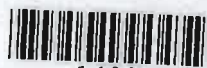


MARCELLO CAETANO

MANUAL
DE
DIREITO
ADMINISTRATIVO

TOMO I



1482

BRASILEIRA

- ALMEIDA (Fernando Mendes de) — *Constituições do Brasil*, S. Paulo, 4.^a ed., 1963.
- BARBALHO (J.) — *Constituição Federal Brasileira* (Comentários), 1902.
- BARBOSA (Ruy) — *Comentários à Constituição Federal* (Coligidos e ordenados por Homero Pires), vols. IV e V, 1934.
- *Obras Completas*, vol XXXIX, 1912, t. I — *O Caso da Bahia. Petições de habeas corpus*.
- CAETANO (Marcello) — *Manual de Direito Administrativo*, 6.^a ed., Lisboa, 1963.
- *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 4.^a ed., Lisboa, 1963.
- CAVALCANTI (Themistocles Brandão) — *Do Mandado de Segurança*, 1.^a ed., 1934; 4.^a ed., 1958.
- COLAÇO (João T. Magalhães) — *Contencioso Administrativo*, Coimbra, 1921.
- CRETELLA JR. (J.) — *Direito Administrativo do Brasil*, 5 vols., 1956-1962.
- DURET (M. Lanz) — *Derecho Constitucional Mexicano*, 2.^a ed., 1933.
- FAGUNDES (M. Seabra) — *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.^a ed., Rio, 1957.
- GELLHORN & BISE — *Administrative Law — Cases and Comments*, 4.^a ed., 1960.
- GOODNOW — *Les Principes du Droit Administratif des Etats Unis*, trad. fr., 1907.
- *O Mandado de Segurança e a sua Jurisprudência* — Casa Ruy Barbosa, 2 vols., 1960.
- *Mexico en la IX Conferencia Internacional Americana*, México, 1948.
- *Mexico ante el Pensamiento Juridico-social de Occidente*, México, 1955.
- MIRANDA (Pontes de) — *História e Prática do habeas corpus*, 2.^a ed., 1951.
- *Comentários à Constituição de 1946*, 3.^a ed., 7 vols.
- *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., vol. 5.^o.
- NETO (Cândido de Oliveira) — "Mandado de Segurança" (in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. XXXII, págs. 252 a 333).
- NUNES (J. Castro) — *Do Mandado de Segurança*, 1.^a ed., 1937.
- *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943.
- SOUSA (Octavio Tarquinio de) — *Vida de D. Pedro I*.
- URUGUAY (Visconde do) — *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, 2 vols., 1862.
- VIDIGAL (Eulálio Bueno) — *Do Mandado de Segurança*, 1953.
- VITAL (J. Fezas) — *Garantias Jurisdicionais da Legalidade na Administração Pública*, Coimbra, 1938.
- VASCONCELOS (J. Matos) — *Direito Administrativo*, 2 vols., 1936.

REVISTAS. — De Portugal foi sobretudo utilizada a revista *O Direito*, de Lisboa. Quanto ao Brasil, prestou grandíssimo auxílio a *Revista de Direito Administrativo* não só pelo grande número de artigos publicados sobre temas referentes à matéria do curso, como por reproduzir a principal legislação brasileira sobre mandado de segurança e casos de jurisprudência; utilizou-se também a *Revista Forense*, a *Revista dos Tribunais* e a *Revista do Serviço Público*.

INTRODUÇÃO

§ 1.^o

A administração pública

1. Noção de administração. — Emprega-se correntemente o termo «administrar», mas nem sempre com a consciência do seu significado rigoroso. Em que consiste a administração? Repare-se em primeiro lugar que se administra sempre qualquer coisa: um património individual ou familiar, uma casa ou uma empresa, um concelho ou um Estado. Por outro lado, a ideia de administrar implica manejo de recursos, — dinheiro, bens ou serviços — no fito de obter certas utilidades actuais ou futuras. A mera aplicação instantânea de recursos num consumo isolado não constitui administração. Esta pressupõe um conjunto de aplicações possíveis correspondente a outras tantas necessidades, e a obtenção e distribuição dos recursos adequados segundo um cálculo no qual intervêm considerações de urgência, de oportunidade, de prazer, de previsão... Havendo necessidades permanentes, a administração tem de atender em primeiro lugar à regularidade da sua satisfação. Se outras há que surjam periodicamente é preciso preparar as coisas para nos momentos próprios a elas ocorrer. Quando os recursos imediatos excedem as necessidades actuais importa reservar o excesso presente para fazer face a insuficiências futuras.

A boa administração considera as necessidades a prover no seu conjunto e em relação a certo período ou à sequência dos tempos, de modo a procurar recursos para as satisfazer na devida oportunidade. E quando os recursos não sejam suficientes para atender a todas (o que frequentemente sucede,

dada a constante proliferação e a elasticidade das necessidades humanas), procurará conseguir um equilíbrio razoável nessa satisfação, atendendo prioritariamente às necessidades essenciais ou àquelas que determinem maior sofrimento quando insatisfeitas.

A administração compreenderá, pois, o conjunto de decisões e operações mediante as quais alguém procure prover à satisfação regular de necessidades humanas obtendo e empregando racionalmente, para esse efeito, os recursos adequados.

2. A administração pública. — Nos grupos sociais onde decorre necessariamente a convivência dos indivíduos e das famílias — a povoação, a freguesia, o concelho, o Estado... — surgem *necessidades colectivas*, considerando *necessidades* não apenas as insuficiências de carácter económico mas, em geral, todas as relativas à normalidade e progresso da vida social. Dessas necessidades, umas são inerentes à própria vida em sociedade e poderemos chamar-lhes *necessidades colectivas essenciais*; outras, embora essencialmente individuais, são nos nossos dias, para um grande número de pessoas, satisfeitas através da organização social graças a estruturas cuja existência passa a corresponder a outras tantas *necessidades colectivas instrumentais*.

Exemplos das necessidades colectivas essenciais são as comunicações e a segurança. As comunicações eram ontem apenas constituídas pelos caminhos, hoje são formadas por várias e complexas redes, não só de viação (estradas, auto-estradas, vias férreas, aeroportos...) mas também de transportes (automóveis, comboios, navios, aviões...) e de meios de correspondência intelectual (correios, telégrafos, telefones...) — e formam um exemplo típico de necessidade colectiva essencial, pois onde não há sociedade claro está que não se torna precisa a comunicação entre os homens.

Quanto às necessidades de segurança, compreendem por um lado a defesa da existência e do desenvolvimento normal da própria sociedade organizada, e por outro a preservação da vida, da saúde, da liberdade, da honra, da actividade e do património de cada um dos seus membros.

Estas necessidades colectivas de segurança individual começaram por ser muito elementares e até por, na maior parte dos casos, ser enfrentadas por via repressiva, isto é, pelo julgamento e condenação dos que eram reputados criminosos. Mas à medida que a vida social se vai tornando mais complexa por via da civilização, têm-se multiplicado espectacularmente.

Pode dizer-se que um grande número das necessidades colectivas das sociedades contemporâneas são casos de insegurança criados pela técnica industrial: veja-se a necessidade de reparação dos acidentes de trabalho, a necessidade de amparar as pessoas na doença, na invalidez, na velhice e no desemprego por meio de previdência social, a necessidade de evitar a poluição do ar atmosférico ou das águas doces nas cidades e nos meios fabris, a necessidade de resolver os problemas de trânsito e de estacionamento de um número de veículos cada vez maior...

Tudo necessidades decorrentes da vida em sociedade e, por isso, essencialmente colectivas.

A par destas necessidades colectivas essenciais aparecem outras que embora independentes da vida em sociedade e portanto essencialmente individuais são hoje, em virtude do mecanismo complexo da vida social, satisfeitas graças a processos colectivos. Isto é, a própria organização social com a sua especialização de funções vai criar entidades destinadas a facultar a cada um os meios ou recursos adequados para que sejam satisfeitas as suas necessidades individuais, económicas ou não.

E o indivíduo habitua-se de tal modo a contar com os meios proporcionados por essas entidades que a existência delas passa a corresponder a uma necessidade colectiva, embora instrumental. Quer dizer que a vida social deixa de decorrer normalmente sem a existência e a possibilidade de utilização desses meios ou instrumentos colectivos de satisfação de necessidades individuais. Por exemplo: o homem tem sede, quer viva em sociedade, quer se conceba a viver isolado, e pode por si só procurar na nascente a água para se des-sedentar. A complexidade da vida social tornou, porém,

incómodo e em muitos casos impossível, que se deixe a cada qual a procura na origem dos bens úteis para a satisfação das necessidades individuais: e então no seio da sociedade surgem intermediários que se encarregam de obter esses bens para os colocar à disposição de cada um. Um intermediário procederá à captação da água nas nascentes, ao seu transporte para a povoação, à sua distribuição domiciliária, e cada indivíduo, depois, não tem mais esforço a fazer do que o de utilizar torneiras em sua casa. Se o intermediário deixar de actuar, todas as pessoas que vivem numa povoação sentirão a privação da água e a aflição da sede. A existência do serviço abastecedor criou uma necessidade colectiva instrumental. O mesmo se passa com a energia eléctrica para a iluminação e com tantas coisas mais. De tal modo que os indivíduos perdem a noção do carácter individual da satisfação dessas necessidades, descuidam-se da actividade a ela tendente, esquecem mesmo os modos de a exercer e exigem que a colectividade se mantenha atenta para que não falte nem se interrompa a oferta oportuna e suficiente dos recursos adequados.

Assim surgem *necessidades colectivas instrumentais*, isto é, aquelas que os indivíduos sentem de que se processe com regularidade a prestação dos bens e serviços graças aos quais no seio da colectividade lhes será possível satisfazer outras necessidades individuais.

Devido à divisão do trabalho o número destas necessidades colectivas cresce constantemente. Cada pessoa tem hoje a sua vida assente no labor de uma multidão dos seus semelhantes cujos resultados lhe são facultados para que os utilize na satisfação de necessidades individuais, por obra da actividade de empresas fornecedoras ou abastecedoras.

Umaz vezes há certa liberdade e espontaneidade na organização social que satisfaz a necessidade colectiva instrumental deixando-se à livre empresa a iniciativa de, com intuito lucrativo e porventura em regime de concorrência, oferecer os bens e serviços de que os indivíduos carecem.

Outras vezes, porém, por deficiência da iniciativa privada, ou por convicção da sua inconveniência, se não por impossibilidade da respectiva actuação, tem de ser a própria

colectividade, erigida em entidade pública, que chame a si a tarefa de pôr à disposição dos seus membros os meios idóneos para satisfação das necessidades individuais ou das necessidades colectivas essenciais.

Mas ainda quando a obtenção e prestação dos bens ou serviços de que os indivíduos careçam para satisfazer necessidades vitais seja deixada à livre iniciativa e proporcionada por empresas privadas, em regimes de mercado, entende-se que a colectividade não pode desinteressar-se de tais actividades, competindo-lhe condicionar e fiscalizar o seu exercício em defesa do bem comum e até planear a sua colaboração e coordená-la com as restantes actividades públicas e particulares.

A *administração pública* é o conjunto de decisões e operações mediante as quais o Estado e outras entidades públicas procuram, dentro das orientações gerais traçadas pela Política, directamente ou mediante estímulo, coordenação e orientação das actividades privadas, assegurar a satisfação regular das necessidades colectivas de segurança e de bem-estar dos indivíduos, obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados.

Esta actividade é em grande parte exercida através dos serviços administrativos, porque o carácter permanente das necessidades colectivas exige uma assistência regular prestada por estruturas constituídas por agentes estáveis com tarefas definidas e dotados de recursos materiais e de poderes jurídicos.

E tão importantes são estas estruturas no desenrolar da actividade que denominámos *administração pública* que, com frequência, na linguagem vulgar como na terminologia técnico-jurídica, se emprega a mesma expressão, não já no sentido de actividade, mas para significar no seu conjunto a orgânica que a desenvolve.

Para evitar confusões, fique assente que o uso da expressão escrita com letras minúsculas se refere à *actividade*, reservando a grafia com maiúsculas — *Administração Pública* — para a segunda acepção, no sentido, portanto, de conjunto de entidades jurídicas que podem desenvolver a actividade

administrativa de interesse colectivo. Desenvolveremos mais adiante esta concepção orgânica da Administração Pública.

