

Estamos, por conseguinte, ainda diante de uma reforma incompleta, e cuja consecução pressupõe que sigamos o exemplo espanhol ou francês, de molde a conferir uma disciplina integral e integrada dos bens dominiais, sem menoscabo das exigências que demandem diplomas especiais.

*La réforme administrative est une histoire sans fin* <sup>(105)</sup>.

nal), a celebração de uma concessão de uso privativo sem dependência de prazo conferia uma maior segurança ao particular co-contratante, sem vulnerar o interesse público, sempre salvaguardado pela possibilidade de resolução unilateral pelo contraente público, justamente com fundamento em interesse público.

<sup>(105)</sup> YOLKA, «Naissance...», cit., p. 1093, a propósito do recente *Code Général des Propriétés des Personnes Publiques*.

## A NOVA DOGMÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO: O CASO DA ADMINISTRAÇÃO POR COMPROMISSOS

SUZANA TAVARES DA SILVA

### 1. O SURGIMENTO E O FLORESCIMENTO DAS ACTUAÇÕES INFORMAIS

As *actuações administrativas informais* ganharam estatuto de “categoria jurídica” a partir dos estudos da doutrina alemã dos anos 80 <sup>(1)</sup>. Desde o primeiro esforço de sistematização e interpretação jurídica desta realidade <sup>(2)</sup> até hoje podemos assinalar importantes desenvolvimentos, sobretudo, uma expansão da aplicação destes mecanismos associada à sua estreita ligação com o *princípio da eficiência* <sup>(3)</sup> e o *enfraquecimento do princípio da legalidade* <sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> Hoje praticamente todos os manuais de direito administrativo alemão consagram um capítulo às actuações administrativas informais. Veja-se, por último, WOLFF/BACHOF/STOBER/KLUTH, *Verwaltungsrecht I*, 12.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2007, p. 716 ss., e FEHLING, Michael, «Informelles Verwaltungshandeln», in HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT ARBMAN/VOBKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, Beck, 2008, p. 1341 ss. Entre nós, v. M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.<sup>a</sup> ed., Dom Quixote, 2007, p. 402-405.

<sup>(2)</sup> O primeiro estudo sistemático desta matéria é a obra de E. BOHNE, *Der informale Rechtsstaat. Eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Immissionschutzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981.

<sup>(3)</sup> O *princípio da eficiência* assenta na análise económica do direito e visa a construção de soluções jurídicas baseadas numa perspectiva de

De facto, a primeira vez que nos ocupámos deste tema <sup>(5)</sup> pensámos que se pudesse circunscrever a um fenómeno circunstanciado e datado, cuja existência chegasse até, mais tarde, a ser questionada. Mas o fenómeno singrou, e os mais recentes desenvolvimentos do direito administrativo, influenciado pelos princípios do ordenamento europeu e pelo desenvolvimento de uma Administração menos invasiva, que se legitima pela *transparência* e *consensualização* das suas decisões, têm promovido o desenvolvimento desta realidade <sup>(6)</sup>.

As actuações informais constituem a denominação geral dada aos esquemas de actuação concebidos como *meios complementares ou até alternativos às tradicionais formas de actuação administrativa* — acto, contrato e regulamento —, cujo objectivo inicial era assegurar a harmonização de interesses antes da emanação da decisão administrativa, prevenindo e minorando a resistência à respectiva execução <sup>(7)</sup>.

Assim se explica que o fenómeno tivesse surgido associado à emergência do *Estado ambiental* e à “concretização administrativa deste novo paradigma constitucional da estadual-

---

custo-benefício no que respeita à optimização e alocação de recursos. É neste contexto que os autores se referem aos compromissos pré-legislativos e pré-procedimentais como *ganhos de eficiência* na aplicação das medidas. V. H. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 89.

<sup>(4)</sup> Sobre o tema, FABIO MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>(5)</sup> Referimo-nos ao nosso *Actuações informais da Administração — Verdade ou Mito?*, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito de Coimbra, em 1998, (policopiado).

<sup>(6)</sup> Neste sentido, PIERPAOLO GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Giuffrè, Milano, 2007, e E. SCHMIDT-AßMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2.ª ed., Springer, Berlin, 2006, p. 352-353.

<sup>(7)</sup> W. BROHM, «Alternativen zum eiseitigen hoheitlichen Verwaltungshandeln», in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1990, p. 254-255

dade” através da revelação de novos ramos do direito administrativo especial <sup>(8)</sup>, particularmente aqueles em que a fundamentação da decisão revela uma elevada dependência dos conhecimentos científicos <sup>(9)</sup>. Referimo-nos ao direito do ambiente, das águas, das emissões poluentes, do urbanismo e, mais recentemente, do risco <sup>(10)</sup>. Nestes domínios, contudo, foram posteriormente desenvolvidos e experimentados outros instrumentos de actuação, que têm permitido adaptar as formas tradicionais das actuações administrativas às vicissitudes próprias destas disciplinas (ex. actos provisórios e actos precários <sup>(11)</sup>), o que ditou um decréscimo de incidência das actuações informais.

Podemos contudo identificar outros factores que actualmente ganham relevo e que vêm constituindo terreno fértil para o desenvolvimento de uma segunda vaga de actuações informais. São vários. Reportamo-nos, primeiramente, à *perda de centralidade do princípio da legalidade formal*, sobretudo, após a profunda transformação na dinâmica das fontes de direito em resultado, especialmente, da interposição do direito europeu. Esta interposição desencadeou, segundo alguns autores, um fenómeno de *desconstrução do direito administrativo*, visível no facto de já não ser possível afirmar-se hoje que todos os insti-

---

<sup>(8)</sup> Sobre a emergência do estado ambiental e a sua “concretização” pelo direito administrativo, v. M. RUFFERT, «Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts», in HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT AßMANN, / VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, Beck, 2006, p. 1110.

<sup>(9)</sup> Cf. E. SCHMIDT-AßMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee...*, p. 113 ss.

<sup>(10)</sup> V. F. HENNECKE, «Alte und neue Handlungsformen staatlicher Steuerung im Umweltbereich», in König/Dose, *Instrumente und Formen staatlichen Handelns*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1993, p. 381 ss. Entre nós, sobre o risco, por último, CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

<sup>(11)</sup> Sobre estas categorias, v., entre nós, por todos, FILIPA URBANO CALVÃO, *Os actos precários e os actos provisórios no direito administrativo*, UCP, 1998.

tutos jurídicos de direito administrativo são uma consequência do *princípio da legalidade*. Entre os exemplos assinalados destacamos: 1) a localização dos *interesses* no procedimento administrativo não como elementos da instrução, mas antes como elementos da decisão; 2) a existência de um *contratualismo generalizado* das decisões administrativas; 3) a desconstrução da organização administrativa como fuga ao princípio da legalidade (Administração em forma privada); 4) o exercício de poderes administrativos «inatos» sem interposição normativa<sup>(12)</sup>, e também 5) a «fuga para os ordenamentos jurídicos mais eficientes», de acordo com a possibilidade de «escolha do direito» no âmbito da concorrência entre os ordenamentos jurídicos, sobretudo, entre os que integram o ordenamento europeu<sup>(13)</sup>.

A perda de centralidade da lei resulta de uma *crise do legislador parlamentar* nas Constituições dos Estados democráticos que se deve, essencialmente, a duas ordens de razões: em primeiro lugar, ao facto de a democracia dos partidos ter fundado o equilíbrio de poderes de uma forma desmedida a favor dos governos; e, em segundo lugar, à incapacidade de o legislador parlamentar dar resposta em tempo útil aos problemas e desafios da “nova sociedade”<sup>(14)</sup>.

