Ainda em 2004 foi publicada a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, datado de 29 de dezembro, que corresponde a um plano de ação para a aplicação do quadro jurídico no domínio dos contratos de direito público por via eletrónica¹³. Nesse documento, a Comissão destaca como objetivos a garantia do bom funcionamento do mercado público eletrónico, que pode ser conseguido através da eliminação de obstáculos à concorrência, adotando procedimentos únicos no que diz respeito às notificações eletrónicas, bem como a disponibilização de formulários que auxiliem a utilização dos elementos introduzidos com as Diretivas.

Ainda nesse sentido foi publicado, em 18 de outubro de 2010, um Livro Verde acerca da expansão da contratação pública eletrónica na União Europeia, de modo a assegurar o bom funcionamento dos mercados, a atingir a maior eficiência na contratação pública eletrónica¹⁴. Neste Livro, Portugal é considerado uma caso de sucesso no que concerne à aplicação de meios eletrónicos: *“A adesão global, tanto a nível interno na maior parte dos países, como a nível da UE, continua fraca, estando estimada em menos de 5% do valor total dos contratos públicos. Portugal constitui uma exceção a esta fraca utilização, sendo que nosso país a utilização de meios eletrónicos para a realização de todas as etapas da contratação pública, inclusive a adjudicação, é obrigatória desde 1 de novembro de 2009 para a maior parte das aquisições públicas (...)”*.

Com a publicação da Diretivas Comunitárias, em 2014, novas regras serão impostas nesta matéria. Como já foi referido, a contratação eletrónica assenta na realização dos procedimentos de formação de contratos públicos, mediante a utili-

¹² Cf. Comunicação da Comissão da União Europeia de 27 de novembro de 1996, p. 26.

¹³ Cfr. Comunicação da Comissão de 29 de dezembro de 2004: COM (2004) 841 final.

¹⁴ Cf. Livro Verde sobre a expansão do uso da contratação pública eletrónica na União Europeia, de 18 de outubro de 2010: COM (2010) 571 final.

zação de meios eletrónicos. Isto engloba a publicação de anúncios (*e-notice*), a disponibilização dos documentos do procedimento (*e-access*), a submissão de propostas (*e-submission*), etc.

A contratação eletrónica vai-se tornando, de forma gradual, obrigatória em toda a União Europeia:

1. A partir de março de 2016, torna-se obrigatório o envio do anúncio e a sua publicação por via eletrónica, assim como o acesso aos documentos do procedimento, por via eletrónica;
2. A partir de março de 2017, torna-se obrigatória a submissão de propostas por via eletrónica, apenas para as Centrais de Compras;
3. A partir de setembro de 2018, a submissão eletrónica de propostas torna-se obrigatória para todas as entidades adjudicantes.

As novas Diretivas referem especificamente que as ferramentas e os dispositivos utilizados para as comunicações eletrónicas não devem ser discriminatórios, devem sim, ser disponíveis, permitindo que a entidade pública adquirente não limite a capacidade da empresa em participar em qualquer tipo procedimento.

Face a estas novidades, o legislador europeu pretende simplificar os procedimentos de formação de contratos públicos, tornando-os mais flexíveis, beneficiando as entidades públicas adjudicantes, os operadores económicos e, em particular, as pequenas e as médias empresas.

b) O Código dos Contratos Públicos: o propulsor da contratação pública eletrónica

Em Portugal, podemos afirmar que o caminho na busca da contratação pública eletrónica se iniciou em 2000, com a Resolução de Ministros n.º 143/2000¹⁵, de 8 de setembro, onde foram estabelecidos alguns aspetos introdutórios sobre esta matéria.

Daqui derivou o Decreto-Lei n.º 104/2002, de 12 de abril, que aprovou o regime de aquisição de bens por via eletrónica por parte dos organismos de direito público. Este determinava que as aquisições de bens efetuadas por via eletrónica se

¹⁵ A este respeito, *vd.* MANUEL LOPES ROCHA, JORGE CRUZ MACARA e FILIPE VIANA LOUSA, *A contratação pública eletrónica e o guia do Código dos Contratos Públicos*, DL n.º 18/2008, de 29/1, ST & SF – Sociedade de Publicações, Ld.ª, 2008.

deviam reger pelos mesmos princípios e regras que as aquisições feitas em ambiente não eletrónico, considerando que a condução da negociação *on-line* corresponde à sua realização presencial.

Mas, apesar de todas estas manifestações, o percurso de Portugal, que lhe permitiu atualmente ser uma referência nesta matéria, como vimos anteriormente, iniciou-se com a publicação do CCP.

Com toda a evolução que ocorreu a nível europeu, era necessário criar um CCP que não apenas transpusesse as diretivas comunitárias, mas que as moldasse ao cenário jurídico nacional. Ao legislador português, foi colocado o desafio de dosear na medida certa a flexibilidade necessária para garantir a eficiência da contratação pública e a inflexibilidade necessária ao combate ao desperdício de recursos públicos.

O CCP cumpre assim um triplo objetivo: procede à transposição das Diretivas Comunitárias de 2004, criando um conjunto homogêneo de normas relativas aos procedimentos públicos pré-contratuais; sistematiza e uniformiza os regimes substantivos dos contratos administrativos e moderniza as regras relativas à contratação, através da aplicação de técnicas mais modernas de financiamento de concessões, utilização de vias eletrónicas de contratação e preocupação pelas políticas ambientais e sociais.

O CCP assume-se hoje como a principal fonte do direito da contratação pública em Portugal. Fonte fundamental é certo, ainda que não exclusiva, uma vez que subsistem várias leis especiais que versam sobre esta matéria, para além de diplomas, de carácter legislativo ou regulamentar, complementares ao próprio CCP, como o Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de julho, que enuncia os princípios básicos da contratação eletrónica, o Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 outubro, acerca das Centrais de Compras, ou decretos legislativos regionais que adaptaram o regime do CCP às regiões autónomas dos Açores e da Madeira.

c) As Plataformas Eletrónicas: a Segurança na Contratação Eletrónica

Com a entrada em vigor do CCP, é publicado o Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de julho, que refere no seu artigo 2.º que *“As comunicações, trocas e arquivo de dados e informações previsto no Código dos Contratos Públicos processam-se através de plataforma eletrónica de contratação (...)”*. Neste seguimento, são publicadas ainda vá-

rias portarias que definem todos os modelos e regras a que as referidas plataformas tem de obedecer¹⁶.

As plataformas eletrónicas de contratação pública vão permitir que todas as fases do procedimento sejam realizadas eletronicamente, nomeadamente o convite às entidades, os itens a seguir para o seu procedimento, os pedidos de esclarecimento e retificação das mesmas, as notificações dos relatórios preliminares e finais e as notificações de adjudicação.

Deste modo, as peças dos procedimentos (nomeadamente, o programa do procedimento e o caderno de encargos) estarão disponíveis para *download* na plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante, bem como a publicitação das listas dos candidatos e dos concorrentes, a consulta das candidaturas e das propostas apresentadas pelos mesmos (utilizando um *login* e uma *password* de acesso).

A contratação eletrónica tem como objetivo a desmaterialização pretendida para os procedimentos ou concursos, sendo esta uma alteração significativa, mas acima de tudo a grande aposta para a modernização “informática”.

Em Portugal, todas as plataformas eletrónicas são certificadas pelo Centro de Gestão da Rede Informática do Governo (CEGER). O CEGER garante a utilização eficaz das redes de comunicação eletrónica, a segurança eletrónica do Estado e a colaboração eletrónica entre organismos do Governo e da Administração Pública, que são fatores de competitividade, de modernização da governação e de redução de custos.

A certificação destas entidades permite o acesso à atividade de prestação de serviços de plataforma eletrónica, sendo concedida após apreciação de um docu-

¹⁶ Como por exemplo: Portaria n.º 701-A/2008, de 29 de julho, estabelece os modelos de anúncio de procedimentos pré-contratuais previsto no CCP; Portaria n.º 701-B/2008, de 29 de julho, nomeia a comissão de acompanhamento do CCP; Portaria n.º 701-C/2008, de 29 de julho, publica a atualização dos limiares comunitários; Portaria n.º 701-D/2008, de 29 de julho, aprova o modelo de dados estatísticos a remeter pelas entidades adjudicantes à Agência Nacional de Compras Públicas, E. P. E., ou ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., consoante o caso; Portaria n.º 701-D/2008, de 29 de julho, aprova o modelo de dados estatísticos a remeter pelas entidades adjudicantes à Agência Nacional de Compras Públicas, E. P. E., ou ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., consoante o caso; Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho, aprova os modelos de bloco técnico de dados, do relatório de formação do contrato, do relatório anual, do relatório da execução do contrato, do relatório da contratação e do relatório final de obra; Portaria n.º 701-F/2008, de 29 de julho, regula a constituição, funcionamento e gestão do portal único da *internet* dedicado aos contratos públicos; Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de julho, define os requisitos e condições a que deve obedecer a utilização de plataformas eletrónicas pelas entidades adjudicantes.

mento de conformidade, elaborado por um auditor de segurança, que ateste a conformidade da plataforma eletrónica.

Atualmente, está em curso uma proposta de alteração ao Regime Jurídico das Plataformas Eletrónicas, que tem como objetivo eliminar ou, pelo menos, tentar reduzir a incidência das ineficiências detetadas a vários níveis, nomeadamente as relacionadas com a regularidade da cobrança, por partes das empresas que prestam este serviço.

i) Princípios da Plataforma Eletrónica de Contratação Pública

Como em todas as matérias jurídicas, os princípios são basilares para a construção de uma lei sustentável. O Decreto-Lei n.º 143-A/2008, de 25 de julho, estabelece os princípios que devem ser respeitados na utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública¹⁷:

- *Princípio da liberdade de escolha das plataformas eletrónicas (artigo 3.º)*

A entidade adjudicante é livre de escolher a plataforma eletrónica para a realização dos procedimentos/concursos.

- *Princípio da disponibilidade (artigo 4.º)*

As plataformas eletrónicas de contratação estão disponíveis 24 horas por dia, 7 dias por semana.

- *Princípio da não discriminação e livre acesso (artigo 5.º)*

As plataformas eletrónicas de contratação permitem a instalação de diversos utilizadores, sendo o seu acesso de acordo com o seu perfil. O administrador regista os utilizadores e define o perfil de cada um, o júri do procedimento analisa as propostas e elabora o relatório preliminar e final e o aprovador decide a adjudicação.

- *Princípio da interoperabilidade e compatibilidade (artigo 6.º)*

As plataformas eletrónicas de contratação devem ter a capacidade de trocar informação, ou seja, utilizar e carregar na plataforma os ficheiros de diversos formatos (*Pdf, Excel, Word*), em especial, as peças do procedimento.

- *Princípio da integridade e segurança (artigo 7.º)*

As plataformas eletrónicas de contratação garantem a confidencialidade e integridade dos dados, para que nenhum desconhecido possa ter acesso às infor-

¹⁷ Cfr. DUARTE AMORIM PEREIRA, «Princípios gerais da Contratação Pública Eletrónica», in *Revista Eletrónica de Direito*, outubro 2013, n.º 2.

mações que constam nos documentos, que compõem todo o procedimento ou processo. Por exemplo, os elementos do júri intervêm e só têm acesso à abertura das propostas, quando estes efetuarem a ação em simultâneo, ou seja, terão de submeter as senhas geradas para abertura das propostas ao mesmo tempo e sempre num número mínimo de três. Cada membro do júri possui uma chave individual acompanhada por um código que só pode ser colocado na data e hora definida para abertura das propostas.

- *Encriptação e classificação de documentos (artigo 8.º)*

Todos os documentos que constituem a proposta são encriptados, sendo-lhes colocada uma assinatura eletrónica qualificada.

No caso de existir a classificação dos documentos privados por motivos de segredo comercial, industrial, militar ou outro (artigo 66.º do CCP), ficam acessíveis apenas aos membros e não aos restantes concorrentes, aquando da publicação dos documentos.

- *Informação aos interessados (artigo 10.º)*

As plataformas eletrónicas de contratação devem disponibilizar aos interessados as peças do procedimento, bem como o modo de apresentação das propostas, a data limite para apresentação das propostas, a data limite para apresentação dos esclarecimentos aos interessados, a data limite para apresentação dos erros e omissões e a data de abertura das propostas e os requisitos dos ficheiros dos documentos das propostas.

Do disposto se afere que as plataformas eletrónicas de contratação constituem um instrumento fundamental e imprescindível na desmaterialização dos procedimentos adjudicatórios dos contratos públicos, devendo disponibilizar a entidade adjudicante os seguintes elementos:

- O anúncio do procedimento: anúncio do concurso público, concurso limitado ou procedimento por negociação (artigos 130.º, 170.º e 196.º); concurso de concessão (artigo 224.º); convite à apresentação de propostas no diálogo concorrencial (artigo 217.º) e nos sistemas de qualificação (artigo 245.º);

- As peças do concurso, entre outros, o caderno de encargos (artigos 115.º, 133.º, 166.º, 189.º, 217.º e 240.º do CCP);

- Os esclarecimentos e as retificações das peças do procedimento (artigo 50.º) e das listas de erros e omissões identificados pelos concorrentes nas referidas peças, assim como a decisão que venha a recair sobre os mesmos (artigo 61.º);

- As propostas dos concorrentes (artigo 170.º do CCP);
- Os documentos de habilitação do adjudicatário (artigo 85.º do CCP);
- A lista dos concorrentes e a listas dos candidatos (artigos 138.º e 177.º do CCP);
- Os relatórios preliminares e finais;
- As minutas e os respetivos contratos.