3. Estado e administração pública. — Do que ficou dito já se pode inferir que *a administração pública não é uma actividade exclusiva do Estado*. Viu-se mesmo que as suas primeiras manifestações se devem ter produzido no âmbito local. Até uma época bastante avançada da nossa história, a administração pública era predominantemente municipal, reservando os monarcas para si a justiça e a política bem como a supervisão fiscalizadora e ordenadora da acção dos concelhos. No século XIX ainda a administração do Estado liberal se restringia a um âmbito bastante limitado e a actividade administrativa era considerada em princípio integrada na esfera própria dos poderes locais, sobretudo do município. Só com os progressos da técnica, a preponderância das preocupações económicas na vida das nações e a difusão das ideias socialistas é que o Estado foi intervindo cada vez mais na vida social e alargando desse modo a sua administração.

Esta, inicialmente quase só burocrática, isto é, desenvolvida por funcionários que nas secretarias preparavam os processos a decidir pelos governantes e depois expediam os papéis necessários à execução das resoluções destes, foi-se alargando e assumindo formas novas e variadas através de serviços que criam bens e fazem prestações aos cidadãos.

Mas o facto de, nos nossos dias, a administração pública do Estado ser, de longe, a que pelo seu vulto, pela sua extensão e pela importância dos meios e recursos que movimenta, mais pesa na vida administrativa, não impede que as necessidades colectivas sejam atendidas por outras entidades dotadas por lei de poderes de autoridade. Assim, as autarquias locais (concelhos, freguesias e distritos) continuam a ter um largo papel na administração pública. Nomeadamente os concelhos, que, como vimos, actuam neste domínio desde o tempo em que não existia a noção de Estado, mas apenas se tinha a consciência da submissão a um soberano que incarnava e personificava a sociedade política, conservam a sua indivi-

dualidade administrativa com raízes tradicionais, distinta do Estado. A sua autoridade hoje em dia deriva da lei e por ela está limitada: mas a lei escrita não fez mais que consagrar e actualizar um poder antigo e as respectivas funções.

A par das autarquias locais a lei criou outras entidades às quais confiou específicas tarefas administrativas (serviços autónomos ou institutos públicos, sobretudo), e utilizou entidades privadas, ou permite a sua utilização, para o desempenho de outras tarefas sob a égide do Estado e das autarquias locais ou em colaboração com estas.

A administração pública é, por conseguinte, uma actividade desenvolvida não só pelo Estado como por outras entidades públicas que dele são juridicamente distintas, e até, nos casos previstos na lei, por entidades particulares.

O facto de, por vezes, se dar mais relevo à administração do Estado justifica-se apenas pela maior importância que ela actualmente reveste e porque, dadas as suas dimensões macroscópicas e a possibilidade de paralelo com outras actividades que o Estado desenvolve, surgem nela com maior nitidez as características que individualizam e definem a administração pública nos tempos modernos.

Mas a própria complexidade do Estado moderno que chamou a si o papel principal na criação do Direito subordinando a acção de todos os órgãos à legalidade e na aplicação das leis conferiu independência à função judiciária, implica problemas particulares na formulação da teoria da sua administração pública.

A administração pública do Estado não pode deixar de ser relacionada com as funções deste, tal como as analisa o Direito constitucional. Particularmente importante é o problema de saber se o conceito de administração pública coincide com o de função administrativa. É o que vamos examinar.

4. Discriminação material das funções do Estado. — Se diferenciarmos os tipos de actividade do Estado em razão da matéria de cada um, notaremos inicialmente que há actividades cujo conteúdo é formado por actos materialmente jurí-

dicos e outras que consistem na prática de actos que não o são.

Assim, a par de *funções jurídicas* tendentes ao estabelecimento e à realização do Direito, há *funções não jurídicas* formadas por actividades que visam directamente outro objecto que não estabelecer e realizar o Direito.

As *funções jurídicas* são, fundamentalmente, a criação do Direito e a sua aplicação. Podemos traduzir estas actividades em duas funções, a *função legislativa* e a *função executiva*, embora a criação do Direito não se opere em exclusivo mediante a elaboração das leis (basta pensar no costume) e a aplicação do Direito não seja mera execução das leis (a resolução dos casos concretos exige certa liberdade de interpretação e a possibilidade de suprimento dos casos omissos).

Mas a par das funções jurídicas temos outras actividades cujo objecto, ao menos directa e imediatamente, não é a criação e a aplicação do Direito: chamamos a essas actividades *funções não jurídicas do Estado* e reduzimo-las também a duas, a saber, a *função política* e a *função técnica*.

A função política é uma actividade comandada pelo interesse geral e que se desenvolve para assegurar a unidade e a coesão nacionais, definir os ideais colectivos, escolher os objectivos concretos a prosseguir em cada época e os meios mais idóneos para os alcançar, manter o equilíbrio constitucional das tensões políticas e das forças sociais, garantir a segurança do Estado e defender os interesses nacionais na ordem externa... A sua característica é a liberdade de opção nos problemas fundamentais da colectividade. Governar é optar entre os rumos ou soluções possíveis. Poderá, pois, ser definida como *a actividade dos órgãos do Estado cujo objecto directo e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e prossecução do interesse geral mediante a livre escolha dos rumos ou soluções consideradas preferíveis*.

Essa actividade exerce-se na fase da elaboração das leis, pois que os preceitos legislativos têm sempre de ser objecto de uma apreciação da sua conveniência ou necessidade política antes de expressos em normas jurídicas. As leis são instrumento duma Política, cuja orientação traduzem nas suas

disposições. É ainda a Política que, embora com muito menor intensidade, influi nos juízos de valor que se formam para a interpretação e aplicação do Direito positivo. Independentemente, porém, das relações com a função legislativa, a função política tem vastíssimo lugar na actuação de certos órgãos supremos do Estado, como o Chefe do Estado, o Governo e as assembleias representativas mediante a prática de *actos políticos* ou *actos de governo* e através do Governo influi na actuação dos órgãos que dele dependem ou com ele cooperam.

Que diferença há entre a Política e a administração pública, tal como atrás ficou definida? A pergunta é legítima já que a Política também se traduz em decisões destinadas a eleger os meios adequados à prossecução dos fins do Estado. Para nós a Política caracteriza-se por ser um domínio de relativa indeterminação no qual cabem as opções fundamentais para orientação dos destinos da colectividade. Na administração também existem muitas oportunidades de optar mas já num domínio determinado, condicionado pelas grandes decisões políticas traçadas nas leis ou por outros modos válidos. Quer dizer que, havendo opções possíveis, a separação do domínio da Política e da administração é mera questão de grau: as opções primárias ou fundamentais pertencem à primeira, as secundárias ou derivadas já podem respeitar à segunda. Nas esferas superiores da administração a confusão é fácil. E, para mais, toda a administração pública sofre a influência da Política: das opções fundamentais depende o carácter liberal, intervencionista ou socialista de um Estado e a sua realização é, ao mesmo tempo, o desenvolvimento de uma Política e o exercício da administração.

A função técnica corresponde à actividade prática desenvolvida, segundo um critério de eficiência, de acordo com as prescrições de certa Ciência ou Arte e traduz-se no emprego dos numerosos processos próprios para o uso dos meios adequados à prossecução de objectivos concretos, isto é, das várias *técnicas*. O Estado ensina, educa, distrai, constrói, assiste e cura e nessas actividades existe, a par de uma acção jurídica (a organização dos serviços administrativos, a celebração de contratos, a disciplina dos agentes...) outra acti-

vidade que a prolonga e verdadeiramente constitui o objecto visado, exercida pelos profissionais — professores, artistas, engenheiros, médicos — mediante o emprego da respectiva técnica.

É, pois, função técnica toda a actividade cujo objecto directo e imediato consiste na produção de bens ou na prestação de serviços destinados à satisfação de necessidades colectivas de carácter material ou cultural, de harmonia com preceitos práticos tendentes a obter a máxima eficiência dos meios empregados.

5. O Estado e a execução do Direito. — Volvamos agora a uma das funções jurídicas: à actividade dos órgãos do Estado que tem por objecto directo e imediato promover e assegurar o cumprimento das leis, aplicando sanções aos infractores dos preceitos legais, e a que chamaremos *função executiva*.

Ora a intervenção do Estado na execução das leis pode fazer-se de diversas maneiras.

Pelos tribunais. Muitas leis contêm comandos que se dirigem imediatamente à conduta dos particulares. São os indivíduos que têm de observar as leis nas suas relações sociais, cumprindo o que a lei impõe, evitando fazer o que a lei proíbe e aproveitando as faculdades legais para realização dos seus interesses legítimos. Neste caso o Estado limita-se a desempenhar passivamente um de dois papéis: 1.º quando surja um litígio entre dois indivíduos que discutam qual a lei aplicável a certa relação por eles estabelecida sob a égide do Direito ou a existência, a natureza ou a extensão de direitos e de obrigações, cumpre aos órgãos do Estado decidir o litígio autoritariamente, isto é, em termos de não deixar mais lugar a dúvidas, e assegurar depois os direitos da parte a quem tiver reconhecido razão pondo ao seu serviço (que passará afinal a ser o serviço do Direito) os meios coercivos do Estado; 2.º quando um indivíduo desacate a lei, fazendo o que é proibido ou abstendo-se daquilo a que é obrigado, compete aos órgãos do Estado reprimir a ofensa, castigando o violador da lei e impondo-lhe a reparação dos prejuízos causados.

Pela polícia. Mas ainda quanto a estas leis cujos preceitos têm por destinatários imediatos os indivíduos como particulares, observou-se que a função repressiva dos órgãos do Estado a que fizemos referência visava punir os violadores da lei, e obrigá-los a reparar as ofensas, tudo isso porém depois de consumado o sacrifício dos interesses protegidos pela lei que na maior parte dos casos já não era possível repor no estado anterior ao da lesão. Se um indivíduo mata outro, a pena aplicada ao homicida, por severa que seja, não tem a virtude de ressuscitar o morto. Por outro lado, a multiplicação das leis na vida moderna, que acompanhou o enorme alargamento do âmbito da intervenção do Estado, originou tantos deveres novos para os cidadãos, apertou-os em tão estreita malha de regulamentação jurídica que, se não houver uma actividade intermediária entre a lei a executar e os indivíduos que devem executá-la, as infracções serão inúmeras e as leis poderão quedar na impotência. Por estes motivos o Estado tem de juntar à sua actividade repressiva uma outra *preventiva* das violações da lei (polícia no sentido lato) pela qual acompanha, vigia e fiscaliza a actividade dos indivíduos no intuito de evitar que dela resulte a ofensa dos mais importantes interesses sociais protegidos pelo Direito. Assim, a actividade policial é uma das formas da função executiva, na medida em que orienta os particulares e os leva a conformarem a sua conduta com as leis, de modo a evitar a violação dos interesses por elas protegidos.

Pelos próprios órgãos e agentes. Há finalmente um grande número de leis que atribuem poderes e deveres aos órgãos do Estado e regulam a respectiva actividade. Os órgãos e os agentes são os destinatários das normas jurídicas e a eles compete exclusivamente a sua execução, de modo que os particulares só indirectamente participam nela. Todavia esta forma de execução das leis tem tomado uma importância cada vez maior, à medida que a acção do Estado se vai alargando mediante a criação de serviços administrativos de vária índole, de entre os quais avultam os serviços públicos. Ora a lei comete aos serviços determinadas tarefas, por vezes até o encargo de fazer prestações aos indivíduos (fornecer-lhes água,

luz, transporte, educação...). São os serviços que executam as leis: os cidadãos aparecem como beneficiários ou destinatários dessa execução.

6. Distinção formal das vias de execução das leis: funções jurisdicional e administrativa. — A execução das leis não decorre, pois, sempre da mesma maneira, não segue sempre o mesmo processo. São dois os ramos em que essa execução se diferencia, correspondentes a duas vias de actuação: a jurisdicional e a administrativa.

Via jurisdicional. Quando está em causa um conflito de interesses, quer se trate de dois interesses privados, quer de um interesse privado e de um interesse público, a execução da lei exige prévia definição de qual dos interesses disfruta da protecção jurídica para assim se deslindar o conflito. O essencial, portanto, é verificar as circunstâncias em que o problema se põe, definir com precisão os elementos de facto constitutivos da hipótese, para depois se fazer justa aplicação do Direito. O órgão do Estado executor da lei procede sobretudo mediante *operações intelectuais*: verifica os factos e ajusta-lhes o Direito aplicável.

