

visão legal. Não há relação jurídica administrativa onde a executoriedade for a regra nos actos administrativos e sobretudo se entendermos que o poder executório está implícito na previsão legislativa para a prática dos actos administrativos, como pretendia a doutrina tradicional, louvada em M. HAURIOU e em O. MAYER ⁽⁶¹⁾, e, menos ainda, se entendermos que ela decorre de um poder originário da Administração enquanto co-titular do poder do Estado e ao mesmo nível da legislação, construção esta cuja inadequação ao actual modelo de actividade administrativa está há muito diagnosticada, como se viu. Nada disso. A executoriedade só existe em consequência de uma clara e inequívoca autorização legislativa fora da qual fenece, como sucede, p. ex., em matéria de taxas e de sanções de mera ordenação social e ainda noutros casos. Só assim é que a executoriedade do acto, quando existir, é compatível com a noção de relação jurídica administrativa. Um poder de coerção ou executório sobre os cidadãos sem previsão legal expressa não é próprio da relação jurídica administrativa. Mas não há que temer se a executoriedade esbarra num amplo quadro de direitos dos cidadãos de aplicação directa e imediata e com adequada disciplina legal.

Por sua vez, a autorização legal para a prática de actos executórios que possam ser pela Administração impostos aos particulares contra a vontade destes corporizando uma forma de auto-tutela executiva da Administração, não pode constar de uma previsão global para todo e qualquer acto administrativo que a Administração pretenda executar. Isso seria retirar com uma mão aquilo que se tinha dado com a outra e verdadeiramente defraudar o significado garantístico da exigência de legalidade que aqui defendemos. Mas nada impede que a referida autorização possa ser atribuída para certo tipo de actos como os actos de polícia repressivos em matéria de infracções ao trânsito, p. ex. Não cabe uma autorização global mas também não faz sentido uma autorização para cada acto em particular, autorização esta que roubaria, aliás, à lei a sua natureza geral e abstracta e a transformaria tendencialmente num acto administrativo que o posterior acto executório se limitaria, quando muito,

⁽⁶¹⁾ Para uma exposição das concepções clássicas da coercibilidade do acto administrativo e respectiva influência até hoje, designadamente em França, C. A. GOMES, Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional, Coimbra, 1999, p. 39 e ss.

a concretizar. Sem ser possível entrar no assunto, a legalidade requer certas exigências de tipicidade dos actos ao seu abrigo autorizados sobretudo tratando-se de actos administrativos executórios que restrinjam direitos fundamentais.

O acto executório não é uma consequência do acto declarativo precedente. Como tem efeitos mais gravosos para o particular do que aquele acto, a autorização legislativa para a prática do acto executório não decorre da norma que possibilitou apenas o acto precedente. Tem de constar de norma especial. O título de legalidade é, assim, diferente do primeiro. A execução coerciva só existe se lei expressa a prever o que significa que se tal lei não existir, a execução coerciva sem lei é ilegal.

Só esta construção permite compatibilizar a actividade administrativa com as exigências constitucionais em matéria de protecção dos direitos fundamentais constantes do art. 18 da CRP. Sabido como é que os actos executórios se analisam sempre na limitação de direitos fundamentais sejam eles *direitos, liberdades e garantias* ou apresentem natureza *análoga* àqueles, a exigência de legalidade que aquele artigo corporiza para os limites aos referidos direitos apenas é compatível com a previsão legal expressa dos poderes administrativos para impor pela via coerciva um acto administrativo. Se são os poderes executórios que corporizam verdadeiramente aqueles limites aos direitos fundamentais devem estar expressamente previstos na lei, sem o que o respectivo exercício ficará fora da CRP.

Um poder de coerção alicerçado implicitamente na lei e próprio como que por natureza da Administração justificado por razões de eficácia ou outras, por mais respeitáveis que sejam, não seria hoje curial. A coercibilidade não é uma característica genérica do acto administrativo; é um atributo de certos actos se, quando e onde a lei o prevê.

A relação jurídica administrativa expulsa a nota da executoriedade do acto se e na medida em que tal nota for arvorada a característica geral da actividade administrativa, muito embora seja perfeitamente compatível com a presença da executoriedade desde que por lei expressamente autorizada e adequadamente tipificada.

40. A noção de relação jurídica administrativa assentou arraias no contacto entre a Administração e os destinatários da respectiva actividade modificando a posição destes perante a Administração num

sentido mais igualitário no domínio processual e no procedimental. O cidadão deixa de ser mero súbdito, como se disse, e passa a ser titular de uma posição jurídica nova.

Enquanto que a utilização da relação jurídica no âmbito do direito privado é conhecida desde o princípio, à medida da generalização do conceito de sujeito de direito, a respectiva utilização no âmbito do direito público é recente e surge sobretudo, como se disse, a propósito do direito administrativo especial ⁽⁶²⁾, muito embora não falte quem a queira desde já alçar a categoria central da dogmática geral administrativa actual e com a pretensão até de substituir o acto administrativo.

Com efeito, a tradicional consideração do Estado como poder não viabilizava a perspectiva da paridade no contacto entre os cidadãos e os seus diversos órgãos. P. LABAND, O. MAYER e M. HAURIU teriam ficado escandalizados com semelhante atrevimento. A concepção do Estado como unidade de substância e vontade não viabilizava também a noção da relação jurídica no contacto entre os órgãos e agentes do Estado.

A doutrina tradicional excluía efectivamente a noção de relação jurídica do âmbito do direito público. Sendo, neste âmbito, o principal interveniente o Estado, a noção de relação pulverizaria aquilo que dele é marca distintiva ou seja, a unidade de substância e de vontade e apta a exprimir-se com autoridade legítima e, portanto, de modo autoritário e até tendencialmente executório.

Nestas condições, não havia relações jurídicas entre os órgãos do Estado e os cidadãos nem reciprocamente entre os órgãos e agentes do Estado pois que a vontade que exprime não é decomponível, pensava-se, entre sujeitos independentes cada um deles capaz de emprestar um contributo diferenciado à ordem jurídica e, por outro lado, a posição do cidadão perante o Estado esgotava-se na do súbdito longe de dele fazer um participante ao mais alto nível na formação da ordem jurídica por aquele engendrada e titular de uma posição qualificada nos contactos com o aparelho estatal.

⁽⁶²⁾ H. MAURER, *Droit Administratif Allemand* (trad. de M. FROMONT), Paris, 1994, p. 172. Tb. H. Manuel de, BAUER, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?, Rechtsformen und Rechtsverhältnisse als Elemente einer Zeitgemässen Verwaltungsdogmatik*, *Zeitschrift fuer Verwaltungswissenschaft*, 25, n.º 3, 1992, p. 317.

A noção de relação jurídica pressupõe o contacto de vontades (juridicamente) constitutivas da ordem jurídica de sujeitos independentes dotados de capacidade própria para tanto. É por isso que a noção de relação jurídica parece ser de grande serventia para retratar a situação do contacto não apenas da Administração com os cidadãos mas também entre o Estado e entidades públicas autónomas designadamente as autarquias locais, sendo certo que num modelo de democracia descentralizada, como é o nosso, a garantia institucional da autonomia autárquica não é compatível com outra construção que não a da relação jurídica. Aquela autonomia tem na base um direito fundamental, subjectivo ou institucional, consoante os casos.

A vontade autónoma de que o cidadão e a entidade pública autónoma são portadores entra assim em contacto com a do Estado numa posição tendencialmente paritária com as consequências dogmáticas daí resultantes. Ora, para as tradicionais concepções, o Estado surge perante o particular numa posição diferenciada deste, detentor de um poder legitimado e como tal investido numa particular posição perante a qual o particular fica apoucado, qual simples súbdito. A dogmática correspondente não era favorável à noção de relação jurídica para a diagnose dos recíprocos contactos. O que se diz para o cidadão pode generalizar-se às entidades públicas autónomas nos modelos centralizados de Estado.

Para as concepções tradicionais, o Estado é essencialmente poder, como se viu, e as relações que estabelece com os cidadãos são relações de poder, gerais e especiais, nada mais. Perante a actividade administrativa, o indivíduo não é sujeito autónomo de uma relação jurídica a estabelecer com a Administração mas mero destinatário indiferenciado da actividade administrativa. Por mais limitada pela lei que a actividade administrativa se quisesse o núcleo da dogmática jurídico-administrativa era a conduta unilateral da Administração.

Mas as coisas modificaram-se amplamente com o advento do Estado Democrático e Social. O cidadão surge agora como um destinatário permanente e não esporádico da acção estatal designadamente da administrativa e por outro lado o Estado pretende agora atrair o cidadão para um quadro de interesses públicos transformando-o em seu colaborador como bem o atesta a política de fomento económico. Não apenas o cidadão surge como titular permanente de direitos perante o poder estatal e destinatário de um mundo de prestações como é chamado a uma

constante colaboração com os poderes públicos administrativos para a realização de um quadro de interesses públicos. Vulgariza-se assim o modelo da relação jurídica. O mesmo exige a consideração objectiva de certos valores e princípios constitucionais. Neste novo contexto a relação jurídica é a noção adequada para exprimir esta nova realidade dos contactos múltiplos e permanentes, a bem dizer, colectivos, do cidadão com a Administração. A descentralização administrativa favoreceu amplamente esta tendência levando-a para o contacto dos entes públicos entre si.

O contacto da Administração com os particulares deixou de ser só unilateral, na medida em que na disciplina jurídica respectiva avultam direitos e interesses da contraparte mas também de entidades alheias aos destinatários directos dos actos, contratos e regulamentos ou mesmo de novos sujeitos titulares de simples interesses legítimos na actividade administrativa. A melhor consideração pelo particular destinatário directo da actividade administrativa e também a consideração por «terceiros» não é agora estranha à disciplina administrativa. Pelo que toca aos intervenientes, as relações jurídicas são bilaterais mas também são multilaterais ou *poligonais*. Daí que a doutrina, sobretudo a alemã, a pouco e pouco, tenha começado a dar a devida atenção a esta situação para ela propondo a abrangente noção de *relação jurídica administrativa*. No caso do nosso país, a noção é bem conhecida mas ainda não teve o tratamento global que merece, salvo pelo que toca ao procedimento e ao processo administrativos.

41. Necessário se torna distinguir cuidadosamente a relação jurídica de direito administrativo que nos interessa da relação jurídico-privada, muito embora se saiba que certos elementos desta última marcam hoje presença no âmbito do contacto da Administração com os cidadãos, como se verá, reforçando obviamente a perspectiva bilateral dos recíprocos contactos. A disciplina da relação jurídica administrativa pode ser parcialmente jurídico-privada. Mas o núcleo da relação jurídica administrativa é de direito administrativo e não de direito privado.

Claro está que a vontade, manifestação de autonomia, não tem no âmbito administrativo a mesma relevância que apresenta no âmbito da relação jurídico-privada. Não é apenas nem sequer principalmente a vontade a fonte da disciplina jurídica aplicável. Esse papel compete à

lei ou a diploma equiparado, sem esquecer, naturalmente, o papel criativo da Administração e dos tribunais na respectiva aplicação.

O que se verifica hoje é que é a lei a verdadeira criadora da relação jurídica administrativa. São os limites que a lei e outras normas colocam à Administração no desenvolvimento da sua actividade que conformam o actual retrato da situação em que os cidadãos ficam perante a Administração colocados em termos que apenas na perspectiva da relação jurídica podem ser compreendidos. Uma relação jurídica criada pela lei e não apenas produto de uma vontade autónoma, eis o paradoxo da relação jurídica administrativa.

A paridade resulta da Constituição e da lei e não do livre jogo a vontade privada. São, portanto, normativos os elementos que forçam ao retrato da relação jurídica administrativa como um contacto entre partes colocadas numa posição de (relativa) paridade e não como destinatários passivos do exercício do poder administrativo.

42. A distinção entre a relação jurídica administrativa e a relação jurídica privada já foi referida. Mas é importante evidenciar ainda que a noção de relação jurídica administrativa que nos interessa não deve confundir-se com a da relação jurídico-privada que se verifica no contacto entre a Administração e os particulares quando esta utiliza meios jurídicos de direito privado para a prática de actos de gestão privada.

Claro está que a relação jurídica administrativa exclui a que está presente na disciplina dos actos de gestão privada da Administração e mesmo que tal disciplina resulte do incontornável enquadramento do direito privado por normas de direito público administrativo. A relação jurídica administrativa não se confunde com a relação jurídica privada da Administração, mesmo que enquadrada por certas normas de direito público.

A noção de relação jurídica administrativa só releva quando mas releva sempre que a Administração se mantém no âmbito do direito público administrativo e para a prática de actos de gestão pública. É aí que nos propomos descortinar certas características do regime aplicável que só podem ser explicadas numa perspectiva «relacional», valorizando a posição do cidadão perante a Administração no exercício dos poderes de direito público desta características e para a prossecução de fins públicos funcionalmente administrativos.

O que fica dito significa que a privatização de funções administrativas ou apenas da respectiva execução, consoante os casos, bem como o recurso generalizado ao direito privado para flexibilizar a gestão de tarefas administrativas, ao facilitarem a presença do esquema «relacional» nos contactos entre a Administração e os cidadãos, não relevam da relação jurídica administrativa.

Bem se sabe que o recurso ao direito privado decorrente da privatização, nas suas diversas modalidades resulta ainda do aproveitamento das potencialidades dos particulares na prossecução de funções de interesse público. Operou-se assim como que uma substituição parcial do direito administrativo pelo privado na prossecução de interesses públicos, mas isso não modifica os dados da relação que nos interessa. A perspectiva que nos interessa é a do direito administrativo usado pela Administração ou pelas entidades privadas de interesse público. A relação jurídica administrativa e uma relação de direito público administrativo.

Certamente que o triunfo do direito privado na Administração representa também o triunfo da relação jurídica como meio normal de contacto entre a Administração e os particulares mas isso deve-se ao direito privado e não ao direito público. Reatando a expressiva terminologia alemã, interessa-nos o *direito administrativo privado*, que é ainda direito administrativo mas em veste parcialmente privada e não o *direito privado da Administração* que é direito privado utilizado com fins meramente auxiliares da respectiva actividade pela Administração. O que releva é a relação jurídica no direito público e não no direito privado.

O que caracteriza as relações jurídicas administrativas é o facto de sempre nelas participar uma entidade pública ou privada dotada de poderes públicos e tendo como objectivo a prossecução de interesses públicos e de acordo com normas de direito administrativo. Se assim não for, a relação jurídica é privada.

A noção de relação jurídica administrativa que aqui utilizamos é, portanto, próxima da de *gestão pública*, vulgar na contraposição entre acto de gestão pública e acto de gestão privada, mas há boas razões para preferir aquele termo ao de acto de gestão pública, incapaz de traduzir as particularidades do regime jurídico «relacional» que queremos evidenciar.

