1. ESTADO ABSOLUTO: À IMAGEM DE «DR. JEKYLL e MR. HYDE»?

Razão de ordem: 1.1. As relações entre a Administração Pública e o Direito (em especial, a Teoria do Fisco e a «dupla personalidade» do Estado). 1.2. A primeira percepção da especificidade das regras administrativas.

1.1. As relações entre a Administração Pública e o Direito (em especial, a Teoria do Fisco e a «dupla personalidade» do Estado)

A imagem que caracteriza de forma mais original as relações entre a Administração Pública e o Direito neste período parece-me ser, sem dúvida, a de KUNERT[1], baseada na distinção entre duas «personalidades jurídicas» do Estado Absoluto[2], de natureza radicalmente distinta entre si, à semelhança de «um Dr. Jekyll e um Mr. Hyde».

---

[1] FRANZ-JOSEF KUNERT, «Staatliche Bedarfsdeckungsgeschaefte und Oeffentliches-Recht», Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1977, p. 103. Julgo que, para a compreensão da imagem de KUNERT, é útil referir que se trata de uma alusão ao personagem do romance de Robert Louis Stevenson, acerca da dualidade da personalidade e da eterna luta entre o Bem e o Mal, celebrizado através de um dos grandes clássicos do filme de terror, «Dr. Jekyll and Mr. Hyde», realizado por Victor Fleming, em 1941, no qual Spencer Tracy, contracenando com Ingrid Bergman, encarna magistralmente o duplo papel do médico, Dr. Henry Jekyll e do seu alter-ego, Mr. Hyde, o monstro em que o primeiro se transfigura.

[2] Trata-se da fase correspondente à Monarquia Absoluta, de meados do século XVII aos finais do século XVIII, e as principais características políticas deste «Estado Absoluto» são, de acordo com a síntese de FREITAS DO AMARAL: «centralização completa do poder real; enfraquecimento da nobreza, ascensão da burguesia; não convocação das Cortes; a vontade do Rei como lei suprema (l'État c'est moi); culto da razão de Estado; incerteza do direito e extensão máxima do poder discricionário ("Estado de polícia"); o Estado como reformador da sociedade e distribuidor das luzes – o "despotismo esclarecido"; recuo nítido em matéria de garantias individuais face ao Estado». V. «Curso de Direito Administrativo», Vol. I, 2ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 1994, p. 67. Para a noção e características do Estado Absoluto, v., também, JORGE MIRANDA, «Manual de Direito Constitucional», Tomo I, 4ª ed., Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 1990, pp. 78 e ss., onde define o Estado Absoluto como aquele «em que se opera a máxima concentração do poder no rei (sozinho ou com os seus ministros) e em que, portanto: 1°) a vontade do rei (mas sob formas determinadas) é lei; 2°) as regras jurídicas definidoras do poder são exíguas, vagas, parcelares e quase todas não reduzidas a escrito».

Esta imagem espelha de forma muito sugestiva o desdobramento[3] que existe nesta época entre o «Estado propriamente dito», dotado de soberania, e o Estado enquanto «Fisco», entidade de direito privado e sem soberania.

Esse desdobramento surgiu como uma reacção ao facto de, sob o lema «The King can do no wrong», a teoria jurídica do Estado Absoluto, anterior à Revolução Francesa, ter em geral cultivado a ideia da irresponsabilidade do Estado[4-5].

É verdade que, na prática, as consequências dessa irresponsabilidade jurídica do Estado Absoluto eram largamente atenuadas uma vez que, por um lado, existiam inúmeras excepções à referida regra geral[6] e, por outro lado, o próprio facto de se tratar de um Estado abstencionista significava um risco muito menor de interferência na esfera jurídica dos particulares.

No entanto, também é verdade que, nesta época, não seria admissível qualquer acção judicial contra a Coroa, para dirimir os eventuais litígios que pudessem surgir com os particulares. Isso explica precisamente que, na perspectiva da defesa dos súbditos, a solução engendrada tenha sido a de criar, ao lado do «conceito nebuloso de Estado» (ROGÉRIO SOARES)[7], uma entidade de direito privado a quem pudesse ser imputada a responsabilidade dos eventuais prejuízos causados aos particulares.

[3] Utilizando exactamente esta expressão «desdobramento», v. JORGE MIRANDA, «Manual...», cit., Tomo I, p. 78.

[4] V. DIOGO FREITAS DO AMARAL «A Responsabilidade da Administração no Direito Português» (Lição proferida em 27 de Maio de 1972, num Curso de extensão universitária organizado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de S. Paulo), 1972, p. 10, onde chama a atenção para o facto de ter sido essa a concepção dominante, não só nas épocas em que o poder se concentrou nas mãos de um monarca absoluto, mas também no próprio século XIX, quando «(...) o direito administrativo se achava ainda numa fase incipiente na qual, segundo a conhecida fórmula de Laferrière, le propre de la souveraineté c'est de s'imposer à tous sans compensations».

[5] A este propósito, v. MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS GARCIA, «Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua Origem e Evolução», Col. Teses, Ed. Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1994, p. 156.

[6] V. FREITAS DO AMARAL, «A Responsabilidade...», cit., pp. 10 e 11, onde refere, a título de exemplo, o caso das autarquias locais, as quais respondiam pelos danos que causavam, uma vez que não eram consideradas «entidades soberanas».

[7] ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, «Interesse Público, Legalidade e Mérito», Coimbra, 1955, p. 60.

Assim surge a Teoria do Fisco[8], baseada no referido desdobramento entre, por um lado, o Estado que tem poder soberano mas não tem património e, por outro lado, o Fisco que apenas tem património e não é dotado de poder público[9].

Em bom rigor, o Fisco não passava de uma ficção, através da qual era possível que o Rei, sem perda de soberania, pudesse estabelecer relações jurídico-privadas com os particulares, celebrando contratos, comparecendo em juízo e estando sujeito a que, contra ele, os particulares reivindicassem os seus direitos[10-11]. ROGÉRIO SOARES afirma que esta construção jurídica parece hoje em dia «bizarra e artificial» mas que ela foi, à época, «o único remédio»[12] para assegurar alguma garantia aos interesses dos particulares[13].

Para descrever esta construção jurídica, PARADA[14] fala na existência de um verdadeiro «desdobramento esquizofrénico» da Administração Pública, por um lado, naquela que se «disfarçava de Fisco» e, por outro, naquela que nem sequer se considerava sujeita às regras jurídicas.

Para compreender quão adequada é esta comparação, julgo oportuno lembrar aqui que, em sentido técnico, «esquizofrenia» significa «um

[8] Para a importância histórica da Teoria do Fisco, v. FRITZ FLEINER, «Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das oeffentliche Recht», Ed. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906, pp. 4 e ss..

[9] EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, «Curso de Derecho Administrativo», Vol. I, 6ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 353.

[10] JORGE MIRANDA, «Manual...», cit., Tomo I, pp. 78 e 79.

[11] V. ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, «Curso...», cit., Vol.I, p. 353.

[12] ROGÉRIO SOARES, «Interesse Público...», cit., p. 61.

[13] V. ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, «Curso...», cit., Vol.I, pp. 354 e 355, onde se afirma que, em bom rigor, nos países de influência francesa não se pode falar verdadeiramente em Teoria do Fisco. Assim, nestes países e num primeiro momento, sem chegar a reconhecer ao Estado a condição de pessoa jurídica, o que implicaria o reconhecimento de direitos e obrigações para com os súbditos, chega-se a consequências semelhantes mediante a célebre distinção entre actos de autoridade e actos de gestão. Aliás, a evolução posterior desta distinção «recordará pontualmente a velha tese alemã do Fisco» já que, no fundo, o dogma da personalidade jurídica se aplica, então, não a todo o âmbito de actuação do Estado, mas apenas ao sector concreto dos actos de gestão.

Este dualismo entre «Estado-poder público» e «Estado-pessoa jurídica» foi posteriormente ultrapassado, como se verá a propósito do Estado Liberal, com a consagração da personalidade jurídica única do Estado e, assim, com a ideia de que também quando a Administração actua sob as vestes de poder público surgem verdadeiras relações jurídicas.

[14] RAMON PARADA, «Derecho Administrativo», Tomo I, 5ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 253.

grupo de psicoses particularmente graves, caracterizadas pelo fenómeno da dissociação»[15]. Aliás, EUGEN BLEULER (1857-1939), psiquiatra suíço, escolheu para designar tais psicoses a palavra «esquizofrenia» (do grego «skhizein», fender, e «phren», espírito), precisamente para sublinhar aquilo que constitui o seu carácter essencial e que é esse fenómeno de «clivagem» ao nível da personalidade.

Justifica-se, assim, na minha opinião, a utilização desta imagem da «esquizofrenia» a propósito dessas «duas personalidades» do Estado Absoluto: duas personalidades independentes e contraditórias entre si e, consoante existe ou não sujeição ao Direito, uma faceta «boa» e outra «má»; ou seja, como diria KUNERT[16], um Estado «à imagem de Dr. Jekyll e Mr. Hyde».

1.2. A primeira percepção da especificidade das regras administrativas

É importante agora relacionar as formas de actuação de que a Administração Pública se serve neste período e a própria evolução da Ciência do Direito Administrativo.

Tem-se entendido tradicionalmente que esta é uma fase em que, utilizando a Administração Pública as formas jurídico-privadas de actuação, ela está sujeita ao Direito Comum e não existe ainda, em bom rigor, Ciência do Direito Administrativo[17]. MARCELLO CAETANO lembrava que, nos finais do Antigo Regime, em meados do século XVIII, «a enciclopédia do Direito reduzia-se a meia dúzia de disciplinas»[18] e que em todos esses ramos de Direito apareciam normas relativas às relações

[15] V. CHARLES-HENRI FAVROD, «A Psicanálise», Enciclopédia do Mundo Actual, Vol. 2, Ed. Dom Quixote, Lisboa, 1976, p. 96.

[16] FRANZ-JOSEF KUNERT, «Staatliche...», cit., p. 103. Infelizmente, como veremos mais adiante nos pontos 3 e 4, e ao contrário do que conclui KUNERT, não me parece pacífico que tal ideia se tenha tornado «obsoleta» nos dias de hoje.

[17] ROGÉRIO SOARES, «Direito Administrativo», Lições policopiadas para o Curso de Direito do Porto, da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica, sem data, p. 39.

[18] MARCELLO CAETANO, «Tendências do Direito Administrativo Europeu», in «Estudos de Direito Administrativo», Ed. Ática, Lisboa, 1974, pp. 429 e ss., p. 429. Para comparar o nascimento da Ciência do Direito Administrativo na Alemanha, em França e em Itália, v. ROGÉRIO SOARES, «Direito Administrativo», sem data, cit., pp. 40 e ss..

entre os particulares e a Coroa, passando-se assim tudo no âmbito do Direito Comum[19].

Contudo, esta ideia tende hoje a não ser aceite em termos absolutos, afirmando-se antes que, em bom rigor, a especificidade das regras administrativas já começava a ser reconhecida no último século do Antigo Regime[20-21].

JEAN-LOUIS MESTRE vai até mesmo mais longe e afirma que já no período medieval há a percepção da especificidade de algumas regras aplicáveis à Administração Pública, especialmente as que dizem respeito aos privilégios do Fisco[22]. No entanto, essa consciência de tais especificidades não impede que, neste período, se aceitasse que o Fisco pudesse encontrar-se na mesma posição que os particulares[23]. Aliás, MESTRE identifica aqui precisamente a origem da questão de saber em que circunstâncias pode o poder público submeter-se ao mesmo direito que os particulares[24].

No século XVIII, toma-se consciência da especificidade das regras administrativas, por oposição ao conceito de «Direito Comum» entendido no sentido de «direito aplicável a todos», e já não se trata sequer apenas, como na Idade Média, do particularismo de uma única categoria

[19] Neste sentido, v. MARCELLO CAETANO, «Tendências...», cit., p. 430.

[20] JEAN-LOUIS MESTRE, «Introduction Historique au Droit Administratif Français», Ed. P.U.F., Paris, 1985, p. 153.

[21] V. também MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, «Da Justiça...», cit., p. 259, nota 489, onde enuncia os «princípios jurídicos anteriores à Revolução Francesa que impedem a afirmação de que o Direito Administrativo nasce com a Revolução», apresentados por GASPAR ARIÑO ORTIZ.

[22] JEAN-LOUIS MESTRE, «Introduction...», cit., p. 155, onde refere como exemplo que «Jean Le Coq, na sua enumeração de 31 desses privilégios do Fisco, refere 11 vezes a fórmula "contra jus commune", acrescentando de cada vez a referência à regra de "direito comum" – no sentido de direito aplicável a todos – que é afastada no caso».

[23] Opinião, aliás, já expressa no Digesto, por ULPIANO (por exemplo, quando o Fisco beneficia de uma sucessão privada, só pode invocar os seus privilégios a partir da devolução da sucessão; no período anterior, pelo contrário, só pode usar os direitos do particular – D., 49.14.6 pr). V. este exemplo em JEAN-LOUIS MESTRE, «Introduction...», cit., p. 155. V. também as pp. 160 e ss. onde se explica que, curiosamente, o Direito Romano, responsável por certa tendência para a privatização (num período intermédio), vai no entanto depois ser também responsável pela tomada de consciência da especificidade, sobretudo em textos referentes à organização da administração romana, tais como as Novelas de Justiniano, o Código Teodosiano, o Código de Justiniano e o Digesto.

[24] JEAN-LOUIS MESTRE, «Introduction... », cit., p. 155, onde lembra tratar-se de questão evocada também na Grande Glosa de Acúrsio. Assim, nela se afirma que «Fiscus plerumque utitur iure privati» (gl. Fiscum, n.a., sur CJ, 4.44).

especial de regras – os privilégios do Fisco[25]. Essas regras derrogatórias do Direito Comum aparecem como constitutivas de privilégios e associadas ao primado do interesse geral sobre os interesses privados. PORTALIS é, em 1780, muito claro a esse respeito: «As formas jurídicas, os tribunais e as leis civis são instituições admiráveis para que um cidadão possa defender os seus bens e a sua vida contra um outro cidadão. Elas são admiráveis ainda para proteger o cidadão contra o público, no caso e em relação às coisas onde o público está face a esse cidadão no mesmo plano de um particular que lida com um particular. Mas já não se pode regular pelas mesmas regras em relação aos assuntos de polícia ou administração geral ou seja, quando o público age para o interesse de todos, quando actua para o bem da universalidade. Então, a lei civil tem de dar lugar à lei política e o bem comum torna-se a lei única e suprema»[26].

Assim, de um lado, está a «lei civil» que coloca os cidadãos em pé-de-igualdade e, do outro, as exigências do bem comum e, por consequência, a «lei política»; cada um destes direitos deve ser sancionado pelo seu próprio juiz, conclui PORTALIS. A partir daqui, a percepção da especificidade do contencioso administrativo começa a vir ao encontro da percepção do particularismo do direito da Administração[27].

[25] V. JEAN-LOUIS MESTRE, «Introduction...», cit., p. 173, onde cita a afirmação de PORTALIS segundo a qual «a rotina do direito privado, que tem o inconveniente de atrofiar o génio, e retrair a alma, não prepara de forma alguma o administrador» e onde considera que esta afirmação é o momento culminante no reconhecimento da especificidade do direito da Administração, pois procura encontrar os seus fundamentos filosóficos. Por outro lado, na p. 174 lembra que MONTESQUIEU, seguindo tal incitação, consagrou o livro XXV do seu «Espírito das Leis» ao exame da «relação que as leis devem ter com a natureza das coisas sobre as quais estatuem». E, assim, distinguiu claramente o direito político do direito civil (v. caps. XV, XVI e XVII), sendo contudo «muito ambíguo» acerca das regras da Administração.

[26] Citado por JEAN-LOUIS MESTRE, «Introduction...», cit., p. 175.

[27] JEAN-LOUIS MESTRE, «Introduction...», cit., p. 176.

2. ESTADO LIBERAL: SOB A APARÊNCIA DA PERSONALIDADE JURÍDICA ESTADUAL UNITÁRIA

Razão de ordem: 2.1. As características da Administração Pública do Estado Liberal (em especial, a afirmação do princípio da legalidade). 2.2. A dupla subordinação da Administração Pública, ao Direito Privado e ao novo Direito Administrativo.

2.1. As características da Administração Pública do Estado Liberal (em especial, a afirmação do princípio da legalidade)

Não é possível analisar os problemas que se colocam neste período em relação à actividade de direito privado da Administração Pública, sem ter presente o «ambiente» liberal[28] e, sobretudo, sem ter presentes as

[28] A este propósito v. FREITAS DO AMARAL, «Curso...», Vol. I, cit., p. 77 e JORGE MIRANDA, «Manual...», Tomo I, cit., p. 83. Em jeito de síntese, pode dizer-se que as características gerais do Estado Liberal são:

a) O aparecimento das primeiras Repúblicas nos países ocidentais;
b) A afirmação da ideia de contrato social, em substituição do primado da tradição;
c) A consagração da plenitude do Estado-Nação, ou seja, da soberania nacional, em vez da soberania do príncipe;
d) A adopção do sistema de governo representativo: em vez do exercício do poder por um só ou pelos seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela colectividade;
e) A adopção do parlamentarismo;
f) O aparecimento dos partidos políticos;
g) A elaboração de constituições;
h) A consagração de uma «trilogia» de valores fundamentais: liberdade, propriedade e segurança;
i) A divulgação das declarações de direitos e, em especial, a proclamação da igualdade jurídica de todos os homens, independentemente do nascimento ou de quaisquer outros factores;
j) A afirmação do princípio da separação de poderes;
l) O entendimento da lei como expressão da vontade geral; a consagração do princípio da legalidade e, em especial, da subordinação do Estado à lei: em vez da razão de Estado, o Estado como executor de normas jurídicas;
m) O culto da separação entre o Estado e a Sociedade;
n) O reconhecimento da existência de direitos do homem, anteriores e superiores ao Estado, que este deve respeitar: em vez de súbditos, cidadãos;
o) O reforço substancial das garantias individuais em face do Estado.

alterações profundas que a Revolução Francesa provocou na concepção da vida jurídica, em especial, no regime jurídico aplicável à Administração Pública[29].

A este propósito, há duas ideias fundamentais a considerar[30]: a ideia de liberdade e a ideia de separação de poderes[31]. É precisamente em nome dessa liberdade que no Estado Liberal se afirma a necessidade de limitar o poder político, quer através da sua divisão e repartição por vários órgãos, quer através da redução ao mínimo das tarefas por ele desempenhadas[32].