Tal modo de executar a lei exige perfeita *imparcialidade* do órgão de execução: este não deve estar de modo nenhum interessado no conflito («ninguém pode ser juiz em causa própria») e não deve resolver sem ouvir todos os interessados. Por outro lado, a própria natureza desta maneira de agir exige que o órgão de execução só actue quando lhe seja pedido por um dos interessados pelo menos. Estas regras observam-se mesmo quando o conflito se dê entre interesses representados pelo próprio Estado e outros quaisquer: o órgão competente para aplicar a lei também então se há-de considerar imparcial, competindo a outro órgão (o Ministério Público, geralmente) representar os interesses que o Estado queira fazer valer.

Imparcialidade e passividade são, pois, as características da *via jurisdicional* da execução das leis.

Via administrativa. Mas vimos que o Estado promove e assegura a execução das leis sem esperar que do choque de

interesses resultem conflitos em que duas ou mais partes reivindiquem a protecção jurídica na convicção de lhes ser devida. O Estado tem órgãos que tomam a *iniciativa* da realização dos comandos legais, directamente ou mediante a orientação da conduta dos particulares. E nesses casos os órgãos do Estado procedem como se fossem eles próprios os titulares dos interesses que a lei quer ver em acção, agindo como *partes* nas relações com os particulares, isto é, com parcialidade. O Estado não espera que lhe venham pedir que intervenha para executar a lei: aproveita faculdades legais, usa os seus poderes, cumpre os seus deveres, escolhendo quando lhe seja possível as oportunidades de intervenção e determinando-se nela por motivos de conveniência. Assim, as decisões ou *operações de vontade* predominam sobre os julgamentos ou operações de inteligência. E o Estado, na medida em que se proponha realizar os seus interesses, pode entrar em conflito com outros interessados.

Parcialidade e iniciativa aparecem-nos agora como característica da *via administrativa* da execução das leis.

A estas duas vias ou formas que pode revestir a execução das leis se usa também chamar *funções*, embora consideradas no sentido formal.

7. Conceção orgânica da Administração Pública. — No começo do século XIX pensou-se em confiar o exercício das funções jurídicas do Estado (considerando as duas vias de desempenho da função executiva como funções também) a sistemas de órgãos distintos entre si. A função administrativa devia assim ser confiada a órgãos especializados, diferentes e independentes daqueles que exercessem a função legislativa ou a função jurisdicional. Este tem sido o ideal do *Estado de Direito* que entre os seus dogmas inscreve o da separação dos poderes.

Mas as realidades contrariam a teoria e essa completa separação e especialização revelou-se impossível ou, pelo menos, de muito difícil e por vezes inconveniente prática. Por outro lado houve que reconhecer que a actividade do Estado não era exclusivamente jurídica e que a par dela se

desenvolvem funções não jurídicas, que não é possível desconhecer ou subestimar.

Resulta daí que a noção de administração pública não pode ser identificada com a de função administrativa do Estado, entendida como via de execução do direito.

A administração do Estado é exercida por órgãos instituídos por lei e recebe da lei a indicação dos seus objectivos e o fundamento dos seus poderes: mas dentro deste condicionamento jurídico desenvolve-se através da utilização de numerosas técnicas especiais e possui, ela própria, a sua técnica.

Por outro lado sendo instrumento de uma Política não se limita a realizá-la na medida em que esta se encontre expressa em normas jurídicas, devendo encarnar o espírito que a anima.

Finalmente a necessidade de agir com eficácia na obtenção e no emprego dos recursos adequados à satisfação regular das necessidades colectivas de segurança e bem-estar dos indivíduos força-a a, na própria actuação jurídica, procurar o máximo de independência em relação a outros sistemas de órgãos do Estado, quer para a sua disciplina normativa, quer para resolução dos conflitos de direitos.

Daqui resulta uma concepção orgânica da Administração Pública.

O que hoje se chama *Administração Pública* é um sistema de órgãos do Estado e de pessoas colectivas que com ele cooperam por força da lei na satisfação das necessidades colectivas. Ora esse sistema está longe de actuar no sector restrito da função executiva do Direito mediante o uso exclusivo da via administrativa. Ele visa, é certo, a execução do Direito pela via administrativa: mas não só muitas vezes actua também pela via jurisdicional, como a sua acção decorre em larga medida nos campos das funções política e técnica.

Para além da execução do Direito existe na Administração Pública uma zona metajurídica de actividade política e técnica em que os órgãos administrativos se movem com liberdade, consoante as conveniências e as oportunidades inspiram ou as regras da eficácia determinam. Claro que para os actos

resultantes dessa actividade serem imputáveis à Administração é preciso que os motivos determinantes da actuação dos órgãos sejam a satisfação de necessidades colectivas, a realização de interesses gerais,—e não o capricho das conveniências e dos interesses individuais.

No sentido orgânico a Administração Pública é um *sistema de órgãos hierarquizados ou coordenados a que está atribuída a promoção e realização dos interesses colectivos por iniciativa própria, para execução de preceitos jurídicos ou por imposição do bem comum, e utilizando todas as técnicas adequadas à obtenção dos resultados visados, podendo também praticar actos jurisdicionais relacionados com a sua actividade fundamental*.

8. A Administração Pública como poder. — Não sendo a actividade dos órgãos administrativos homogénea quanto ao seu conteúdo, nem uniforme, é cada vez menos significativo referir no plano do Direito Positivo a *função administrativa* do Estado, mero conceito de formulação teórica.

A Administração pública não nos aparece hoje em dia na maior parte dos países como uma forma típica da *actividade* do Estado, mas antes como uma das maneiras por que se manifesta a sua *autoridade*. A administração deixa de se caracterizar como *função* para se afirmar como *poder*.

Se definirmos genericamente o *poder* como sendo a possibilidade atribuída a alguém de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia, será fácil de compreender o que queremos dizer.

Necessitando o Estado de, por iniciativa própria, actuar para a sua própria organização e conservação e para satisfação das necessidades colectivas, carece para esse efeito de que certos órgãos possuam o poder de executar as leis por via administrativa e de desenvolver a acção política e técnica indispensável, com a faculdade de resolver jurisdicionalmente as questões contenciosas que dessa actividade resultem.

O sistema dos órgãos administrativos recebe, pois, da lei a faculdade de definir a sua própria conduta para realização dos fins que lhe estão designados e de impor à generalidade

dos cidadãos o respeito dessa conduta, podendo exigir deles a adopção do comportamento adequado à eficácia da acção administrativa.

A Administração é um verdadeiro *poder* porque define, de acordo com a lei, a sua própria conduta e dispõe dos meios necessários para impor o respeito dessa conduta e para traçar a conduta alheia naquilo que com ela tenha relação.

Para isso a lei dá às suas decisões força obrigatória que os particulares têm de acatar sob pena de, sem necessidade de sentença judicial, a Administração poder impor coercivamente o que decidiu. A discussão pode seguir nos tribunais mas sem que, em princípio, o recurso a eles suspenda a executoriedade do acto administrativo. A isto se chama o *privilegio da execução prévia*, pois que, como se sabe, nas questões entre particulares ninguém pode fazer justiça por suas mãos e, portanto, executar o seu direito sem intervenção dos tribunais. A denominação como *privilegio* desta prerrogativa reflecte o espírito da época em que as normas administrativas eram tidas como excepções ao direito comum, criando situações privilegiadas às entidades públicas. Sabemos, porém, que não é assim. O Direito Administrativo é um direito comum e a execução prévia constitui uma prerrogativa normal da autoridade pública, na medida em que esta se caracteriza como Poder.

§ 2.º

O sistema administrativo

9. Administração e Justiça. Tipos de relações. — A diferenciação da Administração Pública relativamente a outros sistemas de órgãos do poder público, a própria atribuição aos órgãos administrativos de autoridade executiva, não são factos de todos os tempos nem de todos os povos.

A tendência natural dos homens é para conceber o poder público, em quaisquer circunstâncias, na integridade das suas faculdades. Nas sociedades primitivas quem detém a autoridade pode impor leis, julgar os delitos e prover às necessidades colectivas na qualidade de chefe militar, de sumo sacerdote, etc. Ainda nas monarquias europeias, até ao século XVIII, a autoridade do soberano integrava todas as potencialidades do poder supremo, e os magistrados eram olhados como delegados desse poder, desempenhando funções cuja latitude dependia da vontade do delegante, de tal modo que era frequente encontrar-se atribuídas ao mesmo órgão faculdades judiciais e administrativas em íntima ligação.

Mesmo naqueles países onde existia um governo local exercido pelos próprios vizinhos ou por representantes seus e que reivindicava a sua autonomia de origem relativamente à Coroa — o caso dos municípios em Portugal — esse poder municipal aparece-nos dotado simultaneamente com faculdades legislativas (elaboração de posturas), e executivas, estas nas suas duas modalidades judicial e administrativa.

A especialização funcional e a atribuição das diversas funções a órgãos diferentes, a concepção da submissão dos órgãos executivos à lei, entendida como norma geral igual para todos e garantia dos direitos individuais, tudo isto resulta de um processo histórico que seguiu em cada país

Noutros países, como no nosso, adopta-se o sistema de não permitir o seguimento de nenhuma acção criminal proposta contra autoridades públicas e por motivos ligados ao exercício das suas funções, sem prévia autorização dada em portaria pelo Ministro do Interior, devendo a denegação ser fundamentada. É, pois, ao chefe da hierarquia administrativa civil que se entrega a apreciação do carácter pessoal ou funcional do acto.

Mas a garantia administrativa apoia-se em razões de ordem prática: a necessidade de proteger a autoridade contra o abuso do direito de estar em justiça cometido por quem a pretenda unicamente vexar e diminuir; a necessidade de afastar os tribunais dessas lutas em que se envolvem os interesses injustos contra a Administração; e a conveniência de subtrair as autoridades administrativas ao julgamento judiciário, quantas vezes severo em demasia por ignorar as dificuldades em que se vê a Administração de pautar pela lei um procedimento que às vezes as circunstâncias exigem urgente, rápido e enérgico.

Contra a garantia administrativa alega-se: que cria um privilégio de classe, conduz à denegação da justiça pedida pelos particulares, cobre os abusos dos funcionários e atinge a independência dos tribunais.

Mas estes argumentos não procedem. Não há privilégio para os funcionários, pois ficam de fora os seus actos pessoais, mas sim protecção legítima da função. Não nega justiça, pois abre os meios administrativos àquele a quem vedou os judiciários. Não cobre abusos, pois só abrange actos administrativos, e exclui as prepotências dos agentes. Não atinge a independência dos tribunais, pois só tem por fim determinar, em cada caso, as matérias da competência deles.

Reconhecemos, porém, que a garantia administrativa se presta a graves abusos, quando concedida sem a devida cautela e o probo exame dos factos imputados aos funcionários⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Veja-se *O Direito*, ano 59.º, pág. 115, e ano 68.º, pág. 189.

§ 3.º

O Direito Administrativo

19. Conceito de Direito Administrativo. — Em todos os países existe Administração Pública. Mas o regime jurídico a que ela está submetida difere, como acabámos de ver, de país para país. Deste modo é difícil encontrar uma definição de Direito Administrativo universalmente válida, isto é, que seja exacta nos Estados da Europa continental, nos países anglo-saxónicos, nos países socialistas ou num país asiático.

O mais que poderíamos dizer, se pretendêssemos dar essa definição universal, seria que o Direito Administrativo é constituído pelas normas jurídicas reguladoras da organização da Administração Pública e do seu processo próprio de agir nas relações com particulares.

Existindo por toda a parte, nos nossos dias, órgãos especialmente incumbidos daquele tipo de actividade a que chamamos administração pública, terá de haver também, em maior ou menor número, normas que regulem essa organização. E depois, verificar-se-á se, nas relações desses órgãos com os particulares, se observam os mesmos preceitos a que estão obrigados os particulares nas suas relações entre si, ou se existem aspectos peculiares a considerar, correspondentes a um processo próprio de actuação dos órgãos administrativos. O Direito Administrativo, em qualquer País, será formado, pois, pelas normas orgânicas da Administração e ainda pelas que disciplinem por modo especial as relações desta com os particulares.

Mas o conceito formal de Direito Administrativo, útil para os estudos da Filosofia jurídica ou da Teoria Geral do Direito, pouco nos elucida sobre o seu carácter de cada País.

Desde que o sistema de administração pública varia, o Direito Administrativo português pode ter afinidades com o francês ou o italiano, mas é diferente do britânico, do americano e mesmo do brasileiro, e ainda mais do soviético.