43. Com efeito, a relação jurídico-administrativa distingue-se claramente da privada. Na base desta última está uma ideia de igualdade

entre as partes intervenientes que não é de regra no âmbito do direito administrativo. Preside-lhe, por outro lado, um cuidado objectivo com determinados valores e princípios jurídicos que está ausente da ordem jurídica privada e que a estrutura em moldes diferenciados. É importante não apenas dar vazão à autonomia mas também organizar adequadamente o contacto com a Administração em moldes mais paritários. O relevo da conformação normativa do contacto recíproco é, portanto, muito mais evidente na relação jurídica administrativa do que na privada. A primeira é muito mais «regulada» ou regulamentada que a segunda, embora se admita perfeitamente que a diferença é hoje meramente quantitativa tendo em vista o crescente papel da disciplina normativa na conformação de certas relações privadas. Mas, seja como for, a relação jurídico-administrativa não é decalcada da privada. A noção que lhe corresponde é muito mais ampla compreendendo agora vasto leque de situações de contacto entre os particulares, destinatários confessos da respectiva intervenção ou não, e a Administração no exercício das competências desta próprias que coloca o particular, seja ele pessoa singular ou colectiva, e as entidades públicas autónomas numa posição perante a actividade administrativa diferente daquela que lhes cabia tradicionalmente e que desconsiderava a posição do particular e daquelas entidades.

Mas há pontos de contacto entre a relação jurídica administrativa e a privada, muito embora se distingam claramente uma da outra. Começam pelo facto de a primeira poder ter como partes intervenientes apenas entidades privadas. Nada há de especialmente difícil nesta afirmação. Sabido como é que as entidades privadas estão cada vez mais investidas por lei de poderes públicos para a realização de atribuições públicas ou, pelo menos, de relevância pública, compreende-se perfeitamente que a relação jurídica administrativa possa ocorrer no contacto entre privados. A amplitude da relação que nos interessa não fica prejudicada pelo facto de por vezes a conduta jurídica ou de facto que contende com direitos e interesses do seu destinatário directo ou de terceiros, na perspectiva alargada a que nos referimos, ter origem privada. De facto, da actividade privada, pense-se, p. ex., na que tem indesejáveis repercussões ambientais, podem resultar também situações de afectação de direitos ou interesses de particulares reguladas por normas de direito administrativo cuja disciplina

jurídica só pode ser entendida com recurso a uma noção alargada de relação jurídica ⁽⁶³⁾.

A actividade privada pode violar normas de direito administrativo urbanístico e ambiental, p. ex., assim lesando direitos e interesses das partes intervenientes ou de «terceiros», como bem se sabe no contencioso administrativo em geral e no do urbanismo em especial. A violação de tais normas coloca a entidade privada numa relação complexa com «terceiros», decorrendo a disciplina dessa relação de normas administrativas.

Dá-se, desde já, por assente que os sujeitos da relação jurídica administrativa podem ser só privados. Para além disso, há outros pontos de contacto entre a relação jurídica administrativa e a privada, a ponto de se poder dizer que a disciplina da primeira se privatizou. Com efeito, é frequente o recurso aos meios de direito privado, designadamente o comercial, para a prossecução qualificada de fins públicos, como é bem sabido.

Mas a semelhança acaba aqui. É que a disciplina da relação jurídica administrativa é, ao menos em parte, necessariamente normativa, alheia à autónoma vontade das partes, pelo que a distinção estrutural entre o direito administrativo e o privado é aqui oportuna. A relevância da vontade das partes apenas se faz sentir nos limites da disciplina de origem normativa e esta nunca coloca a Administração como curadora do interesse público numa posição de total igualdade perante o particular nem lhe faculta o acesso aos meios de direito privado sem «garantia de qualidade» ou seja, sem um enquadramento normativo adequado. A relação continua, pois, a ser administrativa claramente se demarcando da privada.

Os pontos de contacto entre ambas as relações jurídicas continuam.

Com frequência a relação jurídico-privada é pressuposto da disciplina jurídico-administrativa das questões. A situação é vulgar no âmbito do urbanismo, p. ex. A legitimidade do requerente é regida pelo direito privado. São as qualidades de proprietário e outras, de acordo com a disciplina do direito privado, que servem de pressuposto aos poderes cujo exercício o direito administrativo do urbanismo disciplina. É nesta conformidade que se compreende que os particulares devam, nos termos

⁽⁶³⁾ Chamando a atenção para este ponto, H. U. ERICHSEN, *Das Verwaltungshandeln, Allgemeines Verwaltungsrecht*, h. v. H. U. ERICHSEN e W. MARTENS, 8.ª ed., 1988, Berlim, p. 139.

do n.º 1 do art. 9 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16-12 ⁽⁶⁴⁾, fazer prova da *qualidade de titular de qualquer direito que lhe confira a faculdade de realizar a operação urbanística* que o direito administrativo disciplina e a que atribui consequências. E os exemplos podiam multiplicar-se.

Os pontos de contacto verificam-se também através do alcance multilateral da actividade administrativa; é frequente, como se viu, que a disciplina da relação jurídica administrativa afecte favorável ou desfavoravelmente a esfera jurídica de terceiros, como bem se sabe nos direitos do urbanismo, do ambiente e no direito da intervenção económica do Estado. É por esta razão que se pode afirmar que a relação jurídica administrativa pode despoletar efeitos reflexos sobre a situação de «terceiros» alheios aos destinatários directos da actividade administrativa. Trata-se dos referidos efeitos *poligonais* ou multipolares próprios de certos actos administrativos, fazendo entrar em conflito toda uma multidão de direitos e interesses públicos e privados. A consequência é esta; muitos actos administrativos apesar de disciplinados apenas pelo direito público são praticados sob reserva dos direitos e interesses de «terceiros» e apresentando estes um título de legitimidade que lhes dá acesso à tutela contenciosa oriundo do direito privado, proprietário, locatário, accionista, herdeiro, etc. ...

A separação entre a relação jurídica administrativa e a privada é de regimes jurídicos mas isso não impede acentuados pontos de contacto entre ambas pois os direitos e interesses relevantes são aferidos através de títulos de legitimidade disciplinados pelo direito privado e com frequência, como se disse, os actos administrativos assentam em pressupostos de direito privado. Mas a separação dogmática entre a relação jurídica administrativa e a privada não está em causa.

44. O aspecto principal da distinção entre a relação jurídica administrativa e a privada reporta-se ao diferente papel que em cada uma assume a vontade. Enquanto que na relação privada a vontade é soberana na relação administrativa a vontade apenas é fonte do Direito nos

⁽⁶⁴⁾ Foi seis vezes alterado, ultimamente pela Lei n.º 60/2007, de 4-9.

limites da legalidade, como se disse. Nesta medida se pode dizer que a relação jurídico-administrativa é uma relação jurídica regida por normas de direito administrativo ⁽⁶⁵⁾, no sentido de normas que vinculam a Administração no seu contacto com os seus directos destinatários e com outros e que disciplinam assim a respectiva actividade. Tanto basta para a demarcar da relação jurídico-privada.

Com efeito, a relação jurídica administrativa não é pensável fora da legalidade, critério de legitimidade de toda a actividade administrativa. Assim sendo, a relevância da vontade como elemento gerador de Direito não é idêntica na relação privada e na administrativa. A legalidade, perante a vontade privada, é apenas um limite exterior a uma capacidade autónoma de criação do Direito, enquanto que fornece à vontade administrativa o quadro, mais ou menos denso, da respectiva actuação. Não é apenas limite a uma legitimidade própria mas a verdadeira origem da legitimidade administrativa para actuar. A vontade tem, portanto, um papel completamente diferente na relação jurídica privada e na administrativa.

Tão diferente é o papel da vontade na relação privada e na administrativa que não há qualquer utilidade na utilização dogmática ou sequer heurística da relação jurídico-privada para os nossos propósitos. Pelo contrário. No relacionamento da Administração com o particular, a vontade deste não é o principal elemento criador da disciplina jurídica ⁽⁶⁶⁾. É seguramente um elemento gerador do Direito mas a enquadrar dentro de uma disciplina legislativa (ou com base nela) heterónoma.

Outro dos factores determinantes para a clara distinção entre a rela-

⁽⁶⁵⁾ É também assim que D. F. DO AMARAL a entende; Curso de Direito Administrativo, II, cit., p. 518, ao enfatizar que a referida relação *confere poderes de autoridade ou impõe restrições de interesse público à Administração perante os particulares* ou *atribui direitos ou impõe deveres públicos aos particulares perante a Administração* (it. nosso).

⁽⁶⁶⁾ Se quisermos traduzir esta realidade na linguagem própria do normativismo de base analítica, como faz D. DUARTE, A norma de Legalidade Procedimental Administrativa-a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória, Coimbra, 2006, p. 377 e 423, alimentado apenas das relações de lógica semântica entre as palavras e os significados, diríamos que no direito administrativo a norma de competência nunca tem alcance meramente permissivo, ao invés do que sucede no direito privado. Tem sempre alcance impositivo ou seja, acaba por ser uma norma de conduta, o que desvaloriza o papel da vontade como elemento gerador do direito aplicável.

ção jurídica administrativa e a privada decorre do fundamento normativo das competências administrativas. Não é pensável que a Administração actue pura e simplesmente ao abrigo da sua autodeterminação privada, como se fora um particular, quando usa meios de direito privado. Em vez de autodeterminação administrativa melhor seria falar numa liberdade administrativa atribuída pela lei e que compreende a discricionariedade na respectiva actuação. Seja como for, diferentemente do que se verifica com a relação privada, a relação jurídica administrativa tem sempre numa norma (como quer que o conceito de norma agora se entenda) o fundamento das pretensões recíprocas em que se analisa. O nexo jurídico tem fundamento normativo e não na vontade, como se disse.

É por isso que o contacto «relacional» não prejudica a discricionariedade. Esta é consequência do fundamento normativo das competências administrativas, apostadas amiúde na discricionariedade como meio alternativo de aplicar a lei, a favor do qual pesam muitas e boas razões. O direito ou o interesse legítimo do cidadão têm assim como contrapartida um poder discricionário da Administração permeável a considerações de interesse público que escapam ao cidadão e contra as quais ele não se pode bater em pé de perfeita igualdade.

O mesmo se verifica se os poderes administrativos forem vinculados. A vinculação é perfeitamente compatível com a perspectiva «relacional» que é a nossa. Do mesmo modo, a referida perspectiva é compatível com o exercício obrigatório das competências administrativas, corolário do princípio da legalidade e do da democracia representativa. A vinculação e o exercício obrigatório das competências ou seja, a observância dos pressupostos legais são constitutivos da relação jurídica com os particulares.

A vinculação e o exercício adequado dos poderes discricionários da Administração, numa palavra, a legalidade, são a garantia do estabelecimento de verdadeiras relações jurídicas entre a Administração, as entidades administrativas autónomas e os particulares.

45. Não é nossa intenção apurar neste trabalho das forças do conceito de relação jurídica para o tratamento de todas as situações ou, pelo menos, das mais típicas, de proximidade entre a Administração Pública e os particulares bem como nas relações internas da própria Administração, sejam estas intersubjectivas ou não. Tal trabalho releva

da teoria geral do Direito e seria aqui deslocado ⁽⁶⁷⁾. Mas, ainda assim, não se pode deixar de tomar posição sobre a questão, ainda que sumariamente.

O conceito de relação jurídica apresenta, de facto, a elasticidade necessária para servir o propósito de enquadrar dogmaticamente a realidade do actual relacionamento dos particulares com a Administração e das relações desta com os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes bem como das relações inter-orgânicas e das relações entre entidades públicas autónomas. Com efeito, a noção de relação jurídica não esmorece perante a complexidade daqueles contactos. Necessário é, contudo, que a noção de relação jurídica compreenda diversas situações que se distinguem claramente da figura que no direito privado lhe corresponde, como dissemos, de modo a traduzir a riqueza e diversidade das situações presentes no âmbito do direito público.

Assim é que nas relações jurídicas de direito público a igualdade das partes intervenientes não é essencial nem o é a pura autonomia da vontade das mesmas na determinação do direito aplicável. Como se viu, as autoridades públicas não dispõem da autonomia da vontade no mesmo sentido em que dela dispõem os particulares. Mas nem por isso a noção de relação jurídica (administrativa) é imprestável. Bem vistas as coisas, mesmo no âmbito do direito privado nem sempre as partes estão em situação de perfeita igualdade e nem sempre o conteúdo da relação é exclusivamente determinado pela vontade autónoma das partes intervenientes, sem que isso afecte o préstimo da figura da relação jurídica. Haja em vista que no direito da família, no do arrendamento e no próprio direito das sociedades comerciais deparamos com muitos exemplos de relações jurídicas entre particulares que não são completamente determinadas pela vontade das partes.

Não parece, portanto, haver obstáculos ao uso da noção de relação jurídica no prosseguimento dos nossos trabalhos. Apenas se torna necessário evidenciar que a noção adoptada para os efeitos que nos interessam é elástica de modo a compreender ampla diversidade de situações,

⁽⁶⁷⁾ Sobre o tema, V. CANAS, *Relação Jurídico-Pública*, Dicionário Jurídico da Administração Pública (DJAP), vol. VII, Lisboa, 1996, referindo, em especial as posições de HOHFELD e R. ALEXANDER.

sem dúvida que mais ampla do que no direito privado. Na verdade, a substituição da noção de relação jurídica por outra ou outras comporta riscos, nomeadamente o de lançar mão de figuras de tal modo dúcteis que atraiçõem as tradicionais características da dogmática jurídica, designadamente a certeza e precisão conceituais. Não se vê, portanto, qualquer vantagem nisso.

46. Mas não se pense que o conceito de relação jurídica administrativa vai ser usado em sentido tão amplo que compreenda todo e qualquer contacto entre o cidadão e a Administração. Esta continua e continuará a usar o seu tradicional poder, pleno de autoridade e unilateral. O poder administrativo não se transformou ao ponto de o cidadão, destinatário da actividade administrativa (ou outras entidades públicas), surgir agora investido de uma posição jurídica tendencialmente igual à da Administração. O contacto recíproco não implica a paridade absoluta dos intervenientes. Pensar o contrário é desconhecer a natureza da actividade administrativa. A noção de relação jurídica administrativa não o ignora, apenas modifica e atenua certas características tradicionais do exercício do poder administrativo em prol da consideração da posição do cidadão e de certas entidades públicas autónomas.