É à luz desta afirmação da necessidade de mecanismos de limitação do poder que se deve agora recordar a questão do próprio processo histórico de criação do Direito Administrativo, a qual é qualificada por PROSPER WEIL como um verdadeiro «milagre»[33].

Após a Revolução Francesa verifica-se um fenómeno que, à primeira vista, pode parecer «paradoxal» (VASCO PEREIRA DA SILVA) porque, em nome do princípio da separação entre a Administração e a Justiça, acaba por se instituir uma verdadeira indiferenciação entre as funções de administrar e julgar[34]. Na realidade, o que se consagra não é apenas a separação entre a função administrativa e a função judicial, impedindo que os tribunais e as entidades administrativas interfiram

[29] Para este período do Estado Liberal, v. MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, «Da Justiça...», cit., pp. 263 e ss..

[30] Acerca da «formulação revolucionária» do princípio da separação de poderes, v. ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, «Curso...», cit., Vol. I, pp. 480 e ss.; Para esta evolução histórica e, nomeadamente, para a evolução do entendimento do princípio da legalidade, v. também RUI MACHETE, «Contencioso Administrativo», (1ª publicação em 1972), in «Estudos de Direito Público e Ciência Política», Ed. Fundação Oliveira Martins – Centro de Estudos Administrativos, Lisboa, 1991, pp. 183 e ss., em especial, pp. 185 e ss..

[31] Para esta evolução histórica, v. ROGÉRIO SOARES, «Interesse público...», cit., pp. 43 e ss., em especial, pp. 45 e 46 , onde afirma que «(...) interessa esclarecer a evolução desta vinculação da Administração pela lei. É que o direito administrativo actual encontra-se numa época de crise, à busca de uma exacta conformação de si mesmo, de uma justa correspondência à sociedade a que se dirige e, apesar de tudo, ainda sobrecarregado com esquemas e institutos que representam a herança de outras épocas, que ele teve de aceitar sem benefício de inventário, e a que ainda se apega, sem muitas vezes ter consciência da via por que entraram no seu património».

[32] JORGE MIRANDA, «Manual...», cit., Tomo I, p. 85.

[33] PROSPER WEIL, «O Direito Administrativo», Trad., Almedina, Coimbra, 1977, p. 7.

[34] VASCO PEREIRA DA SILVA, «Para um Contencioso Administrativo dos Particulares – Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação», Ed. Almedina, Coimbra, 1989, pp. 17 e ss., em especial, pp. 18 e 19.

reciprocamente nas respectivas actividades, mas consagra-se também a impossibilidade de os tribunais conhecerem dos litígios que eventualmente surjam entre a Administração e os particulares.

É precisamente a partir desse especial entendimento do princípio da separação de poderes que se vão criar os tribunais administrativos e que, num segundo momento, como fruto da própria actuação destes, vai surgir o Direito Administrativo[35]. Na verdade, neste período, o Direito Administrativo «emerge lentamente do nada» (PROSPER WEIL)[36] e esboçam-se os traços dominantes daquilo que HAURIOU virá a chamar mais tarde o «regime administrativo»: a existência de uma jurisdição administrativa especializada e a sujeição da Administração a regras diferentes das do Direito Privado[37].

Este nascimento do Direito Administrativo insere-se perfeitamente no contexto da «visão liberal do mundo», assente na separação entre o Estado e a Sociedade[38], por forma a garantir a propriedade e a intimidade, valores fundamentais que o liberalismo procura preservar a todo o custo[39].

Segundo as palavras de ROGÉRIO SOARES, pretende-se «domesticar o Estado», a fim de assegurar «a intangibilidade da sociedade, na convicção de que a sociedade, liberta de intromissões do poder, conseguirá alcançar não só um equilíbrio mas o equilíbrio óptimo»[40].

[35] V. PROSPER WEIL, «O Direito Administrativo», cit., p. 15, onde afirma, de uma forma impressiva, que o Conselho de Estado «segregou o direito administrativo como uma glândula segrega a sua hormona», o que significa que «a jurisdição precedeu o direito e sem aquela este não teria visto a luz do dia».

[36] PROSPER WEIL, «O Direito Administrativo», cit., p. 11; v. também as páginas seguintes, acerca do processo de subtracção da Administração ao controlo dos tribunais comuns.

[37] MARCELLO CAETANO, «Tendências...», cit., p. 432, lembra que «o Direito Administrativo vai assim despontando, em França, como conjunto de normas reguladoras da organização de um sistema de autoridades unicamente dependentes do poder Executivo e que possui regras próprias de actuação, de disciplina e de responsabilidade, subtraídas à censura dos tribunais judiciais».

[38] ROGÉRIO SOARES, «Direito Público e Sociedade Técnica», Ed. Atlântida, Coimbra, 1969, pp. 40 e 41, onde acrescenta que o que está implícito nessa separação «é a divisão de dois mundos: o dos valores políticos e o dos valores económicos».

[39] Quanto a este «dualismo Estado-Sociedade», v. ERNST FORSTHOFF, «Der Staat der Industriegesellschaft», 2ª ed., Ed. Beck, München, 1971, pp. 21 e ss..

[40] ROGÉRIO SOARES, «Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva», in «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», Ano LVII, Coimbra, 1981, pp. 169 e ss., pp. 169 e 170.

Para isso era necessário, em primeiro lugar, assegurar que a Administração Pública ficasse subordinada às leis do Parlamento e, desta forma, impedida de interferir nos domínios que a sociedade civil, para ela própria, quisesse reservar[41]. É, assim, consagrado o princípio da legalidade da Administração Pública.

2.2. A dupla subordinação da Administração Pública, ao Direito Privado e ao novo Direito Administrativo

Importa agora analisar o próprio «espírito» do Direito Administrativo nascente e da dogmática jurídica que o acompanha, bem assim como a sua relação com o Direito Privado. E, apesar de as vicissitudes da actividade de direito privado da Administração Pública «acompanharem», em termos simétricos, as do nascimento do Direito Administrativo, o facto é que, normalmente, este é que tem sido objecto de estudo, ficando o primeiro tema como que «na sombra». Ora, é precisamente esse «reverso da medalha» que aqui se procura descobrir.

Neste período, segundo as palavras de FREITAS DO AMARAL[42], a Ciência do Direito Administrativo «nasce balbuciante» mas «desenvolve-se vertiginosamente».

Terá sido OTTO MAYER, na primeira edição do seu «Deutsches Verwaltungsrecht», de 1895/1896, o primeiro autor a falar de «formas de actuação e de organização» da Administração Pública, bem assim como de um «sistema de Direito Administrativo» (KEMPEN)[43].

Esse é, sem dúvida, um momento crucial na vida da própria Ciência do Direito Administrativo, a qual evoluiu desde uma «fase civilista» dos primeiros tempos, até à verdadeira autonomia dos dias de hoje, em que

[41] ROGÉRIO SOARES, «Princípio da Legalidade...», cit., p. 173 lembra que, nesta altura, «aceitando-se aquela contenção de finalidades que corresponde ao ideário liberal, parece que raramente a Administração encontrará motivos para agir que não se projectem numa zona já pré-ocupada pelo legislador».

[42] DIOGO FREITAS DO AMARAL, «Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos do Ensino de uma Disciplina de Direito Administrativo», Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano XXVI, Lisboa, 1985, p. 269.

[43] BERNHARD KEMPEN, «Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung – Die oeffentliche Verwaltung zwischen oeffentlichem und privatem Recht», Ed. Vahlen, München, 1989, p. 94; v. também pp. 98 e ss., onde analisa os condicionalismos do «sistema» jurídico-administrativo de OTTO MAYER e onde lembra que FRITZ FLEINER, HATSCHEK, ADOLF MERKL e WALTER JELLINEK procuraram completar esse sistema de OTTO MAYER.

existe uma dogmática voltada para a «construção conceptual unitária e coerente» (FREITAS DO AMARAL)[44].

ROGÉRIO SOARES fala mesmo num tradicional «complexo de inferioridade» dos publicistas em face do Direito Civil, o que explica que se tenha começado por tentar construir, a todo o custo, um sistema «apto a surgir sem vergonha em frente da secular dogmática dos outros juristas», havendo uma especial predilecção por temas «homólogos dos que fizeram a glória do direito privado» (ROGÉRIO SOARES)[45].

A propósito deste período, PROSPER WEIL afirma a existência de métodos algo «desconcertantes», cuja explicação estaria na própria «ambiguidade» inevitável de uma disciplina que se queria que fosse ao mesmo tempo instrumento de liberalismo e meio de realização da actividade administrativa, protecção do cidadão contra o executivo e meio de realização da vontade desse mesmo executivo[46].

Sendo a Administração do Estado Liberal encarada como inevitavelmente agressiva dos direitos dos particulares, o núcleo fundamental da própria Ciência do Direito Administrativo não podia deixar de incidir sobre o acto administrativo, enquanto manifestação de autoridade[47]. O resultado último desta teorização do acto administrativo é, no fundo, o processo da sua submissão ao Direito, com todas as consequências que implica. Isto significa, aliás, o aparecimento da moderna concepção do Direito Público, assente na limitação do poder do Estado, não apenas enquanto Fisco, mas também quando actua como entidade soberana, dotada de prerrogativas de autoridade[48].

Esta é a principal inovação deste período liberal, que aqui quero salientar. Ao contrário do que se verificava no Estado Absoluto, toda a actividade da Administração Pública, e não apenas o Fisco, passa agora a estar sujeita à lei. Isto significa que, neste período liberal, não há alterações a registar em relação ao Fisco ou seja, à actividade de direito privado da Administração Pública, uma vez que aí, tal como dantes, se

[44] FREITAS DO AMARAL, «Relatório...», cit., p. 269.

[45] ROGÉRIO SOARES, «Direito Público...», cit., p. 7.

[46] PROSPER WEIL, «O Direito Administrativo», cit., p. 26, onde refere que «o maior título de glória do Conseil d'État» terá sido o de ter conseguido ultrapassar tal ambiguidade «da menos má das maneiras possíveis».

[47] V. VASCO PEREIRA DA SILVA, «Para um Contencioso...», cit., p. 32, afirmando que a noção de acto administrativo, numa lógica liberal, vai «fazer jogo duplo», servindo simultaneamente de garantia da Administração e de garantia dos direitos dos particulares.

[48] MARCELLO CAETANO, «Tendências...», cit., p. 431.

continua a verificar a sujeição ao Direito Privado. A novidade reside agora, pelo contrário, na sujeição da demais actividade administrativa a um novo ramo do Direito, de natureza especial, o Direito Administrativo.

Como vimos, no Estado Absoluto já se admitia que a Administração Pública se sujeitasse ao Direito Privado, embora apenas excepcionalmente, uma vez que a regra geral era então a da sua pura e simples não sujeição ao Direito.

Agora, tendo havido precisamente a intenção de criar um direito específico para a actuação da Administração Pública, compreende-se que aquilo que resta da sua actividade de direito privado seja muito pouco e apareça quase só como uma actividade «alternativa» (GIANNINI)[49]. Aliás, isto explica-se também pelo próprio carácter reduzido das tarefas da Administração Pública liberal e, assim, só posteriormente, já no Estado Social, se reconhece a necessidade de a Administração Pública recorrer ao Direito Privado em termos generalizados, devido ao enorme alargamento das actividades por ela levadas a cabo.

Na minha opinião, o aspecto mais interessante a salientar é o facto de, no fundo, quer no Estado Absoluto quer no Estado Liberal, a actividade de direito privado da Administração Pública ser sempre considerada como uma excepção. Aquilo que, em relação a esta questão, verdadeiramente constitui a diferença entre os dois períodos é o facto de, no primeiro caso, a «outra» actividade do Estado não estar sujeita à lei, ao passo que no Estado Liberal passa a estar subordinada ao Direito Administrativo.

De uma forma caricatural, glosando a imagem de KUNERT, sou então tentada a dizer que, quer no Estado Absoluto quer no Estado Liberal, a Administração Pública tem «duas caras»: no entanto, enquanto no Estado Absoluto a Administração Pública tem uma «cara boa» e uma «cara má» (consoante se trate das actividades em que está sujeita ao Direito ou não), no Estado Liberal as suas «duas caras» são «boas» (porque, como vimos, ambas estão sujeitas ao Direito). Ou seja, sob a aparência da personalidade jurídica «una», no fundo pode considerar-se que a Administração Pública liberal continua a padecer do referido desdobramento de personalidades, isto é, da tal «esquizofrenia».

[49] MASSIMO SEVERO GIANNINI, «Diritto Amministrativo», Vol. 2, 2ª ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1988, pp. 777 e 778, onde afirma que se coloca sempre a possibilidade [illegible] como alternativa à expropriação, requisição ou produção directa, embora se dê

3. ESTADO SOCIAL: RETORNO À DICOTOMIA «DR. JEKYLL e MR. HYDE»?

Razão de ordem: 3.1. Características da Administração Pública e principais tarefas administrativas realizadas através de meios jurídico-privados. 3.2. A generalização das formas de actuação de direito privado (em especial, o contrato).

3.1. Características da Administração Pública e principais tarefas administrativas realizadas através de meios jurídico-privados

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social[50] verifica-se numa era de grandes mudanças sociais, económicas e culturais[51], na qual o Direito Público sofre inevitavelmente «poderosíssimos embates» (JORGE MIRANDA)[52] e se passa da fase liberal do Estado constitucional[53]

[50] Quanto à evolução em termos de fins e funções do Estado, v. MARCELO REBELO DE SOUSA, «Direito Constitucional», I, Ed. Livraria Braga da Cruz, Braga, 1979, pp. 229 e ss..

[51] São bem conhecidas as causas responsáveis pelo advento do Estado de bem-estar, podendo recordar-se aqui, a título de exemplo, as crises económicas e as crises bélicas, o aparecimento dos princípios democráticos, bem assim como o aumento demográfico e o crescimento do fenómeno da urbanização. A este propósito, v. JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR, «Principios de Derecho Administrativo», Ed. Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 1990, pp. 30 e ss., em especial, p. 31.

[52] JORGE MIRANDA, «Manual...», cit., Tomo I, p. 88; v. também p. 89, nota 1, onde afirma que esta evolução do século XIX para o século XX tem vindo a ser descrita «sugestivamente» por expressões, no entanto, «um pouco forçadas» como:

a) do Estado neutro ao Estado ético ou teleocrático;
b) do Estado mínimo ao Estado-providência;
c) do Estado-polícia (que não é o mesmo que Estado de polícia) ao Estado de bem-estar;
d) do Estado jurídico ao Estado cultural;
e) do Estado legislativo ao Estado administrativo.

[53] Como principais aspectos políticos do Estado constitucional, FREITAS DO AMARAL recorda que «praticamente todos os Estados têm uma Constituição, mas esta já não significa sempre um modo de limitação do Poder, é muitas vezes uma forma de legitimação do arbítrio estatal; proclama-se em todos os países o princípio da legalidade, mas esta cede em muitos deles perante a razão de Estado; ao lado dos direitos, liberdades e garantias individuais surgem os direitos económicos, sociais e culturais, (...); aumenta consideravelmente o intervencionismo económico, que por vezes se torna dirigismo (...); são diversas, e muitas vezes opostas, as soluções consagradas em matéria de regimes políticos, sistemas econó-

V. FREITAS DO AMARAL, «Curso...», cit., pp. 81 e 82.

para uma fase social[54-55].

Inicialmente, as entidades públicas intervêm ao sabor das circunstâncias, sem qualquer ideia de conjunto. Aos poucos, no entanto, o Estado assume as funções de um verdadeiro «aparelho prestador» (SANTAMARIA PASTOR)[56-57] e a sua actividade torna-se absolutamente indispensável.

Assim, se a Administração do Estado Liberal se contentava em «laisser faire», a Administração do Estado Social propõe-se «faire elle-même» (DUPUIS/GUÉDON)[58]. Por um lado, o Estado incentiva ou penaliza certas actividades privadas e depois, por outro lado, passa a assumir ele próprio a realização de determinadas actividades económicas[59].

[54] FREITAS DO AMARAL, «Curso...», cit., p. 84, afirma que talvez «a melhor fórmula para retratar a passagem do século passado ao actual, no mundo ocidental, ainda seja a que vê essa transição como uma evolução do Estado liberal de Direito para o Estado social de Direito – Estado social, porque visa promover o desenvolvimento económico, o bem-estar, a justiça social; e Estado de Direito, porque não prescinde do legado liberal oitocentista em matéria de subordinação dos poderes públicos ao direito e de reforço das garantias dos particulares frente à Administração Pública».

[55] Acerca da evolução do Estado Liberal para o Estado Social, v. VASCO PEREIRA DA SILVA «Para um Contencioso...», cit., pp. 41 e ss..

[56] SANTAMARIA PASTOR, «Principios...», cit., p. 32.

[57] JOÃO BAPTISTA MACHADO afirma que se passou do «Estado abstencionista» ao «Estado intervencionista», nas «Lições de Introdução ao Direito Público», in «Obra Dispersa», Vol.II, Scientia Iuridica, Braga, 1993, pp. 203 e ss., p. 205.

[58] GEORGES DUPUIS/MARIE-JOSÉ GUÉDON, «Droit Administratif», 3ª ed., Ed. Armand Colin, Paris, 1991, p. 338.

[59] A este propósito, FREITAS DO AMARAL, «Curso...», cit., pp. 82 e 83, lembra que: «A 1ª Grande Guerra dá o sinal para um novo ciclo de expansão do intervencionismo económico – o Estado fiscaliza e controla cada vez mais, e assume ele próprio em maior escala, a produção de bens económicos e a prestação de serviços técnicos, culturais e sociais. A crise económica de 1929 reforça este estado de coisas e, em vários países, converte momentaneamente o intervencionismo em dirigismo. Começa a falar-se no aparecimento de uma administração económica.

Com a 2ª Guerra Mundial mais se avança na mesma direcção: a falta de mão-de-obra, a penúria de bens, as necessidades da indústria militar, o controle do comércio externo e tantas outras facetas definem o perfil de uma autêntica "economia de guerra". Feita a paz, tanto em Inglaterra como em França surge uma forte vaga de nacionalizações; novos domínios se abrem à intervenção económica de um Estado omnipresente; e no continente inicia-se a experiência do planeamento económico em sistemas não socialistas».

Uma das principais características deste modelo de Estado é, assim, o elenco alargado das funções da Administração Pública[60], não estando apenas em causa o intervencionismo económico da Administração, uma vez que se exige também a sua acção cultural e social. Na verdade, se no liberalismo se defende sem transigências a não-intervenção do Estado na sociedade, como forma de protecção do cidadão, agora, pelo contrário, passa-se a exigir essa intervenção «como instrumento de realização da felicidade individual» (VASCO PEREIRA DA SILVA)[61-62].