Por outro lado, concluímos também que a função legislativa perdeu hoje centralidade como expressão da vontade popular concretizadora do princípio democrático. O direito europeu, emanado pelas entidades europeias a quem os Estados-membros atribuem competências (*princípio da atribuição de competências*), institui regras obrigatórias para os mesmos, às quais estes se têm de subordinar, incluindo os parlamentos nacionais. Ao nível da normação europeia, as imposições financeiras derivadas do cumprimento do equilíbrio monetário imposto

<sup>(12)</sup> Neste sentido, FABIO MERUSI, *Sentieri interrotti...*, p. 29 ss.

<sup>(13)</sup> Sobre o tema, por todos, MATTEO GNES, *Las scelta del diritto*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>(14)</sup> Neste sentido, DANIEL SARMIENTO, *El soft law administrativo*, Thomson, Madrid, 2008, p. 32-33.

pelo Banco Central Europeu têm adquirido particular destaque, consubstanciando não apenas um limite ao Governo, mas também ao «governo do legislador», na medida em que vinculam, em igual medida, poder legislativo (governativo e parlamentar) e poder executivo.

De igual modo, a *preferência* na aplicação do direito comunitário, controlado pelas instâncias judiciais europeias, mesmo que minorada pelo *princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade*, subtrai força à lei nacional, porquanto muitas medidas da Administração podem reportar-se directamente ao direito europeu sem interposição do legislador nacional<sup>(15)</sup>. Acresce ainda que na prossecução dos desígnios comunitários a Administração tem, muitas vezes, liberdade de escolha da forma de actuação, vigorando, nesta matéria, um *princípio de equivalência* das medidas, sendo o controlo limitado exclusivamente aos resultados alcançados<sup>(16)</sup>. Esta homogeneização dos resultados, que constituiu o núcleo da “legalidade administrativa europeia”, acentua a legalidade material como cerne da legitimidade da actuação administrativa.

Todas estas alterações transformaram o tradicional princípio da legalidade da administração centrado no princípio da hierarquia das fontes de direito, num princípio de legitimidade da actuação administrativa que tem de ser articulado com o *princípio da competência*<sup>(17)</sup>, o que permite, por exemplo, superar as dificuldades de *deficit democrático* assinaladas às decisões da regulação através de entidades administrativas independentes.

Trata-se, neste caso, de “temperar” a democracia representativa do *modelo maioritário* com elementos do *modelo madi-*

<sup>(15)</sup> V. L. PERFETTI, «Principi costituzionali, istituti del diritto amministrativo ed interpretazione delle norme», *Annuario/2004*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 37 ss.

<sup>(16)</sup> V. LUISA TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Il Mulino, 2006.

<sup>(17)</sup> V. L. PERFETTI, «Principi costituzionali, istituti del diritto amministrativo ed interpretazione delle norme...», p. 47.

soniano<sup>(18)</sup>, através da delegação em entes institucionais independentes da responsabilidade do *policy-making* em matérias com um impacto em longos períodos<sup>(19)</sup>. Estas entidades não estão subordinados a um controlo político-eleitoral, devendo antes fundar-se num autocontrolo assente numa rigorosa delimitação legal das suas competências, procedimentalização das suas actuações, subordinação da respectiva actividade aos princípios do contraditório, da participação e da transparência. Cabe, todavia, salientar que a experiência europeia na adaptação deste modelo de administração de origem norte-americana<sup>(20)</sup> vem demonstrando, mesmo no caso da Grã-Bretanha, que é necessário completar o autocontrolo com um controlo parlamentar e judicial da actividades desenvolvida por estas entidades e que grande parte da sua força reside na respectiva dimensão europeia e não num reconhecimento nacional<sup>(21)</sup>.

O que importa, fundamentalmente, salientar é que se reconhecem actualmente esquemas de actuação administrativa não fundados directamente na lei, sobretudo na lei parlamentar,

(18) Designa-se como *modelo madisoniano* por referência aos contributos de Madison para a discussão do modelo democrático, designadamente, os instrumentos de protecção das minorias contra a “tirania das maioria”. Sobre o conceito de modelo maioritário e modelo madisoniano de democracia no âmbito do Estado regulador, v. LA SPINA, Antonio / MAJONE, Giandomenico, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 167 ss.

(19) Sobre o tema, MARCELLO CLARICH, *Autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 65.

(20) Sobre a origem das entidades administrativas independentes, v., entre nós, VITAL MOREIRA / FERNANDA MAÇAS, *Autoridades Reguladoras Independentes*, Cedipre, Coimbra Editora, 2003, p. 17 ss.

(21) Cf. ANTONIO LA SPINA / GIANDOMENICO MAJONE, *Lo Stato regolatore...*, p. 183, e ANTONIO LA SPINA / SABRINA CAVATORTO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 366. Esta posição faz-nos acreditar que o n.º 3 do art. 267.º da C.R.P., aditado pela revisão constitucional de 1997, resulta mais de uma “adequação da nossa lei fundamental aos desígnios europeus” do que da constitucionalização de novas exigências de âmbito nacional.

os quais se vão desenvolvendo em paralelo com os novos esquemas de produção normativa como a *comitologia*, o *processo Lamfalussy* e outros métodos abertos de coordenação para a produção de normas<sup>(22)</sup>.

Também o desenvolvimento de “esquemas de governo” assentes na “legitimação pelo resultado”, que ditam novas compreensões da “forma de governo” e da “forma de Estado”, contribuem decisivamente para esta segunda vaga de desenvolvimento das actuações informais. Referimo-nos aos mais recentes contributos para a compreensão do modelo de “*administração de resultado*”, segundo a qual as decisões administrativas são “*judgadas*” pelo critério da “*eficiência alocativa*”, baseado numa legalidade substantiva, em que o “*custo das decisões*” é fundado num juízo prudencial entre os custos sociais das medidas e a respectiva utilidade social<sup>(23)</sup>.

A relação desta forma de legitimação da actuação administrativa com a “*forma de governo*” é marcada pela doutrina nacional por referência ao “*significado do voto*” na sua “*dimensão retrospectiva e prospectiva*”<sup>(24)</sup>. De facto, como os autores assinalam, “os eleitores no momento do voto ajustam contas com o Governo anterior (*accountability*), julgando as promessas e o cumprimento do programa eleitoral (*responsiveness*), e escolhem a força partidária que será capaz de sustentar politicamente um governo responsável”<sup>(25)</sup>.

É com base nos novos conceitos de *ajuste de contas* (*accountability*) e de *responsividade* (*responsiveness*) que uma parte da

(22) Sobre o tema, no sentido de que a *governance* europeia constitui hoje uma verdadeira ciência autónoma, v. R. NICKEL, «Participatory Governance and European Administrative Law: new legal benchmarks for new european public order», *EUI Working papers*, 2006/26.

(23) Neste sentido, ROMANO TASSONE, «Analisi económica del diritto e “*amministrazione di risultato*”», *Annuario*, 2006, p. 233- 246.

(24) Neste sentido, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição de República Portuguesa anotada*, 2.º Vol., 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra (em publicação).

(25) *Ibidem*.

doutrina italiana se refere hoje à existência de uma nova base constitucional, capaz de permitir a superação da discussão tradicional em torno da existência ou não de uma “reserva de administração”. Neste novo contexto não é necessário identificar um núcleo material de poderes das entidades administrativas impermeável aos desígnios do legislador, pois do *princípio da subsidiariedade* é já possível retirar uma auto-contenção do legislador perante matérias de governo, cujo controlo se deve fazer, posteriormente, nas eleições legislativas (26).