Ainda assim, a realidade é que se pode falar de um conceito amplo de relação jurídica administrativa para os efeitos que nos interessam. Um conceito amplo que a não reduz aos casos do contacto contratual entre a Administração Pública e o cidadão ou às relações inter-administrativas. O âmbito da relação jurídica administrativa transcende o do contrato.

A presença da vontade do destinatário na conformação da actividade administrativa manifesta-se, porém, de diversas formas e com diferente intensidade. Nem toda ela pressupõe o instrumento contratual, muito embora o contrato administrativo e o contrato de direito privado da Administração sejam seguramente os pontos altos da respectiva manifestação. Mas não podemos reduzir a relação jurídica administrativa ao contrato administrativo ou comum celebrados com a Administração. A noção de relação jurídica administrativa é muito mais ampla do que a da relação contratual mesmo que administrativa.

Com efeito, o ambiente de colaboração dos destinatários da actividade administrativa, desde logo dos particulares, com a Administração compreende todo um conjunto de figuras não contratuais de natureza

material mas também adjectiva ou processual, procedimental e tem até implicações orgânicas, como se disse.

Mas de relação jurídica administrativa só se pode falar quando e a partir do momento em que se generalizou um clima de colaboração da Administração com os particulares com atenção superlativa aos direitos e interesses destes, a ponto de se admitir e até procurar a *participação* respectiva na formação da decisão administrativa, uma especial atenção aos respectivos direitos e interesses com reflexos em toda a actividade administrativa procedimental e processual e numa generalizada contratualização das relações da Administração com os particulares. Apesar de o particular nunca em bom rigor ter sido mero destinatário da acção administrativa como se de simples coisa se tratasse foi apenas recentemente que as condições amadureceram para que se possa falar em relação jurídica administrativa. Só agora é que é possível encarar esta figura como uma figura dogmática geral, embora se admita que ela não apresenta o mesmo grau de certeza que é próprio das noções homólogas presentes noutros ramos do Direito, designadamente no civil.

47. A extensão do conceito de relação jurídica administrativa é, pois, muito grande. Vai muito para além, como se disse, dos contratos celebrados pela Administração com os particulares, sejam ou não contratos administrativos, e dos casos em que os administrados são titulares de um conjunto de direitos específicos nas respectivas relações com a Administração Pública constantes do n.º 4 do art. 268 da CRP e que se projectam no conteúdo «relacional» da actividade administrativa, quais sejam o direito dos cidadãos a *ser informados pela Administração*, e o direito de *acesso aos arquivos e registos (open file)*, o direito à *notificação*, e à *fundamentação* expressa de actos administrativos lesivos e de acesso sem restrições aos tribunais administrativos para tutela *efectiva* de direitos e interesses, e que constituem para nós autênticos direitos subjectivos dos particulares. O mesmo se diga da situação jurídica dos particulares perante uma Administração constitucionalmente obrigada a efectivar um conjunto de prestações económicas, culturais e sociais. A concepção constitucional do Estado Social compreende uma muito alargada perspectiva «relacional» do contacto com a Administração, como se viu. Mas existem muitos outros aspectos, como veremos, da actividade administrativa cuja disciplina jurídica só é inteiramente com-

preensível à luz da noção de relação jurídica administrativa. O exercício daqueles direitos e o respeito que a Administração lhes deve facilitam a colaboração entre os particulares e a Administração ou seja, a génese relacional do direito aplicável, mas não o esgotam.

O certo é que o âmbito da relação jurídica administrativa abarca todo o conjunto de situações em que o particular surge perante a Administração Pública investido de certos direitos subjectivos específicos, os ainda agora referidos e outros. A presença destes direitos projecta-se no conteúdo da actividade administrativa limitando a respectiva liberdade de acção. Assim é que a Administração está directamente vinculada pelos direitos fundamentais, actue em moldes de direito público ou privado e deve dar execução adequada aos mesmos direitos pois que por eles está imediatamente vinculada, o que pode ir ao ponto de dever desapplicar normas legais manifestamente inconstitucionais por os diminuírem para além do que a Constituição permite, devendo ainda interpretar sempre a lei em sentido favorável à efectividade dos direitos fundamentais e utilizar as respectivas liberdades de decisão sejam elas regulamentares sejam concretas e individuais no mesmo sentido bem como quando pratica meras operações materiais. Para além disso, a vinculação da Administração a certos princípios gerais e valores constitucionais (e legislativos) com impacto directo nas relações que estabelece com os cidadãos, reportados à própria estrutura da Administração, quais sejam o da *participação* dos cidadãos na gestão administrativa e da proximidade dos serviços às populações, nos termos do n.º 1 do art. 267, ou reportados aos direitos e garantias dos administrados, tais como os já referidos do art. 268 e ss., o direito à proporcionalidade das medidas de polícia, como o exige o n.º 2 do art. 272 da CRP, ao *respeito pelos direitos, liberdades e garantias* como limite da actividade de prevenção criminal (n.º 3 do art. 272), à da *imparcialidade e igualdade*, proibindo a discriminação e o arbítrio⁽⁶⁸⁾, com especial relevância na expropriação por utilidade pública, na obrigação de indemnização por danos *especiais e anormais* e no direito do urbanismo em geral, o dever de decidir e o princípio da *boa fé*, consagrado no art. 6-A do Código do Pro-

⁽⁶⁸⁾ J. C. V. DE ANDRADE, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3.ª ed., Coimbra, 2004, p. 234 e ss.

cedimento Administrativo (CPA), a protecção devida a terceiros e a responsabilidade civil extracontratual objectiva e *solidária* da Administração (art. 22 da CRP), entre outros, revelam-nos que o conteúdo da actividade administrativa está objectivamente limitado por todo um conjunto de vinculações a fazer em nome de certos princípios e valores de alcance ético que subentendem determinada consideração (objectiva) do e pelo particular (e entes públicos autónomos) com quem a Administração se relaciona. A vinculação por aqueles princípios e valores requer a perspectiva da relação. É esta a óptica correcta para descortinar a extensão e alcance da relação jurídica administrativa. E não é demais dizer que esta, no sentido amplo que lhe damos, percorre todo o conjunto da actividade e do procedimento administrativos, deixando neles certas marcas indeléveis. Não se limita à actividade contratual da Administração.

48. O interesse dogmático fundamental da noção de relação jurídica administrativa consiste nisto; evidenciar a medida em que a presença do particular ou do universo dos particulares afectados nos seus direitos e interesses conforma a disciplina jurídica administrativa emprestando-lhe um conteúdo que se distingue claramente do que é próprio de um seco contacto de origem unilateral. A objectiva obrigação de respeito por determinados valores e princípios constitucionais (ou legislativos) vai no mesmo sentido. Vamos muito para além de qualquer relação contratual ou para-contratual.

49. A noção de relação jurídica é assim o resultado final de todo um conjunto de transformações dogmáticas que já entraram a fazer parte do património do direito administrativo actual, fiel ao entendimento segundo o qual o particular é agora verdadeiro sujeito de direitos perante a Administração, autêntico cidadão, com todas as respectivas implicações, titular de posições jurídicas subjectivas no seu contacto com a Administração e não mero súbdito nem colaborador desta na reintegração da legalidade ofendida. Desperta-nos também a atenção para a realidade da projecção da actividade administrativa para além da mera esfera individual colocando a Administração em contacto colectivo permanente, mesmo que sem o saber, com uma multidão de sujeitos de direitos e interesses. A consideração de certos valores e princípios constitucionais nas disciplinas administrativas vai no mesmo sentido pois que também eles

requerem objectivamente, como se disse, a alargada perspectiva «relacional».

A relação jurídica é mais uma perspectiva de construção do direito administrativo numa base «relacional» do que um conceito sobreposto aos outros. Não substitui os conceitos tradicionais, permitindo apenas explicar a lenta transformação da respectiva dogmática por atenção ao particular considerado como titular de direitos e interesses perante a Administração pela tomada em consideração do verdadeiro alcance multilateral e colectivo da actividade administrativa e pela visão objectiva desta de acordo com certos valores e princípios constitucionais.

50. Pode assim dizer-se que o pensamento subjacente à noção de relação jurídica administrativa se desenvolve em três direcções complementares. A primeira enfatiza o sujeito como titular de direitos e interesses perante a Administração, numa perspectiva subjectiva. A segunda põe em destaque o verdadeiro alcance colectivo ou social da actividade administrativa, se não de toda ela pelo menos de parte apreciável dela, numa perspectiva colectiva. A terceira, fiel à consideração de certos valores e princípios constitucionais, numa perspectiva objectiva, chama a atenção para a construção «relacional» do direito administrativo que tal consideração subentende.

As três direcções em que se vai desenvolver a pesquisa corporizam o conteúdo global desta mas, ao mesmo tempo, são o pressuposto de uma sua compreensão acabada. A ignorância de qualquer delas deixaria o trabalho incompleto.

Uma coisa é certa; a Administração está cada vez menos só no exercício da sua actividade e é imperiosa uma visão alargada das consequências respectivas. A relação jurídica administrativa é o ponto de encontro destas considerações subjectivas, colectivas e objectivas.

Por ser assim, pode dizer-se que a noção de relação jurídica administrativa tem não apenas uma função dogmática mas também uma função heurística na compreensão do moderno direito administrativo. A primeira traz-nos à evidência que a relação jurídica nos dá um contributo decisivo para a construção do actual direito administrativo todo ele virado para o estabelecimento de vínculos entre o cidadão e a Administração e para a importância ao primeiro dada como interlocutor, não apenas como destinatário, da actividade administrativa. A segunda,

sublinhando a realidade do bilateralismo e do multilateralismo nos contactos entre os cidadãos e a Administração, chama-nos a atenção para a importância da perspectiva «relacional» na compreensão do actual direito administrativo imprimindo especial carácter ao tratamento das necessidades administrativas. Os princípios gerais e valores constitucionais relevantes apontam na mesma direcção, como se viu.

51. Necessário é evidenciar que a relação jurídica administrativa, na perspectiva que nos interessa, exprime um conteúdo superlativo do contacto dos cidadãos e de certas entidades autónomas com a Administração, em termos tais que a importância dada aos particulares e às entidades autónomas é peça essencial da disciplina jurídica aplicável. Não é qualquer regime jurídico que integra a relação jurídica administrativa. Esta impõe determinadas condições que nem sempre estarão presentes. Só com estes cuidados é que se pode dizer que os regulamentos, os actos administrativos e as operações materiais e informais são formas de actuação administrativa através das quais se constitui, modifica ou extingue uma relação jurídica administrativa, sendo certo que relativamente aos contratos administrativos (e certos contratos de direito privado da Administração) foi sempre essa a situação.

É que se a disciplina daquelas formas de actuação administrativa ficar esvaziada de substância subjectiva ou seja, se nela se não reflectir adequadamente a posição dos particulares perante a Administração, não podemos dizer que estamos perante uma relação jurídica, mesmo que «administrativa». O conceito de relação jurídica administrativa subentende certas exigências a que só recentemente se deu guarida no direito positivo. A utilização do termo antes desta realidade é abusiva.

Não faz assim qualquer sentido falar de relação jurídica administrativa antes da presença de determinadas figuras de direito positivo que traduzem uma abertura à posição do particular na disciplina dos seus contactos com a Administração, de que fazem parte, entre outros aspectos, a audiência prévia antes da decisão final no procedimento administrativo, a obrigação expressa de fundamentação dos actos, a adequada notificação dos actos administrativos e, de modo geral, determinada organização administrativa virada para a participação dos particulares e toda a estrutura do actual contencioso administrativo que tem precisamente na relação jurídica o fundamento dos meios de acção dis-

poníveis e dos poderes de pronúncia do juiz. Falar em relação jurídica administrativa antes disto só gera equívocos.

Mais perigoso ainda será confundir a relação jurídica administrativa com a produção de efeitos de direito numa esfera jurídica distinta da Administração, nomeadamente através do acto administrativo mas também, quando for esse o caso, do regulamento administrativo. A tangibilidade do particular pela actuação administrativa não basta para induzir a presença de uma relação jurídica ⁽⁶⁹⁾.

Na mesma perspectiva, não podemos aceitar que se coloque o *quid* da relação jurídica administrativa na prossecução do interesse público, numa perspectiva funcional, por aí a distinguindo da privada. Com efeito, a prossecução do interesse público é ponto assente em toda a actividade administrativa, seja ele de direito público ou de direito privado, mas constitui uma característica demasiadamente ampla para evidenciar o característico da relação jurídica administrativa. Esta requer, como se disse, uma disciplina qualificada da actividade administrativa. Uma parte considerável desta mesma actividade não é, e talvez nunca venha a ser, pensável na perspectiva da relação jurídica administrativa e não deixa obviamente de prosseguir o interesse público.

Os critérios orgânicos e estatutários também não são adequados para identificar só por si o âmbito da relação jurídica administrativa. Já se sabe que na respectiva origem podem estar entidades privadas e que ela pode ser, ao menos em parte, disciplinada pelo direito privado.

É necessário não usar em vão a noção de relação jurídica administrativa, sob pena de daí a pouco nada significar. Vamos reservá-la para a caracterização de certo tipo de actividade administrativa, cada vez mais vulgar, mas que está longe de a esgotar.

Falar em relação jurídica administrativa só pode fazer-se, portanto, com certas cautelas porque é preciso ter em conta que é só em época relativamente recente que a disciplina jurídica dos meios de actuação admi-

⁽⁶⁹⁾ E não se invoque, a propósito, o exemplo da doutrina alemã que admite claramente que os regulamentos e actos administrativos constituem relações jurídicas administrativas, porque basta reparar na etimologia do termo *Verhaeltniss*, que vem do verbo *verhalten* para logo compreender que os AA. alemães não podem deixar de ter em mente ao utilizarem a relação jurídica administrativa um contacto qualificado, não meramente unilateral entre a Administração e o particular.

nistrativa, sem esquecer a do contrato, administrativo ou privado, compreende qualificados elementos «relacionais». Nunca antes disso se poderia utilizar rigorosamente a expressão.

É precisamente para a diagnose desses elementos que se orienta o presente estudo. O objectivo é perceber se tais elementos obrigam a uma nova compreensão global dos contactos da Administração com os particulares.

52. Devem distinguir-se duas coisas. Num plano sociológico, a relação entre a Administração e o cidadão sempre foi e é certamente ainda o modo de ser existencial do recíproco contacto induzido por uma actividade administrativa concreta e para um destinatário determinado. Claro está que o cidadão «sente» a Administração e sente-a em consequência de um contacto. Nada há para além disto senão abstrações. Mas a relação real e a administrativa não se confundem e desta só se pode falar a partir do momento em que a própria ordem jurídica, a começar pela Constituição, concebe o todo social e o cidadão como titulares de posições que lhes conferem o estatuto de partes numa relação jurídica. A clarificação da noção de relação jurídica não dispensa assim determinado conteúdo da disciplina jurídica dos contactos entre os cidadãos e a Administração bem como do contacto inter-administrativo.