Se a noção de Administração Pública pressupõe sempre a ideia de um acervo de necessidades colectivas cuja satisfação é levada a cabo pela própria colectividade, a questão de saber quais são exactamente as funções da Administração torna-se agora especialmente complexa, porque em bom rigor a Administração Pública tende a ocupar-se praticamente de tudo, desenvolvendo a sua actividade em todos os sectores da vida económica e social[63].

Neste período do Estado Social, os fins do Estado colocados a cargo da Administração Pública estão essencialmente relacionados com as necessidades colectivas de segurança, de bem-estar económico e social e de cultura[64-65].

[60] V. ROGÉRIO SOARES, «Direito Administrativo», sem data, cit., p. 29, que afirma que «isto quer dizer que teremos um leque muito mais largo de actuação da Administração do que no fim do século passado, quando a intervenção significava ou o alargamento da polícia (...) ou a realização de actividades pouco apetecidas ou deficientemente desenvolvidas pela iniciativa privada (...). Esta nova Administração é, ao contrário da anterior, um instrumento de transformação da sociedade para a realização duma ideia de justiça social. Por isso se fala numa Administração constitutiva ou conformadora».

[61] VASCO PEREIRA DA SILVA, «Para um contencioso...», cit., p. 41.

[62] A propósito da necessidade de adaptação da Administração ao ritmo da sociedade actual, v. MARTIN BULLINGER, «Verwaltung im Rhythmus von Wirtschaft und Gesellschaft», in «Juristen Zeitung», Ed.Mohr, Tübingen, 1991, pp. 53 e ss., em especial, pp. 58 e ss..

[63] A este propósito, v. BAPTISTA MACHADO «Lições de Introdução ao Direito Público», cit., p. 255.

[64] FREITAS DO AMARAL, «Curso...», cit., p. 32; para uma descrição pormenorizada de tais necessidades colectivas, v. também as pp. 29 a 32.

[65] Muito curioso é o elenco das tarefas da Administração Pública apresentado por VOLKMAR GOETZ, através de exemplos e casos práticos, distinguindo essencialmente as tarefas de garantia da ordem e segurança, providência, fomento, planeamento, dirigismo, prestação e cobertura de necessidades financeiras públicas. V. «Allgemeines Verwaltungsrecht», 3ª ed., Ed. Beck, München, 1985, pp. 20 e ss..

São precisamente esses fins do Estado que se traduzem nas atribuições da Administração Pública: «atribuições principais»[66] e «atribuições auxiliares»[67], estas para permitir o desenvolvimento das primeiras. Sendo certo que esta classificação de GOURNAY pode ser considerada «discutível» (FREITAS DO AMARAL)[68], ela permite uma primeira chamada de atenção para o leque muito amplo das atribuições da Administração Pública neste período[69-70].

[66] Com base na classificação das atribuições do Estado de BERNARD GOURNAY, apresentada por FREITAS DO AMARAL, «Curso...», cit., pp. 224 e 225; para esta classificação, v. também BAPTISTA MACHADO, «Lições de Introdução ao Direito Público», cit., pp. 255 e 256. De acordo com esta classificação, as «atribuições principais» são, assim:

a) Atribuições de soberania (defesa nacional, polícia, etc);

b) Atribuições económicas (moeda, crédito, impostos, comércio externo, preços, produção nos diversos sectores produtivos, tais como a agricultura, o comércio, a indústria, a pesca, etc);

c) Atribuições sociais, (saúde, segurança social, habitação, urbanismo, protecção do trabalho, etc);

d) Atribuições educativas e culturais (ensino, investigação científica, fomento do desporto, da cultura, das artes, etc).

[67] Com base na mesma classificação das atribuições do Estado de BERNARD GOURNAY, as «atribuições auxiliares» serão:

a) gestão do pessoal;

b) gestão do material;

c) gestão financeira;

d) funções jurídicas e de contencioso;

e) funções de documentação.

Finalmente, no grupo das «atribuições de comando», isto é, que se destinam a preparar e a acompanhar as tomadas de decisão pela chefia, surgem as seguintes:

a) estudos e planeamento;

b) previsão;

c) organização;

d) controle;

e) relações públicas.

[68] FREITAS DO AMARAL, «Curso...», cit., p. 225; na p. 226, a propósito da vastidão dessas atribuições nos dias de hoje, lembra que «(...) o Estado tem muitas mais atribuições do que aquelas que lhe são fixadas pela Constituição. A lei ordinária pode cometer ao Estado outras atribuições para além daquelas que a Constituição lhe impõe(...)».

[69] Para outras classificações de atribuições do Estado, por exemplo de DRAGO, DEBBASCH e MAYNTZ, v. JOÃO CAUPERS, «A Administração Periférica do Estado – Estudo de Ciência da Administração», Ed. Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1994, pp. 417 e ss..

[70] A este propósito, tenha-se também presente a sistematização dos tipos de actividade administrativa que os autores alemães retiram dos «planos de funções», a partir dos orçamentos da Federação e dos estados; assim, como exemplo, v. HANS PETER BULL, «Allgemeines Verwaltungsrecht», 4ª ed., Ed. Müller, Heidelberg, 1993, p. 14.

É fundamental lembrar as inevitáveis consequências que, para a Administração Pública, resultaram desta evolução verificada ao nível dos fins do Estado. Vale a pena prestar aqui especial atenção, não apenas ao inevitável crescimento das estruturas administrativas, mas também à interpenetração entre o Estado e a própria Sociedade.

Assim, se o Estado Liberal do século XIX, vocacionado apenas para a supervisão dos acontecimentos sociais, podia cumprir os seus fins administrativos praticamente através de uma intervenção pontual e esporádica da Administração, o Estado Social, empenhado na satisfação das necessidades sociais, viu-se necessariamente obrigado a alargar as relações entre a Administração e o cidadão. Na realidade, a dependência do cidadão em relação à Administração Pública passa a ser «mais intensa, mais duradoura e mais ampla» (ERICHSEN)[71], de tal forma que, ao contrário do que se passava no sistema liberal, deixa de ser possível conceber o Estado e a sociedade como autónomos entre si e dotados de ordenamentos jurídicos antagónicos e distintos[72].

Todas estas transformações vão inevitavelmente provocar grandes alterações ao nível da actividade da Administração Pública. Este novo modelo de Estado exige, desde logo, uma actuação administrativa «mais eficaz, mais autónoma e, simultaneamente, com maiores possibilidades de ser controlada» (VASCO PEREIRA DA SILVA)[73]. Na verdade, o alargamento desmesurado das tarefas administrativas representa um risco agravado e permanente de interferência na esfera dos cidadãos, pelo que se compreende a importância vital que assume o tema das garantias do particular[74].

Por outro lado, esse carácter mais activo e mais interventor da Administração Pública é indissociável do seu recurso a novos métodos de actuação. Na verdade, esta actuação intervencionista do Estado nem sempre é exequível através da organização burocrática tradicional da Administração Pública, pelo que esta precisa de recorrer a novos modelos de organização e de actuação mais flexíveis e dinâmicos[75]. E, se esta

[71] HANS-UWE ERICHSEN, «Das Verwaltungshandeln», in Hans-Uwe Erichsen/ /Wolfgang Martens, «Allgemeines Verwaltungsrecht», 9ª ed., Ed. Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1992, pp. 179 e ss., p. 193.

[72] SANTAMARIA PASTOR, «Principios...», cit., p. 33.

[73] VASCO PEREIRA DA SILVA, «Para um contencioso...», cit., p. 42.

[74] ROGÉRIO SOARES, «Direito Administrativo», sem data, cit., p. 30.

[75] V. VASCO PEREIRA DA SILVA, «Para um contencioso...», cit., p. 45: «ao nível da actuação administrativa, as alterações determinadas pelo modelo de Estado Social

utilização do Direito Comum era inicialmente muito limitada, reduzindo-se praticamente à aquisição contratual dos bens indispensáveis ao funcionamento da Administração e ao desenvolvimento da sua actividade, aos poucos cresceu e generalizou-se[76].

Um dos aspectos mais interessantes, a este propósito, é o de saber quais as tarefas que, de entre a panóplia alargada dos fins do Estado, passam a ser normalmente desempenhadas através do recurso ao Direito Privado.

Para este efeito, julgo dever partir-se da «actividade de direito privado» como uma expressão muito ampla que, no fundo, compreende todas as manifestações de actividade da Administração Pública realizadas através da utilização de institutos de direito privado[77]. É esse o sentido da definição de GIANNINI, segundo a qual se trata do conjunto de actos que, «de modo contínuo ou descontínuo, institucional ou ocasional, são praticados pela Administração Pública e que possuem todos como traço comum, o serem actos regulados pelo Direito Privado»[78].

Longe vai o tempo em que as áreas, nas quais se admitia a capacidade de direito privado da Administração Pública, eram apenas o direito de propriedade e os outros direitos reais, a sucessão por testamento, certas obrigações derivadas da lei e a capacidade para contratar[79].

Aos poucos, a utilização do Direito Privado por parte da Administração Pública passou a ser muito mais ampla[80]. Raros têm sido os esforços doutrinais no sentido de reconduzir estas matérias a verdadeiras categorias sistematizadas. STOBER, por exemplo, lembra que, se tradicionalmente tais actividades de direito privado foram levadas a cabo essencialmente para fazer face às exigências da «sociedade de guerra», posteriormente elas foram alargadas a um sem número de necessidades

são, sobretudo, sentidas no que se refere: a) a uma crescente utilização de meios privados por parte da Administração; b) a um uso mais frequente de meios normativos na actividade administrativa; c) a uma relativa desvalorização da noção de acto administrativo».

[76] Para esta generalização da utilização das formas jurídico-privadas pela Administração, v. ROGÉRIO SOARES, «Direito Administrativo», sem data, cit., p. 11.

[77] Cfr. CARLO MARZUOLI, «Principio di Legalità e Attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione», Ed. Giuffrè, Milano, 1982, p. 57.

[78] MASSIMO SEVERO GIANNINI, «Attività Amministrativa», in «Enciclopedia del Diritto», Vol.3, Ed. Giuffrè, Varese, 1958, pp. 988 e ss., p. 994.

[79] Cfr. CESARE CAMMEO, «I Contratti della Pubblica Amministrazione», (Reimpressão da edição de 1937), Ed. Dott. Carlo Cya, Firenze, 1954, pp. 29 e 30.

[80] FRANCO BASSI, «Lezioni di Diritto Amministrativo», 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1991, p. 143.

económicas, industriais, de protecção do ambiente, política de energia, desenvolvimento tecnológico, desenvolvimento cultural e político e fomento do diálogo Norte-Sul[81].

Para ACHTERBERG, por seu lado, trata-se sobretudo de tarefas económicas (fomento económico, dirigismo económico e participação na indústria), de tarefas sociais (sobretudo tarefas de «Daseinsvorsorge»), de tarefas culturais e de tarefas de cooperação (relacionadas com a estrutura federal)[82]. Aliás, a essa mesma lista, STOBER acrescenta ainda as tarefas de planeamento[83-84].

Em geral, pode dizer-se que, no Estado Social, o recurso às formas de actividade jurídico-privada pode ter carácter meramente instrumental, servindo para a aquisição de bens necessários ao funcionamento dos serviços (despesas de economato), pode também servir para a Administração Pública realizar obras públicas e pode ainda ser «actividade alternativa» (quando o mesmo objectivo pode ser obtido ou através de meios públicos ou de instrumentos privados)[85-86].

[81] V. uma lista imensa destas actividades em ROLF STOBER, «Die privatrechtlich organisierte oeffentliche Verwaltung – Zur Problematik privatrechtlicher Gesellschaften und Beteiligung der oeffentlichen Hand», in «Neue Juristische Wochenschrift», Ed. Beck, München/Frankfurt, 1984, pp. 449 e ss., p. 451.

[82] NORBERT ACHTERBERG, «Privatrechtsfoermige Verwaltung», in «Juristische Arbeitsblaetter», Ed. Alfred Metzner, Frankfurt am Main, 1985, pp. 503 e ss., p. 504.

[83] STOBER, «Die privatrechtlich...», cit., p. 451.

[84] Vale a pena recordar, a título exemplificativo, a lista de tarefas jurídico-privadas da Administração Pública apresentadas por ZEZSCHWITZ (referindo apenas os seus traços principais e prescindindo em grande parte dos inúmeros exemplos por ele apontados):

a) Tarefas de «Daseinsvorsorge» (transportes, hospitais, piscinas, museus, teatros, matadouros, electricidade, água, gaz, lixo);
b) Medidas de intervenção (sector agrário, política monetária, bens estratégicos);
c) Subvenções e medidas de fomento (contratos de desenvolvimento, empréstimos, fomento à habitação);
d) Transferência de tarefas (relações com mandatários da Administração);
e) Fornecimentos à Administração e manutenção dos seus bens;
f) Participação em sociedades privadas (banca, exportação, abastecimento, habitação social, desporto, política de mercados e preços manufacturas, cervejaria);
g) «Realakte» da Administração (falhas na segurança do tráfico);
h) Actos normativos (condições negociais gerais, tarifas).

V. FRIEDRICH ZEZSCHWITZ, «Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts», in «Neue Juristische Wochenschrift», Ed. Beck, München/Frankfurt, 1983, pp. 1873 e ss., p. 1874.

[85] FRANCO BASSI, «Lezioni...», cit., p. 144.

[86] Para STOBER é possível distinguir três tipos de tarefas que a Administração económica desempenha segundo o Direito Privado:

3.2. A generalização das formas de actuação de direito privado (em especial, o contrato)

Uma das consequências fundamentais deste processo de alargamento das tarefas da Administração Pública, no Estado Social, é o facto de ela passar a utilizar o meio de actuação mais típico do Direito Privado, o contrato[87].

A generalização do recurso às técnicas contratuais por parte da Administração Pública resulta de um processo histórico lento, determinado por inúmeras razões diferentes. Assim, por exemplo, SÉRVULO CORREIA lembra não só «o alargamento do intervencionismo económico do Estado», como também «a procura de um novo estilo de administração, mais marcado pela participação dos particulares e por uma maior procura de consenso, flexibilização e particularização das decisões»[88].

Apesar de a origem das formas contratuais de colaboração entre a Administração e os particulares se perder no tempo[89], é apenas em meados do século XIX que verdadeiramente se coloca, em termos actuais, a questão do recurso generalizado da Administração Pública à actividade contratual, devido ao enorme alargamento das tarefas que ela passa a levar a cabo[90].

Nessa era do lançamento das grandes obras públicas, a concessão aparece, antes de mais, como «um expediente de economia administrativa» (MAGALHÃES COLLAÇO)[91]. Na verdade, a Administração Pública não se atreve, nesta altura, a realizar ela própria directamente as grandes obras públicas, desde logo devido à «comovente penúria das suas disponibilidades financeiras» (MAGALHÃES COLLAÇO)[92] e ao carácter aleatório dos resultados pecuniários. Era como se a Administração Pública, figurasse «de nobreza sem fortuna que, não podendo tratar e explorar directamente as herdades, as dá de arrendamento a quem, com a cultura, por um lado as melhora e alinda, e por outro lhe proporciona certa participação nas colheitas obtidas» (MAGALHÃES COLLAÇO)[93].

À luz da concepção liberal do Direito Administrativo, este constrói-se como um conjunto de excepções ao Direito Civil, justificadas pela diferente natureza da Administração Pública e pelas suas específicas exigências. Isto explica que, em termos dogmáticos, se tenha julgado imprescindível demonstrar a total originalidade dos contratos (ou, pelo menos, de certos contratos) celebrados pela Administração Pública, para justificar a existência de um regime jurídico que se acreditava ser absolutamente diferente do dos contratos de direito comum[94].

Curiosamente, depois de um claro entusiasmo inicial e da enorme vivacidade do debate suscitado, a doutrina francesa do contrato administrativo acaba por caír numa espécie de estado de «quase-hibernação» (PROSPER WEIL)[95] e as suas atenções voltam-se quase exclusivamente para a figura do acto administrativo.

---

a) Cumprimento de típicas tarefas administrativas sob formas jurídico-privadas: fomento, dirigismo e providência económica («Wirtschaftsfoerderung, Wirtschaftslenkung, wirtschaftliche Daseinsvorsorge»);

b) Fornecimentos e investimentos: negócios de satisfação de necessidades, concessão de mandatos («Bedarfsdeckungsgeschaefte, Auftragsvergabe»);

c) Actividades económicas lucrativas («Erwerbswirtschaftliche Betaetigung») como, por exemplo, nas áreas das cervejas ou das porcelanas.

V. ROLF STOBER, «Wirtschaftsverwaltungsrecht», 8ª ed., Ed. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Koeln, 1993, p. 199; também em «Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs – und Umweltsrechts», Ed. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Koeln, 1989, p. 717.

[87] Quanto às formas de actuação da Administração Pública no Direito Privado, v. NORBERT ACHTERBERG, «Privatrechtsfoermige...», cit., p. 504.

[88] SÉRVULO CORREIA, «Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos», Ed. Almedina, Coimbra, 1987, p. 353.

[89] No Direito Romano era largamente utilizada «como processo de criar receitas para o erário e de confiar a pessoas particulares o desempenho de funções públicas. Esta última utilização tinha a dupla vantagem de libertar a Administração do fardo de uma organização dispendiosa, e de lhe permitir ao mesmo tempo fixar com antecipação o montante dos réditos a receber. Parece não ter sido outro o motivo da multiplicação das societates publicanorum, poderosas e florescentes empresas que no período da República e nos primeiros tempos do Império foram as concessionárias da lavra de minas, da cobrança de impostos, da exploração de alfândegas, de portos, de salinas, de estradas, de pontes, de aquedutos e outras obras públicas». V. ARMANDO MARQUES GUEDES, «O Contrato Administrativo», in «Estudos de Direito Administrativo», Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1963, pp. 65 e ss., pp. 70 e 71.

[90] Para maiores desenvolvimentos nesta matéria, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Requiem pelo Contrato Administrativo», Ed. Almedina, Coimbra, 1990, pp. 53 e ss. e, em especial, a bibliografia citada nas notas 111 e 135.

[91] JOSÉ MARIA TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, «Concessões de Serviços Públicos – Sua Natureza Jurídica», Coimbra, 1914, p. 14.

[92] MAGALHÃES COLLAÇO, «Concessões...», cit., p. 14.

[93] MAGALHÃES COLLAÇO, «Concessões...», cit., p. 15.

[94] Para o aparecimento da figura do «contrato administrativo» e para a sua crítica, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Requiem...», cit..