Não podemos dizer que as plataformas eletrónicas de contratação pública, só trazem vantagens associadas, pois existem algumas desvantagens como refere SUSANA LARISMA¹⁸, “a contratação em linha tem fragilidades (...) relacionadas com a especificidade do meio utilizado e com o carácter transnacional das transações que potencia a aplicação de diferentes leis e regimes (...)”.

Numa visão prática e de utilizador, as plataformas podem, como qualquer meio informático, ter algumas falhas que podem impedir o prosseguir do procedimento:

- Burocracia – qualquer procedimento ou concurso é extremamente burocrático na forma de lançamento, acompanhamento e finalização. São necessários documentos para se poder operacionalizar a plataforma eletrónica de contratação, como, por exemplo, a assinatura digital ou os certificados de autenticação;

- Inoperacionalidade – Caso exista algum problema informático interno (da adjudicante ou adjudicatário), ou externo (da própria plataforma), impossibilita qualquer passo na plataforma, seja ele o lançamento do procedimento ou apenas uma simples consulta.

- Morosidade – os processos são bastante complexos, todos os ficheiros têm de ser carregados na plataforma eletrónica de contratação pública, o que implica alguma morosidade. Caso exista um problema informático interno ou externo as plataformas poderão não estar acessíveis, o que implica alguma perda de tempo.

- Insegurança – como qualquer meio informático, as plataformas eletrónicas de contratação não tem segurança garantida a 100%.

- Custos – como nos diz o artigo 27.º, n.º 1, da Portaria n.º 701-G/2008, de 29 de julho, ao uso de certificados digitais qualificados ou assinaturas eletrónicas para colocar em todos os documentos carregados nas plataformas, acresce ainda o custo

¹⁸ Cfr. SUSANA LARISMA, *O comércio eletrónico em Portugal – O quadro legal e o negócio*, ANACOM, 2006, p. 157.

dos denominados selos temporais obrigatórios. Por outro lado o “selo temporal” é um mecanismo que garante, com precisão, que determinado documento foi transmitido numa determinada data e hora, sendo pois uma funcionalidade essencial do procedimento, uma vez que o artigo 28.º, n.º 1, da Portaria nº 701-G/2008, de 29 de julho (que estabelece os requisitos e condições a que deve obedecer a utilização das plataformas eletrónicas), estabelece que “todos os documentos carregados nas plataformas eletrónicas são sujeitos à aposição de selos temporais emitidos por uma entidade certificadora que preste serviços de validação cronológica”.

§V. Notas conclusivas

Os meios eletrónicos constituem atualmente uma ferramenta essencial em qualquer área, quer esteja esta relacionada com o Direito ou não. Assim, o Direito Administrativo e o Direito da Contratação Pública não fogem a esta regra.

A Contratação Pública Eletrónica proporciona a aplicabilidade do princípio da transparência, bem como o livre acesso a pequenas e médias empresas a procedimentos contratuais, que até há pouco tempo lhe era vedado. Além disso, e numa visão economicista, a Contratação Pública Eletrónica pode igualmente traduzir-se na redução do custo para o setor público.

A Comissão Europeia, na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões¹⁹, intitulada “Uma estratégia para a contratação pública eletrónica” refere o caso de Portugal como um exemplo a seguir:

“(...) após a introdução da contratação eletrónica, os hospitais portugueses conseguiram alcançar reduções de preços de 18% nos seus contratos de aprovisionamento. No total, estima-se que a passagem para a contratação eletrónica em Portugal terá gerado economias de cerca de 650 milhões de euros no primeiro ano, que poderiam ter atingido 1,2 mil milhões de euros se todas as autoridades contratantes tivessem aplicado integralmente a contratação eletrónica. As economias potenciais situam-se, portanto, entre 6% e 12% do total de despesas relativas aos contratos. A maioria das poupanças deveu-se a preços mais baixos devidos a uma concorrência maior (mais propostas por cada processo), embora se tivessem alcançado poupanças também ao nível administrativo (...).”

¹⁹ Cfr. COM (2012) 179 final de 20.04.2012.

Como vimos, a Diretiva de 2014 impõe prazos para a implementação obrigatória da Contratação Eletrónica em todos os Estados-Membros. Pretendendo-se assim que os meios eletrónicos sejam utilizados desde o simples lançamento do procedimento até à formalização do contrato, potencializando, deste modo, os seus benefícios.

Todavia, existem na Contratação Pública Eletrónica alguns obstáculos que será necessário ultrapassar, para que esta seja implementada em toda a sua plenitude. Tendo em conta que já decorreram alguns anos após a utilização destes meios, os problemas que foram detetados deverão ser corrigidos para que, no futuro próximo, não se verifiquem no procedimento administrativo.

Como corolário, a implementação da Contratação Pública Eletrónica em Portugal, que tem servido como referência na União Europeia, pode ser o impulso necessário para que o Novo Código do Procedimento Administrativo utilize os meios eletrónicos, para isso, o legislador deverá facultar aos seus utilizadores os meios simples e eficazes para esta implementação.

§VI. BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Estratégias de e-procurement na Administração Pública: uma revisão de literatura*, Actas da 1.ª Conferência Ibérica de Sistemas e Tecnologias de Informação, Vol. I, Ofir: Departamento de Sistemas de Informação da Universidade do Minho, 2006.
- AA. VV., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual – los contratos electrónicos e informáticos*, Granada: Editorial Comares, 3.ª ed., 2000.
- ANDRADE, Francisco, «Resolução de conflitos em linha na contratação pública electrónica?», in AA. VV. (coordenação ISABEL CELESTE M. FONSECA), *A Arbitragem Administrativa e Tributária: Problemas e desafios*, 2012, pp. 55 e ss.
- BARRIUSO RUIZ, Carlos, *La contratación electrónica*, Madrid: Dykinson, 2.ª ed., 2002.
- BATALHÃO, Carlos José, *Novo Código de Procedimento Administrativo, Notas Práticas e Jurisprudência*, Porto: Porto Editora, 2015.
- BOCANEGRA REQUENA, José Manuel e BOCANEGRA GIL, Borja, *La Administración electrónica en España. Implantación y régimen jurídico*, Barcelona: Atelier – Libros Jurídicos, 2011.
- BRITO, Luís Filipe de Quintas, *Uma abordagem multiagente à problemática do comércio electrónico*, Braga: tese de Doutoramento apresentada à Universidade do Minho, 2003.
- ESTORNINHO, Maria João, «A recente transposição da Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro, no ordenamento jurídico português», in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, janeiro, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Coimbra, 2011, pp. 21-30.
- FONSECA, Isabel Celeste M., *Direito da Contratação Pública. Uma Introdução em dez aulas*, Coimbra: Almedina, 2011.
- GÓMEZ MANRESA, María Fuensanta, «Urbanismo y contratación pública», in *Revista Aranzadi de urbanismo y edificación*, n.º 23, 2010.
- GONÇALVES, Pedro, «O cumprimento e incumprimento do contrato administrativo», in *Estudos da Contratação Pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 569-626.
- GUILLÉN CARAMÉS, D. Javier, *La Administración Electrónica ¿Mito o realidad para los ciudadanos del siglo XXI?*, Madrid: Centro PwC & IE del Sector Público, 2010, p. 17.

- LARISMA, Susana, *O comércio eletrónico em Portugal – O quadro legal e o negócio*, ANA-COM, 2006.
- PEREIRA, Duarte Amorim, «Princípios gerais da Contratação Pública Eletrónica», in *Revista Eletrónica de Direito*, outubro 2013, n.º 2.
- ROCHA, Manuel Lopes; MACARA, Jorge Cruz; LOUSA, Filipe Viana, *A contratação pública eletrónica e o guia do Código dos Contratos Públicos, DL n.º 18/2008, de 29/1, ST & SF – Sociedade de Publicações, Ld.ª*, 2008.
- SCHAUB, Martien, *European Legal Aspects of E-Commerce*, Groningen: European Law Publishing, 2004.
- VINTIMILLA GONZÁLEZ, Estefania, *La utilización de medios informáticos, telemáticos y electrónicos en los procedimientos de contratación pública del Ecuador*, Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2011.

A execução do ato administrativo

*Teresa Maria Dias Pereira**

Sumário: 1. Introdução; 2. O ato administrativo executivo; 3. A consagração do ato executório no CPA; 4. A ação executiva em vigor; 5. Os limites de atuação; 6. A execução coerciva de obrigações pecuniárias; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. Introdução

O novo Código do Procedimento Administrativo (CPA) e no que obedece ao regime de execução dos atos administrativos, procede a uma alteração neste âmbito, impondo que as execuções apenas possam ter cumprimento quando previstas por lei. Esta é uma opção defendida ao longo dos últimos anos por uma parte significativa da Doutrina. Trata-se de uma mudança de padrão face ao modelo aplicável pelo antigo CPA, muito embora esta mudança não tenha efeitos imediatos, uma vez que esta lei ficou em aberto, tendo o prazo de 60 dias após a publicação do novo Diploma.

Este estudo terá por base a temática das execuções dos atos administrativos vertendo este das novas tipologias e consagrações do novo Código do Procedimento Administrativo, havendo uma alteração que se aguarda ainda por força da promulgação de lei especial. Embora o tema não seja novo, este é com certeza polémico, uma vez que, normalmente, existe um confronto direto entre a Administração e os particulares. O poder da execução e emissão do título executivo consagrado à Administração faz com que esta goze de um poder de execução sem que haja para o efeito uma decisão judicial.

É necessário acautelar este poder, de forma a que não seja a Administração dotada de uma autoridade total, nem tão-pouco seja esta desprovida de qualquer autoridade, por forma a que os interesses públicos sejam acautelados e até mesmo dos particulares e entidades.

* Mestranda em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

Num segundo momento, será abordada a execução das obrigações pecuniárias. Estas execuções, nos termos do CPA, serão objeto de tratamento por parte da Administração Tributária, como se existisse uma transição de processo intra-Administração mas com propósitos diferentes. Será este o foco essencial da análise, o objeto de remissão e a tramitação do processo, passando este a ser de gestão na parte executiva na Administração Tributária.

2. O ato administrativo executivo

A executoriedade é tradicionalmente designada, segundo FERNANDO ALVES CORREIA, como sendo o privilégio ou o benefício da execução prévia, isto é, o poder de que goza a Administração Pública de proceder à execução, através de recursos próprios e de títulos executivos, dos atos administrativos que gerem deveres para os particulares e no caso de o comportamento não ser necessariamente aquele que lhe é exigido, podendo desta forma proceder-se à executoriedade da ação¹.

O Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, estabelece, nomeadamente no artigo 148.º, o conceito de ato administrativo, ou seja “(...) *consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta*”.

O ato administrativo é o ato que resulta de decisões que vinculam a Administração Pública e os particulares nas relações de direito público, existindo uma força jurídico-administrativa inerente aos próprios atos. A produção dos efeitos jurídicos na esfera dos destinatários, quando resultem em imposições e obrigações aos destinatários do ato, a própria Administração Pública, em caso de incumprimento desses deveres, pode promover a execução sem que para tal exista intervenção jurisdicional, através de instrumentos de coerção².

O processo executivo consiste na obtenção da execução do direito, através da adesão de medidas destinadas a colocar a situação de facto em conformidade com o

¹ FERNANDO ALVES CORREIA, *Alguns conceitos de direito administrativo*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 39.

² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 229.

Direito que foi reconhecido, podendo revelar-se através da execução coativa do título executivo ou através da imposição ao obrigado de cumprir o que por força do ato seja determinado³.

A execução de um ato administrativo implicará a prática de novos atos administrativos, sucessivamente, ou até mesmo a prática de atos materiais sobre os atos originalmente realizados. Os atos de execução são sempre atos consequentes e nem sempre praticados porque poderão advir de situações de decisões prévias e de pressupostos da atuação. O próprio ato de execução implica uma decisão prévia, afastando a possibilidade de execução sem antes ter sido proferida decisão⁴.

A administração reveste-se de poder de autotutela executiva, poder este que lhe é conferido, na medida em que lhe cabe a prossecução de interesses públicos, sendo-lhe permitido também lançar mão de todos os procedimentos de execução do ato administrativo.

A execução de um ato administrativo pressupõe, ainda que não consagrado no novo CPA, que o ato administrativo sujeito a execução seja exequível e eficaz. O contrário será dizer que um ato não exequível e não eficaz não poderá ser executado. Nem todos os atos eficazes são executórios, é necessário que esses mesmos atos sejam exequíveis, característica dos atos que necessitam de execução, distinguindo-se dos atos administrativos que produzem os seus efeitos práticos sem necessidade de qualquer execução.

Os atos administrativos eficazes e exequíveis são também executivos. A executividade materializa a capacidade de os atos administrativos se converterem numa execução sem necessidade de qualquer pronúncia judicial, ou seja, a capacidade de o ato administrativo dar origem a um título que permite a execução direta, desde que realizados os pressupostos inerentes ao processo por parte da Administração, garantindo os direitos dos particulares. A executoriedade, como a capacidade de execução coativa por parte da administração dos atos administrativos, não é, contudo, uma característica de todos os atos administrativos.

³ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 499.

⁴ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, 2.^a ed., Lisboa: Dom Quixote, 2009, pp. 230 e ss.

3. A consagração do ato executório no CPA

O “antigo” CPA consagrava nos seus artigos 149.º e seguintes um conjunto de regras gerais relativas à execução do ato administrativo, na qual grande parte da doutrina nacional confirma a existência de uma figura geral de autotutela executiva da Administração Pública, consistindo no uso de poderes por parte da Administração para a prossecução de decisões, sem que para tal exista ordem judicial.