A reciprocidade ou perspectiva «relacional» está prevista em toda a actividade administrativa e até na respectiva orgânica. Releva assim em todo o direito administrativo, não havendo, em rigor, zona que lhe escape. É por isso que o procedimento administrativo é hoje concebido pela lei como resultado de uma relação colaborante do particular com a Administração e o processo administrativo, nomeadamente depois do novo Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), como sendo em primeira linha um contencioso de particulares pois que a acção está fundamentalmente estruturada não para que os particulares colaborem na restauração da ordem jurídica ofendida mas para que eles obtenham tutela adequada e *efectiva* para os seus direitos e interesses legítimos, como partes que são numa relação jurídica controversa, quase tudo oscilando, como se sabe, em torno desta perspectiva.

No âmbito da própria organização administrativa está presente a perspectiva «relacional». A CRP, de modo a honrar as exigências do *Poder Local* e dos *Princípios fundamentais* (arts. 235 e 266), exige uma

estrutura administrativa orgânica (art. 267) marcada pelas ideias da *descentralização*, da *desconcentração* e da *participação*. Na medida em que a primeira exige o reconhecimento perante a Administração Central do Estado de entidades autónomas dotadas de competências próprias se compreende que o contacto recíproco não pode ser senão «relacional» e não autoritário. Na verdade, as entidades autónomas descentralizadas mais não são do que os portadores dos direitos e interesses diferenciados a que a ordem constitucional dá guarida.

A *descentralização* reforça a perspectiva «relacional».

Mas mesmo no âmbito da *desconcentração*, também ela exigência constitucional, está presente a perspectiva «relacional» sob a forma não apenas da aproximação dos serviços às populações mas também da simplificação administrativa e do combate à burocratização. A Administração do Estado é colocada ao serviço do cidadão mesmo que com custos de eficiência e unidade de acção, pois que é para ele e por causa dele que existe. A presença dos cidadãos obriga a uma ampla transformação da orgânica clássica da Administração e se assim é isso deve-se ao reconhecimento de posições jurídicas de tal modo atendíveis da parte destes que se reflectem no interior da própria Administração Central.

A *participação* dos cidadãos, por sua vez, na gestão dos serviços públicos, é manifestação inequívoca de uma ideia de abertura orgânica aos cidadãos vistos como titulares de direitos e interesses. Não se pode esquecer neste contexto que a figura da *concertação* e mais, a própria ideia de *regulação*, sobretudo nas modalidades de auto-regulação de interesses profissionais e outros, evidenciam também a presença dos particulares não apenas como destinatários mas como interlocutores, na medida em que a decisão administrativa passa a ser tomada por entidades mais próximas dos cidadãos do que as tradicionais entidades administrativas e com a devida garantia da presença dos direitos e interesses dos destinatários. Por outro lado, o fenómeno multifacetado da atribuição legislativa de poderes públicos a particulares, nomeadamente daqueles que se inserem no interior das funções mais típicas do Estado, ao proporcionar o acesso do particular ao âmago da decisão de relevância pública, contribui poderosamente para a referida perspectiva «relacional», na medida em que a acção pública passa a ser desenvolvida por entidades privadas que se não confundem com os órgãos e agentes administrativos, reforçando a partilha de competências. Também

as Autoridades Administrativas Independentes (AAI), cuja criação o n.º 3 do art. 267 da CRP permite, dotadas de competências tradicionais da Administração Central, contribuem para a abertura da orgânica administrativa a entidades não controladas pelo Governo.

De facto, a relação jurídica administrativa transcende em muito a mera utilização do contrato como meio normal de contacto da Administração com os particulares.

53. A noção de relação jurídica administrativa, sobretudo se encarada no referido plano multilateral, deve-se a uma perspectiva acentuadamente material e teleológica e não formal da construção do Direito. O reconhecimento alargado dos direitos e interesses presentes na relação é consequência da alargada consideração material da situação do todo social e dos particulares tocados pela actividade administrativa. Ora, a consideração destes últimos, sobretudo dos que não foram directamente visados pela norma ou acto jurídico e mera conduta, só é possível se atendermos à respectiva eficácia de facto ou real. Passamos aqui do plano do direito para o plano sociológico dos factos.

É neste plano da consideração dos factos reais que melhor somos levados a concluir pela afectação directa ou indirecta de direitos e interesses legítimos dos cidadãos muitas vezes para além da intenção do autor da norma, do acto ou das partes contratuais. Ao considerarmos as coisas nesta perspectiva dos factos, surpreendemos a relação jurídica precisamente à medida da consideração dos factos pois que é a consideração destes que nos faz concluir pela colisão de direitos e interesses e a disciplina jurídica de tal colisão faz-se através da referida relação jurídica multilateral.

Um exemplo claro é a consideração dos efeitos económicos de facto na previsão das normas europeias e nacionais defensoras da concorrência entre as empresas. O legislador não hesita em aplicar as referidas normas a todas as realidades económicas empresariais, redutíveis ou não ao conceito jurídico de sociedade comercial. A jurisprudência europeia tem secundado esta orientação. A única preocupação é a de saber se houve ou não afectação do funcionamento normal do mercado. Relevam só considerações de facto. Se assim não fosse, as normas seriam as mais das vezes inaplicáveis porque precisamente não se vislumbravam sem considerações de facto ou «económicas» situações juri-

dicamente relevantes a exigir a respectiva aplicação. Como se dizia, é a consideração dos conflitos reais de direitos e interesses ou seja, das relações reais em presença que explica a abertura da previsão legal à consideração dos factos.

A consideração da eficácia real das normas jurídicas pelo próprio legislador que é como quem diz, de um amplo círculo de particulares como destinatários das previsões legais, resulta de uma crescente consideração pelo legislador das consequências reais da respectiva intervenção, como que se antecipando ao juiz e ao agente administrativo. O alcance real das normas é aqui o pressuposto dogmático a partir do qual faz sentido a construção da figura da relação jurídica administrativa (70). Com efeito, a abertura da previsão legislativa, como é vulgar na intervenção económica do Estado, resulta da consideração dos conflitos mediatizados pelas relações que efectivamente cabem nas previsões normativas.

A perspectiva «relacional» tem, portanto, repercussões na própria hipótese normativa e, portanto, até numa adequada teoria da legislação, embora este assunto não possa ser aqui tratado.

54. A noção dogmática de relação jurídica no direito público em geral e no administrativo em particular muito fica a dever à sociologia. Seria ingratitude não o reconhecer. Muito embora a noção de relação seja utilizada na sociologia numa acepção diferente, muito mais lata daquela que tem no Direito, pois que para este a relação subentende sujeitos de direito no ponto inicial e terminal do contacto, a abertura à relação como paradigma central da sociologia deixou marcas no actual pensamento jurídico. O que há a reter é um conceito amplo de relação, afim do sociológico, compreendendo não apenas contactos entre o Estado e os cidadãos mas também contactos interadministrativos e intraorgânicos bem como contactos supra e internacionais (71). A noção

(70) Tb. assim, F. MAYER/F. KOPP, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5.ª ed., Stuttgart, 1985, p. 330.

(71) H. KELSEN compreendeu muito bem a utilidade de um conceito alargado de relação para a dogmática jurídica, em especial compreendendo o contacto entre a autoridade administrativa e o cidadão. Cfr. *Teoria Pura do Direito*, 6.ª ed., Coimbra, 1984, p. 231 e ss., embora se deve ter em conta que para as particularidades metodológicas

ampla de relação como cobertura jurídica de contactos entre sujeitos jurídicos é assim a que nos interessa para os efeitos que nos propomos.

Com efeito, chamando embora a atenção para as diferenças claras que ao termo relação se emprestam na sociologia, designadamente na de vocação «sistémica» e no Direito, não se segue daí que a acepção sociológica da relação seja imprestável para a caracterização da Sociedade Civil à face do Estado nos nossos dias bem como para os contactos inter e intra-estaduais, muito pelo contrário. Nesta óptica, o conceito sociológico de relação é mesmo muito útil para identificar a posição relativa da Sociedade Civil e do Estado nos dias de hoje em torno dela reformulando a dogmática.

A tradicional separação entre aquelas duas entidades há muito que desapareceu, como se sabe. O Estado aproximou-se da Sociedade Civil através de todo um conjunto de intervenções no domínio económico, social e cultural, ao ritmo das exigências constitucionais ou por simples conveniência conjuntural e ao mesmo tempo a Sociedade Civil apropriou-se do Estado através de diversos mecanismos de representação de interesses, formais e informais, de participação na formação das decisões políticas, legislativas e administrativas, de colaboração na execução de funções administrativas, de aproveitamento das capacidades privadas para a prossecução de interesses públicos, de auscultação de interesses extra parlamentares, da pressão política, da partilha de responsabilidades, etc. ... E a Sociedade Civil não se basta com o papel passivo de destinatária das decisões estatais pretendendo, a não poder colocar-se num plano de igualdade com os órgãos do Estado, ao menos intervir activamente na esfera da decisão de que estava tradicionalmente afastada.

Sucedem assim que nos deparamos com um emaranhado de interesses mútuos na origem das relações recíprocas entre o Estado e a Sociedade Civil sem que por vezes se distinga muito bem onde acaba o pri-

do A. a relação jurídica não se estabelece entre indivíduos mas sim apenas entre as normas que lhes disciplinam o comportamento, fiel ao princípio segundo o qual o objecto da teoria «pura» do direito são apenas as normas. Assim sendo, a noção de relação jurídica própria desta concepção, puramente objectiva como é, não tem de nos interessar. V. P. DA SILVA, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, cit., p. 151, e P. MACHETE, Estado de Direito Democrático, cit., p. 248.

meiro e começa a segunda, a ponto de se poder afirmar, como é corrente na actual sociologia, que Estado e Sociedade Civil se aproximaram tanto que a distinção entre ambos é mais formal do que material.

Ora, a noção de relação é, nesta acepção sociológica, apropriada para a diagnose da referida aproximação. O intercâmbio entre Estado e Sociedade Civil, gerador de participação, cooperação e de concertação, é possível porque o relacionamento recíproco é cada vez mais estreito. O Estado vive em função da Sociedade Civil e esta tem como objectivo estratégico aproximar-se do Estado. Os múltiplos canais desta recíproca interdependência alimentam-se de um complexo sistema de relações.

Sendo assim, não admira que o direito administrativo dê testemunho desta realidade, levando o cidadão por diversas vias até ao Estado e abrindo este à presença constante do primeiro. O fenómeno tem repercussões, como já se viu, na orgânica administrativa, no procedimento e na disciplina material das questões bem como no controlo judicial da actividade administrativa.

Afinal, a noção de relação é muito útil para exprimir aquele ambiente de abertura recíproca do Estado à Sociedade Civil. O Estado abre-se à Sociedade Civil precisamente na medida em que esta se abre ao Estado. O fulcro deste ambiente de interpenetração é a noção complexa mas sintética de relação.

A relação exprime assim, melhor do que qualquer outra noção, o modo de ser da interpenetração do Estado e da Sociedade Civil no contexto actual. O moderno direito constitucional, assim como o administrativo, já registaram as consequências respectivas. A influência da perspectiva sociológica é inegável na diagnose do fenómeno.

55. A noção de relação jurídica administrativa só lucra, portanto, com a noção de *relação* em uso nas ciências sociais, nomeadamente das que cultivam o *approach* sistémico, para o qual a *relação* é um paradigma de compreensão de uma totalidade social caracterizada pelo comportamento relacional dentro de cada estrutura componente da mesma totalidade que se afigura assim como *sistema*. Mas há precauções a tomar. É que o conceito sociológico de *relação* abstrai da influência dos sujeitos intervenientes ou seja, da subjectividade dos agentes sociais participantes nas relações. O conceito sociológico não valoriza a con-

formação subjectiva dos intervenientes dispendo da respectiva autonomia realçando, pelo contrário, o conteúdo relacional resultante da troca entre os intervenientes no processo social. O conceito sociológico destaca abstractamente o modo de ser das estruturas sociais componentes do sistema em análise, neste caso, do jurídico, alheio ao conteúdo autonomamente determinado pelo sujeito individual. Se a relação jurídica valoriza o sujeito individual, a social desvaloriza-o substituindo-o por um padrão relacional de conduta, estrutura afinal objectiva, comum aos vários subsistemas sociais.

Ora, nestas condições, a noção de relação jurídico-administrativa não tem fundamento imediato na noção sociológica funcional de *relação*. O que se pretende com a primeira é enfatizar o papel da vontade individual (e colectiva) na formação do Direito mas regressando ao particular como centro da actividade jurídica e não exprimir o modo de ser de uma conduta sem substância subjectiva ⁽⁷²⁾.

Com efeito, a noção de relação jurídico-administrativa pretende colocar o particular na posição do cidadão, não de mero súbdito, no trato com a Administração, ao mesmo tempo que coloca a entidade autónoma em situação semelhante perante a Administração Central. Valoriza o papel da autonomia individual (e pública autónoma, como se verá) na conformação do direito administrativo. Nesta perspectiva, atende mais à vontade do que à conduta (social) de cada um o que a torna irredutível à noção sociológica, meramente funcional e não material. É preciso ter a atenção desperta para isto no recurso à noção de relação jurídica administrativa.

⁽⁷²⁾ Para uma crítica da construção sistémica das realidades jurídicas, designadamente na perspectiva de N. LUHMANN, A. SILVEIRA, *Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos-Estudo sobre a Teoria do Federalismo e a Organização Jurídica dos Sistemas Federativos*, Coimbra, 2007, p. 433 e ss. Ao substituir nas sociedades humanas a pessoa pela comunicação perde-se de vista a importância da pessoa jurídica como parte numa relação e sobretudo alheamo-nos da importância da disciplina jurídica que lhe convém na perspectiva dos seus direitos e interesses legítimos substituídos por conexões de sentido sem substância individual. Para aquele A. há relações porque há diferenças no contacto entre os diversos subsistemas sociais no quadro de uma sociedade múltipla e complexa e não porque elas sejam o modelo de um contacto intersubjectivo complementar e livre.

56. Usando das devidas cautelas, constata-se que a noção de relação é imperativa na diagnose da situação dogmática nos dias de hoje, muito embora nem sempre exista a consciência clara do fenómeno. A relação jurídica administrativa já aí está, muito embora nem todos pareçam disso dar acordo.