[95] PROSPER WEIL, «Le Renouveau de la Théorie du Contrat Administratif et ses Difficultés», in «Mélanges en l'Honneur du Professeur Michel Stassinopoulos», L.G.D.J., Paris, 1974, pp. 217 e ss., p. 219.

Aliás, este parece ser um exemplo significativo de uma daquelas teorias jurídicas que, «intensamente viva» durante algum tempo, se afunda depois num «estado de sonolência» durante várias décadas e conhece de repente um inesperado «sopro de juventude»(PROSPER WEIL)[96].

Na verdade, a partir do pós-guerra[97], e com a passagem ao Estado Social, o enorme alargamento das funções do Estado vai determinar uma nova vitalidade à teoria dos contratos da Administração Pública.

Nesta altura, porém, o enorme incremento da actividade contratual da Administração Pública vai passar a ser determinado, não apenas pelo alargamento das tarefas do Estado, mas também pelo aparecimento de uma nova mentalidade[98].

No fundo, um dos aspectos que aqui está em causa é o fenómeno de passagem «da Administração autoritária ("obrigkeitlichen") à Administração soberana consensual ("schlicht-hoheitlichen")» (BULL)[99]. Assim, ao lado da actuação tipicamente soberana, que autoriza ou impõe unilateralmente, apareceu essa nova figura dogmática da actuação «soberana consensual»[100]. Trata-se de uma forma de administração nova, «negociada ou contratual», em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais da autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa[101] e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública.

A este propósito, GIANNINI lembra que se generaliza a convicção de que «instrumentos fundados sobre o consenso são preferíveis a instrumentos fundados sobre a autoridade» e afirma mesmo que nesta administração por acordo estará «o administrar do futuro»[102]. No mesmo sentido, e de forma muito sugestiva, BERTI defende que, num mundo dominado pela troca, não faria sentido que a Administração Pública se retirasse, pelo contrário, numa espécie de «exílio monacal, para guardar de forma ciumenta o ícone do poder imperativo, do acto unilateral»[103-104].

Assim, para MASUCCI, um dos traços mais importantes deste século é a transformação da Administração Pública de «persona superior (em relação ao particular) em sujeito paritário», reflectindo uma total inovação em face da tradicional «lógica autoritária do instrumentarium administrativo»[105]. Como diz BAPTISTA MACHADO, o Estado que procura resolver os problemas de planeamento e direcção económica, e que procura fomentar a cultura e o bem-estar, já não é «o Estado-Soberano, mas o Estado-Interlocutor ou Estado-Parceiro»[106].

Estas alterações são tão profundas que implicam uma verdadeira subversão dos «esquemas mentais» e dos quadros teóricos tradicionais da Ciência jurídico-administrativa[107].

[96] PROSPER WEIL, «Le Renouveau...», cit., p. 217.

[97] Para uma primeira fase, v. WILLIBALT APELT, «Der Verwaltungsrechtliche Vertrag». Reimpressão da edição de 1920, Ed. Scientia, Aalen, 1964, p. 156, onde lembra que «muitos contratos jurídico-públicos foram celebrados com base no direito da guerra ("Kriegrechts"), o qual foi frutuoso no desenvolvimento de novas formas de relações jurídicas».

[98] PROSPER WEIL, «Le Renouveau...», cit., p. 220, lembra, a este propósito, a evolução que conduziu «da economia orientada à economia concertada e da economia concertada à economia contratual».

[99] BULL, «Allgemeines...», cit., pp. 15 e ss..

[100] Cfr., no mesmo sentido, BASSI, «Lezioni...», cit., p. 144.

[101] BAPTISTA MACHADO, «Lições de Introdução ao Direito Público», cit., pp. 206 e 207, onde aponta como exemplos os contratos-plano, os contratos de viabilização e os contratos de desenvolvimento, afirmando que «através destes acordos o Estado entende-se com as empresas não estatais, concedendo-lhes certas vantagens (fiscais, de crédito e outras), comprometendo-se estas, em contrapartida, a alinhar a sua política económica pela política económica da administração».

[102] GIANNINI, «Diritto...», Vol.2, cit., p. 779, onde refere duas tendências: a) aparecimento de novas figuras de instrumentos convencionais, estendendo-se o acordo a relações sem conteúdo patrimonial; b) simplificação do procedimento da contratação pública.

[103] GIORGIO BERTI, «Il Principio Contrattuale nell'Attività Amministrativa», in «Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini», Vol. 2, Ed. Giuffrè, Milano, 1988, pp. 47 e ss., p. 49.

[104] Para este problema da contratualização do exercício do poder público, v. ALFONSO QUARANTA, «Il Principio di Contrattualità nell'Azione Amministrativa e gli Accordi Procedimentali, Normativi e di Organizzazione», in «La Disciplina Generale del Procedimento Amministrativo», Ed. Giuffrè, Milano, 1989, pp. 185 e ss..

[105] ALFONSO MASUCCI, «Trasformazione dell'Amministrazione e Moduli Convenzionali – Il Contratto di Diritto Pubblico», Ed.Jovene, Napoli, 1988, p. 14, onde aponta uma série de exemplos desses procedimentos: «atto amministrativo contrattado», «contratto accessivo al procedimento», «contratto-atto pressuposto del provvedimento» ou «mera convenzione».

[106] BAPTISTA MACHADO, «A Hipótese neo-corporativa», in «Obra Dispersa», Vol.II, Scientia Iuridica, Braga, 1993, pp. 449 e ss., p. 457.

[107] ROSARIO FERRARA, «Gli Accordi tra i Privati e la Pubblica Amministrazione», Ed. Giuffrè, Milano, 1985, p. 12. Analisando os problemas da «contratualização» do exercício do poder público, conclui que esta multiplicação de acordos entre o particular e a Administração Pública tem como efeito a «crise do ius publicum europaeum» e o aparecimento de uma «nova forma de direito comum» (p. 13), bem assim como tende «a ofuscar a não menos tradicional (e fundamental) bipartição direito público-direito privado» (p. 13).

Voltando, mais uma vez, à imagem de KUNERT, julgo que se pode afirmar que, neste período do Estado Social, a Administração Pública sofre uma verdadeira «recaída» e todos os sintomas da síndrome «Dr. Jekyll e Mr. Hyde» se voltam de novo a manifestar. Na realidade, uma das características mais típicas da própria dogmática administrativa desta fase é precisamente a afirmação da dualidade de regimes jurídicos aplicáveis à Administração Pública, expressa nomeadamente na distinção entre «gestão pública» e «gestão privada» e na defesa da dicotomia entre «contrato administrativo» e «contrato privado da Administração Pública». Tal como no período do Estado Liberal, toda a actividade de direito privado da Administração Pública continua a ficar na sombra, sendo completamente votada ao esquecimento pela doutrina, mais preocupada em aperfeiçoar aquilo que considera ser o núcleo essencial do Direito Administrativo, o acto unilateral e o contrato administrativo.

Preocupada em provar definitivamente a autonomia do Direito Administrativo em face do Direito Privado e em dotar a Administração dos instrumentos necessários à prossecução das suas atribuições, cada vez mais numerosas, a dogmática administrativa acaba por construir a noção e o regime do contrato administrativo sobretudo em torno do seu carácter «exorbitante» e da noção de «prerrogativa de autoridade».

Assim, se por um lado é verdade que se acentua uma tendência para uma utilização «ad nauseam» da técnica contratual, parecendo que a Administração «se envergonha da sua condição de poder público» (PARADA)[108-109], por outro lado há também quem pense que a «metáfora» normalmente utilizada e segundo a qual a Administração quando quer contratar «desce do próprio pedestal», talvez nem sequer represente fielmente a realidade, uma vez que a Administração, em bom rigor, «só desce do pedestal com um único pé e, dir-se-ia, com pouca convicção» (LEDDA)[110].

[108] RAMON PARADA, «Derecho...», cit., p. 253; nas pp. 254 e 255 refere também que «a instituição contratual tende agora a penetrar no sancta sanctorum da organização administrativa e da função pública, espaços antes reservados, em virtude dos princípios de centralização e hierarquia, a relações jurídicas unilateralmente impostas».

[109] Quanto a este movimento de contratualização da actividade administrativa como um dos 8 «dilemas» que a Administração Pública enfrenta neste final do séc. XX, v. GUY BRAIBANT, «Réflexions sur les Perspectives d'Évolution de l'Administration», in «Revue Française d'Administration Publique», Paris, 1979, pp. 179 e ss., em especial, p. 181.

[110] FRANCO LEDDA, «Per una Nuova Normativa sulla Contrattazione Pubblica», in «Studi in Onore di Antonio Amorth», Vol.1, Ed.Giuffrè, Milano, 1982, pp. 317 e ss., p. 332.

4. ESTADO PÓS-SOCIAL: O «FANTASMA DO CORPO DESCONJUNTADO»?[111]

Razão de ordem: 4.1. O novo «rosto» da Administração Pública. 4.2. Vantagens das novas formas de actuação administrativa através de meios jurídico-privados. 4.3. Ambiguidades e riscos dessas novas formas de actuação.

4.1. O novo «rosto» da Administração Pública

Nos últimos anos, este movimento de «privatização» da Administração Pública tem vindo a ser agravado devido à própria «crise do Estado Social»[112] a qual veio, sem dúvida, acentuar a referida tendência para o recurso às formas jurídico-privadas de organização e de actuação administrativas[113].

Ao crescimento desmesurado da Administração Pública do Estado Social associam-se fenómenos graves de ineficiência e de aumento da burocracia. Por outro lado, o agravamento das contribuições exigidas aos cidadãos para suportar as despesas crescentes da máquina estadual e a falta de imparcialidade do Estado (para já não falar de fenómenos extremos, como os de corrupção) suscitam, cada vez mais, uma reacção generalizada de desconfiança e incomodidade do cidadão em face do poder público.

Por tudo isto, aos poucos, começa-se a pôr em causa o próprio crescimento do Estado e das funções por ele desempenhadas e defende-se a necessidade de repensar a dimensão da máquina administrativa e os tipos de tarefas que a seu cargo devem ser colocadas.

O alargamento desmesurado da actividade administrativa de prestação conduziu à sobrecarga e ineficiência da Administração Pública

[111] Trata-se de uma expressão utilizada para descrever um dos sintomas da esquizofrenia, na sua fase mais avançada. v. CHARLES-HENRI FAVROD, «A Psicanálise», cit., p. 96.

[112] Para os principais sintomas desta crise e para a ideia de passagem do «Estado Social» ao «Estado Pós-Social», v. VASCO PEREIRA DA SILVA, «Para um Contencioso...», cit., pp. 56 a 58.

[113] GÜNTER PÜTTNER, «Der Rechtsstaat und seine offenen Probleme», in «Die öffentliche Verwaltung», Ed. Kohlhammer, Stuttgart, 1989, pp. 137 e ss., em especial pp. 139 ss., onde apresenta como os «novos problemas» do Estado de Direito: «Normenflute», «Formenmissbrauch», «Informelles Verwaltungshandeln» e «Aufweichung der Gesetzmaessigkeit».

e, assim, tal como o náufrago procura, a todo o custo, agarrar-se «à tábua de salvação», a Administração Pública procura hoje desesperadamente reencontrar a eficiência, nomeadamente através de fenómenos de privatização e de revalorização da sociedade civil[114].

Em Portugal, o processo de «reforma e modernização» da Administração Pública, levado a cabo nos últimos anos, tem partido de uma distinção entre as actividades administrativas principais (ditas «operativas», ou seja, aquelas que «realizam directamente os objectivos do sistema» e se traduzem no desempenho directo das atribuições das entidades em causa) e as actividades administrativas instrumentais (que propiciam a realização das primeiras)[115].

É com base nesta classificação que a «Comissão para a Qualidade e Racionalização da Administração Pública» estabelece uma matriz hierarquizada que vai das actividades que serão mais dificilmente passíveis de «desintervenção», àquelas em que, no plano teórico e técnico, isso se torna mais fácil; a maior dificuldade verificar-se-á nas actividades operativas ou instrumentais com prerrogativas de autoridade e produzidas em monopólio ou com produção concorrencial na Administração; pelo contrário, as mais favoráveis serão as actividades operativas ou instrumentais sem prerrogativas de autoridade e com produção concorrencial, ao nível da Administração ou com o sector privado.

Afirma-se, assim, que as actividades mais susceptíveis de «desintervenção» são as actividades instrumentais, sem prerrogativas de autoridade e em que exista concorrência com o sector privado. Assim, o critério utilizado não resulta das grandes áreas temáticas de actividade administrativa ou seja, dos tipos de atribuições, de fins, mas sim depende das características das próprias tarefas desempenhadas: a sua natureza e relação com as atribuições principais do ente público, o tipo de poderes envolvidos e a forma como podem ser exercidos.

A referida Comissão procurou, assim, dissecar cada sector de actuação administrativa e nele descobrir as actividades susceptíveis de

[114] A título exemplificativo, para ilustrar a diversidade dos fenómenos actuais de «privatização», refira-se a criação, por escritura de 25 de Junho de 1990 (publicada no DR, III, de 12-7-1990) e tendo como primeiro outorgante LABORINHO LÚCIO (n.b., na sua qualidade de cidadão e não propriamente como Ministro da Justiça), da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, como uma «instituição particular de solidariedade social».

[115] V. Relatório da «Comissão para a Qualidade e Racionalização da Administração», «Renovar...», cit., pp. 58 e 59.

serem «privatizadas»[116]. Vale a pena chamar a atenção para algumas dessas propostas concretas: no sector da Saúde propõe-se encontrar formas de financiamento privado e iniciar ensaios de privatização no domínio dos cuidados primários[117]; no sector da Justiça, apesar de se reconhecer tratar-se de uma área com predomínio de actividades dificilmente susceptíveis de «desintervenção», aponta-se para a eventualidade de tal possibilidade, por exemplo nas matérias de «manutenção física», ou seja, «fornecimento de refeições, fornecimento e manutenção de roupas, fornecimento de produtos de higiene e fornecimento de alojamento»[118]; ainda nesta área se sugere a privatização da gestão dos edifícios dos tribunais e a privatização dos notários[119]; em relação ao sector da Educação, as áreas consideradas como concorrenciais com o sector privado são sobretudo a prestação de serviços em áreas logísticas, nomeadamente no campo da edição e composição gráfica, na produção de materiais de ensino e aprendizagem, na distribuição de publicações, no apoio técnico à conservação do património, na difusão cultural, no apoio

[116] Exemplo deste movimento de «privatizações», é também o das Bolsas de Valores que, sendo anteriormente «detidas e geridas pelo Estado, passam para a propriedade e administração de associação ou associações de bolsa, constituídas sob a forma de associações de direito privado sem fins lucrativos» (Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de Abril, o qual aprova o Código do Mercado de Valores Mobiliários).

Segundo o preâmbulo do mesmo diploma, o princípio que presidiu a esta reforma foi, antes de mais, o da autonomia dos mercados de valores mobiliários, o que implicou a sua «desestatização, desgovernamentalização e liberalização», com todos os benefícios que daí resultam, designadamente em termos de «profissionalização, desburocratização e dinamização do mercado de valores mobiliários».

Na sequência desse diploma, em 10 de Janeiro de 1992, realizou-se a escritura de constituição (DR, III, 14-1-1992) da Associação da Bolsa de Valores de Lisboa, «associação civil, sem fins lucrativos», a qual tem por objecto «administrar e manter a Bolsa de Valores de Lisboa, constituir ou participar, no âmbito das atribuições e competências que lhe são conferidas, na constituição de associações prestadoras de serviços especializados, fomentar a expansão e integração do mercado de valores mobiliários em geral e, em particular, o adequado desenvolvimento, aperfeiçoamento e modernização das estruturas e sistemas operacionais do mercado de bolsa, promover e controlar a qualidade dos serviços de intermediação de valores mobiliários em bolsa, fomentar a aplicação do aforro em valores mobiliários e assegurar a cooperação com outras entidades similares, nacionais e estrangeiras, e respectivas associações, bem como, quando for o caso, com as demais autoridades competentes».

Em 22 de Janeiro de 1992, realizou-se a escritura de constituição da Associação da Bolsa de Valores do Porto (DR, III, 28-1-1992).

[117] Relatório «Renovar...», cit., p. 41.

[118] Relatório «Renovar...», cit., p. 61.

[119] Relatório «Renovar...», cit., p. 41.

técnico à realização de concursos, designadamente para a colocação de pessoal docente; por outro lado, tal possibilidade também é considerada em relação à gestão de cantinas, conservação de instalações, manutenção de equipamentos e desenvolvimento de centros de recursos, e a contratação de instituições privadas ou mistas para a prestação destes serviços em redes locais abrangendo várias unidades; parte-se da ideia que se trata de domínios empresariais de que as escolas poderiam ser libertas, afirmando-se que «não só se poderiam obter ganhos em termos da qualidade dos produtos e, nalguns casos, de eficiência económica para o sistema, como se ganharia em eficácia educativa, na medida em que aligeira o sistema administrativo e facilita a concentração de energias na gestão pedagógica»[120]; ainda em matéria de educação, o Relatório refere ser desejável poder contar com o sector privado para assegurar a educação e ensino, embora se deva reservar sempre para o Estado os «poderes/deveres» de certificar, informar, controlar a qualidade, inovar, projectar o futuro e financiar[121-122].

Outro método proposto para realizar a «desintervenção» é o de «contratar serviços com o sector privado» e a referida «Comissão para a Qualidade e Racionalização da Administração Pública» afirma que «grande parte das actividades instrumentais são susceptíveis de adjudicação a empresas privadas» e refere, a título «exemplificativo»: limpeza de instalações, fornecimento de refeições, armazéns, manutenção de parques de estacionamento, desratização, venda de casas, transportes, lavandaria (em hospitais, prisões, creches), viveiros, manutenção de edifícios, gestão do imobiliário, oficinas mecânicas, serviços de segurança, manutenção de jardins, inspecção a alimentos, limpeza de esgotos, manutenção dos postes de iluminação pública, aluguer de veículos, gestão de piscinas, serviços de topografia, aterros sanitários, gestão de cais, limpeza de ruas, manutenção de equipamento de combate a incêndios, limpeza de mercados, produção hortícola, serviços de publicidade, serviços de tradução, recolha e tratamento de recortes de imprensa, gestão de bibliotecas, informação e «marketing» turísticos, manutenção de terrenos, remoção de ervas daninhas, infantários e centros de dia, consultadoria (jurídica, informática, contabilística), ocupação de tempos livres, expedição de correio (externo ao organismo), serviços domésticos prestados a deficientes ou idosos, caldeiras a vapor (nos hospitais), portaria, segurança e recepção, transporte de pessoal e muitas outras...