Entre nós, o *princípio da subsidiariedade* é reconhecido no art. 8.º da C.R.P. e deve ser interpretado, como propõe a doutrina, de acordo com a sua inserção sistemática no princípio da unidade do Estado, como uma “*ideia de «proximidade do cidadão»*” (27). Daqui se retira também, em nosso entender, a fundamentação do reforço do nível de intervenção governativa, por constituir, igualmente, um nível mais próximo do cidadão relativamente à intervenção legislativa, sem prejuízo da intervenção reguladora, aparentemente subtraída deste jogo de legitimidade democrática directa e assente num esquema de legitimização e controlo próprio. Vale a pena lembrar, a este propósito, que alguma doutrina se refere às entidades administrativas independentes como as titulares do “quarto poder” ou “quarta função” (28), por exercerem em simultâneo as funções normativa, administrativa e jurisdicional, não se reconduzindo, nesta medida, ao modelo clássico da separação de poderes (29).

Acresce ainda, igualmente por influência do direito europeu, a divulgação de uma moderna teoria relativa à *forma de*

(26) V. GIORGIO PASTORI, «Statuto dell’amministrazione e disciplina legislativa», *Annuario/2004*, Giuffrè, Milão, 2005, p. 21.

(27) Neste sentido, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição de República Portuguesa anotada*, 1.º Vol., 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 233-234.

(28) Cf. VITAL MOREIRA / FERNANDA MAÇAS, *Autoridades Reguladoras Independentes...*, p. 50 (nota 72).

(29) Cf. MARCELLO CLARICH, *Autorità indipendenti...*, p. 65.

*exercício da função executiva*, que permite suprir a *perda de centralidade do princípio da legalidade*. Referimo-nos ao contributo da *good governance*, que designámos anteriormente por novo conceito relativo à “arte de governar” (30), enquanto critério norteador do exercício das competências que obriga à informação do procedimento decisor com os contributos dos princípios da abertura, participação, responsabilidade, eficácia e coerência (31).

Esta nova concepção da legitimidade democrática das medidas estaduais resulta em grande parte do fenómeno da  *europeização* que traz associado a revolução do *constitucionalismo transnacional*. De facto, a inexistência de uma “nação europeia” impossibilita a legitimação das medidas de governo através da referência ao valor da solidariedade nacional e obriga à construção de novos esquemas de legitimidade no âmbito desta “*diminished democracy*”, que é a fórmula utilizada pelos autores para designar a democracia europeia (32). A resposta, perante a ausência de povo, parece ser a de impor *standards de qualidade* aos níveis nacional e infra-nacional de democracia, radicados em esquemas de cooperação, geradores de *relações multi-nível*, que caracterizam o *constitucionalismo transnacional* (33).

As mudanças de paradigma foram captadas de forma impressiva por um autor italiano que se refere a elas como as

(30) V. o nosso «Poder local, Governança e Financiamento Municipal», *Fiscalidade*, 24/2005, p. 39 ss.

(31) Dimensões referidas no Livro branco sobre “governança europeia”, COM (2001), de 25-07-2001. Sobre o tema, v. MORÁN PÉREZ, *El control interno en la Administración del Estado. Análisis de atribuciones y de su proyección jurídica*, IEF, 2007.

(32) Cf. G. MAJONE, «International economic integration, national autonomy, transnational democracy: an impossible trinity?», *EUI Working Paper*, 2002/48, p. 2 ss.

(33) Sobre o tema, v. G. MAJONE, «International economic integration, national autonomy, transnational democracy: an impossible trinity?», *EUI Working Paper*, 2002/48.

causas do actual “Estado de Direito sob *stress*” (34). No seu entender, a separação de poderes conta hoje com uma acentuação da *dimensão da colaboração*, que se traduz numa “*direcção política*” («*indirizzo politico*») acordada entre sujeitos políticos, sindicatos, organizações de interesses, grandes empresas, institutos financeiros, lobbies, a qual constitui o motor da decisão pública e que é imprescindível para fazer face aos desafios da pós-modernidade, como a gestão sustentável de grandes obras públicas e serviços públicos no quadro da redução da despesa pública e do co-envolvimento dos privados nas tarefas estaduais (35).

De igual modo, cabe também não esquecer que a densificação do *princípio da transparência* como princípio fundamental que garante uma informação aberta não apenas dos resultados e respectivas motivações, como também do procedimento da respectiva formação, seja no âmbito das decisões estaduais, seja no âmbito da vinculação do Estado perante entidades supranacionais, permite estender o controlo dessa decisão, avaliando não apenas a bondade da medida, mas também do *iter* procedimental e até o juízo de oportunidade na respectiva emissão (permite saber, por exemplo, que influência ou grupo presidiu à respectiva dinamização) (36).

Na verdade, a acentuação da dimensão material da legalidade permite compreender e trabalhar com o *novo direito administrativo*. Permite, desde logo, trabalhar com um “*direito administrativo privado*”, que se reconduz, hoje, afinal, a mais um *direito administrativo especial* adaptado às novas formas de direito privado convocadas pela Administração, seja o contrato de trabalho em substituição da tradicional relação jurídica

(34) ROBERTO BIN, *Lo Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 67 ss.

(35) Cf. ROBERTO BIN, *Lo Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 71-72.

(36) Sobre o sentido e alcance do *princípio da transparência* como princípio constitucional, v. JÜRGEN BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

de emprego público, sejam os contratos celebrados pelas entidades da Administração em forma privada, seja o próprio direito das sociedades comerciais de capitais exclusivamente públicos (37). Permite, também, trabalhar com a nova vaga de publicização do direito privado e, de um modo mais específico, com a forma de intervenção despolitizada das autoridades administrativas independentes em áreas de mercado, tendo em vista a *garantia* dos actores e dos utentes através da defesa do mercado e da universalidade do serviço, com recurso ao instrumentário próprio da *regulação ex post* (38).

Uma referência, ainda, à influência do *direito administrativo europeu* no desenvolvimento da segunda vaga das actuações informais. Cabe salientar, na esteira de *Cassese*, que podemos distinguir três tipos diferentes de relações entre o direito administrativo europeu e o direito administrativo nacional: 1) uma *relação de consumpção* quando o direito administrativo europeu substitui o direito administrativo nacional, através da definição legislativa de uma situação (ex. por via de regulamento comunitário) e da actuação directa através das entidades administrativas europeias (ex. a Comissão); 2) uma *relação de complementação* quando as normas europeias se destinam aos Estados-membros a quem compete, através da respectiva administração, aplicá-las (ex. transposição de uma directiva europeia sobre contratação pública, em que a UE apenas fixa os casos e as regras a que deve obedecer a escolha de um co-contratante, cabendo aos Estado, através dos órgãos da respectiva Administração promover os competentes procedimentos); 3) uma *relação de concorrência* que põe em relevo não apenas a *relação multi-nível* de ordenamentos jurídicos, mas também de administrações, que ocorre quando a norma é definida pela UE e a

(37) Sobre o tema, v. R. SCHMIDT, «Das gesellschafts- und konzernrecht öffentlicher Unternehmen», ZGR 3/1996, p. 345 ss.

(38) Sobre o direito administrativo privado, v., por todos, WOLFF / BACHOF / STÖBER / KLUTH, *Verwaltungsrecht I*, 12.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2007, p. 207.

execução cabe, em parte à administração europeia e em parte à administração do Estado-membro (ex. fiscalização de normas sobre segurança alimentar) <sup>(39)</sup>.