De facto, e como já se disse, o reconhecimento constitucional de certos direitos fundamentais titulados por indivíduos singulares ou por entidades colectivas públicas e privadas e principalmente a aplicabilidade directa e imediata daqueles direitos nas relações recíprocas e com o Estado, certas garantias institucionais bem como o relevo objectivo dos valores e princípios constitucionais deu ao particular (e a certas entidades autónomas) a possibilidade de se agigantar perante o Estado como titular de uma posição jurídica autónoma e relativamente intocável pelo Estado. Os direitos fundamentais fazem do particular titular de autonomia e, nesta medida, o seu contacto com o Estado passa a ser jurídico, decorrente de uma relação e não da submissão, credor de um papel activo e não passivo, numa palavra; cidadania ⁽⁷³⁾. E mais, a autonomia de que o cidadão é titular entra a conformar o conteúdo das decisões estatais, contratos mas também leis, regulamentos e actos administrativos. O que se diz para o indivíduo singular é extensivo aos entes colectivos autónomos públicos e aos privados.

Se o particular é por imperativo constitucional sujeito de direitos, o seu contacto com o Estado desenvolve-se através de uma relação jurídica. Esta é o resultado da autonomia juridicamente constitutiva do particular. Se o particular pode exercitar livremente os seus direitos fundamentais, o seu contacto com o Estado é tendencialmente «relacional». E assim é porque o particular está numa posição de (tendencial) igualdade com o Estado ou, pelo menos, a sua vontade autónoma é constitutiva da disciplina resultante do contacto estabelecido.

A vontade do particular contacta com a dos outros através de relações e em grande medida no modo do direito. Isto significa que a autonomia da vontade particular, secundada pelos direitos fundamentais, pressupõe a relação jurídica. Ora, o reconhecimento e a aplicabilidade

⁽⁷³⁾ H. U. ERICHSEN, *Das Verwaltungshandeln, Allgemeines Verwaltungsrecht*, h. v. H. U. ERICHSEN e W. MARTENS, cit., p. 138.

directa e imediata dos direitos fundamentais, como se viu, foi a via de acesso da relação jurídica ao âmago do contacto com o Estado e consequentemente ao direito administrativo (74). A relação jurídico-administrativa é o testemunho disto mesmo.

Mas a presença da relação no âmago do direito administrativo não se fica por aqui. Projecta-se hoje em todos os aspectos da respectiva disciplina e ocupa lugar central na dogmática. Os direitos fundamentais não são apenas estatutos de autonomia dos particulares, apresentando contornos objectivos como é bem sabido ou seja, delimitam a própria actividade estatal impondo condições precisas ao agir administrativo pois que consolidam o bem público. A consideração objectiva dos valores e princípios constitucionais vem a propósito. Isto significa que a actividade do Estado deve não apenas contar com a autonomia particular na conformação das disciplinas jurídicas mas também que deve favorecer o livre desenvolvimento da mesma autonomia, transformando em realidade o texto constitucional, no pressuposto que daquele livre desenvolvimento resulta o enriquecimento geral. A perspectiva é agora objectiva e não apenas subjectiva. No capítulo específico do direito administrativo, são particularmente significativos a este último respeito a disciplina das prestações sociais, do direito do ambiente e do urbanismo e sem esquecer o regime do contencioso administrativo e do procedimento contratual. O Estado não apenas leva em conta os direitos fundamentais mas contribui para a respectiva efectivação ou seja, estrutura a ordem jurídica em função e por causa deles, como se verá. Também por aí os administrados passam cada vez mais a serem vistos como cidadãos.

A disciplina normativa da efectivação dos direitos fundamentais pelo Estado, honrando as dimensões subjectiva e objectiva dos mesmos, deve ter em conta o ambiente «relacional» em que medram. Tal disciplina, nomeadamente a que se analisa na obrigação estatal de desenvolvimento de certas políticas económicas, sociais e culturais e na da protecção de certas garantias institucionais, resulta já da relação global em que Estado e o todo social bem como os cidadãos se encontram e que configura direitos e deveres recíprocos. Como já se disse, a perspectiva «relacional» não é apenas centrada no indivíduo, pois que o todo social

(74) P. HAEBERLE, *Pluralismo y Constitución*, cit., p. 232 e ss.

também está por ela marcado A perspectiva «relacional» assim entendida tem óbvias consequências no teor da política económica e social desenvolvida pelo Estado.

Os direitos de cidadania da relação jurídica administrativa vinculam objectivamente a disciplina da actividade administrativa também por força dos efeitos produzidos na esfera jurídica de particulares estranhos à preocupação imediata da actividade estatal, como já se viu. A consideração dos respectivos direitos e interesses tem consequências a todos os níveis do direito administrativo, como não podia deixar de ser.

A perspectiva objectiva é assim um instrumento indispensável da diagnose da relação jurídica administrativa nos contactos recíprocos entre a Administração e os particulares, com reflexos sobretudo nos planos procedimental e processual, mas também noutros. Não se pense, com efeito, que a perspectiva subjectiva é quanto basta para trazer à tona da dogmática a referida relação. As considerações a fazer não obedecem, portanto, a um único esquema de pensamento, a uma só lógica.

57. A noção de relação jurídica administrativa é hoje verdadeiramente indispensável. Sem ela fica por explicar muita da disciplina administrativa. Na verdade, a consideração de toda uma série de interesses relevantes, desde logo por imposição constitucional, não apenas do destinatário directo da actividade administrativa mas de todo um conjunto de sujeitos de direito que possam ser directa ou indirectamente afectados imprime à disciplina administrativa um conteúdo «relacional» que não teria se a óptica não fosse a da relação jurídica. O que se diz é particularmente evidente em matéria de prestações sociais e de protecção do ambiente, mas sem esquecer outros domínios. O multilateralismo das relações consideradas leva directamente a uma disciplina administrativa específica. Como se vê, a noção de relação jurídica administrativa já tem consequências no plano substancial, possa embora nem sempre haver disso mesmo consciência.

A relação jurídica administrativa é assim um paradigma de compreensão do actual direito administrativo. Transcende em muito as fronteiras do contrato administrativo celebrado entre a Administração e os particulares, domínio em que pela primeira vez foi utilizada. Reporta-se hoje a todo um ambiente em que prevalece a consideração alargada de

direitos e interesses relevantes tocados pela actividade administrativa, surpreendendo situações a considerar onde dantes se julgava nada de relevante para o direito existir. A noção de relação é apta à perfeita diagnose dos direitos e interesses chamados à colação e à consideração a dar-lhes.

Podemos, portanto, desde já dar por assente que a relação jurídica administrativa é uma noção capaz de dar resposta à consideração ao mais alto nível, e por exigência desde logo constitucional, de um conjunto de interesses a levar em conta na disciplina legislativa e administrativa das questões e de os traduzir adequadamente numa construção dogmática.

58. Se a relação jurídica administrativa serve hoje de conceito central da dogmática administrativa isso mesmo não significa que ela tenha a pretensão de pura e simplesmente arredar os conceitos os conceitos tradicionais de acto administrativo e de regulamento, como se verá. As noções não se excluem, convivem. Sucede apenas que a disciplina do regulamento e sobretudo do acto sofreu tais modificações que a perspectiva da relação jurídica parece a mais adequada para a compreensão da actual dogmática. Fica, portanto, assente que não se pretende, longe disso, acrescentar mais uma figura substancial ao regulamento, ao acto e ao contrato administrativo ou até ao acto material de execução mas apenas compreender a respectiva disciplina numa nova perspectiva, a da relação jurídica administrativa. Esta não é uma nova figura dogmática; é apenas o denominador comum da evolução da disciplina das figuras dogmáticas tradicionais.

A relação jurídica administrativa é, portanto, o caminho a seguir numa evolução dogmática que está apta a dar conta do novo ambiente de reciprocidade nos contactos entre a Administração e os cidadãos, alicerce de uma reconstrução mais paritária das figuras dogmáticas tradicionais. É este o significado principal da relação jurídica administrativa.

59. Já sabíamos que a relação jurídica administrativa é uma noção complexa, compreendendo diversas figuras de conteúdo nem sempre homogéneo, embora todas funcionalmente irmanadas no desiderato de fazer ouvir o cidadão e outras entidades autónomas na origem, desenvolvimento e termo dos seus contactos com a Administração. A rela-

ção jurídica administrativa é assim suficientemente flexível para poder conviver com os poderes unilaterais da Administração de que esta não pode nem deve abdicar, aberta quanto baste para abarcar actos jurídicos bilaterais, unilaterais e simples operações materiais e pluridimensional a ponto de compreender contactos com pessoas singulares e colectivas particulares e com entidades públicas autónomas.

Num esforço de síntese, podemos dizer que a relação jurídica administrativa é uma noção de tal modo ampla que pode retratar com a necessária exactidão toda uma série de situações de origem e regime diversos que se apresentam hoje ao estudioso. O recurso àquela noção dá-nos um ponto de apoio firme para o trabalho dogmático o que, só por si, já é inestimável.

A relação jurídica administrativa adapta-se assim com sucesso à situação do pretendente a um comportamento positivo, designadamente uma prestação da Administração, particularmente importante no enquadramento do Estado Social de hoje. Mas não fica por aqui; retrata com exactidão a posição jurídica dos «terceiros» relativamente a contratos celebrados com a Administração ou a simples prestações unilateralmente atribuídas. Como se viu já, a noção em causa traduz ainda a posição das entidades privadas e mistas cada vez mais numerosas nos seus contactos recíprocos com os particulares e com a Administração. Esclarece também a posição jurídica do particular durante o procedimento decisório aspirante a ter uma palavra a dizer antes da decisão final que o afecta e mesmo depois, enquanto titular de direitos subjectivos de cidadania perante o poder das autoridades administrativas. Retrata com lealdade a situação jurídica do utente dos serviços públicos e dos titulares de interesses difusos ou não individualizáveis perante a actividade administrativa. *Last but not least*, justifica meios de acção contenciosa que possam proteger efectivamente os direitos e interesses dos particulares acompanhados dos indispensáveis poderes de pronúncia dos tribunais administrativos competentes.

Encaradas as coisas desta perspectiva, a noção de relação jurídica administrativa não é apenas útil; é imperiosa na síntese da dogmática actual.

60. Ao aproximar o particular e as entidades autónomas do âmago da decisão administrativa, chamando o contributo respectivo à sua con-

formação, a noção de relação jurídica administrativa apresenta um claro significado garantístico apreciável sobretudo no plano processual, com consequências no adequado relevo dado ao destinatário directo e indirecto da actividade administrativa na acção administrativa, na protecção de «terceiros» proporcionada pelas normas administrativas processuais e ainda no cuidado que merecem as partes na relação contratual.

Daqui retiraram-se toda uma série de consequências pelo que toca à legitimidade activa, agora muito alargada, para demandar as entidades públicas e até privadas, como é o caso do contencioso da execução dos contratos administrativos de concessão de serviços públicos pelos respectivos utentes, arvorado o referido contrato em critério normativo de avaliação dos seus actos de execução, para além de outros aspectos relevantes como, p. ex., a citação obrigatória dos *contra-interessados* e a consideração da posição jurídica destes na outorga de providências cautelares, virando costas à exclusiva consideração do interesse público na outorga daquelas medidas. O aspecto mais importante da perspectiva «relacional» na estruturação do processo administrativo reporta-se, contudo, à legitimidade activa para recorrer. A legitimidade para recorrer é um aspecto da legitimidade das partes. São legítimas as partes que têm uma proximidade especial com o objecto do processo. Ora, se o objecto (processual) da acção é a relação material controvertida, ao invés do recurso jurisdicional, cujo objecto é o acto administrativo, daí se segue que todos os interessados naquela devem poder recorrer, o que alarga muito a legitimidade activa. Isto mesmo reconhece abundantemente o novo CPTA. O modelo da justiça administrativa é o da acção e o respectivo objecto é a relação jurídica controvertida.

A perspectiva «relacional» indica-nos, à partida, que o objecto do processo não é o acto administrativo mas sim a relação jurídica que lhe subjaz, sendo certo que o próprio processo se transforma num conflito entre partes, num verdadeiro processo de partes, deixando para trás o tradicional processo feito a um acto.

Daí para a frente, tudo se articula em torno desta concepção «relacional» do processo; a legitimidade (activa) de quem pode pleitear, os meios de acção apropriados, a figura do acto destacável do procedimento contratual, os efeitos da invalidade do mesmo acto sobre o procedimento contratual de que se autonomizou, a muito importante questão dos efeitos das sentenças e dos poderes de pronúncia dos tribunais,

sendo certo que é do *acertamento* da situação material contido na sentença que verdadeiramente decorre a protecção dos interesses da contraparte e de terceiros e não propriamente da invalidade, a questão da invalidade consequente do contrato depois da anulação de um acto administrativo prévio, a questão da manutenção (parcial) do contrato a favor de co-contratantes de boa fé, não obstante a invalidade de um acto destacável do contrato, tudo se conjugando para que através do processo administrativo se proporcione protecção jurisdicional efectiva a todos os titulares de direitos e interesses realmente afectados pela actividade administrativa.

No plano processual, ninguém duvida hoje entre nós da bondade da perspectiva «relacional» para a correcta diagnose das mais recentes soluções. Mas não se pense que a referida perspectiva resulta sempre de considerações subjectivistas quanto às soluções processuais, sendo, pelo contrário, frequentemente tributária de concepções objectivistas, apropriadas para proporcionar a mais adequada protecção.

Mas a garantia dos particulares pela relação jurídica administrativa proporcionada implicando, como se disse, a valorização da posição dos destinatários directos e indirectos da actividade administrativa, não é a única perspectiva dogmática na conformação dos regimes jurídicos «relacionais» em causa, sejam eles procedimentais ou processuais. Com efeito, outras considerações existem na conformação dos regimes administrativos e que não deixam de ser compatíveis com a perspectiva «relacional». O interesse público pode exigir considerações objectivas que fazem as respectivas exigências. É assim que se percebe que se devam retirar da invalidade de um contrato, por homenagem ao princípio da legalidade, todas as consequências mesmo que à custa da boa fé da contraparte. O princípio da protecção da confiança na «coisa contratada» nem sempre prefere sobre o da legalidade e há que atender a valores de segurança no regime dos efeitos dos actos inválidos. A dialéctica de limitação recíproca das considerações subjectivas e objectivas está sempre presente na conformação dos regimes legais aplicáveis.

A protecção judicial *efectiva* exigida pelo n.º 4 do art. 268 da CRP, por sua vez, não é incompatível com um esquema objectivo de construção dos institutos jurídicos. É que, como já se disse, a perspectiva «relacional» alimenta-se de diferentes esquemas de compreensão das coisas. Não vive obcecada com a garantia do particular. As considerações de

conteúdo objectivo também têm o seu lugar na conformação dos regimes jurídicos relevando da perspectiva «relacional».