Estes exemplos, só por si, levam-me a concordar com OSSENBÜHL[123] quando lamenta a falta de uma doutrina geral sobre as tarefas jurídico-privadas do Estado[124-125]. No entanto, alguma evolução se tem verificado ao nível do entendimento e conceptualização dos tipos de actividade da Administração Pública. Assim, a partir da tripartição clássica nas áreas de «Polícia», «Serviço público» e «Fomento», começam a aparecer hoje muitas outras classificações como, por exemplo, aquela que distingue «acção de garantia», «acção administrativa de prestação» e «acção administrativa de estímulo»[126], a qual pretende reflectir os novos tipos de actividade administrativa[127].

[120] Relatório «Renovar...», cit., p. 69.

[121] Relatório «Renovar...», cit., p. 41.

[122] A este propósito, e como exemplo das inúmeras variantes possíveis que este movimento de «privatizações» tem assumido, refira-se, na área da Segurança Social, a experiência pioneira do Fundo de pensões dos militares das Forças Armadas, de natureza jurídico-pública mas sujeito a gestão privada. V. Decreto-Lei n.º 34-A/90, de 24 de Janeiro e Decreto-Lei n.º 269/90, de 31 de Agosto.

[123] FRITZ OSSENBÜHL, «Oeffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung», in «Deutsches Verwaltungsblatt», Ed. Carl Heymanns, Koeln/Berlin/Bonn/ /München, 1974, pp. 541 e ss., p. 542.

[124] WOLFGANG SIEBERT, «Zur neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg», in «Die Oeffentliche Verwaltung», Ed. Detlev Auvermann, Glashütten im Taunus, 1959, pp. 733 e ss., p. 735, onde afirma que, por vezes, torna-se muito difícil a qualificação de determinadas actividades administrativas em concreto e lembra que é clássico na doutrina alemã o problema de saber se as relações de utilização de estabelecimentos da Administração abertos ao público se reconduzem ao domínio jurídico-público ou ao jurídico-privado.

[125] WOLFGANG SIEBERT, «Zur neueren...», cit., p. 735, partindo do princípio de que, em geral, aqueles estabelecimentos da Administração que também são ou pudessem ser empresas particulares são de reconduzir ao Direito Privado, acaba por concluir que a maioria cabe, de facto, no Direito Privado e aponta como exemplos: carros eléctricos estatais, fornecimento de gás de Berlim, empresas de fornecimento de águas ou electricidade, clínicas universitárias (desde que não se trate de casos de internamento compulsivo); por outro lado, como exemplos de Direito Público refere: cemitérios, importação e abastecimento, abrigo para desalojados, asilo para estrangeiros (embora admita que a importação e armazenamento podem em certas circunstâncias ser jurídico-privados); finalmente um caso de fronteira é o dos comboios e o dos correios: os comboios são reconhecidos como de direito privado; os correios como actividade soberana («hoheitlich»), o que conduz ao resultado de as respectivas actividades estarem sujeitas a regime jurídico diferente.

[126] V. MARTIN MATEO, «Manual de Derecho Administrativo», 14ª ed., Ed. Trivium, Madrid, 1991, pp. 423 a 425 e pp. 426 e ss..

[127] No capítulo II será analisada, com pormenor, a evolução da dogmática jurídico-administrativa, nomeadamente em relação às novas formas de actividade administrativa de direito privado e, em especial, a sua reacção perante os fenómenos de «fuga para o Direito Privado».

Neste momento, impõe-se alertar para o facto de, acerca do significado dos próprios conceitos de «formas de organização» e de «formas de actuação» da Administração Pública, existir «tudo menos clareza» (KEMPEN)[128].

No entanto, como ponto de partida, pode utilizar-se a noção de OSSENBÜHL, que definiu as formas de actuação da Administração Pública de maneira expressiva (até mesmo «plástica» no entender de EHLERS[129]), como «as portas, através das quais, a actividade amorfa da Administração, na sua imensa multiplicidade, se introduz no universo ordenado do Direito»[130].

Essa noção corresponde, aliás, à tendência actual para reconduzir a «realidade complexa da actividade administrativa» a «tipos de actuação» («Handlungstypen») (BAUER)[131]. A este movimento de «tipificação» da actividade administrativa parecem estar associadas duas funções: por um lado, a de delimitar o quadro da actuação da Administração o que, impondo regras, permite evitar o arbítrio; por outro lado, a de lhes associar formas de protecção do particular, distinguindo-se, nomeadamente, vários meios de impugnação das condutas adoptadas pela Administração[132].

Assim, segundo OSSENBÜHL, esta construção jurídico-sistemática das «formas de actuação» da Administração Pública desempenha duas tarefas:

a) uma «função racionalizadora», que se traduz no facto de o aplicador do Direito dever começar por reconduzir a actividade administrativa concreta a uma das formas conhecidas e previamente delimitadas, para depois encontrar as respostas para os problemas de competências jurisdicionais, responsabilidade do Estado ou validade de princípios públicos[133];

[128] V. KEMPEN, «Die Formenwahlfreiheit...», cit., p. 92.

[129] DIRK EHLERS, «Die Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen», in «Verwaltungs Archiv», Ed. Carl Heymanns, Koeln/Berlin, 1983, pp. 112 e ss., p. 112.

[130] FRITZ OSSENBÜHL, «Die Handlungsformen der Verwaltung», in «Juristische Schulung», Ed.Beck, München, 1979, pp. 681 e ss., p. 681.

[131] HARTMUT BAUER, «Verwaltungsrechtslehre im Umbruch? – Rechtsformen und Rechtsverhaeltnisse als Elemente einer zeitgemaessen Verwaltungsrechtsdogmatik», in «Die Verwaltung», Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 301 e ss., p. 309.

[132] BAUER, «Verwaltungsrechtslehre...», cit., p. 310.

[133] OSSENBÜHL, «Die Handlungsformen...», cit., p. 681.

b) uma «função de Estado de Direito», na medida em que elas vinculam a Administração a determinadas regras procedimentais. De facto, pode dizer-se que elas dão a «forma»[134] à actividade administrativa «amorfa».

O alargamento dos fins do Estado implicou, não apenas a adopção de novas formas de actuação da Administração Pública, mas também a adopção de novas formas de organização dos entes que exercem tais actividades. Aliás, o facto de se passar a considerar que a actuação segundo normas de direito privado não tem nada de «temível», levou mesmo a que muitas áreas da Administração Pública não precisassem mais de se «disfarçar» (GIANNINI)[135] sob formas publicísticas.

É verdade que a Administração organizada sob formas jurídico-privadas tem tido alguma relevância do ponto de vista da dogmática jurídica, mas o seu enorme desenvolvimento na dita «economia de guerra e do pós-guerra» espelhado, antes de mais, na introdução dos entes públicos económicos e empresariais, nem sempre se tem traduzido num verdadeiro instituto autónomo de Direito Administrativo. Na realidade, os manuais de Direito Administrativo muitas vezes «ignoram esta figura jurídica» (STOBER) ou tratam-na no âmbito da rúbrica «outros entes da Administração»[136]. Assim, pode dizer-se com STOBER que a criação de sociedades de direito privado tem tido um «papel de destaque» na praxis administrativa mas, em contrapartida, tem sido descurada na doutrina[137].

Aliás, basta a título exemplificativo olhar para algumas das classificações tradicionais das diferentes entidades que desempenham a função administrativa[138], para verificar que elas não são normalmente tratadas de forma autónoma. Do ponto de vista orgânico são possíveis diversas classificações da Administração Pública[139-140], a primeira das quais

[134] OSSENBÜHL, «Die Handlungsformen...», cit., p. 682.

[135] GIANNINI, «Diritto...», Vol. 2, cit., p. 778.

[136] STOBER, «Die privatrechtlich...», cit., pp. 449 e 450 (por exemplo, «Trabanten», «Verwaltungsgesellschaften», «Tochtergesellschaften», «Quagos», «Quangos»).

[137] STOBER, «Die privatrechtlich...», cit., pp. 449 e 450.

[138] Sobre as pessoas colectivas públicas v., por exemplo, JEAN RIVERO, «Droit Administratif», 13ª ed., Ed. Dalloz, Paris, 1990, pp. 57 e ss..

[139] BULL, «Allgemeines...», cit., p. 13.

[140] Cfr. EIKE MUSSMANN, «Die oeffentliche Verwaltung als Teil der oeffentlichen Gewalt», in Rudolf Schweickhardt, «Allgemeines Verwaltungsrecht», 6ª ed., Ed. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Koeln, 1991, pp. 23 e ss..

distingue, quando seja caso disso, entre entes federais, estaduais e autárquicos[141].

Em Portugal, parte-se normalmente da noção de «Estado-Administração» como pessoa colectiva autónoma, distinta das demais que compõem a Administração[142]. Por outro lado, com base na própria Constituição, que no seu artigo 202°, al. d), consagra tal trilogia, distingue-se a «Administração directa» do Estado, central e local, da chamada «Administração indirecta» e também da chamada «Administração autónoma»[143-144]. Finalmente, acrescentam-se as pessoas colectivas privadas que colaboram com a Administração Pública, sendo particularmente discutida de há muito a questão de saber se tais entidades passam ou não a integrar os quadros da própria Administração Pública.

Este desinteresse por parte da doutrina é tanto mais surpreendente quanto é certo que, ao falar-se aqui em «formas de organização», «não se deve crer que se trate de pura forma» (CASSESE)[145]. De facto, está aqui implícita uma radical transformação a todos os níveis, desde os moldes organizatórios, até à disciplina do pessoal ou às regras procedimentais, ao ponto de CASSESE concluir que o estudo destas questões «permite verificar, de perto, o quanto o direito privado penetrou no direito administrativo, ao ponto de não permitir mais afirmar-se que este último é um ramo do direito público»[146].

Preocupado com esta questão, CASSESE chama a atenção para o fenómeno da difusão da Administração Pública sob formas jurídico-privadas e nela distingue três tipos de organização possíveis:

[141] Cfr. INGO von MÜNCH/DIRK EHLERS, «Verwaltung und Verwaltungsrecht im democratischen und sozialen Rechtsstaat», in Hans-Uwe Erichsen/Wolfgang Martens, «Allgemeines Verwaltungsrecht», 9ª ed., Ed. Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1992, pp. 1 e ss., p. 15.

[142] Para a noção de «Estado-Administração», v. FREITAS DO AMARAL, «Curso...», cit., pp. 213 e 214 e MARCELO REBELO DE SOUSA, «Lições de Direito Administrativo», Vol.I, (com base nas aulas ministradas na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, no ano lectivo de 1994-1995), Lisboa, 1994/95, pp. 63 e 64.

[143] V. FREITAS DO AMARAL, «Curso...», cit., respectivamente pp. 219 e ss., pp. 331 e ss., e pp. 393 e ss..

[144] A este propósito, v. também ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, «Curso...», Vol. I, cit., pp. 352 e ss. («a administração do Estado como pessoa jurídica»), pp. 359 e ss. (as «comunidades autónomas») e pp. 364 e ss. («tipologia dos entes públicos»).

[145] SABINO CASSESE, «Le Basi del Diritto Amministrativo», Ed. Scientifica Einaudi, Torino, 1989, p. 163.

[146] CASSESE, «Le Basi...», cit., p. 163. Esta questão da diluição das fronteiras tradicionais entre o Direito Público e o Direito Privado será tratada mais adiante, no final do capítulo II.

a) Entidades nas quais só o vértice adopta regras publicísticas, sendo toda a restante estrutura regida pelo Direito Privado (ex. entes públicos económicos);

b) Entidades administrativas organizadas sob forma de sociedades por acções (ou seja, no primeiro caso o ente é público apesar de actuar segundo o Direito Privado, ao passo que aqui o ente é privado embora fique sujeito a algumas regras públicas);

c) Sociedades por acções de direito comum, nas quais o ente público tem participação accionária (nestes casos «não apenas a sociedade é privada, (...) mas também a relação jurídica que vem a estabelecer-se entre a administração pública e a sociedade é a da participação accionista, regulada pelo Código Civil»)[147].

Por seu lado, os autores alemães tendem a afirmar que as formas de organização jurídico-privadas susceptíveis de serem utilizadas pela Administração Pública são tão numerosas como as próprias formas de constituição de entidades jurídicas admitidas pelo Direito Privado[148-149].

Nesta linha, interessa agora ter em atenção as novas formas de organização da Administração Pública portuguesa, começando por lembrar a classificação[150] do próprio sector empresarial do Estado:

a) Empresas públicas;

b) Sociedades comerciais:

1) Sociedades de capitais públicos, ou seja, sociedades comerciais cujo capital pertence na totalidade ao Estado ou a outros entes públicos;

[147] CASSESE, «Le basi...», cit., p. 162.

[148] STOBER, «Die privatrechtlich...», cit., p. 451.

[149] ACHTERBERG, «Privatrechtsfoermige...», cit., p. 504; aí apresenta como formas jurídicas possíveis: «Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschraenkter Haftung, Genossenschaft, Stiftung, eingetragener Verein, Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Konzern, Holdingbildung».

[150] Para esta classificação, v. ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, «Finanças do Sector Público. Introdução aos Subsectores Institucionais», AAFDL, Lisboa, 1991, pp. 211 e ss. e SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, «A Fiscalização Financeira do Sector Empresarial do Estado por Tribunais de Contas ou Instituições Equivalentes», Ed. Tribunal de Contas, Lisboa, 1993, pp. 48 e 49.

2) Sociedades de economia mista, ou seja, empresas regidas pelo Direito Comercial e nas quais se agrupam capitais públicos e privados:

- Sociedades de economia mista controladas (quando o Estado ou outros entes públicos controlam a gestão da sociedade, quer pela via da titularidade da maioria do capital social, quer pela via da titularidade de acções privilegiadas, quer ainda pela via do simples controlo da gestão efectiva da empresa);
- Sociedades de economia mista meramente participadas (quando a posição social da parte pública não lhe permite exercer, de qualquer forma, uma influência determinante no futuro da empresa).

Na perspectiva que aqui nos interessa parece-me ser oportuno ensaiar uma primeira sistematização, de carácter tanto quanto possível global e abrangente, das «formas de organização» jurídico-privadas que têm vindo a ser adoptadas pela Administração Pública. Assim, na minha opinião, elas podem ser agrupadas, em função de quatro critérios:

a) Quanto à sua origem: estas entidades podem ser fruto de criação ex-novo (ex. Parque Expo 98, S.A.[151]), podem traduzir-se na privatização de pessoas colectivas públicas anteriormente existentes (ex. Fundação de São Carlos[152]) ou podem ainda resultar da autonomização (através da atribuição de personalidade jurídica privada) de um departamento ou de um acervo de bens previamente existente numa pessoa colectiva pública (ex. SILOPOR — Empresa de Silos Portuários, S.A., criada a partir de determinados bens da EPAC, E.P.);

b) Quanto à sua ligação com outros entes públicos: tais entidades podem girar na «órbita» do Estado (ex. Caixa Geral de Depósitos, S.A.[153]) ou, pelo contrário, em torno de uma outra entidade pública (ex. Fundação da Universidade de Lisboa[154]) ou ainda ser fruto de fenómenos de colaboração entre várias entidades (ex.

[151] V. Decreto-Lei n.° 88/93, de 23 de Março.
[152] V. Decreto-Lei n.° 75/93, de 10 de Março.
[153] V. Decreto-Lei n.° 287/93, de 20 de Agosto.
[154] V. DR III Série, de 30-8-1989.

Lisboa 94 – Sociedade Promotora de Lisboa Capital Europeia da Cultura, S.A., constituída entre o Estado e o Município de Lisboa[155]);

c) Quanto aos capitais envolvidos: podem ser capitais exclusivamente estaduais (ex. Caixa Geral de Depósitos, S.A.)[156], capitais exclusivamente públicos (ex. Sociedade anónima para explorar uma rede de metropolitano no Porto, a constituir com capitais da área metropolitana do Porto, bem assim como da CP e da Metropolitano de Lisboa[157]) ou ainda capitais mistos, maioritariamente públicos (ex. Centro Cultural de Belém, S.G.I.I., S.A.[158])[159];

d) Quanto à forma jurídica adoptada: pode tratar-se de qualquer das formas jurídicas admitidas no Direito Privado (sociedades, associações ou fundações).

[155] V. Decreto-Lei n.° 145/92, de 21 de Julho.
[156] Nos termos do artigo 1°, n.°1, do Decreto-Lei n.°287/93, de 20 de Agosto, a Caixa Geral de Depósitos é transformada em «sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos», tendo-se já no próprio preâmbulo tido o cuidado de salientar que «dada a natureza da actividade exercida» e «a posição e o papel que a empresa ocupa no mesmo sector», deve ser apenas o Estado, e não qualquer outra pessoa colectiva de direito público, o detentor do capital.
[157] V. Decreto-Lei n.° 71/93, de 10 de Março.
[158] Embora neste caso o capital inicial tenha sido integralmente realizado pelo Estado, por determinação do art.° 2°, n.°1 e n.°4 dos respectivos Estatutos. V. Decreto-Lei n.° 65/89, de 1 de Março.
[159] No caso de haver capitais mistos mas maioritariamente privados, na minha opinião (como se desenvolverá a propósito do controlo do Tribunal de Contas, no capítulo III), essas entidades já não integram a «Administração Pública», em sentido orgânico.

Como exemplo das situações de «miscelânea» de capitais públicos e privados, tome-se o caso muito curioso da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima a qual, para a prossecução das suas atribuições, desenvolverá formas de angariação de meios financeiros, designadamente junto de entidades públicas e particulares, nacionais e estrangeiras. Segundo o artigo 47°, n.°1, dos seus Estatutos, (publicados no DR, III, de 12-7-1990), serão receitas da APAV, para além do produto das quotas dos associados, dos rendimentos de bens próprios e do produto da venda de publicações, «os subsídios do Estado, institutos públicos, autarquias locais, regiões autónomas, empresas, cooperativas e outras entidades públicas ou privadas, organizações estrangeiras e internacionais». Finalmente, salvaguarda-se também a possibilidade da existência de outras receitas atribuídas por lei, decisão judiciária ou acto da Administração Pública.

4.2. Vantagens das novas formas de actuação administrativa através de meios jurídico-privados

Em 1953, SIEBERT afirmava que a Administração Pública devia poder recorrer ao Direito Civil, porque o Direito Público ainda não tinha desenvolvido «as formas necessárias para a Administração de providência e protecção»[160].

Tratava-se da utilização, como argumento justificativo desse recurso às normas do Direito Privado, da ideia que mais tarde veio a ser qualificada como uma situação de «pobreza» ou «escassez» de formas do direito contratual público[161]. É exactamente esse também o argumento de OSSENBÜHL ao afirmar que o poder público prosseguiu, desde sempre, as suas tarefas de prestação sob formas jurídico-privadas, porque o Direito Público «não tinha à disposição, ou não tinha de forma apta, as formas de actuação adequadas»[162-163].