O legislador estabeleceu uma disposição genérica para a Administração Pública no domínio da execução dos atos administrativos, quando perante obrigações e determinações não cumpridas pelos destinatários, conforme o estabelecido no artigo 149.º, n.º 2, do anterior CPA e conforme os artigos 175.º a 181.º do CPA em vigor.

O “regime comum” encontra-se consagrado nos artigos 175.º e seguintes do CPA que, por sua vez, estabelece o regime comum aplicável aos procedimentos administrativos, que visa, através de meios coercivos legalmente admissíveis, a obtenção da satisfação de obrigações pecuniárias, obrigações de entrega de coisa certa, prestação de factos ou ainda por ações ou omissões em cumprimento de limitações impostas por atos administrativos.

Como visto, a Administração Pública pode, *através de meios coercivos*, obter assim a satisfação de obrigações que decorram do exercício da atividade administrativa e quando resultem em obrigações pecuniárias, de entrega de coisa certa, de prestação de factos ou pela obrigação no respeito de ações ou omissões impostos pelos atos administrativos, nos termos do artigo 175.º, n.º 1, do CPA. Não obstante, dispõe o n.º 2 deste mesmo normativo que deverá ser objeto de legislação própria as medidas *policiais de coação direta*, havendo uma remissão para um quadro normativo que ainda não foi implementado.

Pelo disposto no regime, poder-se-á entender que apenas as execuções coercivas decorrentes de obrigações pecuniárias se encontram realmente previstas no código, uma vez que as restantes situações são remetidas para a lei especial que, por sua vez, ainda não se encontra em vigor.

Significa isto que, em regra, a Administração Pública só dispõe de autotutela para efeitos executivos nos casos em que a lei expressamente prevê, conferindo-lhe

o poder de executar forçadamente os atos administrativos, sempre que os atos em causa não tenham sido praticados voluntariamente⁵.

O legislador terá de definir, com exatidão e detalhadamente, os pressupostos de que depende a possibilidade de a Administração praticar atos jurídicos sujeitos a execução coerciva das decisões provenientes de atos administrativos.

4. A ação executiva em vigor

Conforme institui o artigo 8.º, n.º 2, do diploma preambular, o n.º 1 do artigo 176.º do CPA só se aplicará a partir da entrada em vigor do diploma que define os casos, as formas e os termos em que os atos administrativos podem ser impostos coercivamente pela Administração Pública, a aprovar no prazo de 60 dias a contar da data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 4/2015.

Assim, por força desta condição, o artigo 149.º, n.º 2, do anterior CPA mantém-se em vigor e até que a lei especial seja homologada. Esta disposição é perigosa porque poderemos estar na situação em que o diploma agora revogado pelo presente CPA vigore, na parte correspondente à executividade dos atos administrativos, por falta de lei especial que consagre expressamente quais e de que forma serão executados os atos administrativos. Suscita a dúvida se esta será a medida adequada, visando a garantia da aplicação da lei, ou, se na falta de lei especial, todos os atos não previstos no presente código estejam sujeitos a decisão judicial para efeitos de execução do ato administrativo.

Face às novas prerrogativas, é necessária a leitura atual e moderada do artigo 149.º do anterior CPA, ou seja, a execução coerciva de atos administrativos é legítima nos casos e sempre que estejamos perante um ato administrativo, tendo este de ser eficaz e executório e previsto no CPA. Por outro lado, os atos administrativos que não forem previstos e consagrados expressamente na lei estão sujeitos a decisão judicial, não detendo a Administração Pública a capacidade para efetuar a execução coerciva. Nestes casos, existe uma proteção, perante o constituinte de direito ou da obrigação, não podendo a Administração atuar reforçada de poderes executórios.

⁵ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, op. cit., p. 247.

Por conseguinte, enquanto a lei prevista não for publicada, e no decorrer dos 60 dias previstos para a sua publicação, nos termos do artigo 8.º do preâmbulo do novo CPA, aplicar-se-ão os normativos anteriores regulados, quanto ao tema em questão, pelos artigos 149.º e seguintes do CPA.

5. Os limites de atuação

A atividade da Administração Pública está contudo limitada quanto aos atos administrativos com força executória, estabelecendo limites no âmbito da atuação, desenvolvendo uma segurança jurídica dos particulares. Os limites encontram-se previstos no próprio CPA, estabelecendo o âmbito de atuação da atividade administrativa, garantindo o interesse público e os direitos dos particulares. Segundo JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, os limites previstos no CPA estão diretamente implicados nos princípios, nomeadamente o princípio da tipicidade, o princípio da proporcionalidade da execução, o princípio da observância dos direitos fundamentais e do respeito pela pessoa humana e os limites constitucionalmente previstos⁶.

Segundo DIOGO FREITAS DO AMARAL, são fundamentalmente cinco os princípios a que a Constituição e a lei submetem a execução dos atos administrativos, como sejam: o princípio da legalidade da execução; o princípio do ato administrativo prévio; o princípio da proporcionalidade; o princípio da subsidiariedade; e o princípio da humanidade de execução⁷.

O *princípio da legalidade* corresponde à condição de que a execução do ato administrativo terá de estar prevista por lei, com *fundamento na lei e pelas formas e nos termos* por elas acautelado. Qualquer ato executório não previsto na lei deverá ser objeto de decisão judicial, caso contrário, não existirá um ato legalmente passível da sua concretização. O *princípio do ato administrativo prévio* implica que o ato executivo apenas possa ser executado quando anteriormente a este exista um qualquer ato passível de ser executado. O ato executivo pressupõe a existência de um

⁶ JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 2004, p. 215.

⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 521.

ou mais atos prévios e será sobre estes que recairá a execução. O ato executivo não é um elemento que age sozinho, antes dele, existiram outros atos não concretizados de alguma forma. Nos atos administrativos de execução, devem ser utilizados os meios ao dispor da Administração, com vista à realização dos atos que se considerem necessários, desde que visem o menor prejuízo dos interesses da Administração e dos particulares, respeitando o *princípio da proporcionalidade*. Para o *princípio da subsidiariedade*, a Administração Pública apenas deverá impor as decisões através do ato executivo, promovendo-se de força executória, quando esgotadas as possibilidades de serem voluntariamente cumpridas pelos recetores. Não podem as decisões da Administração impor a execução, sem que antes haja meios para que o destinatário proceda aos mesmos, evitando, por isso, o processo de execução. A força detida pela Administração com a possibilidade de execução do ato administrativo não pode ser desmedida e, antes da sua realização, deverão ser esgotadas as vias de concretização. Por fim, o *princípio da humanidade da execução* pressupõe que a Administração não possa utilizar meios, mesmo que tenha essa possibilidade, que interfiram com os *direitos fundamentais* ou sejam contrários ao respeito devido à pessoa humana. Esta concretiza os princípios constitucionais previstos, não devendo a Administração agir de forma a que os mesmos coloquem em causa a segurança dos particulares e quanto aos seus direitos fundamentais.

6. A execução coerciva de obrigações pecuniárias

Se, por um lado, o regime estabelece a possibilidade limitada de execução coerciva por parte da Administração, aguardando-se que esta seja detalhadamente preconizada, por outro lado, temos a execução coerciva de obrigações pecuniárias, prerrogativa prevista no CPA em vigor.

A execução de obrigações pecuniárias é uma execução especial para pagamento de quantia certa, constituindo título executivo a certidão da liquidação, emitida pelo órgão da Administração na qual ocorreu o ato administrativo e que deu lugar à formação do dever de pagar. Os atos administrativos que imponham o pagamento de prestações pecuniárias no âmbito da atuação dos organismos públicos, ou por conta desta, são consecutivamente executados coercivamente nos termos dos artigos 176.º e 179.º do CPA. Embora a execução de obrigações pecuniárias

esteja sujeita a um regime especial, esta é originária do ato administrativo regulado nos termos do CPA.

O artigo 179.º do CPA consagra a execução coerciva de obrigações pecuniárias, após o termo do prazo de pagamento voluntário, sobre quem recaiu o ato administrativo, remetendo o processo para a tramitação nos termos da Lei Geral Tributária. Será então da competência da Autoridade Tributária a execução do ato administrativo que originariamente ocorreu na Administração Pública, órgão diferente da Autoridade Tributária, sendo a este remetido, não havendo uma disciplina própria na regulação da obrigação pecuniária fora da área fiscal. Esta remissão para a Administração Tributária implica que o processo passe a ser legislado nos termos da legislação tributária e representa uma transferência de competências exclusivas da Administração Tributária, não deixando com isso que a mesma seja partilhada pelos órgãos da administração.

Cabe então à Administração Tributária a execução de obrigações pecuniárias, originárias de atos administrativos, procedendo-se nos termos do Código do Procedimento e Processo Tributário (CPPT)⁸.

Ao entrarmos nesta área, será necessária a análise da execução através da Administração Tributária, que se dota de poderes de execução com títulos próprios, regendo-se o processo pelas disposições tributárias. Assim, além da execução de tributos, de coimas, de multas e outras taxas e impostos, a Autoridade Tributária executará as obrigações pecuniárias resultantes de atos administrativos, conforme dispõe o artigo 148.º do CPPT.

Os processos de execução para pagamento de prestação pecuniária ou quantia certa visam obter o cumprimento da obrigação de pagar através do património do executado, quando esgotadas as possibilidades de pagamento voluntário. O património do executado será vendido de forma a satisfazer a quantia, obtendo assim, por esta via, a prestação devida. A quantia certa é assim satisfeita através do título executivo e restituído ao órgão que instituiu o processo⁹.

⁸ FERNANDO GONÇALVES, MANUEL JOÃO ALVES, VÍTOR MANUEL FREITAS VIEIRA, RUI MIGUEL GONÇALVES, BRUNO CORREIA e MARIANA VIOLANTE GONÇALVES, *Novo Código do Procedimento Administrativo: Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 192 e ss.

⁹ FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de Processo de Execução*, 13.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, pp. 109 e ss.

As dívidas sujeitas a este regime de execução fiscal são, nos termos da Lei Geral Tributária, os impostos, as taxas, contribuições financeiras, coimas e outras sanções devidas a entidades de Direito Público. Estas dívidas, como se pode retirar da sua natureza, podem ocorrer junto de qualquer instituição que para tal pratique atos administrativos sujeitos a obrigações pecuniárias.

As dívidas que estão sujeitas à cobrança através do processo de execução fiscal terão de ser certas, líquidas e exigíveis. Estes três elementos compelem a que não existam dúvidas quanto à natureza e quanto ao sujeito devedor das obrigações pecuniárias, nem quanto ao montante e à legalidade da cobrança dos tributos.

Por assim dizer, todo o processo de liquidação e cobrança ocorre no órgão competente, sendo este o originário beneficiário da receita, pelos atos de natureza administrativa ora praticados. Decorre todo um processo que, no momento de se impor uma cobrança coerciva, interrompe o circuito, uma vez que estes órgãos não são instituídos de procedimentos para executarem as obrigações devidas e não liquidadas voluntariamente. A interrupção do circuito ocorre após a emissão da certidão de dívida e quando esta é enviada para a Administração Tributária.

Procede-se agora a um novo momento da execução do processo. A cobrança coerciva é agora da competência da Administração Tributária. Por força da remissão do Código do Procedimento Administrativo, cabe a este órgão a cobrança dos títulos executivos, independentemente de o local originário da dívida ocorrer noutra órgão da Administração Pública.

Em boa verdade, este envio do processo para uma outra entidade, Administração Tributária, resulta numa quebra de um círculo procedimental, passando, a meu ver, a existir dois momentos decorrentes do ato administrativo, ou seja, um momento em que ocorreu o ato onde este é praticado, e um segundo momento, o da cobrança coerciva que se tramita na Administração Tributária. Esta fratura da estrutura provoca uma separação de atos administrativos que em todo são desassociáveis.

O processo de execução inicia-se por iniciativa do órgão originário da obrigação, emitindo para o efeito a certidão de dívida e enviando-a para a Administração Tributária, que, por sua vez, irá proceder à citação do Sujeito Passivo. Neste momento, o Sujeito Passivo pode optar pelo pagamento voluntário, pela dação em pagamento, pelo pagamento em prestações ou apresentar oposição, reclamação graciosa, recurso hierárquico ou intentar um processo de impugnação judicial.

Salienta-se que a opção por qualquer destas situações não suspende a execução, exceto quando o contribuinte apresente garantia. No pressuposto de que o sujeito passivo nada faz, segue-se a fase de penhora e venda dos bens para satisfação dos créditos em dívida.

Em qualquer dos momentos, o sujeito passivo poderá regularizar a dívida junto da Administração Tributária, quer seja através do pagamento voluntário, pelo pagamento em prestação ou através da venda de bens penhorados, sendo os montantes arrecadados devolvidos ao credor originário, ou seja, a instituição de origem do processo de cobrança.

Estamos perante uma desjurisdicionalização, pois a Administração Tributária tem uma maior autonomia na condução destes processos e no âmbito de execução administrativa. Grande parte do processo ocorre sem a intervenção dos tribunais e dos juízes, salvo algumas exceções.

Como verificado, a cobrança coerciva de obrigações pecuniárias decorrentes de atos administrativos ocorre na Administração Tributária, detentora de títulos executivos para efeitos de processo de execução fiscal. Esta cobrança coerciva reflete, na verdade, atos administrativos que ocorrem fora da Administração Tributária, tratando-se de encargos a favor de órgãos públicos, levando-nos a questionar se este envio é, realmente, favorável para as partes.