Trata-se de um direito administrativo que assenta no *modelo de representação de interesses*, no qual os Estados-membros assumem uma dupla função: eles são opositores no procedimento, a par com os privados, mas são também os decisores em última instância, embora nesta faceta não decidam sozinhos, tendo antes de recorrer a acordos ou formar consensos no âmbito do órgão colegial <sup>(40)</sup>, proporcionando desta feita campo de acção às actuações informais.

É todo este contexto que fundamenta o novo alento dado às actuações informais, que se traduz não só na sua utilização generalizada e já não marginal ou confinada a matérias mais específicas, mas também no aparecimento de um novo instrumental jurídico-material e jurídico-processual que permite justiciar estas formas de actuação da Administração, para o que muito contribuiu, entre nós, a recente subjectivização do modelo de justiça administrativa <sup>(41)</sup>. Assim, propomos, como melhor veremos em seguida, a integração das actuações informais na tipologia de formas de actividade administrativa, posição que não é, contudo, pacífica entre os autores <sup>(42)</sup>.

<sup>(39)</sup> Sobre o tema, por todos, SABINO CASSESE, «Il diritto amministrativo europeo», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, p. 35 ss. A relação de concorrência é a mais complexa, na medida em que deixa transparecer uma das características típicas do direito administrativo europeu que reside na administração dual fundada num equilíbrio complicado entre hierarquia e equiordenação e no critério de preferência (p. 42).

<sup>(40)</sup> SABINO CASSESE, «Il diritto amministrativo europeo...», p. 50.

<sup>(41)</sup> Sobre a caracterização do actual modelo de justiça administrativa, v. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (lições)*, 9.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2007, e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 4.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2005.

<sup>(42)</sup> No sentido de que as actuações informais não são uma verdadeira forma de actividade administrativa, v., entre nós, M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativa Geral...*, p. 402.

## 2. A JURIDICIDADE DAS ACTUAÇÕES ADMINISTRATIVAS INFORMAIS

As actuações administrativas informais devem, em nosso entender, ser integradas no léxico e na gramática do direito administrativo, sobretudo do *novo direito administrativo*.

Começemos por recordar os vários significados propostos pela doutrina alemã. Para *Bohne*, as actuações administrativas informais consubstanciavam uma *alternativa de facto* (*faktische Alternative*) às actuações formais e, nessa medida, um conjunto de *compromissos não vinculativos* <sup>(43)</sup>. Na sua perspectiva, as actuações informais centravam-se em relações de troca entre entidades públicas e grupos sociais (empresariais, colectivos, de interesses). Correspondiam a formas de actuação eficazes na prossecução de certos objectivos mais complexos ou que aparentemente originariam maior resistência, por se revelarem mais flexíveis e, sobretudo, não vinculativas. O objectivo final era transpor esses resultados para formas tradicionais, dotadas de vinculatividade. Com base nestes elementos, *Bohne* acentuava a necessidade de modificar as formas tradicionais da actuação administrativa, tornando-as mais flexíveis e capazes de assegurar uma melhor resposta às exigências da complexidade pós-moderna.

Os autores que contestavam esta posição defendiam a *juridicidade das actuações administrativas informais* mesmo na ausência de acolhimento pelo princípio da legalidade, afirmando a respectiva subordinação ao quadro jurídico formado pelos princípios jurídicos, *maxime*, pelos princípios materiais reguladores das relações jurídico-administrativas <sup>(44)</sup>. Recorde-se que

<sup>(43)</sup> EBERHARD BOHNE, *Der informale Rechtsstaat...*, 1981, p. 42, e *Recent Trends in Informal Environmental Conflict Resolution*, Hoffmann-Riem / /Schmidt-Assmann, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen* (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1990, p. 217-231.

<sup>(44)</sup> Entre os principais defensores desta posição v. H. BAUER, *Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, Verwaltungs-

mesmo no direito britânico, pese embora o tendencial carácter não vinculativo dos contratos celebrados pelo Estado, é pacífica a respectiva subordinação à *judicial review* quer para controlo dos interesses públicos em jogo, quer para *salvaguarda da confiança* na Administração (45). Entre nós, o art. 266.º/2 da Constituição, ao definir o “referente material” da actividade administrativa acentua, precisamente, a par da subordinação à Constituição e à lei, a necessidade de aquela respeitar no exercício das suas funções os princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa fé.

Com efeito, se atentarmos na relação de facto que se estabelece entre as partes no âmbito das actuações informais poderemos inferir se a mesma concretiza ou não uma via de prossecução do interesse público e se é ou não apta à conformação de comportamentos conduzindo-os àquele objectivo. Em caso afirmativo, entendem os autores que não existem motivos suficientes para impedir que a essas actuações se façam corresponder os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes, independentemente de estas virem ou não a “formalizar” (no sentido de adoptar uma forma prevista na lei de procedimento administrativo) essas actuações (46).

Verifica-se, contudo, a tendência de estes autores reconduzirem posteriormente as actuações informais a esquemas formais de actuação, com o objectivo de lhes assacar efeitos jurídicos equivalentes (47).

Veja-se o caso das *advertências* (48). Uma parte da doutrina qualifica-as como *actuações informais unilaterais*, salien-

Archiv, n.º 3, 1987, p. 241-268, e Hanspeter, PFENNIGER, *Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1996.

(45) Neste sentido, MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos...*, p. 75.

(46) OSSENBÜHL, *Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1986, p. 164.

(47) Neste sentido, PFENNIGER, *Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns...*, p. 156.

(48) Neste sentido, UDO DI FABIO, «Information als hoheitliches Gestaltungsmittel», *Juristische Schulung*/1, 1997, p. 1 ss., e Hermann HILL,

tando que não produzem efeitos vinculativos, uma vez que as advertências “não impõem nem proíbem, apenas influenciam as condutas dos destinatários”, mas outros autores afirmam que se trata de uma forma alternativa de actuação administrativa que produz efeitos semelhantes aos de um acto administrativo devendo, com as devidas adaptações, aplicar-se-lhes o regime jurídico daquele (49). Essencial é, no entendimento da doutrina nacional, que o regime jurídico desta actividade seja suficientemente apto a impedir a violação de direitos fundamentais, o que se traduz na necessidade de observância de alguns princípios jurídicos por parte das “advertências agressivas” (procedimentalidade, verdade ou objectividade, igualdade e proporcionalidade), cuja violação daria direito ao lesado (titular de um direito fundamental) a ser indemnizado e/ou a solicitar uma providência cautelar para impedir a difusão ou a continuação da difusão da mensagem (50).

Ora, as advertências constituem actualmente uma forma de actuação do Estado reconhecida e irradiada pelo direito europeu (51), facto que associado à *prevalência do princípio da competência* conjugado com a *inexistência de um princípio legal ou constitucional de tipicidade de formas da actuação administrativa* e com a *subjectivização do processo judicial administrativo* nos permite afirmar que o controlo desta actividade

«Integratives Verwaltungshandeln (neue Formen von Kommunikation und Bürgermitwirkung)», *DVBl*, 1993, p. 973 ss. Sobre o tema, entre nós, por todos, v. Pedro GONÇALVES, «Advertências da Administração Pública», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, p. 723-796.

(49) Para uma síntese das posições, entre nós, por todos, Pedro GONÇALVES, «Advertências da Administração Pública...», p. 757.

(50) Cf. Pedro GONÇALVES, «Advertências da Administração Pública...», p. 760 e 791-796.

(51) Veja-se o caso da rotulagem dos produtos de tabaco que obriga os Estados a adoptar medidas que imponham a inscrição de advertência nas embalagens comercializadas. Cf. art. 5.º/2 da Directiva 2001/37/CE e Decreto-Lei n.º 37/2007, de 14 de Agosto.

administrativa é hoje mais intenso por parte das entidades judiciais e se estende para além da protecção de direitos fundamentais.