IMBODEN também tentou conceptualizar essa mesma orientação pragmática, criando a ideia de uma especial «aptidão jurídico-privada»[164]. O que aqui está em causa é, no fundo, o mesmo argumento, embora encarado na perspectiva inversa, a partir do âmbito do Direito Privado.

Para além dessa justificação inicial e de carácter geral, muitos outros motivos mais concretos têm sido invocados para justificar a actividade de direito privado da Administração Pública[165]. A análise da enorme multiplicidade e diversidade das vantagens que são apontadas a essa actividade obriga a concordar com OSSENBÜHL, quando afirma que a doutrina administrativa tem, a este propósito, pura e simplesmente ignorado uma série de questões jurídicas verdadeiramente «ardentes/palpitantes» («brennender Rechtsfragen»)[166].

Parece-me ser útil sistematizar, de acordo com alguns critérios lógicos, os argumentos normalmente mais utilizados para justificar o recurso pela Administração Pública às formas de organização e de actuação de direito privado e, simultaneamente, referir, a título exemplificativo, a forma como esses argumentos têm sido invocados, a propósito de alguns casos portugueses recentes. Assim, julgo serem seis os critérios fundamentais a tomar em consideração, ao ordenar as alegadas vantagens destas formas de organização administrativa jurídico-privadas:

1) Do ponto de vista da sua criação:
   a) a maior facilidade na criação e extinção de instituições, uma vez que a imposição das formas jurídico-públicas dificulta, por exemplo, a fundação de empresas.

2) Do ponto de vista da sua autonomia:
   a) o facto de teoricamente se favorecer a descentralização e a autonomia dos entes criados;
   b) a possibilidade de criação e clara delimitação de âmbitos de responsabilidade próprios e autónomos;
   c) uma pretensa menor permeabilidade à influência político-partidária.

[160] WOLFGANG SIEBERT, «Privatrecht im Bereich oeffentlicher Verwaltung – zur Abgrenzung und Verflechtung von oeffentlichem Recht und Privatrecht», in «Festschrift für Hans Niedermeyer – zum 70. Geburtstag», Ed. Otto Schwartz & Co, Goettingen, 1953, pp. 215 e ss., p. 246.

[161] V. ZEZSCHWITZ, «Rechtsstaatliche...», cit., p. 1875, considerando como motivo «correcto para a evasão para o direito contratual privado» a, «até há pouco, dominante falta/pobreza de formas no direito dos contratos administrativos».

[162] FRITZ OSSENBÜHL, «Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht», in «Die oeffentliche Verwaltung», Ed. Kohlhammer, Stuttgart, 1971, pp. 513 e ss., p. 518.

[163] ZEZSCHWITZ, «Rechtsstaatliche...», cit., p. 1874, onde também afirma que as formas de organização jurídico-privadas foram especialmente importantes para a actividade administrativa, «enquanto o direito contratual público não pôde proporcionar uma igualdade qualitativa em tipos de regulamentação, variedade de tipos e praticabilidade»; na página seguinte lamenta a falta de uma «parte geral do direito das obrigações jurídico-administrativas».

[164] MAX IMBODEN, «Der Verwaltungsrechtliche Vertrag», Ed. Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1958, p. 62.

[165] V. ACHTERBERG, «Privatrechtsfoermige...», cit., p. 505; STOBER, «Die privatrechtlich...», cit., p. 452; ZEZSCHWITZ, «Rechtsstaatliche...», cit., p. 1875; OSSENBÜHL, «Daseinsvorsorge...», cit., p. 519; DIRK EHLERS, «Die Wirtschaftliche Betaetigung der oeffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland», in «Juristen Zeitung», Ed. Mohr, Tübingen, 1990, pp. 1089 e ss., p. 1092.

[166] OSSENBÜHL, «Daseinsvorsorge...», cit., p. 520, refere que, na Alemanha, a extrema preocupação com a questão da vinculação aos direitos fundamentais, por parte da Administração sob formas jurídico-privadas, relegou essas outras questões para segundo plano.

3) De um ponto de vista «estático», ou seja, do ponto de vista da sua organização:

   a) a libertação das regras de organização de direito público.

4) De um ponto de vista «dinâmico», ou seja, do ponto de vista da sua actuação:

   a) a possibilidade de adopção de processos de decisão e de actuação mais flexíveis, mais desburocratizados, mais rápidos e supostamente mais transparentes e eficientes;

   A propósito deste argumento, vale a pena lembrar o Decreto-Lei n.° 322/91, de 26 de Agosto, que aprovou os novos Estatutos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa. Nos termos do seu artigo 1°, n.° 1, ela passa a ser «uma pessoa colectiva de utilidade pública administrativa»[167], deixando assim de ser uma entidade pública. Esta mudança de natureza jurídica é precisamente justificada, no próprio Preâmbulo desse mesmo diploma, com base na ideia de reconduzir a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa à sua «pureza inicial», permitindo-lhe «actuar sem as limitações que, em crescendo, foram afectando a sua acção». Ou seja, recorre-se sobretudo a argumentos ligados à «maior eficácia» e ao carácter «mais adequado» dos meios de gestão, embora também seja invocada como argumento a diversidade dos instrumentos de criação de recursos financeiros, que se prende com aspectos que serão referidos mais adiante.

   A ideia da flexibilização da gestão tem também um papel fundamental a propósito da construção e gestão do Centro Cultural de Belém. O Decreto-Lei n.° 65/89, de 1 de

[167] Ao contrário da generalidade das Santas Casas da Misericórdia, instituições particulares de solidariedade social, a Misericórdia de Lisboa não era tradicionalmente uma instituição privada, mas sim um «estabelecimento público».

Na 1ª edição do «Curso de Direito Administrativo», p. 325, nota 1, FREITAS DO AMARAL já defendia precisamente esta alteração de natureza jurídica da Misericórdia de Lisboa: «A PGR tem oscilado entre a qualificação da Misericórdia de Lisboa como instituto público (Parecer n.°17/82, de 23-6-82, in DR, II, 2, 4-1-83, p. 44) e como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa (Parecer n.°17/83, de 12-5-83, in DR, II, 182, 9-8-83, p. 6842). Entendemos que a Misericórdia de Lisboa é um instituto público estadual, embora devesse voltar a ser uma instituição particular de utilidade pública».

Março, afirma precisamente que o seu objectivo é o da «criação de uma estrutura de gestão flexível e dinâmica que permita a construção do Centro Cultural de Belém dentro dos prazos fixados». Esse diploma inclui em anexo os estatutos da sociedade criada para esse efeito, a Centro Cultural de Belém, Sociedade de Gestão e Investimento Imobiliário – S.G.I.I., S.A., «sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos» (artigo 1°, n.° 1)[168]. Nos termos do artigo 2° dos Estatutos da CCB, S.G.I.I., S.A., o objecto principal desta sociedade «consiste em construir o empreendimento do Centro Cultural de Belém, nos termos do projecto que lhe seja fornecido pelo Instituto Português do Património Cultural», pelo que a duração da Sociedade é limitada ao cumprimento do seu objecto principal (artigo 3°). Fica também determinado que o capital social inicial é integralmente realizado pelo Estado, o qual, aliás, se compromete a dotar a sociedade dos meios financeiros necessários à plena satisfação dos encargos inerentes à construção do Centro Cultural de Belém (artigo 2°, n.° 1 e n.° 4).

b) a sujeição aos princípios da economia de mercado e, assim, à concorrência;

Estes foram os principais argumentos invocados no caso da transformação da Caixa Geral de Depósitos de empresa pública em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos. O preâmbulo do Decreto-Lei n.° 277/93, de 10 de Agosto[169] refere precisamente que as tranformações

[168] Segundo o artigo 1°, n.° 2, esta sociedade rege-se pela legislação comercial aplicável, pelo presente diploma, pelos seus estatutos e pelo Decreto-Lei n.°291/85, de 24 de Julho ou seja, pela legislação relativa às Sociedades de Gestão e Investimento Imobiliário.

[169] O Decreto-Lei n.°277/93, de 10 de Agosto é relativo à Caixa Geral de Aposentações e no seu Preâmbulo refere que «(...) parte das prestações sociais pagas pela CGA é suportada pelo Orçamento do Estado. Assim sendo, em nome dos princípios da transparência das contas públicas, e também da sã concorrência no âmbito do sistema financeiro, importa definir claramente o regime jurídico da CGA, autonomizando-a face à CGD».

Note-se que, nos termos do Artigo 1°, n.°1 , a CGA «é uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e com património próprio (...)».

O mesmo diploma refere ainda que esta autonomização da CGA, «com a definição clara do seu regime jurídico, constitui uma alteração essencial e elucidativa da nova forma de relacionamento do Estado com as suas empresas e nomeadamente com a CGD».

sofridas pela Caixa Geral de Depósitos se devem à necessidade de adaptação desta «às novas condições do sistema financeiro», através da adopção de «um perfil que lhe dará todas as possibilidades de actuação e concorrência em igualdade de circunstâncias com as demais instituições, contribuindo decisivamente para a consolidação do novo modelo do sistema financeiro nacional». Por seu lado, o Decreto-Lei n.° 287/93, de 20 de Agosto, que em anexo inclui os novos estatutos da Caixa Geral de Depósitos, justifica no seu preâmbulo a sujeição da Caixa a um regime de direito privado com base no quadro geral da «adesão de Portugal às Comunidades Europeias» e também no facto de, no plano interno, o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras ter vindo «equiparar a Caixa Geral de Depósitos aos bancos no que respeita às actividades que está autorizada a exercer».

c) a maior vinculação à rentabilidade e economicidade;

d) a possibilidade de diversificação dos bens e serviços a oferecer no mercado;

O Decreto-Lei n.° 42/94, de 14 de Fevereiro, converte as Oficinas Gerais de Material Aeronáutico de estabelecimento fabril em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos. Para justificar esta medida, o preâmbulo do referido diploma lembra que, «com o fim da guerra em África assiste-se a uma redução quantitativa da actividade da Força Aérea Portuguesa» e que «a partir de finais da década de 70, as OGMA iniciaram um esforço significativo de promoção da sua capacidade técnica no mercado externo, de forma a obter trabalho que garantisse, pelo menos, a utilização da capacidade instalada». Aliás, nesse sentido, o Decreto-Lei n.° 252/72, de 27 de Julho e o Decreto-Lei n.° 387/72, de 13 de Outubro, haviam já dotado as OGMA do estatuto de empresa pública, com personalidade jurídica e autonomia administrativa e financeira e sujeição às regras jurídico-privadas. Hoje entende-se que tal não é suficiente e que é «necessário dotar esta unidade fabril de maior flexibilidade e independência, por forma a responder às necessidades de gestão técnica, comercial e financeira de carácter empresarial». Assim, continua o referido preâmbulo, «com esta medida pretende-se enquadrar as OGMA numa nova e mais competitiva realidade empresarial e dotá-las dos mecanismos legais que lhes possam proporcionar uma maior autonomia e uma melhor e mais flexível capacidade de gestão, necessárias à tomada de decisões estratégicas no campo das indústrias aeronáutica e aeroespacial».

O artigo 9° do referido diploma lembra que a OGMA, S.A., «prossegue uma missão de interesse económico geral no âmbito da defesa nacional, de prossecução de objectivos essenciais e vitais para a segurança nacional, devendo conceder prioridade à execução das encomendas das Forças Armadas Portuguesas». No entanto, no artigo 3°, n.° 2, estabelece-se que as OGMA, S.A., poderão assim também exercer «outras actividades relacionadas com a sua tecnologia, aproveitando o seu potencial industrial para fabricar, reparar e comercializar outros produtos, ainda que não se destinem a fins militares».

e) a simplificação da contratação de pessoal, que se torna mais livre e flexível.

5) Do ponto de vista financeiro:

a) a diversificação dos meios de financiamento (nomeadamente através da cooperação com investidores privados);

Para a gestão do Centro Cultural de Belém é criada a Fundação das Descobertas a qual, nos seus Estatutos, é definida como «uma instituição de direito privado e utilidade pública», a qual «durará por tempo ilimitado» (artigo 2°), e tem por fins «a promoção da cultura» (artigo 3°, n.° 1) e «a conservação, administração e desenvolvimento do património designado por Centro Cultural de Belém» (artigo 3°, n.° 2). No preâmbulo do Decreto-Lei n.° 361/91, de 3 de Outubro, que contém em anexo os referidos estatutos da Fundação das Descobertas, justifica-se a escolha de uma «fundação» como «o modelo mais adequado», por duas ordens de razões: por um lado, porque «permite servir a cultura numa óptica de gestão racional, assente nos princípios de autonomia, flexibilidade, estabilidade e profissionalismo» e, por outro lado, porque «permite a participação e o empenho da sociedade civil», afirmando-se ser desejável que, dessa forma, a fun-

dação venha mesmo a tornar-se, a prazo, totalmente independente do Orçamento do Estado. À partida, o Estado compromete-se não apenas a entrar no património da Fundação com a cedência, «em direito de superfície perpétuo e gratuito», dos terrenos afectos à construção, mas também a dotar a Fundação do recheio do museu permanente a instalar, bem assim como do projecto devidamente licenciado da construção dos módulos n.° 4 e n.° 5 (artigo 5°, n.° 2 e n.° 6)[170].

b) a possibilidade de redução de custos administrativos;

c) A susceptibilidade de beneficiar de vantagens fiscais.

6) Do ponto de vista das relações exteriores:

a) a maior facilidade de cooperação e conjugação de esforços entre várias entidades públicas;

É o caso, por exemplo, do Decreto-Lei n.° 71/93, de 10 de Março, que prevê a constituição de uma sociedade anónima, de capitais exclusivamente públicos, a criar nos termos da lei comercial, para explorar, em regime de exclusivo, uma rede de metropolitano ligeiro de superfície na área metropolitana do Porto. No preâmbulo desse diploma afirma-se a intenção de criar mecanismos legais que enquadrem todo o processo de forma, não apenas «adequada, clara, flexível», mas também, ao mesmo tempo, «segura e credível». Nos termos dos artigos 1° e 2° do referido diploma, o capital social da sociedade poderá ser detido pela área Metropolitana do Porto, bem assim como pela «CP – Caminhos de Ferro Portugueses» (até 15% do seu total) e pela «Metropolitano de Lisboa» (até 5% do seu total), tratando-se, assim, de uma forma de assegurar a colaboração entre tais entidades.

Outro caso a referir a este propósito é o da constituição da sociedade Parque EXPO 98, S.A., sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, tendo por objecto social «a concepção, execução, construção, exploração e desmantelamento da Exposição Internacional de Lisboa de 1998 (...), bem como a intervenção na reordenação urbana da zona de intervenção da Exposição» (artigo 2° do Decreto-Lei n.° 88/93, de 23 de Março, que em anexo contém os Estatutos da Parque EXPO 98). No preâmbulo desse diploma, justifica-se a estrutura empresarial da entidade a criar com base «na dimensão e complexidade» quer «da concepção e execução do projecto de reconversão urbanística da zona de intervenção da EXPO 98», quer da «gestão dos meios de financiamento das actividades necessárias à realização da Exposição». Por seu lado, António Cardoso e Cunha, Comissário da EXPO 98, a propósito das razões justificativas da escolha desta forma jurídica, congratulou-se com o facto de o edifício legislativo criado favorecer a cooperação com os Municípios envolvidos, uma vez que permite formas de actuação e de articulação com esses Municípios «libertas dos ritmos administrativos normais»[171].

b) a susceptibilidade de apelo à sociedade civil e de utilização da iniciativa privada;

Um exemplo deste apelo à colaboração da sociedade civil é o da transformação do Teatro São Carlos de empresa pública em fundação privada, através do Decreto-Lei n.° 75/93, de 10 de Março, o qual, no seu artigo 1°, n.° 2, passa a definir a Fundação de São Carlos como «uma instituição de direito privado e utilidade pública, dotada de personalidade jurídica, que durará por tempo ilimitado». No artigo 2° dos Estatutos da Fundação de São Carlos, publicados em anexo ao diploma anteriormente referido, refere-se que ela tem como fins gerais «a promoção e o desenvolvimento da música e do teatro lírico» (n.° 1) e como fins especiais «a gestão do Teatro Nacional de São Carlos e a manutenção de uma orquestra sinfónica» (n.° 2). No preâmbulo do mesmo diploma, a propósito desses fins a cargo da Fundação de São Carlos, afirma-se a necessidade de «tomar opções quanto à forma institucional que melhor servia estes objectivos». Assim, diz-se ter sido especialmente levada em

[170] Assim, no artigo 5° dos referidos estatutos, especifica-se que o património da Fundação das Descobertas é constituído: a) pelo direito de superfície perpétuo e gratuito dos imóveis e terrenos afectos à construção dos restantes módulos; b) pelo recheio do museu, em regime de propriedade ou usufruto, conforme resultar do acto de dotação do Estado; c) pelos subsídios periódicos ou permanentes que o Estado entenda dar.

[171] V. o editorial do «Informação», Boletim da Exposição Internacional de Lisboa 1998, n.°1, Julho de 1993, p. 2.

consideração a necessidade de assegurar formas de «participação desinteressada de agentes económicos privados», uma vez que se partiu do princípio de que os fins a cargo da Fundação ultrapassam «a mera satisfação de necessidades sócio-económicas básicas e universais, para que o Estado se encontra vocacionado» e que, por isso, se torna «indispensável a colaboração da sociedade civil».

Outro exemplo de apelo à colaboração de diversas entidades é o da criação da «Lisboa 94 – Sociedade Promotora de Lisboa Capital Europeia da Cultura, S.A.»[172]. Apesar de, de acordo com o artigo 5°, n.° 4, dos estatutos da sociedade, publicados em anexo, só pessoas colectivas de direito público poderem ser titulares das suas acções, no artigo 14° do mesmo diploma apresenta-se uma lista imensa de entidades que ficam representadas no conselho consultivo da sociedade e a cuja colaboração se faz apelo (desde os vários Ministérios, a várias fundações, como a Gulbenkian, a Luso-Americana, a do Oriente ou a das Descobertas, à própria Área Metropolitana de Lisboa, às Academias das Ciências, das Belas-Artes e da História, até ao Patriarcado de Lisboa).

c) a maior facilidade de intercâmbios com o estrangeiro;

Este argumento tem sido, por exemplo, utilizado no caso da criação de várias fundações, ao nível das universidades. É esse o caso da «Fundação da Universidade de Lisboa»[173]. Assim, no artigo 8° dos Estatutos da Universidade de Lisboa[174] determina-se que a Universidade de Lisboa «é apoiada, no exercício das suas funções, pela Fundação da Universidade de Lisboa». Tal Fundação foi constituída por escritura de 27 de Julho de 1988[175], e tem por objecto «estudar, apoiar e desenvolver qualquer iniciativa que se enquadre nos fins da Universidade de Lisboa». Ficou também determinado que, sendo de duração indeterminada, a Fundação da Universidade de Lisboa poderá «celebrar contratos ou promover qualquer tipo de participação com quaisquer instituições ou entidades públicas ou privadas, nacionais e estrangeiras, acordando e assegurando a forma de pagamento de cada interveniente, podendo ainda, paralela ou isoladamente, conceder prémios, bolsas de estudo e promover ou apoiar debates, conferências, estudos ou publicações»[176].