Da análise sucinta e básica, pois outras questões se levantarão, questiono-me se a cobrança coerciva não poderia ser efetuada dentro de cada órgão na qual ocorre a obrigação. Não será possível dotar estes organismos de competências de execução das obrigações pecuniárias, sem que para tal seja necessário o envio para a Administração Tributária? Não competirá a estes, órgãos originários, a obrigação da arrecadação da receita?

Neste pressuposto, haveria uma competência acrescida dos organismos, nomeadamente a de execução fiscal, realizando-se e regendo-se estes, nos termos em que se processam na Administração Tributária, dotando os órgãos de títulos executivos, não havendo a necessidade de remissão dos processos. Esta dotação poderia ser procedida nos mesmos termos que a Administração Tributária, afastando os processos deste órgão, promovendo uma maior eficiência e eficácia nos respetivos processos, uma vez que deixaria de existir uma rutura dos atos.

7. Conclusão

Em conclusão, como pôde ser analisado, atualmente, as diferenças com o anterior regime a nível de execuções coercivas dos atos administrativos, são poucas, uma vez que a lei expressa, conforme previsto no novo Código do Procedimento Administrativo, ainda não foi promulgada. Subsiste a dúvida de qual o regime a ser aplicado. Por um lado, temos a aplicação do artigo 149.º do anterior CPA, ficando a incerteza da sua aplicabilidade ao longo do tempo. Por outro lado, na falta de legislação especial, estaremos perante um poder retirado à Administração Pública e que irá implicar um acréscimo substancial de processos nos tribunais administrativos. Contudo, longe desta controvérsia e sem necessitar de lei especial, subsistem, de igual modo ao anterior regime, as execuções de atos administrativos quando estejam em causa obrigações pecuniárias. Neste aspeto, não existe nada de novo, uma vez que a lei remete para a Autoridade Tributária. Neste sentido, as competências de executar são transferidas para a Administração Tributária e regidas em todo pelo disposto na Lei Geral Tributária e pelo Código do Procedimento e Processo Tributário.

Por sua vez, as entidades administrativas emitem a certidão de dívida, invocando a Autoridade Tributária para que proceda à execução da obrigação pecuniária, resultante de ato administrativo, não deixando contudo de ser esta a detentora do Direito ao crédito passível de originar a execução, quer seja pelo pagamento, quer seja pela venda do bem penhorado. Este regime não traz nada de novo quanto ao anterior normativo. Fica-nos a sensação de que algo mais poderia ser concretizado, clarificando, a Administração Tributária fica como executora da ação executiva da obrigação pecuniária, quando esta poderia ser realizada pelo próprio órgão. Seria dotar os organismos públicos de poder executivo sem necessidade de remissão do processo para a Administração Tributária, o que na sua génese teria as mesmas funções e poder executórios.

8. Bibliografia

- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2014.
- _____, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2015.
- ALVES, José António Costa, e MARTIN, Jesuíno Alcântara, *Manual de procedimento e processo tributário – Administração Geral Tributária*, Lisboa: Instituto de Formação Tributária, 2002.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2013.
- AMARAL, Diogo Freitas do, et al., *Código do Procedimento Administrativo: anotado*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 2005.
- CORREIA, Fernando Alves, *Alguns conceitos de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2001.
- DEVESA, Jaime, e MARCELINO, Manuel Joaquim, *Manual da execução fiscal*, Coimbra: Almedina, 1998.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo, e OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Direito Administrativo*, 2.^a ed., Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 2004.
- FERREIRA, Fernando Amâncio, *Curso de Processo de Execução*, 13.^a ed., Coimbra: Almedina, 2010.
- GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VIEIRA, Vitor Manuel Freitas; GONÇALVES, Rui Miguel; CORREIA, Bruno e GONÇALVES, Mariana Violante, *Novo Código do Procedimento Administrativo: Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, 2015.
- MORAIS, Rui Duarte, *A execução fiscal*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2006.
- NABAIS, José Casalta, *Procedimento e Processo Administrativo*, 9.^a ed., Coimbra: Almedina, 2015.
- PAIVA, Carlos, *O processo de execução fiscal*, Coimbra: Almedina, 2008.
- SOUSA, Domingos Pereira de, *Direito Fiscal e Processo Tributário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, 2.^a ed., Lisboa: Dom Quixote, 2009.

VALENTIM, Carlos, e CARDOSO, Paulo, *Roteiro de justiça fiscal: os poderes da administração tributária versus as garantias dos contribuintes*, Porto: Vida Económica, 2011.

Administração Electrónica: Confidencialidade e Segurança

Tiago Sérgio Cabral*

Sumário:** 1. Intróito. 2. O Princípio da Confidencialidade e Segurança. 3. O Problema da Localização dos Servidores. 4. Programas de Inteligência. 5. Cibercriminosos. 6. Soluções

1. Intróito

A demanda pela satisfação das necessidades colectivas, tarefa considerada fundamental pela colectividade¹, leva cada mais a Administração Pública a procurar o auxílio da tecnologia e especialmente dos meios informáticos com vista a aumentar a eficiência, celeridade e garantir a simplificação dos procedimentos administrativos². Se implementada com sucesso, não há dúvida que uma relação simbiótica entre as tecnologias de informação e a Administração poderá ajudar a melhorar a eficácia e eficiência, a prestar um melhor serviço aos cidadãos, a fomentar a objectividade e imparcialidade, a fortalecer a coordenação e cooperação entre os órgãos administrativos³. Com o Novo Código do Procedimento Administrativo (nCPA), o impacto das tecnologias de informação e comunicação, com especial incidência para a *Internet*, por ser a “rainha” destas tecnologias, estará cada vez mais presente no Direito Administrativo. Ainda que a tecnologia não seja compa-

* Estudante do 2.º ano da Licenciatura em Direito na Universidade do Minho.

** Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

¹ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 25 e ss.

² Cfr. MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, pp. 273 e ss. Cfr. VIRGÍLIO MACHADO, «Administração Pública Electrónica e Directiva dos Serviços: Aplicação ao Sector do Turismo» in *Jurismat*, n.º 2, 2012, pp. 139 e ss.

³ Cfr. JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS, «Administración Electrónica y Protección de Datos Personales», in *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela: Estudos Sobre La Modernización Administrativa*, Número Extraordinário, 2011, pp. 153 e ss.

nheira estranha ao Direito⁴, as soluções postuladas pelo nCPA representam uma inclusão muito bem-vinda ao Direito Administrativo. Saudamos especialmente o cuidado que o legislador teve ao tipificar um regime específico para os princípios aplicáveis à administração electrónica no artigo 14.º do nCPA⁵.

Ainda que as novas tecnologias tenham inegavelmente o potencial⁶ para corresponder às expectativas do legislador, de tornar o contacto com a Administração mais simples e rápido, bem como reduzir a duração dos procedimentos, é necessário actuar com a devida prudência quando lidamos com meios informáticos. De pouco nos vale a modernização⁷ se não estivermos em condições de garantir um velejar calmo para o novo paradigma da sociedade informacional⁸. Se o *crash* da plataforma *citius* nos ensinou algo foi que as plataformas informáticas não são de confiança absoluta. Estas, quando falham, podem paralisar a justiça com um poder análogo àquele que têm ao celebrizá-la.

Igualmente, não podemos esquecer que o problema da plataforma supra-referida foi uma questão técnica. Se os seres humanos necessitam de idas frequentes ao médico a fim de efectuarem *check up* ou exames rotineiros para a preservação da sua saúde, o mesmo se poderá dizer dos computadores. As máquinas também carecem de manutenção para funcionar com a máxima *performance* e, mesmo assim, estão sujeitas a contingências.

Não obstante e com todas as prescrições que utilizam meios tecnológicos, a administração electrónica é confrontada com um grande desafio. Falamos da protecção da confidencialidade e da segurança da informação fornecida pelos particulares à Administração, princípios devidamente consagrados no artigo 14, n.º 2, do nCPA. Não fará sentido à Administração modernizar-se se não for capaz de assegurar o supracitado. Mas estaremos verdadeiramente preparados a nível técnico para

⁴ Cfr. PEDRO FREITAS, «Breves Nótulas Sobre o Crime de Acesso Ilegítimo Previsto na Lei do Cibercrime», in *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 568.

⁵ Cfr. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Código do Procedimento Administrativo e Legislação Complementar*, Braga, ELSA UMINHO, 2015, pp. 8 e 9.

⁶ PEDRO GONÇALVES, «O Acto Administrativo Informático», in *Scientia Iuridica*, n.º 267, 1997, pp. 49 e ss.

⁷ JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho administrativo», in *Revista de Administración Pública*, n.º 193, Janeiro – Abril 2014, pp. 13 e ss.

⁸ Cfr. A. G. LOURENÇO MARTINS, «Criminalidade Informática», in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 6 e ss.

lidar com as acrescidas dificuldades que a tecnologia origina neste campo? A “penetração” de *hackers* em organismos privados não é uma novidade pelo que actualmente a Administração Pública poderá tornar-se um alvo apetecível para os criminosos informáticos.

2. O Princípio da Confidencialidade e Segurança

Como bem nos elucida o artigo 14.º, n.º 3, do nCPA, a e-administração está sujeita a limites similares aos da “administração tradicional”. Não nos cansamos de enaltecer a decisão do legislador em consagrar um conjunto de princípios singulares para a administração electrónica, mas, no caso, a solução parece-nos manifestamente insuficiente, uma vez que ignora as inúmeras especificidades desta⁹. Para correctamente proteger os cidadãos no contacto com a Administração por via electrónica, é imprescindível adaptar as garantias e princípios gerais da actividade administrativa à nova realidade da tecnologia.

A implementação de uma Administração electrónica demanda não só a possibilidade de os cidadãos se relacionarem através de meios electrónicos com a Administração, mas também dá origem necessariamente a uma situação em que a Administração Pública obterá e será responsável por processar uma quantidade de dados pessoais nunca antes vista¹⁰ e, há uns anos, unimaginável. Desta forma, chamamos a atenção, no nosso ordenamento jurídico, para a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro¹¹, ou Lei de Protecção de Dados Pessoais. Esta, oriunda do esforço do legislador português em transpor normas de Direito da União Europeia para o nosso ordenamento, afigura no seu articulado uma definição latíssima de dados pessoais¹² como “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável ('titular dos dados'); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente¹³, designadamente por referência a

⁹ Cfr. MIGUEL PRATA ROQUE, «O Procedimento Administrativo Electrónico», *op. cit.*, pp. 279 e ss.

¹⁰ Cfr. JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS, «Administración Electrónica y Protección de Datos Personales», *op. cit.*, pp. 162 e ss.

¹¹ Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 22/98.

¹² Cfr. MIGUEL PUPO CORREIA, «Retenções de Dados de Comunicações», in *Lusitana: Direito*, n.º 7, 2007, pp. 167 e ss.

¹³ Cfr. HÉCTOR OBERG YÁNEZ, «Protección de Datos de Carácter Personal», in *Revista de Derecho: Universidad de Concepcion*, Ano LXXVII, n.os 225-226, 2009, pp. 45 e ss.

um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social". Nesta acepção tão extensa é de lógica conclusão que deverão ser incluídos como dados pessoais grande parte, se não a maioria, dos dados trocados/disponibilizados entre o utente e a Administração. Acrescentamos também que a utilização pelo legislador de critério indeterminado, ao postular os diversos métodos de identificação como critério soberano para a catalogação de determinados dados como pessoais, se afigura muito feliz. Isto porque permite a evolução do critério de acordo com a evolução da tecnologia, ou seja, possibilita o surgimento de determinado método tecnológico capaz de, através do cruzamento de dados, identificar o indivíduo a quem pertencem as informações. Assim, este desenvolvimento será suficiente para catalogar dados que previamente não se enquadrariam na definição como dados pessoais. Parece-nos que o exemplo modelar desta realidade serão as redes sociais. Através destas, é extremamente fácil, com um conjunto mínimo de informações, identificar a história de vida do indivíduo, ficando dessa forma a intimidade do sujeito em risco de devassa pelo mínimo deslize de entidades que estejam na posse destes dados.

Na senda desta realidade, é de importância cada vez mais elevada a protecção do Princípio da Segurança no Tratamento que, a nosso parecer, se desdobrará em duas exigências fundamentais. Em primeiro lugar, asseverar a confidencialidade na transmissão de dados e, em segundo lugar, garantir a segurança no armazenamento de dados. Se o último nos parece taxativamente enumerado no n.º 1 do artigo 14.º do respectivo diploma, este é omissivo em relação à garantia da confidencialidade na transmissão de dados. No entanto, a segurança no armazenamento é infrutífera se não houver o cuidado em salvaguardar os dados privados na transmissão e preservar os mesmos durante o processo de transmissão. Sem estes procedimentos, qualquer esforço será inútil. É indispensável a existência dos meios adequados para garantir que os dados continuarão a ser privados chegados ao destino. Nenhuma realidade tem sentido sem a outra. Por isso e de forma a evitar o risco de frustrar o escrito na letra da lei, devemos concluir que esta também protege a confidencialidade na transmissão de dados.