Pense-se, por exemplo, no caso de uma entidade pública sanitária emitir uma advertência sobre o consumo de determinado produto. Tomemos como referência o caso italiano das bebidas energéticas <sup>(52)</sup>. Estava em causa a apreciação do art. 15.º/3 do Decreto n.º 719 do Presidente da República, de 19 de Maio de 1958, intitulado «regulamento que fixa as disposições gerais em matéria de higiene da produção e do comércio das águas gasosas e das bebidas sem álcool gasosas e não gasosas fabricadas em recipientes fechados», onde se estipulava o seguinte: «a adição de substâncias que não sejam as indicadas no presente regulamento e que não tenham sido previamente reconhecidas pelo Alto Comissariado para a Higiene e a Saúde Pública deve ser autorizada pontualmente pelo referido Alto Comissariado, sob proposta da autoridade sanitária da província onde a fábrica se situa e após parecer do Conselho Provincial de Saúde». Ao abrigo desta norma, as autoridades sanitárias italianas proibiram o comércio das bebidas das marcas Red Bull, CULT e GUVI, por terem um teor de cafeína acima de 250 mg/l e, frequentemente, outras substâncias como a taurina. O tribunal de justiça condenou a Itália por esta ter criado um entrave à livre circulação de mercadorias sem ter demonstrado que o limite máximo de cafeína permitido nas bebidas era necessário e proporcionado para a protecção da saúde pública.

Pense-se, agora, que em vez de emitir uma circular a proibir a importação e a comercialização daquelas bebidas, a entidade sanitária italiana optava por uma campanha publicitária nos meios de comunicação social advertindo os jovens para os perigos advindos do consumo daquelas bebidas e que esta campanha alcançava efeitos equivalentes aos da proibição

<sup>(52)</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) no Proc. C-420/01, de 19 de Junho de 2003.

expressa de comercialização. Não se nos afigura inviável, num cenário como este, que os lesados pudessem igualmente lançar mão de meios judiciais para impedir a actuação do Estado, apesar de não estar em causa a violação de um direito fundamental <sup>(53)</sup> nem uma actuação formal por parte do Estado, mas antes uma situação de aparente violação das normas da concorrência previstas no Tratado. Nesta hipótese, o Estado estaria obrigado ao cumprimento dos princípios europeus independentemente da escolha da via formal ou informal de actuação.

Sublinhe-se, contudo, que a *juridicidade* das actuações administrativas informais não se deve confundir com a respectiva *vinculatividade*, pois são características diferentes e apenas a primeira pode ser associada a esta realidade. O facto de as actuações informais estarem hoje “sob o manto do direito” e não remetidas a uma zona de ilegalidade <sup>(54)</sup>, não significa

<sup>(53)</sup> A iniciativa económica privada não constitui, entre nós, um direito, liberdade e garantia, e dificilmente pode ser reconduzido à categoria de direitos análogos, na medida em que, por um lado a Constituição prevê a autoriza a restrição deste direito em diversos casos e, por outro lado, este direito exige, hoje, uma leitura do respectivo conteúdo em conformidade com as normas europeias referentes às liberdades fundamentais e ao direito da concorrência. Neste sentido, GOMES CANOTILHO / / VITAL MOREIRA, *Constituição de República Portuguesa anotada*, 1.º Vol., p. 791-792. Mesmo na doutrina que propõe o critério da determinabilidade autónoma ao nível constitucional como parâmetro de identificação dos direitos análogos — referimo-nos a VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 182-190 — não encontramos hoje, por força da concretização multi-nível dos direitos, um critério capaz de justificar a aplicabilidade directa do texto constitucional em defesa da liberdade de iniciativa económica privada. Nesta medida, caberá às normas europeias a concretização do direito, resultando a sua protecção do princípio da preferência de aplicação.

<sup>(54)</sup> No sentido de que as actuações informais comportam uma carga potencial de ilegalidade, v. Helmuth SCHULZE-FIELTZ, «Informales oder illegales Verwaltungshandeln?», in Benz/Seibel (Hrsg.), *Zwischen Koo-*

que o seu conteúdo determine, em si, o reconhecimento de uma obrigação por parte das entidades públicas, capaz de fundamentar a condenação à adopção de um comportamento por parte das entidades judiciais. Nesta medida, as actuações administrativas informais não são vinculativas. O que já parece possível é afirmar que a juridicidade que informa essas actuações é suficiente para gerar o *dever de reparar* eventuais prejuízos resultantes de um *investimento de confiança* que a contraparte nos acordos tenha realizado e possa, legitimamente, opor à Administração.

As actuações informais ganharam, neste contexto, *identidade própria*, sendo agora mais fácil a sua distinção relativamente a outras categorias como as *operações administrativas materiais* (*Verwaltungsrealakte*), que correspondem às meras actuações de facto da Administração normalmente desprovidas de autoridade e de vinculatividade<sup>(55)</sup>, as *promessas* (*Zusage*) e *auto-vinculações administrativas* (*Selbstbindung der Verwaltung*), que se traduzem em decisões administrativas de auto-contenção ou auto-redução da discricionariedade<sup>(56)</sup>, e até dos *actos de mera administração* (*schlichtes Verwaltungshandeln*), que se caracterizam, igualmente, pela ausência de vinculatividade<sup>(57)</sup>.

No contexto da actual transformação do direito administrativo, as actuações informais *perdem o carácter fragmentário* que antes constituía a sua “imagem de marca”, pois deixa de ser

*peration und Korruption*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992, p. 233-253.

<sup>(55)</sup> Sobre as operações materiais, v., entre nós, por todos, Carla AMADO GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra Editora, 1999.

<sup>(56)</sup> Sobre o tema das auto-vinculações em direito fiscal, entre nós, por todos, João TABORDA DA GAMA, *Promessas Administrativas da decisão de auto-vinculação ao acto devido*, Coimbra Editora, 2008.

<sup>(57)</sup> Sobre a relação entre estas duas categorias e as dificuldades na efectiva autonomização das actuações informais, v. WOLFF / BACHOF / STOBER / KLUTH, *Verwaltungsrecht I*, 12.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2007, p. 718-719.

premente encontrar “formas alternativas” para uma actuação célere, flexível e eficiente, e ganham um cunho marcadamente “*complementar e preparatório*” das decisões administrativas, sobretudo no que se refere à “*barganha*” (*bargain*) tendente à implementação de novas políticas ou projectos de âmbito nacional.

### 3. OS ACORDOS INFORMAIS COMO “TIPO” DAS ACTUAÇÕES INFORMAIS DA ADMINISTRAÇÃO

É precisamente no contexto da “*barganha*” que ganham relevo os *acordos informais* com a Administração (*informelle Absprachen*)<sup>(58)</sup>. Os acordos informais não podem ser tipificados, pois, como o próprio nome indica, englobam um universo vasto de possibilidades que não é susceptível de categorização. Trata-se principalmente de *contactos*, que podem ser mais ou menos velados, tendentes a encontrar e estabelecer *compromissos* ou, pelo menos, *bases de concertação* para a implementação de novos projectos ou reformas.

Os acordos informais inserem-se no campo do *direito administrativo da cooperação* (*kooperationsverwaltungsrecht*) que se reconhece como o conjunto de entendimentos consensuais entre a Administração e os cidadãos preparatórios ou até substitutivos de actos administrativos, contratos administrativos ou mesmo de normas regulamentares, cuja característica fundamental é a falta de vinculatividade<sup>(59)</sup>. Inscrevem-se no domínio do

<sup>(58)</sup> Stephan KIPPES, *Bargaining — Informales Verwaltungshandeln und Kooperation zwischen Verwaltungen, Bürgern und Unternehmen: eine empirische Untersuchung an Hand des Vollzugs des Umweltschutzrechts unter besonderer Berücksichtigung des Problemfelds «Alllastensanierung»*, München, Heymanns Verlag KG, 1995.