[172] Essa criação realizou-se através do Decreto-Lei n.° 145/92, de 21 de Julho, cujo preâmbulo determina «para o efeito de organizar e dinamizar a referida manifestação (...), constituir uma sociedade anónima que tivesse esse evento por objecto e dispusesse de plena autonomia». Segundo o artigo 1°, n.°1, desse diploma, tal sociedade é constituída entre «o Estado e o Município de Lisboa» os quais, segundo o n.°2 do mesmo artigo, «terão igual participação no capital da sociedade».

[173] Os Estatutos da Faculdade de Direito de Lisboa, aprovados por Despacho de 17-7-90 do Reitor da Universidade de Lisboa, publicado no DR, II Série, de 28-8-1990, determinam também que os órgãos desta Faculdade, a qual é «uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial» (artigo 2°, n.°1), «promoverão a instituição da Fundação da Faculdade de Direito de Lisboa» (artigo 90°).

[174] Homologados pelo Despacho Normativo n.° 76/89, de 31 de Julho de 1989.

4.3. Ambiguidades e riscos dessas novas formas de actuação

A multiplicidade, a diversidade e a indiscutível relevância das actividades levadas a cabo por este novo tipo de entidades levam necessariamente a que se coloque o problema dos riscos nelas envolvidos e dos motivos reais que podem eventualmente estar por detrás da sua criação. Como adverte EHLERS, tem-se muitas vezes verificado que estes fenómenos de «privatização» da Administração Pública resultam intencionalmente de «considerações ilegítimas»[177].

Na verdade, é fácil imaginar que, por detrás deste tipo de fenómenos, existam por vezes objectivos velados e subreptícios, como sejam os de tentar ultrapassar as vinculações jurídico-públicas a que a Administração de outro modo estaria sujeita, em relação às competências, às formas de organização e de actuação, aos controlos ou à responsabilidade[178-179].

[175] Publicada no DR,III, de 30-8-1989.

[176] Interessante é também o caso da «Fundação das Universidades Portuguesas», constituída a 10 de Julho de 1993 como «instituição de direito privado e utilidade pública» e que tem como fim «contribuir para os objectivos globais das universidades que integram o CRUP». Para isso, rege-se com fundos oriundos apenas das universidades, embora o Governo possa contribuir para o desenvolvimento de projectos concretos.

RUI ALARCÃO, que preside à nova fundação, afirmou que ela «nasce, não por moda, exigência de figurino, mas por necessidade»; v. Jornal «Público», de 11 de Julho de 1993.

[177] EHLERS, «Die Wirtschaftliche...», cit., p. 1092.

[178] V. STOBER, «Die privatrechtlich...», cit., p. 452.

[179] A este propósito, ACHTERBERG aponta como exemplo de uma desvantagem deste recurso ao Direito Privado, o facto de se conseguir evitar «o controlo democrático da ente-mãe»; v. «Privatrechtsfoermige...», cit., p. 505.

Na minha opinião, pode dizer-se que, ao longo dos tempos, a Administração Pública acabou muitas vezes por passar de uma fuga que se poderia dizer quase «inocente» a uma fuga «consciente e perversa» para o Direito Privado.

Para compreender exactamente este fenómeno é preciso lembrar que, tradicionalmente, quando o Direito Administrativo não espelhava o Estado de Direito e não possuía verdadeiras formas jurisdicionais de protecção, a utilização do Direito Privado pela Administração Pública era favorável ao cidadão; hoje, pelo contrário, existe esse perigo de a Administração, através de uma «fuga para o Direito Privado», se libertar das suas vinculações jurídico-públicas[180-181].

Vale a pena chamar agora a atenção para alguns aspectos do regime jurídico deste novo tipo de entidades que, por si só, mostram as dificuldades e as ambiguidades que inevitavelmente podem surgir[182].

Em primeiro lugar, parece-me importante salientar o facto de, em última instância, o regime jurídico destas entidades acabar sempre por ter uma natureza mista, de direito privado e de direito público. Assim, por exemplo, o artigo 5°, n.° 3, dos Estatutos da Misericórdia de Lisboa, publicados em anexo ao Decreto-Lei n.° 322/91, de 26 de Agosto, admite que a lei expressamente conceda aos seus órgãos capacidade para a prática de actos jurídicos de direito público, nomeadamente no que respeita

[180] DIRK EHLERS, «Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrecht», in «Deutsches Verwaltungsblatt», Ed. Carl Heymanns, Koeln/Berlin, 1983, pp. 422 e ss., p. 422.

[181] GIUSEPPE PERICU, «Note in Tema di Attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione», in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza», Ed. Giuffrè, Milano, 1966, pp. 108 e ss., p. 117.

[182] É muito curiosa e sintomática desses «riscos» a situação descrita na página 29 do Jornal «Público» de 3 de Março de 1994, a propósito do Centro Cultural de Belém. Assim, de acordo com o relato do referido jornal, os responsáveis da Fundação das Descobertas alegam que, sendo a Fundação apenas superficiária do Centro Cultural de Belém, caberia ao Estado resolver problemas como os da inscrição no registo predial e nas Finanças, sem as quais a própria Fundação não pode realizar a escritura pública do Centro, nem clarificar a sua posição perante a contribuição autárquica. Na verdade, a não inscrição no registo predial significa que os terrenos onde o Centro foi construído, e que foram expropriados pelo Estado a particulares, permanecem em nome dos antigos proprietários, impossibilitando que os direitos de superfície do imóvel passem para o nome da Fundação das Descobertas.

Tudo se complica ainda porque o Estado parece ignorar a que entidade, por si tutelada, pertencem os terrenos afectos ao Centro Cultural de Belém, o que, enquanto não for clarificado, o impede de registar em seu nome o título de propriedade dos imóveis (situação diferente quanto à obra em si mesma, dependente do Ministério das Obras Públicas).

à regulamentação, organização e exploração dos seus serviços e instituições anexas[183].

Os Estatutos da Rádio Televisão Portuguesa, publicados em anexo à Lei n.° 21/92, de 14 de Agosto, que transforma a RTP, E.P., em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos não carecem, por exemplo, de redução a escritura pública, devendo os respectivos registos ser feitos oficiosamente, sem taxas nem emolumentos, com base no próprio Diário da República (artigo 11°, n.° 1). Aliás, muitos outros privilégios e isenções são concedidos a esta empresa, ao arrepio das regras gerais do Direito Privado, ao qual ela supostamente se sujeita. Assim, segundo o n.° 2 do mesmo artigo, todos os actos de inscrição, registo ou averbamento, perante quaisquer conservatórias, repartições ou organismos públicos, designadamente junto do Registo Nacional de Pessoas Colectivas, conservatórias do registo predial e da propriedade automóvel, serão feitos com base em simples requerimento assinado por dois membros do conselho de administração da sociedade e isentos de quaiquer taxas ou emolumentos.

Situação semelhante aparece no artigo 3°, do Decreto-Lei n.° 42/94, de 14 de Fevereiro, que prevê que a regularização da situação da sociedade deva ser feita nas repartições competentes, «com isenção de quaisquer taxas ou emolumentos, mediante simples comunicação ou requerimento subscrito por dois membros do conselho de administração da OGMA, S.A.» (n.° 1) e que as transmissões de bens e os correspondentes registos estão também isentos de emolumentos e de outros encargos legais (n.° 2).

Também no artigo 2°, n.° 3, do Decreto-Lei n.° 287/93, de 20 de Agosto, em anexo do qual estão publicados os Estatutos da Caixa Geral de Depósitos, S.A., se determina que a inscrição da Caixa no registo comercial, bem como os eventuais averbamentos, serão realizados pelas repartições competentes com isenção de quaisquer taxas ou emolumentos.

Nos termos do artigo 9°, n.° 4, do mesmo diploma, «os documentos que, titulando acto ou contrato realizado pela Caixa, prevejam a existência de uma obrigação de que a Caixa seja credora e estejam assi-

[183] Não deixa de ser curioso que a lei sinta a necessidade de, no artigo 36°, n.°4, afirmar que a alienação, cessão e oneração dos bens da Misericórdia de Lisboa, bem como a locação dos que lhe pertençam ou de que careça para os seus fins, se regem pelas normas de direito privado, uma vez que tal decorreria por si só da própria natureza jurídico-privada da Misericórdia.

nados pelo devedor revestem-se de força executiva, sem necessidade de outras formalidades».

Em relação à natureza mista do regime jurídico aplicável a estas entidades, é paradigmático o regime que o Decreto-Lei n.° 88/93, de 23 de Março, estabelece para a Parque EXPO 98, a qual, nos termos do artigo 1°, n.° 2, se rege pela lei comercial, pelo diploma em causa e pelos seus estatutos.

No artigo 7°, n.° 1, determina-se que as obras a realizar pela Parque EXPO 98 ficam sujeitas ao disposto no Decreto-Lei n.° 235/86, de 18 de Agosto (ou seja, o diploma que regula as empreitadas de obras públicas), «desde que nos respectivos títulos esteja prevista a aplicação subsidiária daquele regime ou expressa, por qualquer forma, a subordinação do contratante às exigências do interesse público da conclusão atempada da obra ou fornecimento».

Por outro lado, no artigo 6° são conferidos à Parque EXPO 98, entre outros, os poderes para, segundo a lei, agir como entidade expropriante e o direito de utilizar e administrar os bens do domínio público do Estado e, no artigo 7°, n.° 2, são-lhe também conferidos os poderes e prerrogativas do Estado quanto à protecção, desocupação, demolição e defesa administrativa da posse dos terrenos e instalações, podendo ainda ocupar temporariamente os terrenos particulares de que necessite, sem prejuízo do direito a indemnização a que houver lugar.

A este propósito interessa também ter presente o Decreto n.° 16/93, de 13 de Maio, em cujo artigo 2° se afirma que compete à Administração Pública, «através da Sociedade Parque EXPO, S.A.», promover as acções e o processo de recuperação e reconversão urbanística da área referida.

A Lei n.° 57/93, de 6 de Agosto, autoriza o Governo a aprovar o regime de reordenamento urbano para a zona de intervenção da Expo 98. Assim, o artigo 2°, al. b), estabelece que pertencerá ao Governo a competência para aprovar um plano específico de ordenamento para a zona declarada como área crítica de recuperação e reconversão urbanística. Segundo a alínea d) da mesma disposição, competirá à Parque Expo 98, S.A., a competência para elaborar o plano de urbanização e os planos de pormenor, bem como a competência para licenciar as respectivas obras de urbanização. Na alínea e) dispensa-se dos licenciamentos previstos a concretização de todas as obras e edifícios necessários à realização da EXPO 98.

Aliás, na alínea h) prevê-se, em geral, a existência de regras específicas para o processo destas expropriações, designadamente no que respeita à posse administrativa dos bens a expropriar cuja declaração de utilidade pública tenha carácter de urgência, à determinação e modo de pagamento das indemnizações e à constituição da comissão arbitral.

A alínea f) da mesma disposição confere à Sociedade Parque EXPO 98, S.A., os poderes atribuídos à Administração do Porto de Lisboa relativamente aos imóveis localizados na zona de intervenção da EXPO 98 e a alínea j) institui um «dever de cooperação», segundo o princípio da reciprocidade, entre todas as entidades, públicas e privadas, cuja área de actuação esteja directamente relacionada com a preparação e a realização da EXPO 98.

Finalmente, importa ter presente o artigo 3°, segundo o qual estes «poderes excepcionais» atribuídos à Sociedade EXPO 98, S.A., cessam em 31 de Dezembro de 1999.

Outro aspecto interessante a referir, a propósito destas novas entidades, é o da complexidade (ou pelo menos diversidade) do estatuto jurídico do seu pessoal. Assim, nos termos dos estatutos da Misericórdia de Lisboa, ao verificar-se a mudança da sua natureza jurídica, ao seu pessoal é dado individualmente o direito de optar entre ficar sujeito ao regime jurídico do contrato individual de trabalho (Artigo 26°, n.° 1) ou, pelo contrário, ser integrado num quadro especial, a criar especificamente para o efeito (Artigo 27°). Passam, assim, a existir simultaneamente, pelo menos transitoriamente, trabalhadores sujeitos a dois regimes jurídicos diferentes. Por outro lado, nesse mesmo diploma prevê-se a possibilidade de os funcionários e agentes do Estado, de institutos públicos e de autarquias locais, bem como os trabalhadores de empresas públicas, poderem ser chamados, nos termos previstos na lei, a desempenhar funções na Misericórdia de Lisboa ou seus departamentos, em regime de destacamento, requisição ou comissão de serviço (Artigo 29°, n.° 1) e, vice-versa, a possibilidade de serem os trabalhadores da Misericórdia de Lisboa a ser chamados a desempenhar funções no Estado ou em institutos públicos, autarquias locais e empresas públicas, em regime de requisição ou de comissão de serviço (n.° 2)[184].

Também, de acordo com o artigo 8°, do Decreto-Lei n.° 42/94, de 14 de Fevereiro, os oficiais das Forças Armadas podem prestar serviço na OGMA, S.A., em regime de comissão normal.

[184] Esta solução é muito frequente em todas estas entidades. Assim, por exemplo, nos termos do Decreto-Lei n.°65/89, de 1 de Março, os funcionários do Estado, de institutos públicos, de autarquias locais e de empresas públicas também podem ser autorizados a exercer funções no Centro Cultural de Belém, em regime de requisição, conservando todos os direitos e regalias inerentes ao seu quadro de origem (Artigo 7°).

O artigo 10° do Decreto-Lei n.°312/91, de 17 de Agosto, admite essa mesma possibilidade em relação ao exercício de funções na TAP, Transportes Aéreos Portugueses, SA.

Alguns desses riscos da actividade de direito privado da Administração Pública são salientados pelo Tribunal de Contas, a propósito do regime jurídico do Centro Cultural de Belém[185]. Na verdade, o Tribunal afirma[186] claramente que a constituição desta sociedade corresponde «a uma maneira de cobrir com as formas próprias da autonomia privada uma gestão exclusivamente incidente sobre dinheiros públicos, o que, embora a pretexto de desburocratização e celeridade, traduz, na realidade, uma violação do princípio fundamental do Direito Financeiro dos Estados democráticos, que é o da responsabilidade especial dos gestores financeiros, como gestores de dinheiros alheios e em regime de prestação de contas». No fundo, continua o Tribunal, o recurso às formas jurídico-privadas serve «para escamotear dinheiros públicos à sua forma de disciplina e controlo próprios», violando quer «a lógica e os valores» do Direito Comercial, quer «a lógica e os valores essenciais» do Direito Financeiro.

A propósito da EXPO 98, o Vice-presidente do Tribunal de Contas fala da existência de um «crescimento oculto do Estado»[187] e critica as fragilidades do controlo financeiro actual. Na sua opinião, verifica-se mesmo um «certo titubear legislativo consoante as conveniências» (lembra assim, por exemplo, que algumas empresas de capitais exclusivamente públicos foram sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas «e o mesmo não sucedeu com outras sociedades de capitais públicos recentemente criadas, como o Centro Cultural de Belém e a EXPO 98, que traduzem um crescimento oculto do Estado»).

Curiosamente, se por um lado se verifica essa diluição de responsabilidades, por outro lado parece-me que a proclamada autonomia destas entidades acaba por ser algo ilusória. Ou seja, nem há verdadeira autonomia, que levaria a que funcionassem os mecanismos de controlo normais

[185] Nos termos do Decreto-Lei n.° 65/89, de 1 de Março, o qual contém em anexo os Estatutos da Centro Cultural de Belém, S.G.I.I., S.A., ela rege-se por esse diploma, pela legislação comercial aplicável, pelos seus estatutos e pelo Decreto-Lei n.° 291/85, de 24 de Julho (Artigo 1°, n.° 2). Este último aspecto não deixa de ser curioso, se se tiver em conta que o referido Decreto-Lei n.°291/85, de 24 de Julho, define as «SGII» como as sociedades que «têm por objecto a gestão de imóveis próprios por estas adquiridos ou construídos, constituindo a sua actividade principal o arrendamento para habitação e a prestação de serviços conexos» (Artigo 1°, n.°1).

[186] Acórdão n.° 61/91 do Tribunal de Contas, a propósito do Centro Cultural de Belém, publicado no DR, II, n.° 134, de 14-6-1991, pp. 6230 e ss..

[187] Declarações do Vice-presidente do Tribunal de Contas, num colóquio sobre «O Estado fora da lei»; v. Jornal «Público» de 23.11.1993, p. 6.

do Direito Privado, em especial do Direito Comercial, nem, por outro lado, se reconhece que estas entidades são afinal ainda entidades públicas, sujeitas aos controlos tradicionais jurídico-públicos.

Julgo ser inegável que, no fundo, estão em causa, na maior parte dos casos e na sua grande maioria, dinheiros públicos. Sintomáticas são as disposições como a do artigo 33°, n.° 2, dos Estatutos da Fundação das Descobertas (publicados em anexo ao Decreto-Lei n.° 361/91, de 3 de Outubro, que cria a Fundação como instituição de direito privado e utilidade pública), nos termos do qual em caso de extinção da Fundação, o seu património reverterá para o Estado. Sintomático é também o facto de estas pessoas colectivas privadas contarem sempre, como dado adquirido, com a existência de subsídios estatais. Assim, por exemplo, o artigo 32°, n.° 1, al. g), dos Estatutos da Misericórdia de Lisboa, publicados em anexo ao Decreto-Lei n.° 322/91, de 26 de Agosto contempla, entre as principais receitas da Misericórdia, «as dotações, subsídios ou comparticipações que lhe forem atribuídas pelo Estado ou por outras entidades públicas».