61. Podemos assim e desde já dar por assente que a relação jurídica administrativa no sentido amplo que damos ao termo dá testemunho dogmático da verdadeira situação dos contactos entre a Administração e os cidadãos, bem como entre ela e certas entidades públicas autónomas e privadas, tal como a CRP os quer, como se viu, e que, ao mesmo tempo, a noção tem características que fazem dela qualquer coisa de diferente da sua homóloga privada. Na relação jurídica administrativa a presença do poder irrenunciável das autoridades administrativas é uma constante. Esta relação deve conviver não apenas com a *auctoritas* de que a Administração dispõe mas com o próprio poder unilateral e mesmo que dotado de eficácia executória ⁽⁷⁵⁾. Trata-se, portanto, de uma relação *sui generis* imersa nas competências próprias e específicas da Administração.

Nestas condições, o interesse dogmático essencial da relação jurídica administrativa não consiste numa noção alternativa à da dogmática tradicional mas, muito mais, num determinado modo de compreender os contactos entre a Administração, as entidades públicas autónomas e os cidadãos, numa perspectiva conforme com a CRP, aberta à presença dos princípios jurídicos gerais que, na sua perspectiva constituenda, informam e limitam a actividade administrativa e, assim sendo, capaz de trazer à luz as qualidades que se predicam do contacto entre a Administração, as entidades autónomas e os particulares.

A perspectiva constitucional do contacto entre a Administração e os cidadãos é conforme com a noção geral de relação jurídica, como já se sabe. Constitucionalmente falando, o cidadão é titular de direitos e interesses perante os poderes públicos e está assim imerso numa relação jurídica com estes. No mesmo sentido vão os deveres de conduta da Administração relativamente aos cidadãos e certos princípios gerais em matéria de organização administrativa. Deste modo, o exercício das competências administrativas insere-se num quadro «relacional» e mais,

⁽⁷⁵⁾ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Privado Administrativo*, Madrid, 1996, p. 650.

este exercício não pode ser compreendido fora daquela relação jurídica. As competências administrativas devem ser vistas como concretizações de uma envolvente «relacional» previamente existente, por imperativo constitucional e legislativo, entre a Administração, certas entidades autónomas e os cidadãos.

Deste modo se ultrapassa qualquer barreira que pudesse ser erguida entre a relação jurídica administrativa e o acto administrativo, figura, à partida, mais difícil de conciliar com a relação jurídica. Não há oposição. O acto administrativo, com todas as suas características, é conciliável com a perspectiva «relacional» e hoje, pode dizer-se, vive dela. Foram limadas as arestas, pelo menos as principais, na disciplina jurídica do acto que obscureciam aquela perspectiva. Mas justifica-se ainda apelar ao legislador para um tratamento mais em conformidade com as exigências constitucionais do regime jurídico do acto para que o pleno acordo seja possível.

A relação jurídica administrativa é assim um pano de fundo que evidencia as alterações do regime do acto administrativo, mas não apenas dele, como é óbvio, em prol de certas exigências de coturno constitucional. Nesta perspectiva macroscópica, não há oposições entre relação jurídica administrativa e acto administrativo. Tudo se encaixa perfeitamente.

Aquela perspectiva alargada da relação jurídica pode e deve ser também adoptada para encarar a actividade não jurídica da Administração ou seja, a sua actividade material ou *técnica*, na consagrada expressão de M. CAETANO. As exigências da perspectiva «relacional» devem informar a disciplina jurídica daquela actividade, cada vez mais vulgar e importante, como é sabido. A perspectiva «relacional», atenta aos efeitos externos da actividade material da Administração, dá a boa pista para a respectiva disciplina jurídica. Mais tarde se verá como.

A relação jurídica administrativa é o denominador comum da disciplina jurídica da actividade administrativa. Abarca o acto, o contrato administrativo e privado, a actividade material e abre até pistas para o regulamento, como se verá a seu tempo.

62. Já veremos que o fenómeno da privatização, amplamente entendida, pode não se traduzir na vulgarização da relação jurídica administrativa no contacto das entidades em causa com os particulares. Mas o mesmo se verifica na situação inversa ou seja, com a atribuição de

poderes públicos a entidades privadas. Tal atribuição de poderes públicos faz-se para a prossecução de funções públicas e integra as entidades privadas beneficiárias, concessionárias ou outras, na Administração, ao menos de um ponto de vista funcional. Os poderes públicos transferidos não sofrem qualquer alteração qualitativa pelo facto de as entidades deles beneficiárias serem privadas. Continuam a ser poderes públicos outorgados para o desempenho de competências de interesse público de que a lei ou norma equiparada dotou expressamente aquelas entidades privadas. Não se pense, portanto, que tais poderes se transformariam pelo facto de serem manuseados por entidades privadas facilitando assim o contacto «relacional» daquelas entidades investidas de poderes públicos com os particulares. Deste ponto de vista, não há qualquer diferença entre os poderes em causa quando utilizados por entidades públicas, privadas concessionárias ou outras, objecto, no segundo caso, de uma específica delegação na forma da lei.

Não se pense assim que a figura da relação jurídica administrativa aumentaria de volume à medida da delegação de poderes públicos a entidades privadas. Não é isso que modifica a natureza dos poderes delegados. Estes poderes continuam a ser delegados para a prossecução de interesses públicos, apesar de em favor de entidades privadas, e não para prosseguir interesses particulares do respectivo beneficiário. A natureza dos poderes exercidos é sempre idêntica independentemente de o seu beneficiário ser uma entidade pública ou privada. A questão da relação jurídica administrativa coloca-se exactamente do mesmo modo; o que é necessário é identificar os sintomas de um novo entendimento do contacto entre a Administração e os particulares através dos poderes exercidos mesmo que sejam entidades privadas beneficiárias de uma delegação de poderes a fazê-lo.

Não é, portanto, a delegação de poderes administrativos em si que divulga a relação jurídica administrativa; é o conteúdo das formas de acção da actividade administrativa, designadamente do acto administrativo, que se rende à evidência de uma disciplina «relacional» dos contactos que estabelece.

63. Surpreender a relação jurídica no campo do direito administrativo apenas é possível, em jeito de conclusão, dentro de três pressupostos bem definidos. Só atendendo aos três será possível uma visão glo-

bal da questão. O primeiro é o amplo reconhecimento de direitos e interesses legítimos dos particulares perante a Administração. Sem direitos não há relação jurídica administrativa. Com efeito, o desenvolvimento do direito administrativo clássico fez-se de costas voltadas para os direitos fundamentais. O direito administrativo era pensado como o direito da desigualdade, colocado o cidadão na situação de mero súbdito como destinatário de um acto administrativo unilateral e executório, situação que se pretendia disciplinada mas nada mais. A ideia de que o cidadão é dotado de direitos perante a Administração é mais recente, como se verá, e ainda mais a ideia de relação jurídico-administrativa. O reconhecimento dos direitos é o ponto de partida da relação que nos interessa ⁽⁷⁶⁾.

O amplo desenvolvimento dos direitos dos particulares perante a Administração muito deve à teoria alemã da *norma de protecção* desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência, mas sem que esta chamada de atenção tenha o propósito de a transportar sem mais para o nosso país, coisa que, como se verá, não se justifica inteiramente. De acordo com esta concepção, todas as situações de vantagem directa ou indirectamente resultantes para os particulares das normas legais que a Administração aplica devem ser por exigência constitucional interpretadas extensivamente no sentido de nelas reconhecer autênticos direitos. Isto significa que a actividade administrativa contacta constantemente com os direitos dos particulares sejam ou não estes os destinatários confessos da respectiva actividade e que a relevância destes exige a perspectiva da relação jurídica, por não poder ser outra. A consideração da bipolaridade e da multipolaridade dos contactos entre a Administração e os particulares é uma consequência directa da relevância jurídica que se dá às posições juridicamente atendíveis daqueles. Ora essa relevância é adequadamente realçada pela referida teoria da *norma de protecção*. Pode assim dizer-se que esta teoria é indispensável para a consideração da relação jurídica administrativa na medida em que através dela se levam em devida conta os direitos e interesses dos cidadãos relativamente à Administração. Vai voltar-se ao assunto.

⁽⁷⁶⁾ Tb. assim, V. P. DA SILVA, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, cit., p. 212 e ss.

Corolário deste entendimento é a aceitação da vontade do cidadão na conformação da actividade administrativa. Tradicionalmente, o exercício da autoridade administrativa pretendia-se, como se disse, disciplinado através da regra da conformidade e compatibilidade com a lei. Mas a disciplina da actividade era sempre unilateral. A aceitação da presença da vontade particular na modelação da actividade administrativa tardou a chegar. Democráticamente legitimada a autoridade, só restava eliminar através dos tribunais os desvios de que podia eventualmente padecer a execução respectiva mediante um processo feito a um acto. Que no conteúdo da actividade administrativa houvesse que dar atenção à palavra do respectivo destinatário era uma ideia insuportável atentatória até da autoridade legítima e mesmo mais, provocatória da presunção de legalidade que presidia ao respectivo exercício.

Note-se, contudo, que a aceitação da vontade do particular na conformação da actividade administrativa não significa de modo nenhum que a relação jurídica administrativa se restrinja às formas contratuais, em muito as transcendendo, pois que compreende a posição jurídica de «terceiros» alheios ao contrato e mesmo a posição do público em geral. Significa apenas que a atenção à vontade particular faz parte do paradigma adequado à conformação do direito administrativo.

O segundo pressuposto resulta do conteúdo multipolar ou colectivo da intervenção administrativa. A ideia de relação jurídica administrativa apenas surge, como se disse, para uma situação em que da intervenção administrativa decorrem contactos não apenas com o seu destinatário directo mas também com todo um conjunto alargado de sujeitos de direito tocados pela mesma intervenção. E a tal ponto assim é que, pode dizer-se, a noção de relação jurídica administrativa surge mais claramente com direito de cidadania no panorama administrativo quando da exclusiva perspectiva da bilateralidade se passou para a da multilateralidade.

O terceiro pressuposto é uma adequada concepção objectiva dos valores e princípios constitucionais relevantes. A transposição dos valores e princípios para a ordem jurídica através da legislação e da consequente actividade administrativa favorece também a perspectiva «relacional» no contacto da Administração com o todo social e com os cidadãos particulares. Aqueles valores e princípios requerem a estruturação em termos «relacionais» da ordem jurídica. A própria noção de relação jurídica administrativa já é consequência daqueles valores e

princípios. Quanto mais a ordem jurídica os acolher nas suas realizações concretas mais se consolida aquela relação.

64. A noção de relação jurídica administrativa é já bem conhecida da doutrina portuguesa, há muito presente na teorização de V. P. DA SILVA (77), e, antes disso, por M. CAETANO (78). Aquele A. faz mesmo, a nosso ver com toda a correcção (it. nosso) *da relação jurídica (multilateral) a nova «realidade central» da dogmática administrativa* (79).

Também no direito positivo a noção é conhecida e ao mais alto nível. A CRP (n.º 3 do art. 212) e o legislador ordinário usam expres-

(77) Verde Cor do Direito, cit., p. 106 e ss., e, já anteriormente, Em Busca do Acto Administrativo, cit., p. 206 e ss. e 308 e ss.

O A. considera a relação jurídica administrativa o paradigma adequado à actual compreensão do direito administrativo. Cfr. O contencioso administrativo no divã da psicanálise, cit., p. 84, e Verde, cit., p. 175. Nas suas palavras (it. nosso), as transformações próprias do actual direito administrativo obrigaram a *deslocar o centro da dogmática administrativa para a relação jurídica*. Tb. D. F. DO AMARAL, Curso de Direito Administrativo, II, Coimbra, 2001, p. 235 e 236, enfatizando a recepção da técnica da «relação jurídica» para a construção da teoria geral do direito administrativo português por M. CAETANO, o mesmo se afirmando a propósito do Curso de direito administrativo do próprio A. Ora, com a devida vénia, a técnica da relação jurídica na construção dogmática da parte geral do direito administrativo que os AA seguramente seguiram não é a mesma coisa que a utilização do conceito de relação jurídica administrativa para consolidar uma especial construção das soluções em torno de uma ideia de paridade (tendencial) de posições nos contactos recíprocos dos cidadãos com a Administração. E a construção daqueles AA fica ainda longe, muito embora com grandes aberturas no caso de D. F. DO AMARAL, para a compreensão da relação jurídica administrativa como peça central da dogmática de hoje. Mas deve notar-se que as soluções concretas propugnadas por este último A. coincidem globalmente com as que são próprias daquela concepção «relacional». Mesmo que a perspectiva em causa não apareça *eo nomine* como o cerne do actual direito administrativo, o facto é que as soluções defendidas nela se enquadram sem qualquer dificuldade.

(78) Tratado Elementar, I, Lisboa, 1944, p. 118 e ss. O A., contudo, usa a figura dogmática da *relação jurídica administrativa* como (it. nosso) *conceito fundamental da nossa construção científica*, dogmaticamente desdobrada em sujeito, objecto, facto jurídico e garantia, sem concessão a qualquer ideia de paridade no contacto entre a Administração e os particulares, porque apenas corresponde à relação entre pessoas jurídicas independentes, disciplinado por um regime jurídico em que a Administração continua a fazer uma *interpretação por meio de actos executórios* dos seus actos administrativos. Nada tem a ver com o conceito que fazemos nosso.

(79) Verde, cit., nota 1 da p. 175.

samente a noção, muito embora restringindo-o à delimitação da competência dos tribunais administrativos.

Seja como for, certos regimes jurídicos apenas podem ser cabalmente compreendidos se estudados na perspectiva da relação jurídica administrativa, para a qual constantemente remetem. Não é demais concluir daí que a relação jurídica administrativa é já hoje no direito português um princípio geral de direito positivo ou seja, a síntese compreensiva de muito material normativo positivo, sem prejuízo, obviamente, de por trás dele surpreendermos todo um conjunto de princípios de direito natural de alcance legitimatório, quais sejam o do contraditório e até a dignidade da pessoa humana, entre outros.

Ao utilizar a noção de relação jurídica administrativa, o legislador teve a preocupação de demarcar a competência dos tribunais administrativos por oposição à dos outros. Assim é que no n.º 1 do art. 1 do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) se afirma que os tribunais administrativos conhecem dos litígios emergentes das *relações jurídicas administrativas*, de acordo, aliás, com o referido n.º 3 do art. 212 da CRP. O sentido aqui presente não é, todavia, aquele sentido específico que lhe estamos dando. Com efeito, a noção em causa é apenas utilizada para demarcar a competência dos tribunais administrativos, seguindo a jurisprudência, como é natural, tal entendimento⁽⁸⁰⁾. O que se pretende com tal noção, é identificar a competência dos tribunais administrativos em confronto com os outros e não esclarecer uma noção dogmática.