<sup>(59)</sup> Sobre o sentido do *direito administrativo de cooperação*, v. Helmut SCHULZE-FIELITZ, «Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip, und Verfahrensökonomie», in Dose/Rüdiger (Hrsg.), *Kooperatives Recht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, p. 225-256, e Horst DREIER, *Informal Administrative Actions*, Jahrbuch zur Staats- und

*Estado cooperativo* que emergiu nos anos 80, em resultado de estudos sobre as relações entre o Estado e a económica e sobre as formas alternativas de exercício da função dirigente <sup>(60)</sup>. Este “*direito administrativo cooperativo ou de cooperação*” caracteriza-se, em geral, por processos dinâmicos de concretização de normas-programa (ex. estratégia nacional para o mar <sup>(61)</sup>, estratégia nacional para a energia <sup>(62)</sup>, estratégia nacional para o desenvolvimento sustentável <sup>(63)</sup>) que requerem o empenho dos privados, apenas possível com a *criação de confiança* e a promessa de condições favoráveis ao investimento, que se materializam, posteriormente, num conjunto de medidas densificadoras desta *política pró-activa* (ex. outorga de benefícios fiscais, actos de tolerância relativamente a comportamentos violadores de disposições legais, consagração de regimes especiais, dispensa e/ou isenção do cumprimento de certas exigências legais, etc.).

Estes acordos informais podem surgir em diversas fases do *procedimento* da decisão administrativa. Bohne, por exemplo, identifica dois tipos de actuações administrativas prévias nos processos de licenciamento e de avaliação de planos: as que antecedem a proposta e as que antecedem a decisão <sup>(64)</sup>.

Quando o acordo *antecede o próprio início do procedimento* pode aproximar-se de um *acordo pré-contratual*, de um *pacto de norma* ou ainda de um acordo prévio à emanção de uma decisão administrativa unilateral. Trata-se de contactos prévios que não estão legalmente previstos nas normas procedimentais

Verwaltungswissenschaft, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Band 7, 1994, p. 159-193.

<sup>(60)</sup> Cf. FLORIAN BECKER, *Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 55. No mesmo sentido, WOLFF/BACHOF/STOBER/KLUTH, *Verwaltungsrecht I*, 12.<sup>a</sup> ed., Beck, 2007, p. 236.

<sup>(61)</sup> Resolução do Conselho de Ministros n.º 163/2006, de 12-12-2006.

<sup>(62)</sup> Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24-10-2005.

<sup>(63)</sup> Resolução do Conselho de Ministros n.º 109/2007, de 20-08-2007.

<sup>(64)</sup> E. BOHNE, *Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln...*, 1984, p. 347.

e que se destinam a esclarecer pontos do problema ligados especialmente a questões de facto, técnicas ou económicas, auxiliando os órgãos da Administração na futura forma de actuação. Expressam-se sob a forma oral ou por uma troca de cartas, ou ainda por actos notórios, assumindo, essencialmente, um *carácter confidencial* <sup>(65)</sup>, de forma a não colocar em risco a sua principal utilidade — ultrapassar, na prática, a resistência às decisões. Estes contactos prévios, apesar de não vinculativos, são potencialmente geradores de *vínculos efectivos* entre as partes <sup>(66)</sup>, o que significa que podem alicerçar legítimas expectativas patrimonialmente relevantes.

Em termos gerais, os *acordos informais* podem ser verbais (*arrangements*) ou escritos (*gentleman's agreements*). Os *acordos verbais* são geralmente celebrados com o intuito de obrigatoriedade de cumprimento do conteúdo acordado, embora não tenham, em regra, convencionada qualquer sanção para os casos de incumprimento, para além do respectivo incumprimento *tout court* <sup>(67)</sup>. Quando uma parte não cumpre um acordo informal verbal a outra parte pode também não cumprir a sua contraparte naquele acordo, o que constituirá a sanção adequada e proporcional atendendo às características do *pacto não vinculativo*.

<sup>(65)</sup> A *confidencialidade* significa, quase sempre, a exclusão de terceiros. BOHNE distingue três espécies de terceiros: os terceiros para quem o resultado final do procedimento administrativo formal pode produzir alguns efeitos (§ 13/2 VwVfG — ex. vizinhos no domínio de incidência de uma indústria); os terceiros cujos interesses jurídicos podem ser afectados com o resultado do procedimento administrativo (§ 13/2 VwVfG — ex. cidadãos para quem a decisão jurídica pode acarretar prejuízos); e terceiros que estão habilitados para manifestar a sua opinião e o seu desagrado na fase de auscultação pública (§ 73/4 VwVfG), in *Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln...*, 1984, p. 352.

<sup>(66)</sup> Neste sentido, Paul ROMBACH, *Der Faktor Zeit in umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 183.

<sup>(67)</sup> M. BULLING, *Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements...)*, 1989, p. 280.

Já os *acordos escritos* (*agreements*) constituem meros pactos sob forma escrita (sem formalidades), desprovidos de vinculação jurídica, mas fundados na expectativa de um *comportamento de gentleman* da contraparte, em caso de incumprimento<sup>(68)</sup>. O facto de adoptarem uma forma escrita confere-lhe visibilidade e permite a respectiva avaliação e sanção segundo o *princípio da transparência*, o que significa que mesmo na ausência de meio processual para exigir o cumprimento coercivo do acordo ou a reparação dos prejuízos causados pelo seu incumprimento, assiste à parte não faltosa a possibilidade de *dar notícia* do incumprimento, facto que, em si, pode consubstanciar uma forma de controlo, bem como um instrumento sancionatório adequado<sup>(69)</sup>. A regra, porém, é a do cumprimento dos acordos informais, resultante do facto de a relação de cooperação se transmutar numa relação de coordenação, valendo as regras da *teoria do jogo*, pois o secretismo das negociações tende, em muitos casos, a constituir as partes comprometidas numa relação semelhante à do *dilema do prisioneiro* quando um terceiro *dá notícia do acordo*<sup>(70)</sup>. Para alguns autores estes *soft procedures* constituem uma terceira categoria situada entre o jurídico e o não jurídico<sup>(71)</sup>.

<sup>(68)</sup> PHILIP KUNIG, *Alternativen zum einseitig-hoheitlichen...*, 1990, p. 53.

<sup>(69)</sup> Nesta perspectiva, discordamos de VASCO PEREIRA DA SILVA, quando o autor refere que as actuações administrativas informais na forma concertada, ou seja, cooperativas, continuam a ser unilaterais, "já que elas valem por vontade da Administração e não em virtude do encontro de vontades entre autoridades administrativas e particulares. Não é o acordo que justifica a vigência dessas formas de actuação, mas a vontade unilateralmente manifestada pela Administração", *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 476. Em nosso entender, os acordos informais são verdadeiros compromissos bilaterais que a Administração muitas vezes também tem interesse em invocar e opor aos particulares.

<sup>(70)</sup> Neste sentido, por todos, FRANCESCO VIOLA (coord.), *Forme della cooperazione*, Mulino, 2004.

<sup>(71)</sup> PHILIP KUNIG, *Alternativen zum einseitig-hoheitlichen...*, 1990, p. 53.