Já tivemos a oportunidade de apontar que a *Internet* é o pilar mais importante nesta "revolução" tecnológica, pelo que será o ponto sobre o qual incidirá maioritariamente a nossa análise. Ainda assim, e como qualquer tecnologia em expansão

acelerada, a *Internet* é uma moeda com duas faces: uma promete grandes benefícios e a outra apresenta grandes desafios. No que concerne à protecção de dados privados, os problemas de segurança que este meio apresenta são do conhecimento do público e levam a alguma desconfiança geral¹⁴. Uma parte significativa desta desconfiança advirá de duas incertezas no que respeita a estes princípios e ao *ciberespaço*: em termos teóricos, como os devemos aplicar? Em termos técnicos, como os podemos aplicar? Quanto ao nível de protecção teórico adequado ao *ciberespaço*, deverá ser ele inferior, igual ou superior ao nível de protecção tradicional? A resposta a esta pergunta torna-se ainda mais confusa, pois será diferente consoante o ramo do Direito. Deverá ser menor em realidades como o Direito de Autor¹⁵, equivalente quando falamos de Direito das Obrigações e superior na área do Direito Administrativo.

Esta obrigação de proteger mais fortemente a garantia no *ciberespaço* é uma consequência directa do próprio artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa (reproduzido quase *ipsis verbis* pelo artigo 4.º do nCPA) lido em conjunto com o Princípio da Boa Administração postulado no artigo 5.º do nCPA. Como a maioria dos princípios constitucionais, o artigo 266.º positiva um princípio de maximização¹⁶, ou seja, salvaguardando sempre um grau mínimo de cumprimento para que não se defraude a Lei Fundamental, este será cumprido no maior grau possível e devidamente limitado pela reserva do financeiramente viável e do tecnicamente possível¹⁷. Desta forma, encontrada a protecção ideal a nível teórico (a maior viável), cabe agora assegurar que a nível prático a protecção estará mais próxima possível desta. Sendo que é do interesse público¹⁸ a salvaguarda dos dados pessoais e

¹⁴ RICARDO M. MATA Y MARTÍN, «Criminalidad Informática: Una Introducción al Cibercrimen», in *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 199 e ss.

¹⁵ Para um maior desenvolvimento nesta área: cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «O “Fair Use” no Direito Autoral», in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1999. Cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, «Pirataria e Cópia Privada», in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IX, Coimbra, Coimbra Editora, 1999. Desenvolvemos a nossa opinião sobre o assunto em: cfr. TIAGO SÉRGIO CABRAL, «Pornografia Infantil, Pirataria e Censura na Internet», in *Apeiron – Revista Filosófica*, Vol. V, 2015, pp. 81 e ss.

¹⁶ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 1160 e ss.

¹⁷ CARLA AMADO GOMES, «Estado Social e Concretização de Direitos Fundamentais na Era Tecnológica: Algumas Verdades Inconvenientes», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VII, 2010, pp. 28 e ss.

¹⁸ ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, «A Administração Pública e o Procedimento Administrativo», in *Scientia Iuridica*, n.º 238/240, Julho-Dezembro 1992, pp. 199 e ss.

que, como elucidamos *infra*, somos da opinião que a Administração poderá salvar com maior eficácia os dados pessoais dos seus utentes num meio tecnológico, sem que isso acarrete despesas inoportáveis, uma vez que, após o investimento inicial em meios técnicos, existirá uma melhoria relevante da eficácia administrativa e poderá haver lugar à substituição de meios humanos¹⁹ por meios informáticos, logo a uma diminuição da despesa pública²⁰. Neste cenário, torna-se não só uma possibilidade como um dever da Administração aplicar o nível de protecção mais alto proporcionalmente viável.

Para atingir este nível de protecção mais elevado, será necessário à Administração enfrentar e resolver um conjunto de desafios fulcrais que o *ciberespaço* origina e que são especialmente importantes no âmbito do Direito Administrativo. Apontaremos *infra* para aqueles que nos parecem de maior importância.

3. O Problema da Localização dos Servidores

O ambiente virtual do *ciberespaço* apenas é possível devido a uma espinha dorsal física sem a qual o seu funcionamento não seria possível. Largas dezenas de cabos submarinos de fibra óptica garantem a nossa veloz conexão a todo o mundo²¹ e servidores cada vez mais poderosos em *data centers* cada vez maiores garantem o funcionamento célere dos nossos sítios *web* favoritos. Mas onde se encontra fisicamente esta espinha dorsal? Na sua maioria, nos Estados Unidos da América, apesar do peso significativo de outros gigantes tecnológicos.

A questão da localização dos servidores ganha especial importância à luz do artigo 63.º do nCPA, que regula as comunicações por telefone, telefax ou outros meios electrónicos, nomeadamente o correio electrónico²², ao longo do procedimento administrativo. Tem especial relevância o n.º 3 deste artigo por conter uma pre-

¹⁹ MIGUEL PRATA ROQUE, «O Nascimento da Administração Eletrónica num Espaço Transnacional: (Breves Notas a Propósito do Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo)», in *E-pública: Revista Electrónica de Direito Público*, n.º 1, 2014, pp. 4 e ss.

²⁰ PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 488 e ss.

²¹ Para uma visão gráfica destes: <http://www.submarinecablemap.com/> [consultado em 9 de Junho de 2015].

²² Não obstante as confusões do legislador entre correio electrónico e caixa postal electrónica na assunção do Decreto-Lei n.º 112/2006, de 9 de Junho. Interpretaremos que o legislador equivocadamente utilizou a segunda expressão como sinónimo da primeira porque o resultado seria um verdadeiro absurdo.

sunção que indica que, no caso de comunicações com pessoas colectivas, a Administração poderá presumir que estas pretendem ser contactados por correio electrónico, caso indiquem algum endereço em qualquer documento por elas apresentado no procedimento administrativo²³. Incidiremos nesta questão numa perspectiva de garantir a segurança dos dados pessoais, não analisando outras problemáticas que poderiam ser levantadas por esta decisão do legislador por estas excederem manifestamente o objecto deste artigo. Ora, os três maiores provedores de *e-mail* são o *GMAIL* da Empresa *GOOGLE*, sediado nos Estados Unidos da América; o *Outlook* (antigo *Hotmail*) da empresa *Microsoft*, sediado no mesmo país, e o *YAHOO MAIL* da empresa *YAHOO*, também ela americana. As respectivas soluções destes para empresas são o *Google Apps For Business*, *Office 365* e *Yahoo Business Mail*. Todos estes três “gigantes” possuem sistemas automatizados que analisam, vulgo “lêem²⁴”, todos os *e-mail* enviados ou recebidos à procura de potenciais programas maliciosos e com vista a oferecer *targeted advertising*. Ao comunicar com os utentes através desta plataforma, por muito fácil/intuitiva/prática que seja, a Administração está a compactuar com uma ingerência de empresas privadas estrangeiras nos dados dos utentes da Administração Pública portuguesa, comprometendo de forma gravíssima a protecção de dados pessoais.

Mas, de facto, e devido à globalização^{25/26}, é inevitável que o nosso ordenamento jurídico tenha cada vez mais dificuldades em controlar este tipo de compor-

²³ Ignoraremos toda a problemática que poderá ser levantada à volta desta presunção, por não ser o âmbito deste artigo.

²⁴ Devido ao seu elevado grau de autonomia, parece-nos plausível considerar estes *bots* como verdadeiros agentes de *software*.

Cfr. PEDRO FREITAS / FRANCISCO DE ANDRADE / PAULO NOVAIS, «Criminal Liability of Autonomous Agents: From the Unthinkable to the Plausible», pp. 1 a 3. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/34168/1/2014%20%20LNCS%20Springer%20ACOIL%20FAN.pdf> [consultado em 7 de Junho de 2015]. FRANCISCO DE ANDRADE, *Da Contratação Electrónica – Em Particular da Contratação Electrónica Inter-Sistemática Inteligente (Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas)*, Braga, Universidade do Minho, 2009, pp. 209 e ss. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/10175> [consultado em 10 de Maio de 2015].

²⁵ Sobre os efeitos da globalização e nomeadamente da Europeização no Direito Administrativo: cfr. VEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, pp. 24 e ss. Cfr. GIACINTO DELLA CANANEA, «Le Droit Administratif Européen en Débat», in *Revue du Droit Public*, n.º 3, 2008, pp. 731 e ss. Cfr. NICO KRISCH / BENEDICT KINGSBURY, «Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order», in *European Journal of International Law*, Vol. 17, n.º 1, Fevereiro – 2006, pp. 1 e ss. CAROL HARLOW, «Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values», in *European Journal of International Law*, Vol. 17, n.º 1, Fevereiro – 2006, pp. 187 e ss.

tamentos de provedores de *e-mail* situados fora do nosso país, que, caso o Estado onde estejam alojados seja suficientemente permissivo, podem até ter comportamentos bem mais reprováveis que os relatados. Se observarmos a “guerra” relativa à protecção de ficheiros protegidos por Direito de Autor na *Internet*, teremos um exemplo de como é difícil para um Estado aplicar as suas leis quando os servidores da empresa se encontram alojados fora do país. Exemplificamos alguns dos provedores de maior dimensão que, apesar de tudo, estão fortemente sujeitos ao escrutínio público. O mesmo não se poderá dizer de provedores menores que poderão sem o conhecimento dos utilizadores recolher dados considerados sensíveis pelo ordenamento jurídico nacional. Esta actividade, ainda que provavelmente ilegal em qualquer jurisdição, é tecnicamente possível e continuará a ser um risco evitável caso a Administração opte por continuar a utilizar este meio para comunicar com os particulares. Não só é fácil evitar o risco de a Administração acidentalmente estar a fornecer a empresas privadas dados pessoais dos seus utentes como consideramos que existem meios muito mais adequados para realizar um serviço idêntico e igualmente moderno àquele proposto pela modalidade baseada no correio electrónico. Apontamos o exemplo da Administração tributária que já dá prioridade à utilização do e-balcão em relação ao contacto por *e-mail*. Sem nos alongarmos demais, porque abordaremos tal *infra*, esta solução já tipificada no artigo 62.º do nCPA poderá ser uma solução bem mais segura e apetecível para a maioria dos procedimentos administrativos.

4. Programas de Inteligência

Poucas são as obras de literatura do séc. XX com maior influência na sociedade que a distopia *1984* criado por GEORGE ORWELL. Ainda que estejamos plenamente convencidos que, se a *Internet* alguma vez nos levar a uma distopia literária, esta estará bem mais próxima da apresentada em *Brave New World* por HUXLEY. O facto é que a distopia de ORWELL, e especialmente a sua expressão *Big Brother*, extravasou o domínio da literatura, teve uma infeliz passagem na televisão e alcançou o mundo da informática.

²⁶ Para uma interessante explicação do fenómeno da globalização: cfr. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Lições de Direito Comparado*, Braga, ELSA UMINHO, 2015, pp. 39 e ss.

Como mencionámos anteriormente, não é de todo uma novidade que o grosso da infra-estrutura que apoia a *Internet* se encontre nos Estados Unidos da América. O mesmo se poderá dizer da sede dos serviços mais populares presentes na rede. Também não são novos os esforços deste país – e dos seus aliados mais próximos – no sentido de reforçar as suas capacidades de inteligência, vulgo espionagem, com a utilização de meios electrónicos. A *Internet* é verdadeiramente um meio privilegiado para actividades deste cariz; com cada *site*, ficheiro, serviço que utiliza ou transfere, o internauta está quase inevitavelmente a deixar um rasto numa miscelânea de servidores. A descoberta pelo público de programas como o ECHELON e o PRISM, sobre os quais as revelações de EDWARD SNOWDEN²⁷ fizeram surgir nova luz, veio desfazer o mito de que as nossas comunicações na *Internet* são privadas.

Numa sucintíssima explicação, estes programas de inteligência, entre outras capacidades, são capazes de interceptar os sinais de satélite, telemóvel ou fibra óptica que estão na base da comunicação electrónica. Depois de terem os dados das supra-referidas comunicações em seu poder, é possível a estas agências, ao fazer uso de computadores de grande poder de processamento e *software* “dicionário”, procurar determinadas informações que desejem encontrar a grande velocidade.

Originalmente, o objectivo destas actividades era o de vigiar as comunicações da União Soviética durante a guerra fria. Infelizmente, extravasaram-se os fins militares e, actualmente, existem fortes indícios de estes estarem a ser utilizados para fins civis, designadamente espionagem económica e espionagem política²⁸. A provar-se ser verdade, mais chocante ainda será o facto de estes programas contarem com o auxílio de empresas tão conhecidas como a Apple, Microsoft, Google, Yahoo e Skype que permitem à agência a obtenção de dados em tempo real^{29/30}.

Apesar de este país possuir uma *home advantage*, quando se trata de recolher inteligência, não é o único com capacidade para o fazer. A intercepção de dados

²⁷ Para aprofundar mais esta temática: cfr. JULIAN ASSANGE, *When Google Met Wikileaks*, OR Books, New York, 2014. JOHN ROBINSON JR., «The Snowden Disconnect: When the Ends Justify the Means», [consultado em 4 de Abril]. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2427412, pp. 9 e ss.

²⁸ Cfr. MIGUEL PUPO CORREIA, «O Caso Echelon: Aspectos Jurídicos», in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 153 e ss.

²⁹ Cfr. ALEX MARTHEWS / CATHERINE TUCKER, «Government Surveillance and Internet Search Behaviour» [Consultado em 4 de Abril]. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2412564, p. 2.

³⁰ Cfr. JOHN ROBINSON JR., «The Snowden Disconnect: When the Ends Justify the Means», *op. cit.*, p. 9.

electrónicos é aliás prática comum também na Europa, onde esta tecnologia existe também no nosso país apesar de, à data, não ser utilizada para interceptar comunicações privadas. O mesmo não poderá ser dito de outros Estados como a Alemanha, a França ou a Itália³¹. Também não devemos esquecer o esforço de certos países, com especial incidência na China, que, fazendo uso de um pequeno exército de *hackers* governamentais, procura assim revolucionar a espionagem. E ninguém poderá negar o sucesso desta estratégia, uma vez que em 2012 alguns destes conseguiram mesmo aceder aos sistemas de controlo da rede eléctrica Canadina³².