Assim, na medida em que queiramos fazer reflectir na definição a índole de certo direito positivo haverá que acrescentar mais alguma coisa ao conceito formal atrás enunciado.

Esse «alguma coisa» vai porém transformar a noção de Direito Administrativo numa definição com valor meramente relativo e circunstancial, isto é, verdadeira para certo País mas que já o não será noutro.

O *Direito Administrativo português* pode definir-se como *o sistema das normas jurídicas que regulam a organização e o processo próprio de agir da Administração Pública e disciplinam as relações pelas quais ela prossiga interesses colectivos podendo usar de iniciativa e do privilégio da execução prévia.*

Definimos o Direito Administrativo português como um sistema de normas jurídicas. Isto quer dizer que as leis administrativas mantêm entre si a coerência resultante da submissão a certos princípios comuns, e que ao integrá-las numa disciplina científica se procura metódicamente fazer realçar essa comunidade de espírito, destacando os princípios informadores e unificadores e articulando-os entre si de harmonia com os seus nexos lógicos, isto é, sistematizando-os.

Essas normas são, umas *orgânicas* e outras *relacionais*. Não quer isto dizer que as normas reguladoras da organização e do processo próprio de agir da Administração Pública não contemplem em muitíssimos casos relações também: mas estas relações são orgânicas ou internas, isto é, põem em contacto dois órgãos da mesma pessoa colectiva, ou órgãos e agentes dela. Ao passo que as outras normas, chamadas *relacionais*, disciplinam relações entre um sujeito integrado na Administração Pública e outra pessoa. Ora aí surgem as verdadeiras relações jurídicas na medida em que ambos os sujeitos estejam submetidos ao Direito e vinculados entre si em termos de poder-dever.

As relações jurídicas em que a Administração Pública é parte poderiam ser reguladas pelas mesmas normas legais

aplicáveis ao comum das relações particulares, estabelecidas na suposição de igualdade de posições das partes (Direito Privado). Mas no nosso País, dada a natureza pública dos interesses prosseguidos pela Administração e a posição de autoridade em que normalmente os órgãos dela actuam, a regra é a de que a organização e a actividade da Administração obedecem a normas jurídicas de Direito Público.

Ao contrário do que sucede nos países anglo-saxónicos, por exemplo, essas normas não são meras excepções ao regime do Direito Comum: são uma parcela do Direito Comum que abrange as duas grandes zonas do Direito Privado e do Direito Público.

A regra, pois, é que a Administração se rege pela parte do Direito Público que forma o Direito Administrativo, isto é, que a actividade administrativa se caracteriza como *gestão pública* ⁽¹⁾.

Pode, porém, haver actividade administrativa que, por motivos históricos ou de outra índole, esteja subtraída ao Direito Público e seja regida pelas normas civis ou comerciais. A parte razões tradicionais há nos nossos dias forte tendência para permitir a certas entidades públicas, às quais seja confiada a produção de bens económicos ou a prestação de serviços aos indivíduos, a utilização das facilidades dadas pelo Direito Privado às empresas comerciais, furtando-as assim à rigidez de fórmulas e controles da Administração Pública clássica. A actividade administrativa que decorra sob a égide do Direito Privado será uma *gestão privada*.

O Direito Administrativo português pressupõe, portanto, órgãos dotados de autoridade, e relações jurídicas a que essa autoridade empreste o seu carácter.

⁽¹⁾ Esta expressão que o Código Civil de 1966 repôs em circulação, como se vê do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, não pode abranger tudo quanto cabe no Direito Administrativo. Mesmo incluindo nela, contrariamente ao pensamento dos velhos autores franceses que a cunharam, os actos de autoridade, ainda ficaria de fora tudo o que é orgânico e tamanha importância tem nos domínios jurídico-administrativos. Usá-la-emos no sentido de actividade da Administração regida pelo Direito Público.

Tratando-se de relações em que o Estado intervenha é preciso que este se apresente submisso às leis e não como soberano: o Estado quando nelas figura como sujeito não impõe uma vontade dotada do poder no superlativo, a sua vontade está já submetida às regras gerais previamente definidas pelos órgãos soberanos. Como soberano o Estado constitui-se e legisla; mas, ao administrar, o mesmo Estado só tem aquele poder de comandar que as suas próprias leis lhe conferem — um poder que é *autoridade* mas não *soberania*, embora desta derive. Assim, a *legalidade*, ou submissão da Administração às leis, é condição essencial da existência do Direito administrativo.

O que caracteriza as relações jurídico-administrativas é: o *carácter colectivo dos interesses* a que servem de instrumento, a *iniciativa* dos órgãos encarregados da respectiva prossecução e sobretudo, como manifestação típica de autoridade, o *privilégio da execução prévia* dos direitos afirmados pela Administração.

Nem todos os preceitos das leis administrativas contêm a atribuição do privilégio. No tribunal só o juiz possui a autoridade judicial, mas os que o auxiliam participam da função judicial: na administração só certas autoridades detêm o poder administrativo (de praticar actos executórios) mas os funcionários que delas dependem e que com elas cooperam pertencem como elas à ordem administrativa. Semelhantemente só um reduzido número de preceitos legislativos tem por objecto definir e atribuir poderes característicos da Administração pública, mas esses preceitos são completados e desenvolvidos pela multidão das disposições acessórias que gravitam à roda deles com carácter meramente *construtivo* ou *instrumental*. Ora assim como os órgãos auxiliares ou acessórios seguem o carácter do órgão principal, as normas instrumentais subordinam-se à natureza das normas fundamentais. Os órgãos e as normas principais em relação às quais se verificam as características essenciais de cada função, são como que centros de gravitação de outros órgãos e de outras normas secundárias que nela se integram também. O mesmo se poderia dizer quanto à iniciativa.

Para apurarmos se uma norma legal é ou não administrativa basta saber se confere poderes característicos da Administração ou, no caso negativo, se se refere a atribuições, competência, organização ou processo que interessem órgãos integrados na Administração pública.

20. Ramos de Direito Administrativo. — A extensão e a complexidade que o Direito Administrativo assumiu em nossos dias obriga a distinguir nele vários ramos que já se individualizaram ou estão em vias disso.

A primeira distinção que se impõe é entre *Direito administrativo substantivo* e *Direito administrativo processual*. Durante muito tempo não se fez tal distinção justamente porque em França foi através do recurso ao Conselho de Estado e, portanto, por via do processo, que o direito substantivo se foi ordenando e enriquecendo. De tal modo que o processo contencioso aparecia no próprio coração desta disciplina; e ao começar a dar-se importância também à sequência ordenada das formalidades ou dos trâmites cujo objecto é a produção de uma resolução da Administração, isto é, ao processo gracioso, surgiu a ideia de que afinal a índole do Direito Administrativo seria eminentemente processual.

A verdade é que há um Direito Administrativo formado pelas normas orgânicas, atributivas de atribuições ou fins às entidades públicas e de competência aos seus órgãos, e pelas normas relacionais que originam os direitos e obrigações recíprocas da Administração e dos particulares, o qual é de carácter substantivo ou material. E a par dele, há o Direito Administrativo processual, em que se integram as regras reguladoras do processo gracioso e contencioso, e que está a merecer cada vez mais as atenções da doutrina como ramo individualizado desta disciplina.

Outro ramo que pode destacar-se é o *Direito administrativo penal*, formado pelas normas administrativas que cominam sanções penais (sejam disciplinares, de polícia ou outras) como meio de execução forçada ou para castigar transgressões ou outro tipo de ilícito administrativo ou que permitem a aplicação de medidas de polícia. Este capítulo do Direito

administrativo não deverá ser confundido com o *Direito penal administrativo* que pertence ao Direito Criminal, apenas com a particularidade de visar a defesa de interesses da Administração.

Mais correntemente aparece a distinção entre o *Direito administrativo comum* e certos ramos especiais, caracterizados pelo objecto das normas que os constituem. Há assim, sem dúvida, um *Direito administrativo militar* dominado por alguns princípios peculiares à coesão e disciplina das forças armadas, donde resultam bastantes particularidades em relação ao Direito comum. O *Direito administrativo financeiro* que se ocupa dos serviços da Administração encarregados da obtenção das receitas públicas, da gestão do património público e do processamento das despesas das entidades administrativas, também apresenta algumas especialidades, sobretudo quanto às receitas tributárias cujo regime jurídico se autonomizou no *Direito fiscal* em consequência da necessidade de proceder na imposição dos impostos e das taxas e na cobrança coerciva deles por modo que não despreze as regras que protegem a propriedade privada dos contribuintes.

Está a despontar o *Direito administrativo económico* compreendendo tudo o que é relativo à intervenção do poder público na vida económica, quer essa intervenção se processe pelo aparecimento da Administração como produtora de bens ou de serviços, como sua distribuidora ou como reguladora do seu consumo, quer se traduza numa acção fomentadora, disciplinar, coordenadora e fiscalizadora das actividades económicas privadas. Neste ramo de Direito há mesmo a tendência para dar relevo a sub-ramos, como por exemplo, o *Direito dos Transportes*, o *Direito das Comunicações*, o *Direito da Energia*, mas trata-se de simples capítulos do Direito Económico que não se vê vantagem em autonomizar. No próprio *Direito de Trabalho* e no da *Previdência Social* há larga matéria administrativa.

Não parece legítimo, hoje em dia, destacar um *Direito municipal* ou um *Direito administrativo local*, pois tendo, como já se disse, o Direito administrativo começado por reger sobretudo a organização e a actividade das autarquias locais,

foi a partir daí que ele se formou como disciplina científica sem nunca deixar de conter e compendiar os princípios relativos às entidades autónomas ou autárquicas.

Mais discutível seria a aceitação em Portugal de um *Direito administrativo ultramarino*. O facto de quanto ao Ultramar português se respeitar o princípio da especialidade da legislação, diferenciando-a da Metrópole, fez com que nesse espaço territorial vigorem leis administrativas diversas das metropolitanas. O estágio de desenvolvimento económico e social das províncias ultramarinas não podia também deixar de se reflectir nas respectivas estruturas político-administrativas, consoante a própria Constituição determina (art. 134.º). Mas com o progresso feito pela assimilação nos últimos anos tais diferenças têm-se esbatido. E o facto de haver algumas particularidades orgânicas ou na solução legislativa de certas hipóteses, não impede a comunidade de regime administrativo com a Metrópole nem a vigência de muitos princípios fundamentais. Por esse motivo o estudo da Administração Ultramarina vai incidindo cada vez mais sobre as razões históricas de certos aspectos orgânicos peculiares, e conserva como único domínio exclusivo a colonização das terras desaproveitadas e ainda por ocupar. O regime dessas terras vagas e o modo do seu aproveitamento e da sua apropriação formam indiscutivelmente um capítulo importante e peculiar da administração dos territórios do Ultramar. Será suficiente para justificar, juntamente com as tais particularidades orgânicas, a existência de um ramo especial do Direito Administrativo?

21. O Direito administrativo é Direito público. — Como se sabe, para distinguir o Direito em público e privado têm sido principalmente adoptados dois critérios: o do *interesse* e o do *sujeito da relação jurídica*.

Para nós uma norma é de Direito público quando directamente protege um interesse público (considerando interesses públicos os que respeitam à existência, conservação e desenvolvimento da sociedade política) e só indirectamente beneficia (se beneficia) interesses privados. É do reconhecimento da primazia em certos casos dos interesses públicos

sobre os privados que resulta depois a necessidade de atribuir uma posição de superioridade nas relações jurídicas às pessoas colectivas instituídas para prosseguir o interesse geral.

Mas qualquer que seja o critério seguido é sempre a mesma a conclusão neste caso: o Direito administrativo é Direito público.

Na verdade, se seguirmos o critério do interesse verificamos que a actividade da Administração tem por objecto imediato a realização de interesses respeitantes à colectividade organizada politicamente. *O interesse público é a ideia dominante de todas as normas jurídico-administrativas.*

Se, porém, preferirmos o critério do sujeito da relação jurídica veremos que todas as relações reguladas pelas normas administrativas têm por sujeito uma pessoa colectiva de direito público ou uma pessoa singular ou colectiva que, embora de direito privado, haja recebido de uma pessoa de direito público poderes para em seu nome ou em seu lugar agir com as mesmas prerrogativas.