Os *acordos informais* surgem maioritariamente associados a processos de *negociação* de grandes projectos nacionais. Refere-nos ao *bargaining* do Estado com as empresas, os grupos de cidadãos, os sindicatos, os representantes de grupos profissionais, etc. São actuações complexas, informais, no âmbito das quais se vão sedimentando consensos entre os interesses conflitantes e convergentes, os quais hão-de conduzir à solução final que pode ser a celebração de um contrato, a aplicação de um regime jurídico, a emissão de uma licença. O *bargaining* pode ser *explícito*, quando se materializa numa troca de ofertas, ameaças ou simples promessas (ex. o Governo promete a integração de uma verba para investigação universitária no orçamento de Estado para o ano seguinte se as Universidades adoptarem um determinado modelo de gestão), ou *implícito* quando se reduz a uma mera troca, bem-intencionada, de comunicações e juízos (ex. o Governo congratula-se com a decisão de um determinado grupo internacional investir em Portugal, revelando que tem intenção de "investir" na "captação geográfica deste tipo de empresas" não revelando se irá ou não conceder algum benefício fiscal, ou o caso em que uma empresa multinacional manifesta publicamente interesse em investir em Portugal desde que encontre "condições favoráveis" no país)<sup>(72)</sup>.

Não é possível captar ou sistematizar as actuações informais, e menos ainda traçar um regime jurídico para as mesmas, apenas é possível identificar os principais domínios de incidência quer em sede de *complementação* das actuações administrativas tradicionais e procedimentalmente tipificadas, quer em sede de actuações *substitutivas* das formas tradicionais de actuação da Administração.

O direito administrativo vive hoje "dias de turbulência", o que se deve a fenómenos recentes (alguns deles já referenciados no ponto 1), de entre os quais destacamos: a governamentalização dos Estados, sobretudo por influência do direito

<sup>(72)</sup> S. KIPPES, *Bargaining — Informales Verwaltungshandeln...*, 1995, p. 87.

européu, que impele o “poder executivo” à utilização de novas formas de procedimento; a emergência de um sector social que indicia que o interesse público deixou de ser tarefa exclusiva do Estado e obriga a integrar no léxico constitucional o *princípio da subsidiariedade horizontal*; a crise financeira dos Estados que os tornou reféns do aforro privado; as restrições orçamentais ao investimento público que deixa os Estados na dependência da capacidade de endividamento dos privados para a realização de grandes obras públicas; a informatização dos procedimentos administrativos que reduz, na prática, a discricionariedade <sup>(73)</sup>; a desintervenção em sectores económicos e o recuo do Estado para o papel de garantidor, que conduziu à substituição das entidades administrativas por agências reguladoras e à substituição da fixação de preços de serviços essenciais com base em critérios políticos, por tarifas reguladas assentes em critérios económicos e de justiça intergeracional; a ordenação e distribuição dos poderes segundo um *princípio de subsidiariedade* que reforça o papel das autonomias e da “Administração de proximidade” com prejuízo para o Estado central; a interferência do direito europeu e das normas de execução dos princípios do Tratado que se aplicam preferentemente ao direito nacional e obrigam, em muitos casos, à construção e reconstrução astuta de regimes jurídicos.

A Administração não é hoje uma “entidade de autoridade”, nem de execução autoritária de políticas. O Governo não é o que impõem políticas ou soluções, mas aquele que habilmente negocia e firma compromissos. Mesmo o Governo maioritário que não tem que negociar com a oposição política, tem hoje que negociar *na* União Europeia e *com* a União Europeia, negociar com os municípios e com as Regiões Autónomas, negociar com os grupos de interesse, negociar com os representantes da sociedade civil, negociar com os investidores.

<sup>(73)</sup> Sobre o tema, PEDRO GONÇALVES, «O acto administrativo informático», *Scientia Iuridica*, 1997, n.º 265/267, p. 47-95, e FABIO MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità...*, p. 40.

O Governo não elabora um programa para executar, mas sim um conjunto de medidas para implementar, sobretudo pela via do diálogo, da concertação, do compromisso. O Governo não investe, nem pode investir, mas é obrigado a “criar confiança para o investimento”. O Governo não sanciona condutas, mas cria incentivos ao cumprimento das regras. O Governo não emite directivas de serviços, mas aprova Códigos de Boa Governança e Boas práticas nos serviços.

Por tudo isto: governar é hoje um jogo de resultado incerto, que não se compadece com uma compreensão da função administrativa de acordo com os moldes tradicionais do princípio da separação de poderes, pois a introdução de instrumentos de “Administração participada” perturbam o equilíbrio clássico em que assentava a separação <sup>(74)</sup>. A *técnica europeia* do *soft law* tem-se revelado a este propósito muito auspiciosa. As questões começam por ser debatidas e suscitadas a partir de perguntas formuladas em *livros brancos* e *livros verdes* que despertam a consciência dos Estados, dos empresários e da sociedade civil e apesar de não consubstanciarem qualquer regime vinculativo são muitas vezes invocadas como base para a celebração de compromissos <sup>(75)</sup>.

Neste contexto, o próprio direito administrativo tem de se adaptar à nova realidade a partir do instrumentário que utiliza. Deve começar por perguntar-se qual é actualmente o referente do direito administrativo: as formas de actividade (com destaque para o acto administrativo)? O procedimento administrativo? A relação jurídico-administrativa?

A doutrina nacional tem vindo a acentuar as virtualidades da “perspectiva analítica da relação jurídica”, que “se revela

<sup>(74)</sup> Sobre a evolução deste princípio e respectiva influência no direito administrativo, v. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. 1 (trad. A. F. Sousa), Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 217 ss., e, entre nós, ROGÉRIO SOARES, *Direito público e sociedade técnica* (reedição), Tenacitas, Coimbra, 2008, p. 131 ss.

<sup>(75)</sup> Neste sentido, DANIEL SARMIENTO, *El soft law administrativo...*, p. 161.

mais rica [que o estudo das formas de actividade] na abordagem do direito administrativo, por permitir “evidenciar posições jurídicas relativas entre os sujeitos”, eliminando, desde logo, algumas ficções decorrentes da “perspectiva actocêntrica” (ex. no que respeita às relações jurídicas poligonais) <sup>(76)</sup>.

Em nosso entender, a abordagem do direito administrativo a partir da relação jurídico-administrativa traduz, hoje, o melhor caminho para uma abordagem mais completa e adequada da matéria, pois permite-nos, em primeiro lugar, distinguir, a partir da análise substantiva da relação jurídica em presença, as situações em que a Administração actua no exercício da função administrativa, independentemente de o fazer com recurso a instrumentos de direito público ou de direito privado, daquelas em que apenas exerce actividades acessórias da função administrativa subordinadas exclusivamente ao direito privado (ex. gestão de bens para exclusiva obtenção de receitas patrimoniais tendo em vista a respectiva afectação à prossecução de finalidades públicas). No primeiro caso, ainda que a Administração opte pela “fuga para o direito privado” <sup>(77)</sup>, é possível estender às relações jurídicas algumas vinculações de direito público que decorrem do facto de estar em causa a prossecução de tarefas de interesse público nas quais os sujeitos estão obrigados a respeitar o referente material do art. 266.º/2 da C.R.P. Por outro lado, o critério da relação jurídica administrativa permite-nos ainda estender a aplicação daquelas vinculações às relações jurídicas em que não está presente nenhuma entidade administrativa, mas a relação jurídica estabelecida entre os sujeitos se enquadra na prossecução de uma *função materialmente administrativa*. É também esta abordagem que dá visibilidade às questões que podem suscitar-se

<sup>(76)</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, «Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de “acto administrativo” no nosso tempo», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 1202.