De forma a tornar a interceptação em larga escala economicamente viável, os dados a ser interceptados devem, na sua transmissão pela *Internet*, seguir caminho que inclua o território do país que os deseja interceptar³³. Assim, se o indivíduo *A* se ligar através do seu computador pessoal situado em território português e através de provedor de serviços de telecomunicações português ao sítio na *Internet* de determinado órgão da Administração Pública que possui os seus servidores em Portugal, esta ligação não será, em princípio, interceptável. O mesmo não acontecerá a um indivíduo *B* que decida enviar um *e-mail* ao mesmo órgão através da sua conta de e-mail GMAIL³⁴, pois, inevitavelmente, será encaminhada/guardada num dos *data centers* da empresa Google, situados fora do nosso país. O problema existirá também para os utilizadores que acedam aos recursos oferecidos pela Administração Pública exteriores ao nosso país.

5. Cibercriminosos

O “maravilhoso mundo” que é o *ciberespaço* não é, infelizmente, maravilhoso apenas para o cidadão idóneo. A *Internet* representa também um oásis criminal para aqueles cujas intenções são menos adequadas. Cunhada a expressão *ciberespaço*, pouco foi o interregno até à criação de realidades conexas como o *cibercrime* e o

³¹ Cfr. PARLAMENTO EUROPEU, *Relatório sobre a existência de um sistema global de interceptação de comunicações privadas e económicas (sistema de interceptação “ECHELON”)*, p. 28. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0264+0+DOC+PDF+V0//PT> [Consultado em 1 de Junho de 2015].

³² STEPHEN CURRIE, *How is The Internet Eroding Privacy Rights?*, San Diego, Reference Point Press, 2014, pp. 56 e ss.

³³ Cfr. PARLAMENTO EUROPEU, *Relatório sobre a existência de um sistema global...*, *op. cit.*, pp. 32 e ss.

³⁴ O mesmo se aplica a qualquer provedor de *e-mail* com servidores fora de Portugal.

*ciberdireito*³⁵. Como poderá o Direito adaptar-se com a celeridade necessária a esta nova realidade, mantendo a prudência indispensável à nossa ciência? Ainda mais quando não poucas vezes são as próprias instituições responsáveis por assegurar a justiça as vítimas indefesas da ira do *hacker* revoltado com o sistema.

Não podemos olvidar que, quando falamos do *ciberespaço*, devemos ter em mente a distinção entre vulnerabilidade e ameaça. Uma porta aberta será uma vulnerabilidade mas não uma ameaça se ninguém estiver interessado em entrar³⁶. Para que exista uma ameaça, é preciso termos uma vulnerabilidade e um indivíduo interessado em aproveitar-se dessa vulnerabilidade. Não temos dúvidas que qualquer vulnerabilidade na e-Administração originará inúmeras ameaças. Como supra-citado, quanto maior a desmaterialização maior o conjunto de dados do utente que a Administração terá em seu poder. Quando maior for este conjunto de dados maiores os potenciais interessados em ter acesso ilicitamente a eles. Os exemplos são inúmeros e compreendem fronteiras tão extensas do ponto de vista ideológico e tecnológico como a espionagem económica/industrial no caso da contratação pública, até a um ataque da nova vaga de *ciberactivistas* motivados por razões ideológicas, procurando apenas causar destruição. Estes últimos têm estado particularmente activos na *Internet*, nos últimos anos, atacando desde a MasterCard e Visa até à Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, ataque onde foram divulgados os nomes e os contactos de diversos procuradores³⁷. Estas ideologias, mesmo quando profundamente equivocadas, são capazes de provocar um dano considerável, efectuando agressões externas aos sistemas³⁸.

Para fazer uso do *ciberespaço* e dos seus intermináveis benefícios, a Administração deve primeiro garantir que as informações partilhadas neste espaço “independente e anárquico, ingovernável e irreprímível”³⁹ não poderão ser acedidas por nenhum *cibercriminal* com intenções danosas.

³⁵ PEDRO VERDELHO, «Cibercrime», in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 350 e ss.

³⁶ P.W. SINGER/ ALLAN FRIEDMAN, *Cybersecurity and Cyberwar: What Everybody Needs to Know*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 37.

³⁷ Cfr. http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=3830691 [Consultado em 3 de Junho].

³⁸ A. G. LOURENÇO MARTINS, «Criminalidade Informática», *op. cit.*, pp. 12 e ss.

³⁹ PEDRO VERDELHO, «Cibercrime», *op. cit.*, pp. 351 e ss.

6. Soluções

Se na área do Direito a nossa juventude nos poderá levar a conclusões que poderão, por demasiado audazes, não ser as mais adequadas, na área da tecnologia, os nossos *handicaps* poderão ser ainda mais flagrantes; desta forma este ponto deve ser lido mais como um conjunto de ideias que consideramos importante discutir do que como uma solução final para o problema. Assim, começamos por avançar que se o futuro do Direito é digital também o é, sem sombra de dúvida, o futuro da Administração⁴⁰.

Para garantir que este futuro não será negro, consideramos que é preciso atestar que as informações (no sentido de dados informáticos) relativas às comunicações entre a Administração e os seus utentes não saem do nosso país. Isto é, o caminho percorrido pela transmissão electrónica deve, sempre que possível, incluir apenas o território nacional. É decisivo restringir ao máximo a utilização de *e-mails* para esta prática, na medida em que estes, muito provavelmente, levarão a “viagens” das informações para território estrangeiro. Claro que uma exclusão absoluta do *e-mail* não seria prática e poderia acabar por se tornar mesmo um excesso de zelo absurdo. Por isso, propomos que a Administração, ao fazer uso do *e-mail* para contactar o utente, envie apenas um *link* para a informação a ser transmitida. Este *link* deverá remeter para um balcão electrónico onde o utente terá de entrar com uma conta de utilizador e palavra passe que lhe sejam únicas. Esta solução mantém não só a celeridade e praticabilidade da notificação por correio electrónico como a consegue aliar à segurança de um sistema baseado em balcão electrónico. Contudo, podemos imediatamente prever uma possível crítica a esta solução. Não estará a Administração, ao recusar a comunicação directa por correio electrónico com os administrados, a extravasar os limites do Direito à Segurança, intrometendo-se na esfera de liberdade particular do indivíduo?⁴¹ Afinal, se o indivíduo escolheu aquele provedor de correio electrónico em particular, não cabe à Administração julgar as políticas de privacidade a que este conscientemente se vinculou. Recusamos esta interpretação. A Administração apenas não está a compactuar com essa solução. Nada impede o administrado de posteriormente partilhar e divulgar os dados por

⁴⁰ JOSÉ MATOS PEREIRA, «O Futuro do Direito», in *Jurismat*, n.º 4, 2014, pp. 123 e ss.

⁴¹ Sobre esta interpretação: cfr. CARLA AMADO GOMES, «Estado Social e Concretização de Direitos Fundamentais na Era Tecnológica:...», *op. cit.*, pp. 30 e ss.

correio electrónico. Aliás, esta solução nem coloca um entrave particularmente grande, caso o indivíduo o queira fazer. O *upgrade* na segurança, caso o indivíduo pretenda manter os seus dados confidenciais, compensa vastamente este aborrecimento mínimo.

Esta prática, para além de evitar captação por entidades privadas estrangeiras de dados que apenas concernem aos administrados e à Administração, torna a captação de inteligência por parte de agências de espionagem um trabalho economicamente inviável, por acrescentar múltiplas barreiras que aumentam exponencialmente a dificuldade do acto.

Por outro lado, deve ser feito também um investimento nos meios de segurança responsáveis por proteger os servidores das diferentes entidades administrativas, de modo a evitar ataques por parte de *cibercriminosos*. Impõe-se nomeadamente a contratação de quadros qualificados a fim de garantirem a manutenção célere e a segurança dos servidores da Administração. Estes deverão estar de vigia 24 horas por dia a fim de localizar e limitar qualquer ameaça o mais depressa possível.

Garantir a integridade e a não degradação dos dados guardados exige necessariamente uma prevenção contra avarias técnicas, o que poderá ser conseguido mantendo diversas cópias de segurança dos ficheiros⁴² em computadores diferentes, de maneira a que o indivíduo não seja acidentalmente “apagado” pela Administração. É também um modo de garantir que informações correctas poderão ser sempre conseguidas através do cruzamento de dados. Por fim, é também mais uma barreira contra ataques de *cibercriminosos* contra a Administração, especialmente se estes *backups* estiverem em computadores fora da rede. Aquilo a que se chama em termos informáticos o *air gap*, uma vez que, caso assim o seja, estes apenas poderão ser ameaçados através da presença física do *cibercriminoso* junto dos servidores da Administração⁴³. Tal garantia pode ser assegurada através de um sistema de *backups* de periodicidade elevada em que os dados são transferidos para um servidor inter-

⁴² PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 494 e ss.

⁴³ Como muito bem explicam P.W SINGER e ALLAN FRIEDMAN, esta abordagem baseada em *air gaps* é problemática. Manter parte dos sistemas desconectados da rede tem custos elevados em termos de eficiência. Mais, eventualmente estes sistemas necessitam de transferir dados de servidores externos e ser alvo de manutenção. Estas são oportunidades para um *cibercriminoso* fazer uso de uma vulnerabilidade existente.

Cfr. P.W. SINGER/ ALLAN FRIEDMAN, *Cybersecurity and Cyberwar:..., op. cit.*, p. 64.

no através de um comando automático. Caso seja inexecutável garantir que os dados não podem ser acedidos, deve ser erguida uma segunda linha de defesa sobre a forma de encriptação de todos os dados guardados em servidores da Administração Pública, de modo a garantir que o acesso não equivale ao conhecimento. A encriptação é também um método viável de impedir ataques “cirúrgicos” de detecção mais difícil, uma vez que o cirurgião não consegue operar vendado. Escusado será dizer que a encriptação, nomeadamente a encriptação *Secure Sockets Layer*, deve ser implementada em todos os *websites* responsáveis pelo contacto informatizado entre o utente e a Administração Pública.

Um dos maiores factores de vulnerabilidade nos sistemas informáticos é o factor humano – veja-se a história do soldado norte-americano que depois de encontrar uma *pendrive* no parque de estacionamento da base militar onde estava estacionado a recolheu e, imediatamente, ao inseri-la no seu computador na base deu origem a catorze meses de trabalho para remover o *worm* contido na *pendrive* do seu sistema –; torna-se necessário promover a formação em *cibersegurança* junto não só dos funcionários da Administração Pública como dos cidadãos em geral⁴⁴.

No fundo, a solução para estes problemas tecnológicos está também ela na tecnologia. Para que esta transição para uma e-administração seja um sucesso, esta vai ter que se equipar à “tecnologia afinadíssima e de ponta”⁴⁵. Mas como uma tecnologia, por mais avançada que seja, nunca será proveitosa sem os quadros qualificados para a utilizar, terminamos apelando ao investimento na formação dos funcionários administrativos e dos próprios cidadãos.

⁴⁴ P.W. SINGER/ ALLAN FRIEDMAN, *Cybersecurity and Cyberwar...*, op. cit., p. 65.

⁴⁵ PAULO FERREIRA DA CUNHA, «Direito e Tecnologia», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VIII, 2011, pp. 208 e ss.

O fim (?) da nulidade por natureza no novo Código do Procedimento Administrativo

Vitor Manuel Miranda Novo*

Sumário: 1. Introdução. 2. A invalidade do ato Administrativo – em especial, a ilegalidade. 3. A nulidade como forma de invalidade do Ato Administrativo. 4. O âmbito de aplicação da nulidade – O fim (?) da nulidade por natureza. 5. Conclusões.

1. Introdução

O novo Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro¹, doravante designado por nCPA, veio alterar a disciplina relativa ao(s) critério(s) de identificação das nulidades.

Da leitura do artigo 161.º, n.os 1 e 2, parece resultar que o legislador optou por consagrar uma identificação taxativa dos Atos Administrativos nulos, através do critério da determinação legal, abandonando a conceção dualista que constava do artigo 133.º, n.º 1, do agora antigo Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, doravante designado por CPA de 91, no qual a identificação dos Atos Administrativos nulos era feita através de determinação legal ou através da uma cláusula geral de nulidade por natureza, pela referência ao conceito de «Elementos Essenciais» do Ato².

Em nossa opinião, a opção legislativa relativa ao critério de identificação das nulidades acima identificada é geradora de dúvidas e problemas futuros.

* Advogado e Mestrando em Direito Administrativo na Universidade do Minho.

¹ Aprovado pelo Governo no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 42/2014, de 11 de Julho. Disponível em <http://www.parlamento.pt/> [em linha].

² Vide, entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, com a colaboração de PEDRO MACHETE e LINO TORGAL, Vol. II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 447 e ss., e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 191 e ss.

Considerando o objeto do nosso estudo, interrogamo-nos se efetivamente o nCPA determina o fim das nulidades por natureza. Isto é, se será possível, da conjugação das normas do nCPA, aplicar o regime da nulidade a casos não previstos na lei, em atenção ao critério de gravidade do vício que afeta o Ato Administrativo.

Questionamos também se a opção pela identificação dos Atos Administrativos nulos apenas com recurso ao critério da determinação legal será adequada em termos futuros, tendo em consideração a constante evolução social e tecnológica a que se assiste todos os dias e a globalização à qual o direito não pode ser indiferente.