Portanto, sendo as relações reguladas pelo Direito administrativo tendentes a realizar interesses públicos e resultando daí que um dos sujeitos, pelo menos, exerce prerrogativas de autoridade, não há dúvida acerca do carácter público deste ramo da Ordem jurídica.

A facilidade desta dedução não significa que seja sempre intuitiva ou singelamente demonstrável a qualificação de uma dada norma ou até de um dado instituto.

Com frequência acontece ver-se o jurista em sérios apuros para afirmar que determinado grupo de relações está localizado no Direito público ou no Direito privado — tão difícil é dizê-lo com segurança.

Por um lado nunca será de mais insistir na *unidade essencial da Ordem jurídica*: o Direito é uno, todas as suas partes, todos os seus elementos estão intimamente ligados entre si. Como as relações reguladas são muito diversas, as normas que as regulam reflectem essa diversidade e daí a conveniência de, por abstracção, se fazer uma sistematização científica em que se distingam vários ramos ou disciplinas jurídicas cujas fronteiras não podem deixar de ser convencionais.

Isto é: no princípio não existia Direito público e privado, civil, constitucional, penal, etc., mas tão-somente o Direito. A distinção dessas diversas províncias é obra dos homens de ciência, e não admira por isso que muitas vezes surjam situações e instituições refractárias aos critérios estabelecidos para a sistematização.

Por outro lado esses critérios são fixados tendo em conta as realidades jurídicas de certa época em certa comunidade. Acontece que a evolução social obriga a transformações imprevisíveis dessas realidades de maneira tal que os quadros tradicionais deixam de comportá-las exactamente. Na época actual, por exemplo, o predomínio cada vez maior do interesse social sobre o individual e o alargamento da intervenção do Estado a muitos sectores da vida social dantes abandonados à iniciativa privada, produzem a dilatação do Direito público em detrimento do Direito privado. Mas como essa intervenção do Estado nem sempre reveste formas nítidas, nem sempre suprime a autonomia da vontade dos indivíduos e a sua liberdade de iniciativa, resultam daí numerosos institutos fronteiros, tipos híbridos que se torna difícil classificar.

Quanto às doutrinas políticas que minimizam a importância do interesse individual perante o interesse público, essas tendem a fundir o Direito privado no Direito público, eliminando a distinção.

22. Direito administrativo e Direito político ou constitucional. — Dentro do âmbito do Direito público a disciplina com a qual o Direito administrativo mantém mais estreitas relações é o Direito político ou constitucional: tantas e tão íntimas que muitos problemas lhes são comuns e que as fronteiras que os separam são por vezes imprecisas.

Sem dúvida o Direito político, compreendendo as normas que regulam a estrutura do Estado, designam as suas funções e definem as atribuições e os limites dos órgãos supremos do poder político, está na base de todo o sistema de Direito público de um país.

Mas o Direito administrativo tem com ele maior conexão do que qualquer outro ramo de direito pois as suas normas

e instituições são o corolário dos princípios fundamentais da orgânica do regime e do sistema político.

Não foi por mera coincidência que o Direito administrativo nasceu e se desenvolveu no século XIX, em plena era constitucional, como um elemento do *Estado de Direito*.

Como se sabe, o Estado de Direito é aquele em que o poder político é concebido como simples meio de realização e garantia dos direitos individuais naturais, fonte de toda a Ordem jurídica. Nele o valor supremo da sociedade política era a liberdade, e a autoridade consistiria num sistema de restrições reduzidas ao estritamente indispensável à coexistência das liberdades individuais.

O seu mecanismo visa pôr todos os órgãos do Poder político sob o domínio do Direito, formado não só pelas leis positivas votadas pela colectividade ou em seu nome (leis em sentido formal, provenientes dos Parlamentos) mas sobretudo pelas leis naturais decorrentes do dogma da liberdade individual originária.

Foi à sombra destas ideias que nasceu o Direito administrativo, uma vez que a Administração ficava vinculada a deveres jurídicos resultantes da necessidade de respeitar os direitos individuais. Era a concepção da *Administração condicionada*, isto é, concebida como meio de realização dos direitos dos indivíduos traduzidos na lei positiva ou consagrados pela Natureza.

O Estado de Direito, porém, nunca foi completamente posto em prática por desconhecer que a par dos direitos individuais existem os deveres do indivíduo para com a sociedade, e que esta tem exigências legítimas dado o seu carácter necessário e a sua função civilizadora e cultural. Todas as conquistas, no domínio do Espírito como no domínio da Natureza, são devidas aos indivíduos, sim, mas sob os estímulos, e graças à contribuição e ao apoio, do meio social.

Ora a sociedade política é a forma mais eficiente da vida social e o Poder que a caracteriza é o mais vigoroso promotor de todos os benefícios sociais, mesmo quando se limite a fazer reinar as condições mínimas indispensáveis de Segurança e de Justiça.

O Poder político não deve, portanto, ser considerado como inimigo dos indivíduos, como um «mal necessário» a reduzir ao mínimo mas como auxiliar benéfico e imprescindível, cuja intervenção é útil e desejável na realização do interesse geral desde que não ultrapasse o domínio próprio da sua acção em harmonia com os fins que naturalmente visa.

Na verdade só reconhecendo aos indivíduos, e às entidades sociais por eles formadas, direitos subjectivos a que correspondam deveres da parte do Estado, é que se pode falar na existência de relações jurídicas entre Estado e particulares e de um Direito que as reja.

Se o Estado fosse apenas Poder sem deveres para com os súbditos; se estes se encontrassem na situação de ter apenas deveres para com uma autoridade de poder indefinido e omnímodo; se portanto o poder do Estado fosse absoluto e totalitário, não seria possível falar-se da existência de um Direito público e consequentemente de verdadeiro Direito administrativo.

No regime totalitário, que negue as limitações do poder do Estado e considere os indivíduos à mercê do soberano, o Direito administrativo, quando muito, só poderia consistir num sistema de normas reguladoras das relações internas dos órgãos e agentes da Administração *entre si*, mero Direito orgânico e disciplinar.

Portanto é preciso que o Direito constitucional de um país admita, pelo menos, o Estado de Direito em sentido formal, ou *sistema da legalidade*, para que possa fundar-se nele um Direito administrativo⁽¹⁾.

23. Direito administrativo e Direito criminal. — Relativamente às leis, tanto a Administração como a Justiça penal aparecem como actividades executivas: quais os limites entre os sistemas de normas que as disciplinam?

Chama-se Direito criminal à parte da Ordem jurídica posi-

(1) O desenvolvimento destas ideias pode ver-se no nosso ensaio já citado, *Tendências do Direito Administrativo Europeu*, 1967.

tiva que abrange as *normas qualificativas dos factos como crimes e reguladoras da aplicação de penas criminais*.

Ora só as normas que contenham regras de conduta cuja observância seja reputada essencial à existência pacífica de uma sociedade organizada é que são sancionadas por essa forma particularmente enérgica de coacção — a pena criminal.

Trata-se da protecção de interesses tão importantes que a sua ofensa impune poria em perigo os dados fundamentais da ordem social e política.

Mas se bem que a cominação de penas actue psicologicamente sobre quem se sinta tentado a prevaricar, produzindo o efeito de uma ameaça, *a índole própria do Direito penal é repressiva*.

O Direito administrativo não tem o mesmo carácter. As suas normas contêm regras de conduta tendentes a conseguir que a autoridade política actue de modo a satisfazerem-se necessidades resultantes da congregação dos homens em sociedades de base territorial: é o «Direito do bem-estar social».

É certo que a paz e a segurança das pessoas e dos bens são do número dessas necessidades colectivas: é as normas administrativas visam também obtê-las. Simplesmente, o que a Administração pretende é que os interesses essenciais da Ordem social sejam respeitados e activamente prosseguidos de tal modo que a colectividade sinta o máximo de bem-estar. As leis administrativas não se ocupam dos actos humanos ofensivos dos interesses sociais: mas dos actos humanos convenientes ao melhoramento da condição dos indivíduos, à difusão pelo maior número dos benefícios da civilização e da ajuda mútua, à maior ordem, à mais perfeita paz, à mais eficaz segurança.

Deste modo, quando o Direito administrativo contém normas referentes aos interesses tutelados pela lei penal, é para nortear a conduta dos órgãos da autoridade de modo que se tomem as iniciativas necessárias ao maior zelo desses interesses, principalmente no sentido de *evitar* a sua efectiva e irreparável ofensa.

A repressão penal vem depois da violação e não pode

repor o interesse violado no estado anterior; a Administração actua antes da violação, no sentido de evitá-la.

Toda a actividade administrativa é, em relação a ofensas possíveis dos interesses sociais, *preventiva* e não repressiva.

Por isso cabe dentro da Administração a Polícia — que se destina a evitar danos sociais ou a sua propagação, mediante a limitação da actividade dos indivíduos.

As normas administrativas podem cominar penas: mas essas penas correspondem à infracção de regras que se destinam a evitar perigos ou a violação de interesses, e não à infracção das próprias regras protectoras desses interesses e punitivas dos actos que os ofendem.

24. Disciplinas de Direito público afins do Direito administrativo. — Dentro do Direito público há ainda outras disciplinas que têm *semelhanças* ou *afinidades* com o Direito administrativo.

O *Direito judiciário* ou sistema das normas reguladoras da organização e do funcionamento dos tribunais, tem a sua autonomia perante o Direito administrativo bem marcada pelos caracteres da actividade dos juizes ou função judicial. As semelhanças que se notam existem nas normas secundárias como, por exemplo, nas respeitantes à organização dos serviços de expediente dos tribunais (secretarias judiciais) e em muitas regras do estatuto dos oficiais de justiça. Trata-se de um Direito judiciário administrativo, se assim se pode dizer, na medida em que as autoridades judiciais praticam acessoriamente actos de administração.

O *Direito processual*, correspondendo à disciplina do exercício da jurisdição dos tribunais civis e penais, não pode deixar de reflectir a orgânica destes e o espírito próprio das suas funções, traduzindo a forma característica da sua actuação.

Há um *processo administrativo* no Direito administrativo, e naturalmente existem pontos de contacto entre ele e os processos judiciais, sobretudo na fase contenciosa. É, de resto, tendência da legislação moderna dar garantias de audiência, de defesa e de prova aos administrados, sempre que nas relações com a Administração estejam em causa interesses priva-

dos; ao mesmo tempo que nos tribunais se procura simplificar e abreviar os trâmites processuais e dar poderes ao juiz para dispensar formalidades inúteis e ordenar diligências tendentes ao apuramento da verdade.

Não deve também deixar de ser mencionado o *Direito internacional público*, pois hoje em dia muitas normas da vida administrativa dos Estados têm por fonte tratados, convenções e acordos internacionais. Há assim um *Direito internacional administrativo* que regula a cooperação dos Estados no desempenho de tarefas administrativas de interesse comum, impondo aos poderes soberanos a adopção da correspondente legislação interna. O número e a extensão das zonas dessa cooperação cresce dia a dia.

Importa, porém, não confundir este ramo do Direito internacional com o *Direito administrativo das organizações internacionais* ou *Direito administrativo internacional*, pois neste caso trata-se de normas administrativas de organizações como as Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho, a Unesco ou outras análogas e que só são internacionais pelo facto dos referidos organismos terem esse carácter ⁽¹⁾.

25. Disciplinas subsidiárias do Direito administrativo:

A) **Ciência da administração.** — O Direito administrativo socorre-se dos ensinamentos de algumas disciplinas que ajudam o jurista a entender e a aplicar as leis administrativas: são as *disciplinas subsidiárias*.

As principais são a Ciência da Administração, a História da administração pública, e o Direito administrativo comparado.

O facto de só nos determos nestas não quer dizer que sejam as únicas cujo estudo é preparatório ou adjuvante do conhecimento científico do Direito Administrativo. A verdade é que, por exemplo, nas normas administrativas despontam a cada passo aflorações das instituições económicas. O Direito Administrativo de cada País está intimamente ligado à respec-

⁽¹⁾ Cf. Dr. P. PITA E CUNHA, *Dos funcionários internacionais*, 1934 (separata da revista *O Direito*, anos 95.º e 96.º), págs. 21 e segs.

tiva estrutura económica. Grande número das necessidades colectivas que a Administração visa satisfazer são de índole económica e para ir ao encontro delas tem de lançar mão de processos ou bens económicos. Isto significa a grande importância da Economia Política como subsidiária do Direito Administrativo o qual, por sua vez, condiciona, modela e influi por tal forma na vida económica que não pode ser ignorado pelo economista.