Também no regime jurídico da Fundação de São Carlos existe essa íntima relação entre o Estado e a entidade privada. Assim, por exemplo, nos termos do artigo 6°, n.° 2, do Decreto-Lei n.° 75/93, de 10 de Março, «em caso de extinção da Fundação, o seu património reverte integralmente a favor do Estado». Por outro lado, segundo o artigo 5°, «o membro do Governo responsável pela área da cultura pode requisitar funcionários públicos para o exercício de funções na Fundação».

Nos termos do artigo 7° dos Estatutos da Fundação, aprovados em anexo ao diploma referido, o conselho de administração é composto pelo «presidente da Fundação, designado por despacho do Primeiro-Ministro», «por dois administradores designados pelo membro do Governo responsável pela área da cultura» e ainda por mais dois administradores.

Na verdade, muitas são as possibilidades de interferência do Estado na gestão de todas estas pessoas colectivas privadas, quer através dos poderes que lhe advêm da sua posição de sócio maioritário ou mesmo único, quer através de outros tipo de prerrogativas que o legislador lhe reconhece. Assim, por exemplo, o Decreto-Lei n.° 361/91, de 3 de Outubro, que cria a Fundação das Descobertas para gerir o Centro Cultural de Belém, reconhece ao Estado várias possibilidades de interferir na tomada de decisões fundamentais. No artigo 8°, n.° 1, o Estado reserva-se, por exemplo, o direito de determinar que os módulos n.° 1, 2 e 3 do Centro Cultural de Belém fiquem afectos à realização de actividades de relevante interesse nacional, estipulando eventuais contrapartidas financeiras.

Em relação às OGMA, S.A., importa ter em consideração o artigo 2° do Decreto-Lei n.° 42/94, de 14 de Fevereiro, no qual se determina que o capital social é integralmente subscrito pelo Estado (n.° 1) e que as acções de que o Estado é titular são detidas pela Direcção-Geral do Tesouro, sem prejuízo de a sua gestão poder ser cometida a uma pessoa colectiva de direito público ou a outro sujeito integrado no sector público (n.° 3). Ainda segundo a mesma disposição, os direitos do Estado como accionista são exercidos por um representante nomeado por despacho conjunto dos Ministros da Defesa Nacional e das Finanças, «salvo quando a gestão tenha sido cometida a outra entidade», possibilidade que anteriormente foi referida (n.° 4).

De acordo com o artigo 6°, o conselho de administração deve enviar aos Ministros da Defesa Nacional e das Finanças, pelo menos trinta dias antes da data da assembleia geral anual, todas «os elementos adequados à compreensão integral da situação económica e financeira da empresa» (n.° 1) e o conselho fiscal deve enviar trimestralmente aos referidos Ministros um relatório sucinto (n.° 2).

Em caso de «guerra declarada ou iminente, bem como em períodos ou situações de grave emergência», o artigo 9°, n.° 2, determina que toda a actividade das OGMA, S.A., «sujeita ou não a obrigações militares, ficará dependente das orientações e determinações dos órgãos competentes do Estado».

No caso da EXPO 98, a Resolução do Conselho de Ministros n.° 15/93, de 4 de Fevereiro de 1993, criou o Comissariado da Exposição Internacional de Lisboa, «na dependência do Primeiro-Ministro» (n.° 1). Sendo o Comissário nomeado por resolução do Conselho de Ministros (n.° 4), ao Comissariado cabe «preparar, organizar e coordenar, a nível interno e externo, as operações necessárias à realização da mesma, nomeadamente perante as organizações internacionais e os países e entidades participantes» (n.° 2). Para isso, cabe nomeadamente ao Comissariado (n.° 11): a) Elaborar o Programa da Exposição; b) Assegurar a realização da Exposição, de acordo com o programa aprovado pelo Governo; (...) d) Coordenar a concepção e execução do projecto de reordenação urbana.

Por seu lado, o Decreto-Lei n.° 88/93, de 23 de Março, no seu Preâmbulo reitera que «ao Estado, atenta a sua vocação, ficará reservada a tarefa de coordenação global de todas as acções e empreendimentos (...) através da criação, na dependência do Primeiro-Ministro, de um comissariado». Sendo o capital social inicial integralmente subscrito e realizado em dinheiro pelo Estado[188] (artigo 3°, n.° 1), o Conselho de Administração enviará aos Ministros da Presidência, das Finanças e das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, pelo menos 30 dias antes da data da assembleia geral anual, quer o relatório de gestão e as contas do exercício, quer quaisquer outros elementos que julgue adequados à compreensão integral da situação económica e financeira da sociedade (artigo 5°, n.° 1).

Também no Decreto-Lei n.° 312/91, de 17 de Agosto, que transforma a empresa pública Transportes Aéreos Portugueses, E.P., em sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos[189], se prevê um conjunto de mecanismos através dos quais se efectiva o controlo do Estado sobre a empresa. Assim, por exemplo, o conselho de administração enviará ao Ministério das Finanças o relatório de gestão e as contas do exercício, pelo menos 30 dias antes da data da assembleia geral anual (artigo 8°, n.° 1) e o conselho fiscal enviará trimestralmente ao Ministério das Finanças um relatório sucinto (n.° 2).

Por seu lado, os Estatutos da Misericórdia de Lisboa, publicados em anexo ao Decreto-Lei n.° 322/91, de 26 de Agosto, prevêem a sua sujeição a um regime de tutela[190] exercida pelo membro ou membros do Governo que superintendam nas áreas da saúde e da segurança social (Artigo 6°, n.° 1). Segundo o n.° 2 do mesmo artigo, essa tutela abrange, «além dos poderes especialmente previstos nestes Estatutos, a definição das orientações gerais de gestão, a fiscalização da actividade da Misericórdia de Lisboa e a sua coordenação com os organismos do Estado ou dele dependentes».

Nos termos do artigo 13°, o Provedor é nomeado por despacho conjunto do Primeiro-Ministro e do membro ou membros do Governo

[188] Segundo o artigo 9°, n.°1, do mesmo Decreto-Lei n.° 88/93, de 23 de Março, as obrigações contraídas pela Parque EXPO 98, S.A., gozam de garantia do Estado, sendo fixado para cada semestre o limite das garantias a prestar (n.°2).

[189] Segundo o artigo 4°, as acções representativas do capital subscrito pelo Estado serão detidas pela Direcção-Geral do Tesouro (n.°1) e os direitos do Estado enquanto accionista são exercidos por um representante designado por despacho conjunto do Ministro das Finanças e do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações (n.° 2).

De acordo com o artigo 11°, a alienação das acções, quando o Estado o entenda por conveniente e oportuno, será regulada por decreto-lei.

[190] É curioso o Artigo 5°, n.° 1, onde se afirma que «sem prejuízo dos poderes de tutela do Governo, a Misericórdia de Lisboa exerce a sua actividade em conformidade com a sua natureza».

que exerçam a tutela sobre a Misericórdia (n.° 2) e o Vice-provedor e os adjuntos são nomeados por despacho desse membro ou membros do Governo que exerçam a tutela, ouvido o Provedor (n.° 3).

O artigo 14°, n.° 1, al. j), impõe a necessidade de autorização da tutela, para a aquisição, alienação e oneração de bens imóveis da Misericórdia de Lisboa. Por outro lado, também o orçamento anual, de acordo com o qual é feita a gestão financeira da Misericórdia, carece de aprovação tutelar (Artigo 35°, n.° 1).

O Decreto-Lei n.° 71/93, de 10 de Março, ao prever a criação de uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos para a exploração em regime de exclusivo de uma rede de metropolitano no Porto, afirma desde logo a necessidade de estabelecer uma teia complicada de «meios que garantam o necessário controlo por parte do Estado de que as regras por si criadas conduzem, de facto, aos fins em vista» (Preâmbulo).

Assim, por exemplo, o artigo 5°, n.° 1, prevê que a referida empresa pode, por sua vez, ceder a exploração a uma entidade privada, mediante concurso público. Nestes casos, segundo o n.° 2 do mesmo artigo, «o programa de concurso para a exploração e respectivo caderno de encargos carecem de homologação pelo Director-Geral de Transportes Terrestres».

Por outro lado, de acordo com o artigo 8°, compete também ao mesmo Director-Geral autorizar o início de exploração e ainda propor ao Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações a cessação do exclusivo, quando não sejam cumpridas as condições constantes do diploma em análise.

Segundo o artigo 6°, dos Estatutos da Rádio Televisão Portuguesa, publicados em anexo à Lei n.° 21/92, de 14 de Agosto, o capital social inicial é integralmente realizado pelo Estado (n.° 1) e as acções de que o Estado é titular são detidas pela Direcção-Geral do Tesouro, mas a sua gestão pode ser cometida a uma pessoa colectiva de direito público ou a uma entidade que, por imposição legal, pertença ao sector público (n.° 2). Ainda segundo o mesmo artigo, os direitos do Estado como accionista são exercidos por um representante designado por despacho conjunto do Ministro das Finanças e do membro do Governo responsável pela área da comunicação social (n.° 3).

De acordo com o artigo 9°, o conselho de administração enviará ao Ministro das Finanças e ao membro do Governo responsável pela área da comunicação social toda a informação sobre a situação económica e financeira da empresa, pelo menos trinta dias antes da assembleia geral anual e o conselho fiscal enviará trimestralmente a ambos um relatório sucinto.

O artigo 4° prevê a celebração de um contrato com o Estado para definir os termos da concessão do serviço público de televisão. Entretanto, para a prossecução dos seus fins e como concessionária do serviço público de televisão, são desde já conferidos à RTP, S.A., direitos como os de ocupar terrenos, beneficiar de servidão de protecção ou utilizar e administrar bens do domínio público (artigo 3.°). Por outro lado, o artigo 5° determina que o cumprimento das obrigações de serviço público confere a esta sociedade o direito a uma indemnização compensatória, cujo montante será correspondente ao efectivo custo da prestação do serviço público.

Curiosamente, no artigo 4°, n.° 3, aparece uma lista exemplificativa das obrigações da concessionária do serviço público de televisão e, no n.° 4, prevê-se que a realização de algumas dessas tarefas possam, por sua vez, ser cometidas a operadores privados de televisão, «por razões de interesse público ou de custos de oportunidade».

Uma referência ainda para a existência de um «conselho de opinião», órgão da Rádio Televisão Portuguesa, S.A., previsto no artigo 8°, n.° 2, composto por representantes designados pela Assembleia da República, pelo Governo, pelas Regiões Autónomas, pelos trabalhadores da empresa e pelas principais associações representativas da sociedade civil e ao qual compete, em especial, pronunciar-se sobre o contrato de concessão, a programação, a cooperação com os países de expressão portuguesa e o apoio às comunidades portuguesas no estrangeiro.

Finalmente, uma breve referência a alguns aspectos significativos do regime jurídico da Caixa Geral de Depósitos, S.A., que se encontra hoje, essencialmente, no Decreto-Lei n.° 287/93, de 20 de Agosto, em anexo do qual estão publicados os respectivos Estatutos.

Segundo o artigo 4°, n.° 3, «os direitos do Estado como accionista serão exercidos por representante designado por despacho do Ministro das Finanças» e, o n.° 4 estabelece que «sempre que a lei ou os estatutos exijam deliberação da assembleia geral ou seja conveniente reuni-la, bastará que o representante do Estado exare a deliberação no livro de actas da sociedade».

O artigo 6° prevê, no seu n.° 1, que o conselho de administração envie ao Ministro das Finanças, pelo menos 30 dias antes da assembleia geral anual, o relatório de gestão e as contas do exercício e, no seu n.° 2, que o conselho fiscal envie trimestralmente ao Ministério das Finanças um relatório sucinto.

Vale ainda a pena ter presente o artigo 27° dos Estatutos, publicados em anexo, segundo o qual os lucros líquidos anuais, devidamente aprovados, terão a seguinte aplicação: a) Um mínimo de 20% para constituição ou reintegração da reserva legal, sem limite; b) Uma percentagem a atribuir, como participação nos lucros, aos trabalhadores e aos membros do conselho de administração; c) O restante para os fins que a assembleia geral deliberar, devendo para o efeito o conselho de administração apresentar uma proposta.

Por último, uma breve referência à especial relação que continua a existir entre a Caixa Geral de Depósitos e a Caixa Geral de Aposentações, cujo regime jurídico está sobretudo no Decreto-Lei n.° 277/93, de 10 de Agosto, em cujo preâmbulo se lembra que «a CGA não teve nunca um regime jurídico autónomo, tendo sido desde o seu início considerada (...) uma instituição anexa à Caixa Geral de Depósitos (CGD)». Hoje, pelo contrário, continua o mesmo preâmbulo «temos, de facto, duas instituições perfeitamente autónomas, a CGD e a CGA, sendo a sua ligação actual apenas ao nível da administração».

Nos termos do artigo 7°, n.° 1, «os meios e serviços necessários para o exercício da actividade da CGA, que vêm sendo assegurados pela CGD, continuarão a ser prestados por esta instituição», podendo para esse efeito existir «convenção a celebrar entre a CGA e a CGD, sujeita a homologação do Ministro das Finanças» (n.° 2).

O aspecto mais curioso do regime jurídico desta entidade é o que aparece no artigo 2°, n.° 1, nos termos do qual «a administração da CGA é assegurada por um conselho de administração, composto por um presidente e dois vogais, a designar pelo Conselho de Ministros, sob proposta do Ministro das Finanças, de entre os membros do conselho de administração da Caixa Geral de Depósitos, S.A. (CGD)». Ou seja, o Governo só pode nomear para o conselho de administração de uma entidade pública, pessoas que sejam já membros do conselho de administração de uma entidade privada. Para FREITAS DO AMARAL, isto significa a criação de «uma união pessoal dos dirigentes de uma pessoa colectiva pública com os dirigentes de uma pessoa colectiva privada; e (pior ainda) são os primeiros que têm de sair do elenco dos segundos!»; por isso, conclui que neste diploma «a interpenetração e confusão do Direito Administrativo e do Direito Privado atinge o paroxismo»[191].

[191] FREITAS DO AMARAL, Escrito particular, de Setembro de 1993.

BALANÇO

Voltando mais uma vez à imagem de «Dr. Jekyll e Mr. Hyde», pode dizer-se que, na passagem do Estado Social para o Estado Pós-Social, a dualidade de «personalidades» da Administração Pública agrava-se, devido à generalização da actividade administrativa jurídico-privada e, sobretudo, devido aos fenómenos de «fuga para o Direito Privado». Curiosamente, (e infelizmente), no Estado Pós-Social a Administração volta a ter uma «cara má» e uma «cara boa», à semelhança do que acontecia no Estado Absoluto. Só que, ao contrário do que sucedia no período da Monarquia Absoluta, onde apenas no âmbito jurídico-privado havia a sujeição da Administração ao Direito, no Estado Pós-Social verifica-se precisamente o inverso e a «cara má», a «faceta perversa» desta Administração Pública «esquizofrénica», revela-se quando ela opta por actuar segundo o Direito Privado e foge às suas vinculações jurídico-públicas.

Vale a pena chamar a atenção para o facto de, de acordo com a definição científica da esquizofrenia, «um dos sintomas mais estranhos ser a destruição da unidade do ego e da imagem do corpo». Assim, na fase mais avançada da doença, «o esquizofrénico já não consegue apreender o seu corpo como uma unidade; sente-o fragmentado, rasgado, disperso. Regressa assim ao "fantasma do corpo desconjuntado", que preexiste à formação do ego na criança»[192].

Ora, na minha opinião, basta ter presentes alguns dos exemplos anteriormente analisados de interligação (diria mesmo promiscuidade) entre o Direito Público e o Direito Privado e a enorme confusão que na prática existe entre as respectivas formas de organização, de actuação e de responsabilidade, para que seja legítimo perguntar se o Estado não estará hoje a atingir o tal estádio mais grave de «esquizofrenia»?

Na verdade, após este movimento generalizado de transformação de entidades públicas em entidades privadas ou de criação «ex novo» de outras, por iniciativa e sob o controlo e dependência de entidades públicas, são desde logo inevitáveis as dúvidas quanto a saber se tais entidades fazem ou não parte da «Administração Pública».

[192] CHARLES-HENRI FAVROD, «A Psicanálise», cit., p. 96.

Nestas matérias, levantam-se hoje «novas zonas de problemas» (GUSY)[193], o primeiro dos quais é, aliás, o da própria questão da natureza jurídica destas entidades e da definição (melhor, redefinição) das fronteiras orgânicas da Administração Pública. Na verdade, facilmente se compreende que, mais do que nunca, se possa duvidar que estas manifestações de actividade administrativa, organizada sob formas jurídico-privadas, mantenham ainda as qualidades próprias das entidades que tradicionalmente integram a Administração Pública[194].

ACHTERBERG aponta precisamente, como um dos riscos deste recurso generalizado ao Direito Privado, o facto de se «pôr em perigo a unidade da Administração»[195] cujo «corpo», diria eu, voltando à imagem da esquizofrenia, está hoje indiscutivelmente «fragmentado, rasgado, disperso»...

Em conclusão, ao contrário do que se verifica nos casos patológicos e reais de esquizofrenia, considerados do ponto de vista clínico como «casos perdidos», para os quais se recomenda como único paliativo o «internamento perpétuo», resta-me apenas esperar que a situação da Administração Pública não seja já irremediável e que para esta «esquizofrenia jurídica» possa ainda haver solução!

[193] CHRISTHOPH GUSY, «Die Bindung privatrechtlichen Verwaltungshandelns an das oeffentliche Recht – Zugleich ein Beitrag zur "Freiheit der Formenwahl"», in «Die Oeffentliche Verwaltung», Ed. Kohlhammer, Stuttgart, 1984, pp. 872 e ss., p. 872.

[194] A esta questão voltaremos mais adiante. A este propósito, v. STOBER, «Die privatrechtlich...», cit., p. 450, onde afirma que, a este propósito, talvez não se deva ser demasiado exigente, sob pena de inúmeras formas de actuação da Administração não poderem ser enquadradas e discutidas do ponto de vista jurídico-administrativo. Para STOBER, por exemplo, porque a Administração pode «mudar a forma de organização» para a prossecução das suas tarefas, deve ser «suficiente o critério formal da criação ou da participação de entes públicos administrativos», para se poder afirmar ainda a existência da característica conceptual da Administração e, assim, a aplicação do respectivo regime jurídico. STOBER, aliás, afirma também que, «porque só a organização da tarefa, e não a tarefa em si mesma, é privatizada, fala-se de "privatização formal" e, no âmbito do Estado, em "organizações quase-estaduais" ou em "privatização de organizações"».

[195] ACHTERBERG, «Privatrechtsfoermige...», cit., p. 505.

CAPÍTULO II

A REACÇÃO DA DOUTRINA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA À «FUGA PARA O DIREITO PRIVADO»