Por fim, perguntamo-nos quais as implicações de uma identificação taxativa dos Atos Administrativos nulos no futuro, no caso de não ser possível cominar com o regime da nulidade um ato que, devido à gravidade do vício que o afeta, não deva ficar sujeito ao regime anulabilidade.

A abordagem aos problemas que colocamos será feita tendo em consideração a certeza e segurança jurídicas que o legislador visa proteger com a identificação dos Atos Administrativos nulos mediante determinação legal, assim como, considerando o objetivo que se visa alcançar com uma cláusula geral de nulidade enquanto critério de identificação de Atos Administrativos nulos.

2. A invalidade do Ato Administrativo – em especial, a ilegalidade

Ensina DIOGO FREITAS DO AMARAL que a validade “(...) é a aptidão intrínseca do acto administrativo para produzir os efeitos jurídicos correspondentes ao tipo legal a que pertence, em consequência da sua conformidade com a ordem jurídica”³.

Deste modo, a lei faz depender a validade de um Ato Administrativo da observância por ele de um determinado número de requisitos ou pressupostos relativos a cada um dos seus elementos, ou seja, relativamente aos sujeitos (autor e destinatário), à forma e formalidades, ao conteúdo, ao objeto e ao fim⁴.

³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 381.

⁴ *Vd.*, sobre os requisitos de validade, por exemplo, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., pp. 383 e ss.

Daqui decorre que a invalidade do Ato administrativo será a sua “(...) inaptidão intrínseca para a produção de efeitos, decorrente de uma ofensa à ordem jurídica”⁵. Sendo um “(...) valor jurídico negativo que afeta o Ato Administrativo em virtude da sua inaptidão intrínseca para a produção dos efeitos jurídicos que devia produzir”⁶.

No mesmo sentido, JOÃO CAUPERS afirma que a invalidade do Ato Administrativo “(...) é um juízo de desvalor emitido sobre ele em resultado da sua desconformidade com a ordem jurídica (...)”⁷.

A invalidade resulta principalmente da sua ilegalidade, sendo esta a sua causa principal, mas não única, podendo também advir da ilicitude ou de vícios da vontade.

A ilegalidade foi durante muito tempo vista como a única causa de invalidade do Ato, não sendo ainda hoje pacífico que seja possível uma separação relativa às causas de invalidade⁸.

Cumpre assinalar que, quando se fala em ilegalidade enquanto causa de invalidade do Ato Administrativo, emprega-se a palavra Lei em sentido amplo, com referência a todo o conjunto de normas que os Atos devem observar e respeitar⁹.

Diz-nos JOÃO CAUPERS que “A ilegalidade do acto administrativo é tradicionalmente apreciada entre nós através da verificação dos chamados vícios do acto, modalidades típicas que tal ilegalidade pode revestir (...)”¹⁰.

No mesmo sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL afirma que “A ilegalidade do acto administrativo pode assumir várias formas. Estas formas chamam-se vícios do acto administrativo. Por conseguinte, os «vícios do acto administrativo» são as formas específicas que a ilegalidade do acto administrativo pode revestir”¹¹.

⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 381.

⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 419.

⁷ JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 11.ª ed., Âncora Editora, Lisboa, 2013, p. 244.

⁸ No sentido de que a invalidade do Ato Administrativo decorre de várias causas, por exemplo, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., pp. 419 e ss., e JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, op. cit., p. 244, que afirma que “As duas causas geralmente admitidas de invalidade são a ilegalidade e os vícios da vontade”. Em sentido contrário, MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, Editora gráfica Portuguesa, Lisboa, 1988, pp. 291-220.

⁹ *Vd.* DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 420.

¹⁰ JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, op. cit., p. 244.

¹¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 421.

São situações patológicas que afetam os elementos essenciais do Ato Administrativo¹².

De acordo com a doutrina, são vícios do Ato Administrativo¹³ a usurpação de poder (atribuições), incompetência (absoluta ou relativa), vício de forma (carência de forma e preterição de formalidades legais), violação de lei¹⁴ e desvio de poder.

3. A nulidade como forma de invalidade do Ato Administrativo

Cumpra agora apurar quais as sanções previstas na ordem jurídica para as invalidades, ou seja, tendo em consideração a invalidade em concreto, qual é a forma de invalidade do ato administrativo.

O nCPA continua a prever como formas de invalidade a nulidade e a anulabilidade, nos seus artigos 161.º a 164.º, tal como sucedia anteriormente nos termos dos artigos 133.º e 137.º do CPA de 91.

O estudo dos regimes da nulidade e anulabilidade permitem concluir que a nulidade é a forma mais grave de invalidade. De facto, o regime da nulidade é aplicável a um número restrito de casos, sendo a anulabilidade a regra, pelo que, a nulidade tem carácter excecional.

Entendemos que tal se deve a razões de certeza e segurança jurídicas, porque, por exemplo, o legislador estatui que a nulidade é invocável a todo o tempo e não produz efeitos jurídicos, nos termos dos artigos 134.º, n.os 1 e 2, do CPA de 91 e 162.º, n.os 1 e 2, do nCPA, o que impede a estabilidade do ordenamento e tráfego jurídicos.

¹² *Vd.* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, *op. cit.*, pp. 191 e ss.

¹³ *Vd.*, sobre os vícios do Ato Administrativo, entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, pp. 421 e ss.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, *op. cit.*, pp. 191 e ss., e JOSÉ FONTES, *Curso sobre o Código do Procedimento Administrativo*, 4.ª ed., revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 100 e ss.

¹⁴ Violação de lei em sentido estrito que segundo DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 429, consiste na “(...) discrepância entre o conteúdo ou o objeto do acto e as normas legais que lhes são aplicáveis”.

E pensamos que o facto de o CPA de 91 permitir a produção de efeitos putativos aos Atos Administrativos nulos pelo decurso do tempo¹⁵, nos termos do artigo 134.º, n.º 3, e agora de forma mais ampla no artigo 162.º, n.º 3, do nCPA, assim como, de o nCPA permitir a reforma ou conversão de Atos nulos, nos termos do artigo 164.º, n.º 2, não atenuou o carácter gravoso do regime da nulidade, em termos de certeza e segurança jurídicas e respeito pelo princípio da protecção da confiança.

4. O âmbito de aplicação da nulidade – O fim (?) da nulidade por natureza

Nos termos do artigo 133.º, n.ºs 1 e 2, do CPA de 91, eram nulos os Atos Administrativos previstos no seu n.º 2, aqueles que a lei cominasse com a nulidade em lei especial e ainda aqueles aos quais faltasse um dos «elementos essenciais».

Assim, para efeitos de determinação dos Atos nulos, o CPA de 91 recorria a dois critérios, a determinação legal e o recurso a uma cláusula geral, a nulidade por natureza, com recurso ao conceito de «elementos essenciais».

Assim, no entendimento do Professor DIOGO FREITAS DO AMARAL, “(...) os *elementos essenciais* do acto administrativo são: o autor, o destinatário, a forma, o conteúdo, o objecto e o fim de interesse público”. São aqueles “(...) absolutamente indispensáveis para que se possa constituir um acto administrativo, incluindo os que caracterizam cada espécie em concreto”¹⁶.

Neste sentido, afirma VIEIRA DE ANDRADE que está em causa uma essencialidade estrutural ou funcional¹⁷.

Outros, para além dos elementos essenciais do Ato já referidos, entendem que “Pode considerar-se, contudo, serem nulos os actos administrativos que careçam de elementos que, no caso concreto, devam considerar-se essenciais, em função do tipo de acto em causa ou da gravidade do vício que o afecta, podendo encontrar-

¹⁵ A jurisprudência tem entendido que se trata de períodos dilatados no tempo, tendo em conta o caso concreto, de sensivelmente 10 anos. *Vd.*, por exemplo, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 20-11-2014, proc. n.º 00926/09.6BEAVR, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/3838b3fc599d34280257e06003a6b4b?OpenDocument> [em linha].

¹⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 449.

¹⁷ VIEIRA DE ANDRADE, «Validade do (acto administrativo)», in *Dicionário jurídica da Administração Pública*, Vol. VII, [s.n.], Lisboa, 1996, pp. 587 e ss.

-se assim casos de nulidades similares àqueles que a cláusula geral da lei procedimental alemã potencia”¹⁸.

Ainda numa outra perspetiva, partindo dos elementos essenciais já referenciados, mas fazendo apelo ao «critério da essencialidade», MÁRIO AROSO DE ALMEIDA defende que se deve “(...) adotar um critério material, associando o conceito de «elementos essenciais» a requisitos legais de validade cuja falta, mesmo quando a lei não comine expressamente para ela a sanção de nulidade, se deva entender que, pela sua essencialidade, não deve apenas ser submetida ao regime da anulabilidade”¹⁹.

Na jurisprudência, a título de exemplo, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17-10-2012, processo n.º 0187/12, que enuncia que “Elementos essenciais, no sentido do n.º 1 do artigo 133.º do Código do Procedimento Administrativo, cuja falta determina a nulidade do acto administrativo, serão todos aqueles que se ligam a momentos ou aspectos legalmente decisivos e graves dos actos administrativos”²⁰.

Cumprе assinalar que, salvo o devido respeito, entendemos que os «elementos essenciais» em causa, para efeitos do artigo 133.º, n.º 1, do CPA de 91, não são aqueles que constavam do artigo 120.º do mesmo diploma legal, pois, neste caso, está em causa a inexistência jurídica, situação que existe quando o vício é de tal modo grave que nem sequer é possível identificar e subsumir o “pretense Ato” a uma categoria legal²¹.

Pelo exposto, apesar das diferenças na doutrina quanto aos critérios a utilizar na densificação do conceito de «elementos essenciais» e quanto ao seu alcance, seja pela sua articulação com os requisitos de validade, seja com a essencialidade ou

¹⁸ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo: comentado*, com a colaboração de RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, 2.ª ed. (7.ª reimpressão da edição de 1997), Almedina, Coimbra, 2007, p. 642, ponto V dos comentários ao artigo 133.º, n.º 1, do CPA de 91.

¹⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, op. cit., p. 196.

²⁰ Disponível em <http://www.dgsi.pt> [em linha].

²¹ Acompanhamos, por exemplo, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo: comentado*, op. cit., p. 642; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 243, e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «A invalidade do ato administrativo no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto 2013, p. 49.

com a gravidade do vício no caso concreto, a «utilidade» de uma cláusula geral não foi questionada²².

Agora, no nCPA, no artigo 161.º, n.º 1, estatui que “São nulos os atos para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade”.

Nestes termos, ao contrário do que sucedia no artigo 133.º, n.º 1, do CPA de 91, parece que a determinação do âmbito da nulidade passa a ser feita apenas com base em determinação legal expressa.

No nosso entender, esta opção do legislador poderá revelar-se problemática porque o que se pretende com uma cláusula geral de nulidade é sancionar casos que, pela especial gravidade do vício que os afeta, não devem ser sancionados com a anulabilidade. Permitindo-se através de uma cláusula geral a adaptabilidade do sistema de nulidade.

Neste sentido, ANDRÉ SALGADO DE MATOS afirma que “Como a história do direito administrativo português demonstra, a ausência de uma cláusula geral de nulidade constitui um factor de rigidez do sistema de invalidade, que dificulta a obtenção de soluções axiologicamente correctas e diminui a adaptabilidade das soluções legais à evolução da realidade jurídica”. E acrescenta que a inexistência de uma cláusula geral “(...) elimina, portanto, um vector de evolução do sistema de invalidade do acto administrativo”²³.

Se é certo que durante mais de vinte anos de vigência do CPA de 91 não foram muitas as nulidades que foram identificadas com recurso à cláusula geral, também é certo que o aumento dos casos de nulidade agora previstos no n.º 2 do artigo 162.º do nCPA advém da existência da cláusula geral no CPA de 91, pelo que fica demonstrada, em nossa opinião, a sua utilidade.

Apesar de a consagração da cláusula geral de nulidade no artigo 133.º, n.º 1, do CPA de 91 ter sido feita com recurso ao conceito de «elementos essenciais», em termos axiológicos, o que se pretende é impedir a produção de efeitos jurídicos por parte de um Ato Administrativo que esteja gravemente viciado e, por isso, contenha com “(...) valores de Direito Administrativo, actuais ou vindouros, como os valo-

²² Acompanhamos, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «A invalidade do ato administrativo no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», *op. cit.*, p. 48.

²³ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «A invalidade do ato administrativo no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», *op. cit.*, pp. 47 e 48.

res do Estado de Direito Democrático, dos princípios da justiça, do interesse público ou até mesmo o novo princípio da razoabilidade (...)”²⁴.

Não está em causa o facto de se entender que o recurso ao conceito de «elementos essenciais» já não permite a identificação de outras nulidades por natureza, como defende MÁRIO AROSO DE ALMEIDA²⁵, mas sim as consequências de se eliminar por completo a possibilidade de determinação da nulidade através de uma cláusula geral para casos futuros especialmente graves.

Pensamos que o legislador deveria ter consagrado uma cláusula com contornos similares àquela prevista na lei alemã – §44, 1, VwVfG –, baseada no critério da gravidade e da evidência e que inspirou a cláusula do nosso CPA de 91²⁶.

A consagração do fim da nulidade por natureza e consequente tipificação legal dos casos aos quais se deve aplicar a sanção de nulidade parece indicar que, salvo melhor opinião e devido respeito, o legislador pensa já conhecer todas as causas de nulidade possíveis, o que nos parece improvável.