A expressão *Ciência da Administração* ou *Ciência Administrativa* tem sido usada em diversos sentidos.

a) *Como ramo da Sociologia positivista.* — No princípio do corrente século admitia-se a existência de uma Ciência da Administração concebida como capítulo da Sociologia positivista, tal como a desenvolviam os discípulos de AUGUSTO COMTE. A sociedade era considerada um organismo sujeito a leis causais irremovíveis. O jurista devia estudar as leis do organismo social, semelhantes às leis biológicas e com as quais as leis jurídicas não podiam deixar de se conformar. A Ciência da Administração tenderia também a descobrir quais dessas leis presidem ao desenvolvimento da função administrativa ⁽¹⁾.

Outros, dentro da mesma ordem de ideias, optavam por uma visão mecanicista da «máquina administrativa» adaptando-lhe as leis físicas. De qualquer maneira esta invasão do «cientismo» nas ciências sociais só conduziu a equívocos e falsas conclusões.

b) *Como conjunto de técnicas de organização do trabalho administrativo.* — Passada a época da influência da Sociologia positivista a Ciência administrativa reapareceu na sequência dos estudos sobre organização científica do trabalho que, tendo produzido o *taylorismo* no labor industrial, vieram a dar o *fayolismo* nas actividades administrativas ⁽²⁾.

⁽¹⁾ É a concepção que se encontra consagrada no relatório da reforma dos estudos jurídicos de 24 de Dezembro de 1901 e no *Curso de Ciência da Administração e Direito administrativo*, de GUIMARÃES PEDROSA, 2.ª ed., 1908.

⁽²⁾ Ver sobretudo HENRI FAYOL, *Administration industrielle et générale*, 1916.

A nova ciência da organização do trabalho administrativo procurou, pelo apuramento e desenvolvimento dos estudos de psicologia individual e colectiva e da actividade fisiológica do trabalhador, encontrar métodos racionais que, substituindo-se à rotina e ao empirismo, permitissem aumentar o rendimento dos serviços ao mesmo tempo que diminuíssem o seu custo e melhorassem a retribuição dos funcionários.

A chefia não se improvisa e os chefes têm de ser preparados, ensinados para a sua missão, pois a chefia deve também ser uma profissão: nasceu daí a «ciência da direcção» (*management science*).

Os problemas de recrutamento e selecção do pessoal e do seu melhor aproveitamento e remuneração, do horário de trabalho, da mecanização dos serviços, da mais conveniente disposição e simplificação dos impressos, da coordenação das repartições, da previsão e planeamento dos trabalhos, da eficaz fiscalização das actividades, da existência de uma documentação adequada, actualizada e de pronta consulta, da organização dos ficheiros, etc., começaram a ser objecto de aturados estudos donde nasceram numerosas técnicas destinadas a aumentar a eficiência ou a produtividade da máquina administrativa pela melhoria da Organização e dos métodos (O & M) e que têm sido imprópriamente chamadas *ciências administrativas* às quais hoje em dia se consagram, em quase todo o mundo, escolas, institutos científicos e serviços dos Estados ⁽¹⁾.

c) *Como política administrativa.* — Todavia, estas técnicas só podem interessar o jurista, como tal, através da *Política administrativa*.

⁽¹⁾ Sobre este conceito, P. M. GAUDEMET, *Droit administratif et Science administrative* em «Estudios en honor de Colmeiro», Santiago de Compostela, pág. 39. Convém sobre todos estes pontos ver também o utilíssimo livro de G. LANGROD, *Science et enseignement de l'Administration publique aux Etats Unis*, 1954. Em Portugal são dignos de registo os trabalhos realizados nos últimos anos na Direcção-Geral da Contabilidade Pública (Ministério das Finanças) e o recente movimento nascido nos Ministérios da Economia e das Obras Públicas de que resultou o boletim OM (n.º 1, Fevereiro de 1965).

A *Política administrativa* determinaria a escolha das orientações preferíveis a consagrar nas leis administrativas de um dado país e as reformas mais convenientes a introduzir nelas para as melhorar, em vista de conseguir a satisfação dos fins que o Estado se propõe através do desempenho da função administrativa.

Assim, esta disciplina elucidaria o jurista acerca dos objectivos extrajurídicos das leis administrativas, permitindo-lhe apreender as *razões*, as *intenções* e o *fim* das leis; e autorizá-lo-ia a pesquisar as reformas em que o sentido da Justiça e o conhecimento da técnica jurídica se aliem às considerações de ordem política, económica e social suscitadas pelas circunstâncias actuais e locais dos problemas a resolver.

d) *Como ciência social.* — Recentemente o problema da Ciência da Administração foi retomado e tratado intensamente em diversos países ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Cf. GEORGES LANGROD, *Science et enseignement de l'Administration publique* in «Revue internationale des Sciences Administratives», ano XX, 1954, pág. 543. (O autor deste notável estudo atribui-nos a perflhação do velho conceito sociológico que reproduzimos, a título informativo, de GUIMARÃES PEDROSA. É evidente que só por erro de leitura tal se poderia entender). Pode ver-se ainda, em especial, o relato do colóquio consagrado ao assunto no X Congresso Internacional de Ciências Administrativas (Madrid, 1956) nas respectivas *Actas*, págs. 1223 a 1275, o artigo de DE VALES, *Il problema teorico e didattico delle scienze amministrative* na «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», vol. VII (1957), n.º 4; e os ensaios de LANGROD, *Science administrative ou Sciences administratives?*, separata dos anais da Universidade do Sarre, «Annales Universitaires Saravienssis», 1957 e *La Science de l'Administration Publique* (*Esquisse Historique*), separata do volume em honra de Silvio Lessona, Bolonha, 1964. Também têm sido publicados vários compêndios de ciência da Administração. Aquele que se nos afigura mais bem concebido e bem sucedido é o de MOSHER e CIMMINO, *Elementi di scienza dell'amministrazione*, Milão, 1959. Entretanto, por iniciativa do Prof. LANGROD foi publicado em França, como obra colectiva, um *Traité de Science Administrative* (1965) que reflecte as hesitações desta disciplina incipiente, à qual é dado por objecto o «facto administrativo». Após a Introdução (História, Facto administrativo, Localização e método) o Tratado ocupa-se do meio, das «missões», da estrutura, dos homens, do funcionamento, das técnicas, dos meios materiais e dos controlos,

A exposição que se segue traduz o nosso modo de ver. Não há dúvida que o Direito não pode proporcionar a visão integral dos fenómenos administrativos. O Direito apenas nos dá o aspecto exterior e formal da organização e da actividade da Administração Pública, que as suas normas estruturam e disciplinam. Há, porém, para além disso, os próprios factos estruturados e disciplinados e a sua problemática. Ora se o Direito apenas abrange as *normas*, isto é, regras de conduta, e se a Ciência Jurídica só a estas pode ter por objecto, a matéria regulada pode e deve ser objecto de estudo por outras disciplinas.

Impõe-se estudar os fenómenos da administração em função das necessidades que esta preenche, dos meios que utiliza, dos fins que deve visar; considerar as várias modalidades que apresentam consoante os tempos e os lugares, as relações que os ligam às circunstâncias geográficas, sociais, políticas, económicas e até de psicologia individual ou colectiva em que se manifestam; os tipos de organização que a administração tem revestido ou pode assumir e as razões que motivam a adopção de um ou de outro.

Deve-se averiguar ainda em que medida os vários processos ou meios empregados são adequados ao preenchimento dos fins propostos; as razões da eficiência ou da ineficácia; os métodos de correcção ou de aperfeiçoamento dos defeitos da orgânica ou da actuação administrativa. E em tudo isto pesquisar princípios gerais, apurar se há regras de validade universal que a razão inculque e a experiência confirme, ou que da observação dos factos se possam depreender.

Tratar-se-ia, por conseguinte, do estudo das necessidades a que a Administração deve ocorrer, dos modos por que pode

terminando pelo esboço de uma teoria geral (sociológica e cybernética) da acção administrativa. É uma tentativa bem intencionada mas que ainda não pode considerar-se coroada de êxito. Em Abril e Maio de 1966 regu um curso de Ciência e Teoria da Administração Pública cujo plano foi publicado na revista *O Direito*, ano 98.º, págs. 299 e segs. e pode ser considerado desenvolvimento e explicação das ideias apresentadas nesta página do *Manual*.

fazê-lo, dos meios que lhe é possível utilizar, das condições em que deve empregá-los, da maneira de valorizar e corrigir os resultados obtidos. E em primeiro plano, da própria organização administrativa, das suas fórmulas e do papel que os homens nela representam bem como das condições óptimas do seu aproveitamento.

Poderá chamar-se a este estudo *Ciência da Administração*? Não seria preferível denominá-lo *Teoria da Administração*? Se pusermos de parte os conceitos causalistas ou deterministas de ciência e se aceitarmos que qualquer ramo de conhecimento identificável pelo seu objecto pode constituir uma Ciência, será lícito dizer que estamos perante uma *ciência social* cujo estudo só pode ser útil ao jurista, na medida em que o elucida sobre a matéria regulada pelo Direito Administrativo e lhe abre horizontes, impedindo a acentuação da tendência dos homens de leis para tudo reduzirem à regra, ao texto, à forma, e para se prenderem ao que está, sem visão das necessidades novas a que se tem de ocorrer.

Numa exposição de Direito Administrativo não pode deixar-se de, a cada passo, esclarecer as instituições jurídicas mediante a exposição dos factos e das circunstâncias que as justificam e explicam. Assim como a Ciência da Administração não pode prescindir do Direito na medida em que muitos dos elementos administrativos são criados por leis (a orgânica, por exemplo) ou por elas disciplinados e condicionados. Portanto, embora a investigação de cada uma das disciplinas exija métodos diferentes e elas devam ordenar-se segundo princípios distintos, cada uma pode e deve aproveitar os subsídios de outra.

26. B) História da administração pública e Direito administrativo comparado. — Num país de velhas tradições, como o nosso, a organização administrativa é fruto de uma evolução secular, com sucessivas estratificações institucionais que as próprias revoluções não puderam destruir totalmente. O presente não é compreensível sem conhecimento do passado.

Nem se concebe de outra forma o estudo da organização administrativa nacional que, a fazer-se independentemente da

História, se reduziria à seca descrição dos serviços e dos órgãos, sem interesse científico e que seria fácil encontrar em qualquer almanaque.

Integrada na História, a organização administrativa surge-nos como o momento actual de uma evolução vinda de longe, que continua fiel a determinadas regras e sem fugir às *constantes* características da população e do meio.

Assim, o jurista não deve, ao procurar estudar o Direito administrativo para além do superficial exame da legislação vigente, deixar de recorrer assiduamente à História da administração pública do seu país ⁽¹⁾.

Mas a par da evolução da administração pública no tempo há as diferenças que apresenta no espaço, bem como as do Direito que a regula.

Daqui resulta, o estudo do *Direito administrativo comparado*, tendente a pôr em relevo as afinidades e diferenças entre os sistemas jurídicos dos diversos países. Esse estudo tem vivo interesse e pode ser de grande utilidade desde que não se reduza a mera justaposição da descrição das legislações. Para comparar as instituições administrativas de dois ou mais países é preciso: 1.º partir do confronto dos respectivos sistemas administrativos; 2.º aprofundar o estudo das instituições procurando descrevê-las tais como são, na realidade, e sem ficar na aparência legislativa formal; 3.º investigar as razões históricas, políticas, económicas e sociais que explicam a feição da instituição em cada país; 4.º finalmente estabelecer a comparação e tirar daí a lição útil ⁽²⁾.

⁽¹⁾ A *História da Administração Pública em Portugal nos sécs. XII a XV* que GAMA BARROS iniciou como administrativista que era, acabou por abranger muitos aspectos da história económica, social e das instituições tratados sob um ângulo erudito. Falta-nos, pois, obra de conjunto. Pessoalmente temos investigado alguns pontos da história municipal, corporativa e das instituições, bem como da legislação portuguesa (Cf. a bibliografia impressa no estudo sobre *Os Antecedentes da Reforma Administrativa de 1832* (Mousinho da Silveira), 1957).

⁽²⁾ Podem ver-se estudos comparativos de Direito administrativo não só nas revistas desta especialidade como nas de Direito comparado, tais como a *Revue Internationale de Droit comparé* (Paris) e a *Revista*

27. Relações entre o Direito administrativo e o Direito privado. — Importa ainda fazer referência às relações existentes entre o Direito administrativo e as disciplinas do Direito privado, em especial o Direito civil.