Ora, a noção que nos interessa e com o específico sentido bilateral e multilateral que lhe atribuímos é a que está presente na razão de ser de muita disciplina jurídica administrativa em matéria ambiental, urbanística e de promoção económico-social, como se verá, marcada por certas exigências de conteúdo. Trata-se de uma noção mais substancial que processual. Mesmo assim pode afirmar-se que aquela noção e sentido já assentaram arraiais no direito positivo português, muito embora ainda lhe não corresponda uma categoria dogmática precisa. Mas para lá se caminha.

⁽⁸⁰⁾ Assim, em conformidade, o Ac. de 3-2-2005 do Tribunal Central Administrativo do Sul (TCA-Sul), afirmando que o litígio que emerge de relações jurídicas administrativas deve ser dirimido pelos tribunais administrativos.

O certo é que a categoria da relação jurídica administrativa é substancial e não meramente adjectiva. Pena é que, por ser assim, a noção não apareça, pelo menos expressamente enunciada, num contexto material e não apenas processual.

Mas não se pense que a causa está perdida. De modo nenhum. Há que fazer uma interpretação hábil das coisas, de modo a evitar mal-entendidos. Certamente que o que o legislador quis foi dizer-nos que os tribunais administrativos são competentes para o conhecimento daquelas relações que ocorrem entre a Administração e um sujeito privado, utilizando aquelas competências de ordem pública, entre duas pessoas colectivas de direito público ou até entre dois órgãos da mesma pessoa colectiva, nas mesmas condições, ou até entre duas entidades privadas quando uma delas, no mínimo, usa competências públicas com vista à realização de fins públicos. Tudo isto integra relações jurídicas de natureza administrativa, para efeitos de competência contenciosa. É apenas isso que o legislador quis dizer e disse-o bem. Não quis certamente, nem seria aquele o sítio oportuno, tomar partido acerca de uma questão dogmática que consiste em saber em que medida a perspectiva «relacional» já entrou a fazer parte da disciplina administrativa substantiva.

65. A utilização da noção de relação jurídica administrativa pelo direito português do contencioso administrativo tem consequências precisas, de que se falará a seu tempo. Como se disse, o direito português conhece a noção de relação jurídica administrativa para o efeito da delimitação da competência dos tribunais administrativos. Faz mesmo dela o critério de delimitação do âmbito da competência dos tribunais administrativos. Mas a preocupação do legislador não está orientada pelas considerações a que aqui somos fiéis.

Na verdade, o que o legislador pretendeu foi dilatar a competência dos tribunais administrativos. Assim sendo, forneceu uma noção de *relações jurídicas administrativas* muito alargada, sob pena de excluir da competência dos tribunais administrativos largos sectores da actividade administrativa. Há indícios claros dessa preocupação; em primeiro lugar, a enumeração da competência dos tribunais administrativos, de acordo com o critério constitucional e legislativo da relação jurídica administrativa, é meramente exemplificativa, de acordo com o n.º 1 do art. 4 do ETAF, abrangendo esta competência situações que uma noção

parca de relação jurídica administrativa não permitiria compreender, em segundo lugar, a noção em causa abrange inclusivamente contratos de direito privado; basta que a seu respeito existam, nos termos da alínea f) do n.º 1 do mesmo art. 4, *normas de direito público que regulem aspectos específicos do respectivo regime substantivo, ou... contratos em que pelo menos uma das partes seja uma entidade pública ou um concessionário*, o que nos demonstra que a noção de relação tão ampla é que abarca, por extensão, contratos de direito privado ⁽⁸¹⁾, em terceiro lugar, tão lato é o conceito de relação jurídica administrativa para efeitos da demarcação da competência dos tribunais administrativos que a própria noção não é pelo legislador entendida em termos orgânicos ⁽⁸²⁾ de modo a dela deixar de fora o mínimo possível de situações. O que releva é a submissão do regime respectivo a normas de direito público e mesmo que por mera vontade das partes; é quanto basta para a competência dos tribunais administrativos.

Como se vê, a noção que o ETAF utiliza é demasiado ampla para os efeitos que nos interessam. O critério exemplificativo do referido art. 4 pretende colocar sob a alçada dos tribunais administrativos o maior leque possível de actividades desenvolvidas, apreciadas de um amplo ponto de vista, de modo a permitir a expansão da competência daqueles tribunais e não esmorece mesmo que o contrato celebrado não possa ser qualificado como de direito administrativo. Ora, uma coisa é alargar a competência dos tribunais administrativos de modo a fazer beneficiar os particulares e certas entidades independentes da especial garantia que eles lhes podem proporcionar, outra muito diferente identificar na disciplina material da actividade administrativa as notas necessárias à perspectiva «relacional» que nos ocupa.

A preocupação do ETAF em circunscrever a competência dos tribunais administrativos através de critérios amplos resulta claramente de na definição de tal relação jurídica administrativa não utilizar apenas um critério. Utiliza vários, desde o orgânico, ao estatutário e ao teleológico, todos eles com a sua quota-parte na delimitação daquela relação.

⁽⁸¹⁾ J. C. V. DE ANDRADE, *Justiça Administrativa*, cit., p. 117.

⁽⁸²⁾ M. J. ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos um Olhar Português*, Coimbra, 2006, cit., p. 297 considera preferível que o legislador tivesse adoptado uma posição funcional para demarcar a competência dos tribunais administrativos.

O objectivo é estender tanto quanto possível a competência dos tribunais administrativos mediante a combinação daqueles critérios de modo a fazer beneficiar o particular e certas entidades autónomas da efectiva protecção proporcionada agora pela jurisdição administrativa.

Lá está o critério estatutário nas alíneas a), d), e) e f) do n.º 1 do art. 4. O critério orgânico está presente na alíneas b) e c). O teleológico marca presença nas alíneas j) e l). Da combinação destes critérios resulta a mais ampla competência dos tribunais administrativos.

Ora, claro está que a razão de ser da submissão de tantas relações jurídicas administrativas à competência dos tribunais administrativos, seja porque nela intervieram pessoas colectivas de direito público, seja porque estão presentes certos interesses públicos de nomeada, seja porque o regime aplicável é de direito público, nada tem necessariamente a ver com a identificação da posição do particular perante a Administração em termos tais que seja possível dizer que é a relação jurídica a figura mais indicada para a respectiva caracterização material por ser «relacional» o respectivo contacto. A preocupação do ETAF foi outra completamente diferente. As relações jurídicas em causa são atribuídas «a granel» à competência dos tribunais administrativos sem cuidar da respectiva qualidade material.

A noção de relação jurídica administrativa serve, no caso do ETAF, um propósito processual, não substantivo. Visa alargar a competência dos tribunais, não evidenciar a natureza peculiar de determinadas disciplinas jurídicas. Por ser assim, não tem que nos interessar.

Fique, porém, esclarecido que a nossa perspectiva, mais material do que processual, é perfeitamente compatível com a utilização do critério da relação jurídica administrativa para demarcar a competência dos tribunais administrativos.

66. A doutrina alemã há muito que interiorizou a dogmática própria da perspectiva «relacional» ⁽⁸³⁾.

⁽⁸³⁾ O *compte rendu* está feito em V. P. DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise Ensaio sobre as Acções no novo Processo Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra, 2009, cit., p. 82, pelo que para lá remetemos, com a devida vénia. Paradigmático foi o caso de O. BACHOF, como já se referiu. A já antiga adopção da relação jurídica administrativa pela doutrina alemã já foi sendo assinalada no texto.

Mas mesmo nos países em que a noção de relação jurídica administrativa *eo nomine* continua a ser pouco utilizada, não deixa a perspectiva «relacional» de marcar pontos através de outras vias, designadamente a adopção de noções *amplas e abertas* ⁽⁸⁴⁾ de acto administrativo muito diferentes do respectivo conceito clássico que o reduzia ao acto revestido de certa forma, verticalmente definitivo, emanado por uma entidade pública no uso de poderes executórios e tendo um destinatário individual e bem determinado, no termo de um procedimento decisório. A atenção vai para os actos administrativos favoráveis ao particular, como as prestações públicas, que produzem imediatamente efeitos externos ou perante «terceiros» entrando logo por aí em relação com uma multiplicidade de destinatários, praticados por entidades públicas ou privadas, como bem se sabe do direito da concorrência, frequentemente sem forma jurídica, como sucede com os avisos e recomendações da Administração e praticados ainda antes da decisão final, sendo, não obstante, já lesivos do particular. Tudo isto leva a um entendimento alargado dos verdadeiros destinatários e do alcance do acto numa perspectiva alargada, só compreensível dentro de parâmetros «relacionais» e não unilaterais, evidenciando que a Administração, mesmo sem o saber, entra em contacto através do acto administrativo com um universo de destinatários da respectiva actividade muito mais lato do que se pensava.

Pelo que toca ao contrato, a perspectiva «relacional» no direito interno dos países europeus europeu é por demais evidente. Esta perspectiva alimenta-se agora não apenas da divulgação do contrato administrativo, típico ou não, como alternativa ao acto administrativo, possibilitada pelo CPA, a exemplo de outras paragens, mas também da «publicização» dos contratos de direito comum pela Administração celebrados, por influência europeia, em concreto em resultado da transposição de determinadas Directivas comunitárias, como é sabido. A referida «publicização» verifica-se através de um procedimento concursal pré-con-

⁽⁸⁴⁾ Nas palavras de V. P. DA SILVA, Viagem pela Europa das Formas de Actuação Administrativa, Cadernos de Justiça Administrativa, 1217, 58, Julho/Agosto 2006, p. 64 (it. nosso).

Chamando a atenção para o contributo de R. VON GNEIST na compreensão «relacional» do contacto entre o Estado e a Sociedade Civil, M. FIORAVANTI, Guiristi e Costituzione Politica nell'Ottocento Tedesco, Milão, 1979, p. 225.

tratual, devidamente disciplinado, capaz de garantir valores de imparcialidade na subsequente adjudicação, a ponto de pôr em causa a tradicional distinção entre os contratos administrativos e os de direito privado celebrados pela Administração, cada vez mais irmanados numa disciplina comum. O assunto será tratado a seu tempo. A referida «publicização» responde a valores constitucionalmente relevantes da actividade administrativa, como se viu, mas fá-lo alargando o leque de interessados na relação contratual que passa de apenas bilateral a multilateral, reforçando a perspectiva «relacional».

Ao anunciar a sua intenção de celebrar um contrato, administrativo ou não, a Administração desperta de imediato todo um conjunto de interesses de potenciais concorrentes pelo que deve dar-lhes oportunidade através de um procedimento concursal adequado. O reconhecimento desta realidade traz-nos à evidência que a actividade administrativa toca num todo de interesses muito mais alargado do que se pensava ou seja, que está inserida num amplo relacionamento com a Sociedade Civil, sendo esta e não certos cidadãos individualizáveis os verdadeiros destinatários da respectiva actividade.

A perspectiva «relacional» da actividade administrativa no direito interno dos países europeus resulta ainda da nova orgânica da administração. A proliferação de Autoridades Administrativas Independentes (AAI), dotadas de competências próprias, desentranhadas do acervo específico da Administração Central do Estado e fora da influência desta, reforça a realidade do pluralismo administrativo, vulgarizando o contacto paritário interadministrativo, como se verá ou seja, entre entidades cuja colaboração, descontados certos controlos administrativos, pressupõe e se desenvolve de acordo com a autonomia que lhes assiste. Quanto mais descentralizada for a Administração mais sedimentada está a relação jurídica interadministrativa. O direito interno dos países europeus é um campo de eleição para a diagnose desta realidade.

A presença da perspectiva «relacional» no contencioso administrativo dos países europeus é hoje uma realidade clara, como se verá. O mesmo decorre do direito comunitário europeu.

Mas na maioria dos países europeus, excepção feita para o caso alemão, o reconhecimento dogmático, pelo menos expresso, daquela relação continua escasso, insiste-se. É isto que explica a pouca atenção que, apesar de tudo, nos Códigos do Procedimento Administrativo dos

países europeus, inclusivamente o alemão, se continua a dar à relação jurídica administrativa como paradigma da compreensão das relações entre a Administração e os cidadãos. O direito administrativo continua maioritariamente fechado no estudo das decisões unilaterais da Administração e a influência da perspectiva «relacional» na doutrina nem sempre é nítida. Mas não é possível continuar a concentrar a atenção nas figuras dos produtos unilaterais da Administração, admitindo quando muito excepções pontuais e ignorando a relação jurídica administrativa.

67. No caso concreto do nosso país, o CPTA veio modificar as coisas muito embora apenas no plano processual, abstraindo agora da influência necessária que as suas novas soluções têm no procedimento. Com efeito, a extensão da legitimidade processual activa, a conformação da acção administrativa comum, a tutela adequada dos interesses de «terceiros», a dilatação dos meios de acção disponíveis, a sindicabilidade das meras condutas administrativas através da acção administrativa comum, a cumulação de pedidos, a modificação objectiva da instância, a extensão dos poderes de pronúncia dos tribunais, os efeitos reconstitutivos e ultra-constitutivos das sentenças, entre outros aspectos, são consequência de uma adequada compreensão da posição do cidadão face à Administração em moldes «relacionais». Neste aspecto, o direito processual antecipou-se claramente ao direito material. Com efeito, o direito processual administrativo português parte agora da prévia identificação de todo um conjunto de situações jurídicas subjectivas, direitos e interesses, dos cidadãos para em função delas configurar um determinado modelo de pretensões processuais e de meios de acção correspondentes. Todo o processo é visto na perspectiva da real protecção do particular lesado perante a Administração e é por ser assim que os alargados poderes de pronúncia dos tribunais administrativos, designadamente condenatórios, são pensados nessa mesma perspectiva.

Mas já se sabe que é para já a consideração da relação jurídica no âmbito do direito administrativo material e procedimental que nos interessa. Não se pretende avançar com algo de rigorosamente novo mas apenas chamar a atenção para uma realidade de que nem sempre se tem consciência.

Sem pretensões à exaustão, pode desde já adiantar-se que as implicações da perspectiva «relacional» no direito administrativo material

nos levam às seguintes problemáticas; adequada disciplina jurídica das prestações públicas, conteúdo do Estado Social, cerne dos correspondentes direitos constitucionais, adequada concepção jurídica da natureza dos *direitos e deveres económicos, sociais e culturais*, atenção dada ao regime jurídico do serviço público, *participação* do particular na formação da decisão (ou na deliberação) administrativa, norma e acto, com todas as implicações que isso tem na própria concepção constitucional do Estado de Direito democrático, reformulação da dogmática da protecção de «terceiros» no direito administrativo, tendo em conta a realidade de um relacionamento mais complexo e vasto do que se julgava dos cidadãos com a Administração, com todas as consequências daí resultantes. O regime jurídico do contrato administrativo deve ser também repensado na perspectiva «relacional», vendo o cidadão não tanto como um subordinado da Administração na execução de uma missão de interesse público mas como um colaborador daquela num empreendimento em que a respectiva posição deve ser devidamente valorizada e logrando uma adequada protecção de terceiros nas relações contratuais da Administração. *Last but not least*, devem retirar-se da perspectiva «relacional» as consequências devidas pelo que toca às relações inter-administrativas repensando os poderes de hierarquia e de substituição, entre outros aspectos.