Ao eliminar a cláusula de nulidades por natureza e optar apenas pela determinação legal, o Direito Administrativo Português adota o velho dogma da teoria das nulidades – *pas de nullité sans texte*.

A opção da determinação legal dos casos a sancionar com o regime da nulidade é fundamentada pelo legislador, em razões de certeza e segurança jurídicas, pelo facto de a categoria de «nulidades por natureza» se basear em conceitos indeterminados²⁷.

Em nossa opinião, a constante evolução tecnológica e globalização às quais nos parece ninguém poder ser indiferente implica que não é possível determinar o futuro, pelo que, o legislador deveria ter sancionado o que já estava “mal” mas, dei-

²⁴ LICÍNIO LOPES MARTINS, «A invalidade do acto administrativo no novo Código do Procedimento Administrativo: as alterações mais relevantes», in CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2.ª reimpressão, 2015, p. 555.

²⁵ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, op. cit., nota de rodapé n.º 342.

²⁶ Sobre a origem da cláusula geral do artigo 133.º do CPA de 91, entre outros, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo: comentado*, op. cit., p. 641, e MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral: Actividade Administrativa*, Tomo III. 2.ª ed. (reimpressão), Dom Quixote, Lisboa, 2010, pp. 169 e ss.

²⁷ *Vd.* ponto 17 da exposição de motivos da Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

xando uma forma de adaptabilidade do regime da nulidade para casos que possam surgir no futuro, aos quais o regime da nulidade deva ser aplicado.

Surgindo um caso não previsto ainda legalmente, mas que devido à sua especial gravidade deva ser sancionado com a nulidade, não existirá qualquer possibilidade de o fazer e a única solução será alterar o n.º 2 do artigo 161.º do nCPA, ou, ainda, alterar ou criar lei especial.

E se o problema da cláusula geral enquanto critério de identificação de casos sancionáveis com o regime da nulidade residia no recurso a conceitos indeterminados, geradores de incerteza e segurança jurídicas, questionamos então qual o motivo da consagração no artigo 155.º, n.º 2, do nCPA, dos «elementos essenciais» como critério de existência do Ato Administrativo. Pois, como apontou ANDRÉ SALGADO DE MATOS²⁸ relativamente ao artigo 153.º, n.º 2, do Projeto de Revisão do CPA de 91²⁹, os elementos essenciais criadores de incerteza e segurança enquanto critérios de nulidade seriam no entanto consagrados como critérios de existência. Apesar de a referência ao conceito de «elementos essenciais» constante do artigo 153.º, n.º 2, do Projeto de Revisão do CPA de 91, não constar do artigo 155.º, n.º 2, do nCPA, os elementos estruturantes apontados como elementos essenciais do Ato Administrativo estão lá, pelo que, salvo devido respeito, a dúvida se mantém.

Pensamos também que a certeza e segurança do ordenamento jurídico e consequente estabilidade das relações jurídicas não foram relevantes, por exemplo, na estatuição do prazo de cinco anos para a anulação administrativa do Ato, nos termos do artigo 168.º, n.º 1, do nCPA.

Mas falta colocar a seguinte questão: será mesmo inadmissível aplicar a sanção de nulidade a casos não previstos na lei, ou seja, no n.º 2 do artigo 161.º do nCPA ou em lei especial³⁰?

Uma resposta afirmativa a esta questão poderá, em primeiro lugar, ser dada pelo sentido do advérbio «designadamente», no n.º 2 do artigo 161.º do nCPA.

²⁸ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «A invalidade do ato administrativo no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», *op. cit.*, p. 49.

²⁹ Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/revisao-do-codigo-do> [em linha].

³⁰ Caso do artigo 68.º do RJUE – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação –, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, com as últimas alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro, e Retificação n.º 46-A/2014, de 10 de novembro.

LUIZ CABRAL DE MONCADA³¹, em comentário ao artigo 159.º, n.º 2, do projeto de revisão do CPA de 91, texto que se manteve quase sem alterações para o n.º 2 do artigo 161.º do nCPA, entende que o uso do advérbio mencionado possibilita a identificação de nulidades não previstas na lei, não por recurso ao conceito de «elementos essenciais» mas sim através do conceito da gravidade da ofensa.

Salvo o devido respeito, não concordamos que assim seja, tendo em consideração o ponto 17 da exposição de motivos da Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro. Entendemos que a norma em causa não admite a aplicação da nulidade a situações não previstas na lei. Pensamos que o uso do advérbio se destina a determinar que, para além e independentemente dos casos previstos em lei especial, as situações previstas no n.º 2 do artigo 161.º do nCPA são vícios sancionados com o regime da nulidade, independentemente de lei especial.

Em segundo lugar, a hipótese avançada por LICÍNIO LOPES MARTINS³², e com a qual concordamos, segundo a qual será possível sancionar com a nulidade um Ato Administrativo através do recurso ao princípio da Justiça e da Razoabilidade, previsto no artigo 8.º do nCPA, no sentido de que, por via da gravidade do vício, o Ato se torne incompatível com “a ideia de Direito”, ou seja, considerar um Ato nulo pelo facto de estar em causa a violação do princípio da Justiça e da Razoabilidade.

De facto, os princípios da Justiça e da Razoabilidade enquanto orientadores de toda a atividade administrativa devem, em nosso entender, prevalecer sobre a certeza e jurídicas.

Não é possível separar o artigo 161.º, n.º 1, do nCPA dos princípios orientadores previstos no mesmo código, pelo que, surgindo no futuro um caso ao qual deva ser aplicado o regime da nulidade, considerando que este regime é aplicado a casos de especial gravidade, é possível aplicar a sanção de nulidade por via do artigo 8.º do nCPA. Isto porque o que o regime da nulidade visa é sancionar casos que são incompatíveis com a “ideia de direito”, violadores de forma grave dos princípios da Justiça e da Razoabilidade.

³¹ LUIZ CABRAL DE MONCADA, «O acto administrativo no projecto de revisão do CPA», in *Juris-mat: Revista Jurídica*, n.º 03, 2013, pp. 215-225., e disponível em <http://recil.grupolusofona.pt/handle/10437/5051?show=full> [em linha].

³² Cf. LICÍNIO LOPES MARTINS, «A invalidade do acto administrativo no novo Código do Procedimento Administrativo: as alterações mais relevantes», *op. cit.*, pp. 555-556.

5. Conclusões

Como resultado do estudo e pesquisa que efetuámos, é possível concluir que o nCPA mantém como formas de invalidade a nulidade e anulabilidade.

Nos termos do artigo 133.º do CPA de 91, as nulidades eram aferidas com base na determinação da lei e com recurso à cláusula geral de nulidades por natureza, concretizada através do conceito de «elementos essenciais».

Muito embora existam divergências na doutrina e jurisprudência quanto ao sentido do conceito referido, não existe posição negativa quanto à utilidade de uma cláusula geral que permita enquadrar casos de Atos Administrativos que padecem de vícios especialmente graves.

Contudo, parece que o legislador optou por consagrar, no nCPA, no seu artigo 161.º, n.º 1, a identificação das nulidades apenas através de determinação legal expressa, quer no próprio n.º 2 do artigo 161.º ou em lei especial.

Pensamos que a opção do legislador se revelará problemática no futuro.

O legislador deveria ter previsto na lei os casos de nulidade que a jurisprudência e doutrina foram declarando e permitir uma salvaguarda para o futuro, consubstanciada numa cláusula geral baseada na especial gravidade do vício em concreto.

Não sendo possível a identificação de situações que devem ser sancionadas com o regime da nulidade, para além das legalmente previstas, obrigará à alteração do artigo 161.º, n.º 2, do nCPA, das leis especiais existentes ou à criação de nova lei especial.

Contudo, as alterações à lei não serão suscetíveis de, em tempo útil, corrigir situações especialmente graves e injustas, criadas por casos que deveriam ser sancionados com a nulidade.

Não obstante, entendemos que o respeito pelo princípio da Justiça e da Razoabilidade permite ao aplicador do Direito sancionar com a nulidade Atos Administrativos que padecem de vícios para o quais não exista cominação legal expressa.

Concluindo, a opção do legislador não nos parece a mais adequada para responder às exigências de “um mundo global” em constante evolução e, sendo o CPA um documento de carácter geral, deve permitir a adaptabilidade do regime da nulidade a situações que em termos axiológicos devam ser sancionadas com o regime da nulidade.

Bibliografia

- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Almedina, Coimbra, 2012. ISBN 978-972-40-4738-6.
- AMARAL, Diogo Freitas do [et al.], *Código do Procedimento Administrativo: anotado – com legislação complementar*, 6.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007. ISBN 978-972-40-3203-0.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, com a colaboração de PEDRO MACHETE e LINO TORRAL, Vol. II, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012. ISBN 978-972-40-4497-1.
- ANDRADE, Vieira de, «Validade do (acto administrativo)», in *Dicionário jurídica da Administração Pública*, Vol. VII, [s.n.], Lisboa, 1996. ISBN 972-95523-6-3.
- CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 11.^a ed., Âncora Editora, Lisboa, 2013. ISBN 978-972-780-418-4.
- FONTES, José, *Curso sobre o Código do Procedimento Administrativo*, 4.^a ed., revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2012. ISBN 978-972-32-2091-9.
- MARTINS, Licínio, «A invalidade do acto administrativo no novo Código do Procedimento Administrativo: as alterações mais relevantes», in CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2.^a reimpressão, 2015.
- MATOS, André Salgado de, «A invalidade do ato administrativo no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, julho/agosto 2013, pp. 46-69. ISSN: 0873-6294.
- MONCADA, Luiz Cabral de, «O acto administrativo no projecto de revisão do CPA», in *Jurismat: Revista Jurídica*, n.º 03, 2013.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula, DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013. ISBN 978-972-40-5074-4.
- OLIVEIRA, Mário esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; AMORIM, J. Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo: comentado*, com a colaboração de RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, 2.^a ed. (7.^a reimpressão da edição de 1997), Almedina, Coimbra, 2007. ISBN 978-972-40-0989-6.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, *O valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, Editora gráfica portuguesa, Lisboa, 1988.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral: Actividade Administrativa*, Tomo III, 2.^a ed. (reimpressão), Dom Quixote, Lisboa, 2010. ISBN 978-972-20-3879-9.

Nota de Homenagem da UNISC e dos investigadores estrangeiros ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira

A presente obra traz importantes contributos para uma reflexão sistemática sobre o Novo Código do Procedimento Administrativo Português, que objetiva disciplinar o conjunto de atos e formalidades necessários para a manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública.

No seu texto, destacam-se princípios informadores entre os quais assumem relevo os da boa administração, da participação, da administração aberta e da própria modernização a partir dos meios eletrónicos. No Brasil, tais características, presentes em diferentes diplomas legais, também passam a atribuir um novo conjunto de requisitos para a qualificação da gestão e da maior eficiência da Administração Pública.

Contudo, este não é o elemento central que justifica o convite para esta manifestação breve e muito sincera, haja vista que o principal elemento que une a todos nesta obra é a justa homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira, Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Ao Professor Cândido, como é conhecido por todos que desfrutam do privilégio de seu convívio, devemos atribuir as principais virtudes de um verdadeiro Professor: competência académica, sentido apurado de cidadania e exemplo de ser humano.

Do relevante contributo académico, ressalte-se sua importância para a autonomia científica do Direito Municipal, disciplina que tem por objetivo a regulação da atuação das Autarquias Locais que se constituem na esfera mais próxima do cidadão e, por decorrência do princípio da subsidiariedade, é o espaço administrativo melhor legitimado para a realização de políticas públicas. Neste aspecto, destaca-se a atuação do Professor António Cândido na instituição do NEDAL, Núcleo de Direito das Autarquias Locais vinculado à Escola de Direito da Universidade do Minho, primeiro centro de investigação na área em Portugal e, entre tantas outras ações, a criação da AEDRL – Associação de Estudos de Direito Regional e Local – bem como da Revista *Questões Atuais de Direito Local*.

Sua obra *Direito das Autarquias Locais*, além de seus estudos sobre Democracia Local e Reforma Territorial, tem influenciado juristas de diferentes Países, constituindo-se num marco referencial do Municipalismo Europeu e influenciando os estudos do Poder Local no estrangeiro, caso do Brasil e, especialmente da UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul –, por meio de seu Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado.

Outro grande referencial da brilhante carreira de António Cândido de Oliveira é sua preocupação com o papel da Academia na Sociedade, o que faz do Professor um agente qualificado e influente no âmbito da administração local portuguesa, contribuindo de forma decisiva o processo de fortalecimento da Democracia Local. Registre-se que sua atuação atinge o estrangeiro, sendo hoje um Docente respeitado por destacadas entidades do Municipalismo, a exemplo da Confederação Nacional dos Municípios do Brasil.

Por fim, e o que torna o Professor António Cândido de Oliveira indispensável e um exemplo para toda uma geração, é a grandiosidade do Ser Humano, que concilia o prestígio académico, a relevância política, com o cuidado para com o bem-estar de seus alunos e colegas professores, respeitando verdadeiramente a todos, sendo um estimulador de toda uma geração de juristas preocupados com o Direito Administrativo e com o Direito Municipal.

Por todos estes motivos, sentimo-nos honrados de expressar, em nome dos investigadores estrangeiros, o reconhecimento e a gratidão pelo exemplo que o Professor Doutor António Cândido de Oliveira é e desejamos que continue, com suas novas publicações, aulas, orientações e conferências, influenciando a todos que acreditam na construção cotidiana e permanente de uma verdadeira Democracia Local.

Ricardo Hermany
(Professor da UNISC – Brasil)