Quando o Direito administrativo começou a ser elaborado, nos princípios do século XIX, a atenção dos seus cultores foi sobretudo concentrada nos problemas da orgânica da administração, dos limites do poder público e da garantia dos direitos individuais. A medida que o sistema administrativo se foi definindo, as suas exigências naturais determinaram a resolução de novos problemas surgidos da vida corrente. Soluções avulsas dadas nas leis ou pela jurisprudência a estes problemas, em desacordo com os cânones clássicos do Direito privado, apareceram aos olhos dos civilistas como simples aberrações, verdadeiras heresias em rebelião contra os dogmas jurídicos tradicionais. Só no último quartel do século XIX se pôs em evidência que o Direito administrativo não era um conjunto de excepções ou de soluções «exorbitantes» do Direito privado, mas sim um verdadeiro corpo de doutrina, informado por princípios próprios e com estrutura peculiar, cuja categoria científica nada ficava a dever à do Direito civil e que, como este, se inseria no plano do Direito comum.

Mas o Direito civil foi, desde o período da hegemonia romana até ao século XIX, o repositório da tradição jurídica da Europa ocidental. Na concepção clássica, *jus civile* era todo o direito próprio da *civitas* ou sociedade política, o qual na Idade Média se opunha ao Direito canónico. No seu âmbito, que estava longe de restringir-se aos quadros modernos do Direito privado, foram pois elaborados e conservados os princípios fundamentais da doutrina e os instrumentos da técnica jurídica. Não admira que o Direito administrativo, ao construir o sistema científico dos seus princípios, recorresse ao

del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona). Fizemos a aplicação deste método no ensaio sobre *As garantias jurisdicionais dos administrados no direito comparado de Portugal e do Brasil*, publicado na *Rev. da Fac. de Direito de Lisboa*, vol. XVII, pág. 95.

pecúlio comum mantido pelo Direito civil e partisse da sua técnica. Assim, nas instituições do Direito administrativo encontramos os conceitos, embora reelaborados e adaptados, de pessoa jurídica, de contrato, de responsabilidade contratual e delitual, de coisa, de direito real, de propriedade, etc.

O administrativista moderno teve de estudar o Direito civil e de lançar mão dos seus institutos para os comparar com aqueles que a vida da Administração fez surgir e para beneficiar (com legitimidade igual à dos cultores das outras disciplinas jurídicas) das aquisições teóricas e técnicas acumuladas durante a milenária elaboração desse ramo do Direito. Alguns princípios gerais são mesmo integralmente aceites pelo Direito administrativo, não como regras de Direito civil mas por serem princípios gerais de Direito ou regras comuns de técnica jurídica, abusivamente tidas como exclusivas do domínio civilista.

A identidade de designação de certos institutos no Direito administrativo e no Direito privado não deve, porém, induzir no erro de pensar que correspondam às mesmas realidades: a verdade é que estas requerem regimes jurídicos diferentes consoante se localizam no campo dos interesses privados ou no reino do interesse público.

Mas se é certo que o Direito administrativo foi buscar inspiração e estrutura ao pecúlio multissecular do Direito civil para elaborar a sua própria doutrina, também é verdade que muitos institutos do Direito privado nos últimos anos têm sofrido influência profunda da doutrina administrativa, perfilhando alguns dos seus conceitos fundamentais e haurindo no seu espírito os recursos necessários para resolver situações novas que a evolução social vai criando. Corresponde esta influência do Direito administrativo ao que já tem sido chamado a *publicização do Direito privado*, consequência da invasão de esferas tradicionalmente abandonadas aos interesses privados pela crescente preocupação com os problemas sociais e pela intervenção do Estado e visível em tantos preceitos do Código Civil Português de 1966.

Por outro lado o alargamento do âmbito de acção da administração pública tem feito com que ela revista formas

cada vez mais diversas, de tal modo que a par dos processos de direito público (os serviços administrativos tradicionais) usa com frequência crescente de processos de direito privado (as sociedades de economia mista ou as sociedades anónimas em que o único accionista é o Estado) e até processos em que o Direito público e o Direito privado se entrelaçam (organização corporativa, certas empresas públicas).

Também os meios de actividade deveriam compreender os meios financeiros e assim se procedeu nas primeiras edições. A necessidade de não avolumar demasiadamente a obra e o facto de se poder encontrar em livros que lhe são especialmente dedicados a exposição dos princípios fundamentais sobre as receitas públicas, leva-nos a continuar a omitir esse assunto.

Nos modos de actividade deveria caber o Fomento, correspondente à intervenção da Administração propulsora das actividades individuais, mas se é certo que há aí larga matéria para a Ciência da Administração, escasseiam elementos de um regime característico de Direito Administrativo.

§ 5.º

Fontes do Direito administrativo

I

As fontes principais do Direito

35. As fontes principais do Direito: lei e costume. — Os modos como as normas jurídicas se formam são a lei e o costume.

Muitos têm sido os critérios propostos para distinguir estas duas fontes principais do Direito. Quanto a nós a diferença resulta apenas do grau de consciência que os membros da sociedade tenham acerca da *origem* da obrigatoriedade da norma.

Se a obrigatoriedade da norma resulta do acto do Poder que a impôs pelas formas solenes para esse efeito consagradas, temos a *lei*, tomada a palavra no mais amplo sentido.

Se a norma é observada e imposta pelo Poder apenas porque assim se faz desde há longo tempo e se reputa necessário continuar a fazer sem que tenha havido um acto de definição e imposição de que possa datar-se a obrigatoriedade, temos o *costume*.

Pode o texto da lei ter-se perdido que a norma não perde o carácter legal quando se saiba qual o seu conteúdo e a sua origem.

Por seu lado o facto de o costume ser recolhido e reduzido a escrito não faz perder à norma o carácter consuetudinário.

É preciso ter sempre bem presente que só é norma consuetudinária aquela que se impõe, com a mesma força da lei,

aos cidadãos e aos órgãos de Poder: *aquela que os tribunais aplicam e as autoridades impõem coercivamente aos que a transgridam ou não observem.*

Definiremos, portanto, o costume e a lei desta maneira:

Costume é toda a norma de carácter geral definida pelo uso ou prática constantes e sancionada pela coacção em virtude da convicção comum, partilhada pelos órgãos do Estado, da sua obrigatoriedade.

Lei é toda a norma de carácter geral definida por mandado conhecido do Poder competente para a impor e como tal acatado ⁽¹⁾.

O Código Civil de 1966 logo no seu artigo 1.º dispõe que «são fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas», esclarecendo a seguir: «Consideram-se leis todas as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes».

Assim, enquanto na noção amplíssima que nós perfilhamos lei é toda a norma jurídica definida por um poder acatado e competente, seja ele do Estado, de uma Província Ultramarina, de uma Autarquia local ou de uma Corporação, o Código restringiu a noção de lei, que pretendeu também muito ampla, às normas dimanadas dos *órgãos estaduais* e publicadas no jornal oficial (art. 5.º), distinguindo delas as normas corporativas e deixando no esquecimento as provenientes das autarquias locais.

Por isso consideramos esta disposição infeliz e imprópria para ser adoptada no ensino jurídico (cf. *O Direito*, ano 98.º, págs. 211 e 307).

36. Costume e praxe, em Direito administrativo. — É o costume fonte de Direito administrativo?

Para boa compreensão do problema há que distinguir duas questões: a de saber se o costume pode ser fonte do Direito administrativo, e a de apurar se entre as fontes do nosso Direito positivo figura o costume.

⁽¹⁾ Sobre a posição que tomamos quanto à coacção como elemento da norma jurídica vejam-se as nossas *Lições de Direito Penal*, págs. 7-8. Quanto à distinção entre lei e costume ver as nossas *Lições de História do Direito Português*, 1962, pág. 8. O conceito de lei que damos no texto é elaborado segundo um critério material amplo, que só atende à generalidade da norma. Um critério material restritivo teria também em conta a criação de direito, ou *novidade* da norma: cf. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 5.ª ed., n.º 111.

Sabemos que as normas administrativas definem recíprocos poderes e deveres da Administração e dos particulares e disciplinam o respectivo exercício.

Concebe-se que por antiga tradição seja da competência dos órgãos administrativos exercer certos poderes e que assim lhes incumbam também determinados deveres.

Desde que, por convicção da sua natureza jurídica, esses poderes e deveres sejam tomados pelas autoridades, tribunais e meros particulares da mesma forma que se as relações a eles respeitantes estivessem reguladas por lei, não há dúvida que o costume é fonte de Direito administrativo: nenhuma razão lógica o impede, nem sequer o facto de haver preceitos legais que pareçam impedir a formação de normas consuetudinárias. Na verdade é pretensioso que a lei pretenda evitar o costume; a *autenticidade* social deste, resultante da espontaneidade das forças que motivam o seu aparecimento e a sua imposição, obriga a quem considere o problema, isento de preconceitos de escola, a reconhecer o seu valor normativo. Se os juizes e as autoridades de um país se convencem, com o comum das pessoas, que certa lei é obsoleta (por exemplo), não há teorias escolásticas que a façam aplicar.

No direito dos países continentais onde se implantou o sistema administrativo, a novidade deste e a facilidade de legislar fazem com que, de facto, seja quase impossível a formação ou a persistência de uma norma consuetudinária. Os preceitos administrativos nascem logo da lei ou, quando comecem a formar-se por espontâneo e natural consenso da Administração e do público, depressa vêm a ser consagrados por lei.

Existem muitas regras de conduta dos órgãos administrativos, nas suas relações com os particulares, que não vêm nas leis nem nos regulamentos: mas essas regras são resultado de decisões dos superiores hierárquicos ou da rotina dos serviços — *praxes* que a todo o tempo podem ser substituídas ou suprimidas pelos agentes administrativos e que não constituem *Direito* — isto é, não são normas obrigatórias que as autoridades necessariamente acatem e que os tribunais aplicam. Trata-se, pois, de *normas técnicas*, meramente usuais

ou de simples conveniência, desprovidas da *opinio juris vel necessitatis* característica do costume.

Apenas uma ou outra norma poderá ter surgido por via jurisprudencial, no suprimento de lacunas da lei — mas decorrendo dos princípios gerais de Direito, sem verdadeira criação dos juízes ⁽¹⁾.

O que no Direito público moderno tem havido (e com frequência) é casos de revogação tácita de leis escritas cuja doutrina é incompatível com a Ordem política ou social nascida de uma revolução ou com os hábitos e mentalidade dominantes na sociedade para que foram feitas.

37. A lei administrativa. — Pode contudo afirmar-se que a fonte principal do nosso Direito administrativo é a *lei*, — tomada aqui esta palavra na sua mais larga acepção, isto é, significando qualquer norma geral e de vigência sucessiva definida e declarada obrigatória por mandado conhecido de um Poder que se acata.

Assim, sob a designação genérica de *lei* compreendem-se não só as leis em sentido formal (leis constitucionais e ordinárias, decretos-leis e diplomas legislativos ultramarinos) como os regulamentos qualquer que seja a forma que revistam — decreto, portaria, despacho normativo, deliberação de órgão colegial ⁽²⁾. Excluem-se, porém, as normas só obrigatórias dentro de certa ordem hierárquica e produzidas em consequência desta.

Já ficou dito que a actividade da Administração, no Estado moderno, está submetida a leis que instituem os órgãos, delimitam a sua competência e regulam o respectivo exercício,

⁽¹⁾ Sobre a matéria, mas referindo-se ao Direito público francês, veja-se MARC RÉGLADE, *La coutume en droit public interne*, 1919. Merecem leitura as páginas consagradas ao assunto, por MERKL, na *Teoría general del derecho administrativo*, págs. 129 e segs. da trad. esp.

⁽²⁾ Sobre a inclusão dos despachos normativos, isto é, despachos que contenham normas regulamentares, no conceito genérico de lei, veja-se o Acórdão do S. T. A. (P.), de 20 de Dezembro de 1952, in *O Direito*, ano 95.º, pág. 334.

marcando ao mesmo tempo as barreiras defensivas dos interesses individuais e sociais que o Estado deve respeitar.

Lei administrativa não é qualquer lei aplicável às relações travadas por órgãos da Administração: mas, como resulta do que anteriormente ficou dito, apenas *aquela que confere poderes de autoridade para o prosseguimento do interesse público, disciplina o seu exercício ou organiza os meios necessários para esse efeito*.