68. A perspectiva global da relação jurídica administrativa é frequentemente consequência da aplicação interna do direito da União Europeia (UE) ⁽⁸⁵⁾.

Na verdade, do direito europeu resultam com cada vez maior frequência normas que impõem deveres às Administrações dos Estados-Membros (EMs), corporizando a subsequente actividade administrativa. Tais deveres são acompanhados da atribuição de novas situações jurídicas subjectivas de vantagem para os cidadãos dos EMs que logo a jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJ) arvorou a verdadeiros direitos,

⁽⁸⁵⁾ Para L. F. C. ANTUNES, *O Direito Administrativo sem Estado-Crise ou fim de um Paradigma?*, Coimbra, 2008, p. 57, o indivíduo singular é hoje verdadeiro titular de direitos fundamentais à face da própria ordem jurídica europeia e não apenas de situações jurídicas subjectivadas, o que aproxima a respectiva posição da que é específica da relação jurídica.

dentro de uma orientação⁸⁶ cujos resultados práticos que em muito se assemelham aos proporcionados pela teoria alemã da *norma de protecção*. O direito europeu reforçou assim em muito a perspectiva paritária da relação jurídica administrativa a estabelecer entre o cidadão europeu e a Administração dos EMs.

Deve-se ao direito europeu o desenvolvimento de todo um novo conjunto de direitos dos cidadãos nos respectivos contactos com os EMs consolidando uma posição mais paritária daqueles nos contactos recíprocos alicerçada em deveres explícitos a cargo da Administração e em direitos dos cidadãos europeus. O fenómeno é patente no âmbito do ambiente, do consumo, etc. ...

A vinculatividade das normas europeias para os EMs tem sido reforçada através de toda uma série de princípios gerais de direito europeu formulados no Tratado e desenvolvidos pela jurisprudência. São eles, como é bem sabido, o princípio da *efectividade* das normas europeias ou do respectivo *efeito útil*, que se decompõe em vários corolários tais como o do respectivo *efeito directo* e o do respectivo *primado* sobre o direito nacional. Integram no seu conjunto o *acquis communautaire*.

Consequência dos princípios do *efeito directo* e do *primado* é a desaplicação do direito interno pelo juiz nacional se contrário ao direito europeu⁽⁸⁶⁾, por aqui ficando claro que o juiz nacional é o juiz comum do direito europeu. Na ausência de uma semelhante competência de desaplicação do direito interno eventualmente contrário ao europeu, os órgãos administrativos ficam sujeitos às normas nacionais como a algo de heterónimo e fixo enquanto não forem declaradas nulas ou inconstitucionais pelos tribunais competentes. Mas perante esta situação a jurisprudência europeia não cedeu e formulou critérios logo arvorados a princípios gerais que visam facilitar os referidos princípios. São eles o princípio da *interpretação das normas internas em conformidade com o direito europeu*⁽⁸⁷⁾ dirigido claramente às Administrações dos EMs e o princípio da *harmonização das legislações nacionais* com o direito euro-

⁽⁸⁶⁾ Cfr., entre muitos, o Ac. *Factortame*, de 19-7-1990, processo n.º 213/89, Colect. 1990, p. I-243. Tb. o Ac. *Simmmentahl* e o *Ciola*, de 29-4-1999, processo n.º C-224/97, Colect. 1999, p. I-2517.

⁽⁸⁷⁾ Cfr., entre muitos outros, Ac. *Engelbrecht*, de 28-9-2000, processo n.º C-262/97, Colect. 2000, p. I-7321.

peu dirigido claramente ao legislador nacional. Passam a integrar a legalidade europeia⁽⁸⁸⁾.

Através daqueles subprincípios concretizadores do referido *efeito útil* logra-se um resultado favorável à aplicação imediata e directa do direito europeu nas ordens jurídicas nacionais protegendo adequadamente os direitos que aquele atribui aos cidadãos e evitando os escolhos de legislação interna contrária ao direito europeu e de uma aplicação desconforme do mesmo pelos tribunais nacionais e pela Administração dos EMs.

A aplicação preferente do direito europeu pelos tribunais nacionais depende apenas do requisito da sua precisão e da sua natureza incondicional como tem sido abundantemente reconhecido pela jurisprudência e mesmo que a norma em causa seja uma simples Directiva⁽⁸⁹⁾. É quanto basta para que o particular lesado possa invocar o referido *efeito útil* e pedir ao juiz nacional a desaplicação de uma norma nacional que o estorve.

Outros princípios gerais de direito europeu existem que têm tido uma influência decisiva na disciplina «relacional» da actividade administrativa dos EMs designadamente, como se verá, os relacionados com a contratação pública. A jurisprudência tem sabido utilizar estes princípios de modo a colocar restrições à actividade administrativa e assim colmatando as naturais insuficiências da disciplina das Directivas mesmo quando estas apresentam certo grau de precisão. Têm particular importância o princípio da *igualdade* e o da *não discriminação* entre nacionais e estrangeiros. Em nome do primeiro tem a jurisprudência do TJ colocado limites ao *jus variandi* da Administração em matéria de *contratos públicos* restringindo alterações durante o procedimento contratual incidindo sobre os concorrentes, os documentos procedimentais, os critérios de adjudicação e com implicações até na fase da execução do contrato, como se verá oportunamente.

A estabilidade subjectiva e objectiva dos *contratos públicos* é uma exigência do princípio da *igualdade* com repercussões evidentes na

⁽⁸⁸⁾ Sobre o tema, o nosso A Legalidade Europeia, RFDUL, Estudos em Homagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira, Coimbra, 2006, p. 940.

⁽⁸⁹⁾ Em especial o Ac. *Becker*, de 19-1-1982, processo n.º 8/81, Rec. 1982, p. 53.

tutela da confiança dos particulares e no reforço da respectiva posição no contacto com a Administração.

Na sua luta contra as arbitrariedades do poder da Administração o direito europeu deu passos decisivos na perspectiva da relação jurídica administrativa ⁽⁹⁰⁾.

69. A perspectiva da relação jurídica administrativa é conatural ao direito anglo-saxónico. As bases do direito público britânico são, de acordo com a imortal lição de DICEY, o *rule of law* e a soberania do parlamento. Estas noções devem ser, porém, interpretadas em conjugação e não isoladamente.

Daquelas noções extraem-se vários corolários relevantes para o problema que nos interessa; a subordinação estrita da Administração à lei ou seja, a legalidade da Administração, a limitação dos respectivos poderes discricionários, a restrição da competência normativa daquela aos regulamentos, impedida como está de fazer normas de alcance legislativo, a defesa dos direitos dos cidadãos e a total subordinação da Administração aos tribunais, dotados estes dos poderes de pronúncia necessários à sua efectiva condenação.

Mas as coisas não ficariam completas sem a dignose do significado e alcance da intervenção dos tribunais. É esta que atenua a soberania parlamentar tornando-a permeável aos critérios garantísticos e defensivos do *rule of law*. Mais do que em qualquer outro país, está presente no Reino Unido a noção de que a lei, tal como sai das mãos do legislador, está longe da perfeição. Os tribunais não se limitam a condenar a Administração. Interpretam todo o material legislativo de acordo com o *common law*. A legalidade dá assim testemunho do *common law* ao ser aplicada pelos tribunais. Não se resume à soberania de qual-

⁽⁹⁰⁾ Introduction on the Study of the Law of the Constitution, publicado em 1885. Sobre o pensamento de DICEY, P. MAC AUSLAN e J. F. MAC ELDFOWNEY, *Law, legitimacy and the Constitution, Essays marking the Centenary of Dicey's Law of the Constitution*, Londres, 1985, I. HARDEN e N. LEWIS, *The Noble Lie. The British Constitution and the rule of law*, Londres, 1986, P. CRAIG, *Public law and democracy in the UK and the USA*, Oxford, 1990. A ideia de DICEY é a de que a Constituição britânica é a defesa dos direitos dos cidadãos através do *common law* aplicado pelos tribunais, apresentando uma natureza tanto substancial como processual.

quer lei, mas apenas à daquela que foi devidamente interpretada e aplicada pelo juiz na perspectiva material e processual do *common law* ⁽⁹¹⁾. Ora, deste faz parte integrante a efectividade da tutela dos cidadãos através da disponibilidade de adequados *remedies*, a inexistência de quaisquer privilégios da Administração perante os tribunais e os cidadãos e a defesa intransigente dos respectivos direitos perante o poder, inseridos numa relação de efectiva paridade com a Administração.

Os tribunais não desaplicam as leis parlamentares mas têm sempre a última palavra na determinação do respectiva conteúdo.

Assim sendo, o *common law* é a verdadeira fonte material do direito aplicado pelos tribunais e, por sua vez, a própria legalidade logo que interpretada e aplicada por estes transforma-se em *common law*.

Por sua vez, a soberania parlamentar é como que condicional, pois que depende, quanto ao conteúdo das leis, da interpretação criativa dos juizes e esta apela, como se disse, ao *common law*, apostado na efectiva tutela dos direitos dos particulares e na eliminação dos privilégios da Administração.

Tudo se reconduz, assim sendo, à paridade nos contactos entre a Administração e os particulares, conteúdo essencial do *rule of law* e critério da aplicação das leis pelos tribunais. Soberania parlamentar e *rule of law* não se opõem. Reconciliam-se através da aplicação do *common law* pelos tribunais em defesa dos direitos dos cidadãos. A figura da relação jurídica administrativa não tem de navegar à bolina nestas águas.

70. No caso particular do direito norte-americano, a relação do cidadão com a Administração é uma consequência das posições assumidas quanto ao problema mais geral da garantia dos cidadãos perante o poder político em geral. Como a tradição liberal norte-americana é constante na defesa da estrita vinculação da Administração à lei, nas reticências pos-

⁽⁹¹⁾ Chamando a atenção para o facto de a teoria hierárquica das normas e a reivindicação do controlo judicial das normas legislativas em H. Kelsen, eliminando o dogma da soberania parlamentar, terem aproximado o direito continental do britânico e do norte-americano, E. SANTORO, *Rule of Law* e «Liberdade dos Ingleses» a interpretação de A. V. Dicey, *O Estado de Direito, História, Teoria, Crítica* (org. P. COSTA e D. ZOLO), S. Paulo, 2006, p. 259.

tas aos seus privilégios perante os cidadãos e os tribunais, e, por outro lado, na condenação da intervenção estatal no âmbito da autonomia da Sociedade Civil, perguntar pela posição do cidadão perante a Administração, é perguntar pelo alcance dos seus direitos perante o poder político, em geral, designadamente o legislativo. O problema administrativo transforma-se assim num problema constitucional, não tendo especificidade à face deste último.

Ora, questionar o alcance do poder legislativo face ao cidadão é colocar a questão fulcral do constitucionalismo norte-americano, a preciar de acordo com uma dogmática específica, diferente da europeia continental. Para aquele, a Constituição foi sempre e só um instrumento de limitação do poder, nunca um programa de realizações. Num plano substancial, é este sentido do *rule of law*, sem menosprezo, porém, do seu alcance processual, avultando a este propósito a figura dogmática do *due process* a ser apreciada em sede judicial.

Pelo que toca à figura do *rule of law*, a diferença entre o direito norte-americano e o britânico consiste nisto; no primeiro, a Constituição escrita substitui o *common law* como fonte do direito a ser aplicado pelos tribunais.

A garantia da contenção do poder político legislativo, e consequentemente administrativo, quanto aos direitos dos cidadãos, é judicial, como se sabe. Assim sendo, a maior ou menor consistência dos direitos dos cidadãos perante a Administração depende do maior ou menor activismo judicial na respectiva defesa que o mesmo é dizer, no controlo do legislador.

Como é sabido, a posição do *Supreme Court* tem oscilado na intensidade do controlo do legislador. Não cabe nos limites deste trabalho a descrição das diversas tendências que se têm sucedido na história constitucional norte-americana pelo que toca àquela questão, balanceando entre um controlo mais estrito e a tolerância para com a «política» corporizada pela lei, ao sabor dos dois vectores essenciais do pensamento constitucional norte-americano, o *rule of law* e o *rule of the people* ⁽⁹²⁾. O importante é evidenciar que a paridade do cidadão relativamente à

⁽⁹²⁾ Sobre o tema, C. QUEIROZ, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial sobre a Epistemologia da Construção Constitucional*, Coimbra, 2000, p. 127 e ss.

Administração perante os tribunais foi e é um dado adquirido no direito constitucional e administrativo norte-americano. Também aqui a perspectiva «relacional» é conatural a todo o direito público.

71. Concluindo, o objectivo deste primeiro capítulo foi o de apresentar a noção de relação jurídica administrativa. Para tanto evidenciaram-se as suas fontes constitucionais e a sua paulatina influência nos regimes jurídicos positivos do contacto entre a Administração e os particulares quer ao nível procedimental quer ao processual.

Concluindo este primeiro capítulo, podemos avançar com o seguinte; a relação jurídica administrativa é a noção dogmática que de forma mais clara retrata hoje a evolução do direito administrativo para uma nova situação em que os particulares e certas entidades autónomas são verdadeiros interlocutores no diálogo da criação do direito aplicável. Esta evolução decorre desde logo dos imperativos constitucionais mas também de uma clara atitude parificadora e niveladora do legislador ordinário e reflecte-se ao nível substantivo, procedimental, processual e até orgânico da Administração.

A relação não pretende, porém, servir de alternativa dogmática ao acto administrativo. Limita-se a enquadrar a disciplina própria do acto e dos poderes unilaterais da Administração, mesmo os executórios, num ambiente mais favorável ao reforço da bilateralidade dos contactos. O mesmo se verifica pelo que toca aos contratos administrativos e outros.

Por fim, a relação jurídica administrativa é o instrumento mais capaz para diagnosticar a realidade jurídica da tutela de «terceiros» alheios aos destinatários directos da actividade administrativa, inserindo-os num contacto alargado com a Administração e possibilitando a respectiva tutela jurídica procedimental e processual. O direito europeu deu o exemplo.

Estamos assim perante um super-conceito que se alimenta das transformações mais recentes do direito administrativo e que as reproduz de modo mais adequado do que qualquer outro.