38. As normas corporativas são fonte de Direito Administrativo? — O artigo 1.º do Código Civil ao enunciar as fontes imediatas do direito menciona, a par da lei, as normas corporativas.

Foi talvez aspiração do legislador, ao redigir os preceitos do Título I (*Das leis, sua interpretação e aplicação*) consagrar alguns princípios fundamentais que valessem em toda a ordem jurídica portuguesa.

Mas as condições em que foi publicado e posto em vigor o projecto do Código não permitiram o exame amplo e autorizado do texto, e por isso tais disposições saíram de tal modo imperfeitas que não podem ser aceites pela Ciência jurídica.

Assim, quando muito, elas vigorarão (porque são direito positivo) no âmbito traçado pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 47 344, isto é, da legislação *civil*.

Em todo o caso importa examinar a possível projecção no Direito Administrativo das *normas corporativas* entendidas no Código como «regras ditadas pelos organismos representativos das diferentes categorias morais, culturais, económicas e profissionais no domínio das suas atribuições, bem como os respectivos estatutos e regulamentos internos».

Não há dúvida de que as Corporações e os organismos corporativos fazem parte, no nosso País, da Administração Pública, pois lhes estão confiadas importantes atribuições tocantes à realização de interesses colectivos, especialmente no domínio económico e profissional, para cujo desempenho possuem poderes disciplinares.

Segundo a letra do Código Civil existem três categorias de normas corporativas:

- a) as *regras ditadas* pelos organismos corporativos;
- b) os *estatutos* desses organismos;
- c) os *regulamentos internos* dos mesmos organismos.

A autonomia da primeira categoria, entre as fontes de direito, pressupõe uma autoridade própria dos organismos onde se radique o fundamento da obrigatoriedade das regras por eles *ditadas*. Entre parênteses, esta maneira de dizer exclui justamente uma das mais características categorias de normas corporativas, a das convenções colectivas de trabalho, *acordadas*, e não *ditadas*, pelos organismos corporativos.

Mas têm os organismos corporativos autoridade para *ditar* regras?

A verdade é que a legislação corporativa foi muito cautelosa a esse respeito, abstendo-se de conferir a faculdade regulamentária aos organismos corporativos primários e secundários, mesmo obrigatórios. Apenas num ou noutro caso, a lei especial criadora ou reguladora do organismo lhe deu competência para a regulamentação de matérias determinadas.

E quando se instituíram as Corporações, entre as suas atribuições, enumeradas na Base V da Lei n.º 2 086, de 22 de Agosto de 1956 apenas figura, na alínea f), a de «*propor ao Governo normas de observância geral sobre quaisquer assuntos de interesse para a Corporação e, em especial, sobre a disciplina das actividades e dos mercados; ou, com assentimento do Estado, estabelecer essas normas designadamente para promover a colaboração entre o capital e o trabalho, o aperfeiçoamento da técnica e o aumento da produtividade do trabalho e conseguir os menores preços e maiores salários compatíveis com a justiça social*».

Sublinhámos o «assentimento do Estado» para mostrar que o estabelecimento de normas corporativas depende de uma sanção que não pode deixar de ser considerada constitutiva da sua natureza jurídico-positiva. E sendo assim — não serão

tais normas corporativas verdadeiras leis dimanadas de um órgão estadual competente?

Quanto aos estatutos dos organismos corporativos só não são leis os que resultarem do mero acordo dos respectivos fundadores, isto é, os dos organismos facultativos, os quais obrigam os sindicalizados ou agremiados como quaisquer outros compromissos sociais em qualquer associação.

Finalmente os regulamentos internos dos organismos são mera disciplina do funcionamento dos seus serviços que, na medida em que seja *interna*, tem escassa repercussão na vida jurídica. Já assim não sucederia se a referência fosse feita aos *regulamentos de empresa* mencionados no artigo 7.º da Lei do Contrato de Trabalho (Dec.-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966) ou aos regulamentos de certa actividade corporativamente organizada, em geral com carácter disciplinar, os quais aliás, quando autorizados por lei, têm a natureza de *regras ditadas* pelos organismos.

Em conclusão as normas corporativas que sejam individualizáveis em relação à lei, podem ser fonte de direito administrativo.

39. A jurisprudência e a doutrina serão fontes do Direito Administrativo? — O facto de considerarmos a lei (e eventualmente o costume) fonte *principal* de Direito, deixa naturalmente a dúvida sobre se haverá outras fontes que, não sendo principais, todavia traduzam formas secundárias ou indirectas de criação ou revelação do Direito.

O problema põe-se, em primeiro lugar, relativamente à *jurisprudência*, considerada como orientação seguida na resolução dos casos concretos pelas autoridades competentes.

Dado que os órgãos da Administração activa estão investidos no poder de tomar decisões definitivas e executórias, eles ficam em posição paralela à dos tribunais quanto à possibilidade de formação de jurisprudência.

E, na verdade, no Direito Administrativo admite-se, a par da *jurisprudência dos tribunais*, uma *jurisprudência administrativa* ou *burocrática*.

Em geral essa jurisprudência representa a aplicação da lei.

O facto de a interpretação dada à lei aplicada poder ser mais ou menos ampla, de se recorrer mesmo a critérios actualistas, não impede que seja sempre a energia legislativa que os órgãos de aplicação utilizam para resolver os casos concretos.

Mas pode suceder que a necessidade do preenchimento de lacunas leve esses órgãos a criar soluções novas.

Pelo que respeita às autoridades administrativas, claro que têm de proceder dentro do âmbito da sua competência, e só ao exercê-la e contendo-se dentro dos respectivos limites poderiam, usando poderes discricionários, criar normas instrumentais ou de processo, por exemplo. A tendência, porém, em tais casos é para na primeira oportunidade regular tais situações em regulamentos, pois é através destes que a Administração desenvolve, por normas gerais, os preceitos superiores da lei.

Já o caso é diferente com os tribunais. Estes podem em certas circunstâncias desempenhar um papel relevante na criação de novas formas jurídicas e de novos direitos individuais.

Em França a jurisprudência do mais alto tribunal administrativo (o Conselho de Estado) desempenhou na evolução deste ramo de Direito um papel importantíssimo, comparável com propriedade ao dos pretores romanos. O Direito administrativo, no século passado, mal se definira ainda, as leis eram incompletas, os diversos institutos estavam imperfeitamente delineados, a cada passo se recorria ao Direito privado, e o progresso técnico fez surgir novas modalidades de actuação administrativa: o Conselho de Estado francês foi, pouco a pouco, criando novas vias de recurso, construindo novas teorias, reivindicando novos capítulos para o Direito público, definindo critérios de administração e assim se tornou o obreiro principal da ciência do Direito administrativo⁽¹⁾.

Mas daí não se deve concluir que em todos os países e

por todo o sempre tal seja o papel da jurisprudência administrativa.

Para que um tribunal possa desempenhar papel correspondente ao do Conselho de Estado francês é preciso que se reúnam vários requisitos: prestígio do tribunal alicerçado em longa tradição de ciência, independência e equilíbrio; leis pouco numerosas com preceitos vagos; e ambiente doutrinário propício às inovações, obtido sobretudo graças à preparação das ideias novas por «aproximações sucessivas» na resolução dos casos jurisprudenciais.

Hoje em dia é indispensável que os tribunais tenham o culto de legalidade de que são guardiães e mantenham intangíveis certos princípios fundamentais do Direito e da moralidade administrativa — contra todas as tentações de demagogismo ou de subserviência ao Poder, limitando-se na restrição ou extensão oportuna das disposições legais ou no suprimento dos casos omissos a observar as regras técnicas da interpretação e integração das leis.

A jurisprudência é deste modo uma forma normal de fixar o sentido da lei, isto é, de interpretá-la (e assim a estudaremos mais adiante) e só por excepção pode ser modo de criação e revelação do direito através do suprimento dos casos omissos em termos de constituir um *costume jurisprudencial*, devendo notar-se que o modo mais frequente que reveste a sua contribuição para a formação do direito é mediante a revelação de casos cujas características ou circunstâncias exorbitam dos quadros legislativos e a demonstração da necessidade de novas soluções legais e do respectivo sentido.

Quanto à doutrina, que também se definirá adiante, tem dois papéis: o de auxiliar os órgãos de aplicação na interpretação do direito constituído e o de influenciar os órgãos de criação quanto ao direito constituendo.

Em qualquer desses papéis a doutrina desempenha um papel de segunda linha: lança ideias, discute teses, comenta casos, constrói sistemas e procura aliciar adesões para que as conclusões propugnadas se convertam em decisões práticas.

Não é por conseguinte uma fonte imediata de Direito, embora seja uma força geradora de soluções jurídicas.

(1) Sobre a acção do Conselho de Estado francês nos primeiros 150 anos da sua existência (1799-1949) veja-se a obra *Le Conseil d'Etat-Livre jubilaire* (1952).

Deixando de lado a influência que a doutrina possa ter sobre o legislador (problema que, como o do papel da opinião pública nas transformações legislativas ou na evolução da jurisprudência, pertence mais à Sociologia do que à Ciência do Direito), parece que o lugar mais próprio para estudar a sua função é também o capítulo da interpretação das leis.

II

Hierarquia das leis

40. Lei constitucional. — O nosso País rege-se por uma Constituição escrita, cuja elaboração e modificação obedecem a um processo legislativo diverso do adoptado para o comum das leis: temos, portanto, uma Constituição *rígida*.

Materialmente só deveriam ser constitucionais as normas relativas à instituição e competência dos órgãos da soberania e aos limites do poder político. Porém, e existência do processo especial de produção das leis constitucionais leva o jurista a considerar compreendidas nesta categoria todas as normas definidas e impostas por via desse processo.

Entre as regras doutrinárias ou princípios jurídicos fundamentais consagrados na Constituição encontram-se numerosas que materialmente são administrativas⁽¹⁾.

Tais princípios de Direito administrativo uma vez inscritos em texto constitucional ficam sendo, por conseguinte, obrigatórios para o legislador ordinário: a lei ordinária não poderá conter matéria que os contrarie sob pena de inconstitucionalidade material.

E assim a Constituição é duplamente fonte de Direito administrativo: 1.º na parte em que fixa a estrutura do Estado

(¹) Por exemplo, na Constituição de 1933, os artigos 19.º a 21.º, 22.º, 24.º a 28.º, 31.º, 40.º a 62.º, 107.º a 111.º e 125.º a 132.º, além de outros do título respeitante ao Ultramar português.

e a competência dos órgãos de soberania; 2.º nos preceitos que contêm matéria administrativa.

41. Leis ordinárias. — Segundo a Constituição de 1933, existem dois órgãos legislativos normais: a Assembleia Nacional e o Governo, politicamente independentes entre si e situados no mesmo plano hierárquico.

A norma emanada da Assembleia Nacional após debate público e oral precedido de consulta à Câmara Corporativa, denomina-se *lei*.

A norma emanada do Governo, desde que assinada pelo Presidente do Conselho e por todos os Ministros e promulgada *para valer como lei*, denomina-se *decreto-lei*.

Tanto as leis propriamente ditas como os decretos-leis são *leis ordinárias* e têm o mesmo valor formal e idêntica força obrigatória, donde resulta poder uma lei ser alterada ou revogada por um decreto-lei.

Quanto ao Ultramar têm ainda força de lei os *decretos* e os *diplomas legislativos ministeriais* do Ministro do Ultramar publicados nos termos do § 1.º do artigo 150.º da Constituição e os *diplomas legislativos* que em cada província ultramarina sejam publicados pelos órgãos competentes (Const., arts. 151.º e 152.º e Lei Orgânica do Ultramar, bases 24 e 33).

42. Valor dos Tratados e Convenções internacionais. — O estreitamento das relações entre os povos em virtude, sobretudo, do desenvolvimento das facilidades de deslocação, tem conduzido à regulamentação por tratados e convenções internacionais de muitas matérias administrativas. Procura-se desse modo uniformizar regras de conduta dos órgãos dos diversos Estados e facilitar aos indivíduos a circulação através dos vários países ou o exercício da sua actividade em qualquer deles. Quanto à disciplina internacional de serviços administrativos basta referir as convenções postais internacionais e as convenções celebradas em matéria de exploração telegráfica, telefónica e ferroviária; as convenções sobre a disciplina rodoviária; as que regulam a exploração de aeroportos e o tráfego