<sup>(77)</sup> Sobre a fuga para o direito privado, entre nós, por todos, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado*, Almedina, Coimbra, 1999.

no âmbito das relações inter-administrativas e que hoje consubstanciam uma fatia importante dos litígios.

Neste contexto, os acordos informais podem surgir no âmbito de relações inter-administrativas, como acontece com os *acordos de cooperação entre o Estado e a Administração Local* ou entre o Estado e outras entidades administrativas para a implementação de projectos, ou promoção de resultados eficientes, podendo ou não esses acordos vir a dar lugar à celebração de verdadeiros contratos-programa <sup>(78)</sup>; nas relações entre a Administração e os privados, como acontece no âmbito de muitos projectos de investimento que podem vir a dar origem à celebração de contratos de investimento <sup>(79)</sup>.

#### 4. PRINCIPAIS DOMÍNIOS DE INCIDÊNCIA

Os acordos informais surgiram inicialmente relacionados com os domínios dos novos ramos do direito administrativo especial, pelo carácter técnico que estas matérias encerravam <sup>(80)</sup> e por se revelarem domínios particularmente férteis à existência de uma “*Administração de condomínio*” (*Kondominalverwaltung*), em que público e privado contribuem para a formação da decisão <sup>(81)</sup>.

<sup>(78)</sup> Veja-se, a título de exemplo, *Cláusulas Contratuais dos contratos-programa* a celebrar entre o Ministério da Saúde e as unidades de saúde integradas no sector empresarial do Estado (Despachos n.ºs 721/2006 e 722/2006, de 23 de Dezembro de 2005, 2.ª série) destinadas a assegurar níveis de eficiência ao funcionamento daqueles serviços.

<sup>(79)</sup> CASALTA NABAIS, *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 407 ss.

<sup>(80)</sup> Sobre as exigências que os domínios técnicos impõem ao direito administrativo e a medida em que consubstanciam instrumentos de mudança daquele, v. MEILÁN GIL, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson, 2006.

<sup>(81)</sup> Sobre o conceito de “*Administração de condomínio*” (*Kondominalverwaltung*), v. M. HEINTZEN, «Beteiligung Privater na der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *VVDStRL 62*, 2003, p. 244 ss.

Um dos domínios que mais contribuiu para o desenvolvimento dos acordos informais foi precisamente o *direito do ambiente*. As razões para a proliferação destes acordos em matéria ambiental foram várias: 1) a origem *soft* deste ramo de direito como produtor de decisões jurídicas vinculativas; 2) os elevados custos das medidas a adoptar e a necessidade de articular a imposição dessas medidas com a promoção de instalações industriais e promoção de emprego segundo um juízo de proporcionalidade; 3) a necessidade de garantir eficácia às decisões adoptadas através da construção de consensos com os actores interessados e destinatários das medidas; 4) a tentativa de superar as resistências de NIMBY a novas instalações; 5) a possibilidade de negociar soluções <sup>(82)</sup>.

Trata-se de um conjunto de vantagens que a doutrina mais recente já cuidou de sistematizar e dogmatizar sob o conceito geral de “*ordem ambiental eficiente*” <sup>(83)</sup>. De facto, as crescentes exigências em matéria de cumprimento de *standards ambientais* têm conduzido à positivação de muitas medidas, procedimentos, exigências e até sanções.

Outra das áreas de incidência tradicional das actuações informais era o direito do urbanismo e do ordenamento do território <sup>(84)</sup>. No ordenamento do território, os acordos podem surgir no âmbito do procedimento de elaboração dos planos, consubstanciando um elemento adicional da redução da *discrecionalidade do planeamento*, a par dos *standards urbanísticos*

<sup>(82)</sup> Sobre alguns exemplos ilustrativos, v. o nosso *Actuações informais da Administração — Verdade ou Mito?*, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito de Coimbra, em 1998 (policopiado).

<sup>(83)</sup> Cf., por todos, S. TOMERIUS, *Informelle Projektabsprachen im Umweltrecht*, Nomos, 1995, e GAWEL / LÜBBE-WOLFF, *Effizientes Umweltordnungsrecht*, Nomos, 2000.

<sup>(84)</sup> Sobre o tema, v. o nosso «Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo», *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento do Urbanismo e do Ambiente*, Ano III, 1, Coimbra, 2000, p. 55-70.

(reservas de áreas para zona verde, equipamentos, acessibilidades e outras finalidades que obrigatoriamente têm de constar de um plano para que este preencha os *critérios de qualidade* exigidos, e que substituem, em alguma medida, a avaliação ambiental integrada) e das *normas de aplicação directa* (normas legais que impõem medidas concretas a consagrar no plano). Já no direito do urbanismo, as actuações informais ganham força como instrumentos prévios e preparatórios dos *contratos de urbanização* previstos entre nós, em termos limitados, no art. 55.º do RJUE. Sublinhe-se que alguma doutrina vê nos contratos de urbanização um *tipo especial de contrato administrativo*, pois embora entenda que os contratos urbanísticos vinculam as partes, considera que quando esteja em causa o exercício de poderes públicos da Administração está não está obrigada a cumprir o disposto no contrato, sem prejuízo da obrigação de indemnização da contraparte <sup>(85)</sup>.

Mais recentemente, contudo, temos vindo a identificar novas áreas para o desenvolvimento de actuações informais, enquadráveis no que designámos como segunda vaga deste fenómeno, e das quais seleccionamos dois exemplos: os *projectos de investimento* e as *políticas pró-activas de criação de mercados*.

Quanto aos *projectos de investimento* merece especial referência o *Sistema de Reconhecimento de Projectos de Potencial Interesse Nacional (projectos PIN)*, criado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2005, de 24 de Maio. Trata-se da identificação de “áreas de interesse nacional”, previamente fixadas pelo Governo — actividades que contribuam para diversificar a base económica existente; criar emprego qualificado; promover a inovação e gerar valor acrescentado — às quais se devem reconduzir projectos de investimento susceptíveis de adequada sustentabilidade ambiental e territorial, que repre-

<sup>(85)</sup> Cf. PAIS RODRÍGUEZ / ARENAS CABELLO, «La intervención de la administración en el urbanismo (III)», *Parte Especial del Derecho Administrativo*, Colex, 2007, p. 527.

sentem um investimento global superior a 25 milhões de euros. A apreciação destes projectos é depois cometida a uma comissão de acompanhamento.

O regime jurídico aplicável aos projectos PIN encontra-se previsto no Decreto-Lei n.º 285/2007, de 17 de Agosto, onde se estipulam algumas regras procedimentais especiais (ex. existência de um interlocutor único) e excepcionais (ex. redução ou dispensa de AIA), com as quais se pretende, na terminologia do legislador, reduzir os «custos de contexto»<sup>(86)</sup> e atrair investimento e projectos, nacionais e estrangeiros, de qualidade. O procedimento culmina com a aprovação de uma resolução do Conselho de Ministros (para cada projecto PIN) que há-de exprimir a concordância do Governo com o projecto e pode ainda incluir: a aprovação do contrato de investimento; a aprovação, alteração, suspensão ou ratificação dos instrumentos de gestão territorial pertinentes e conter as aprovações, autorizações, decisões ou licenças necessários à concretização do projecto. É um *regime jurídico dinâmico*<sup>(87)</sup> e um instrumento dúctil para a promoção do investimento, no âmbito do qual se iniciaram já alguns pedidos<sup>(88)</sup>. A atractividade dos investidores pela qualificação de um projecto como PIN e o interesse do Governo

<sup>(86)</sup> Correspondem aos *custos de transacção* definidos pela doutrina economia como os custos que as partes suportam no âmbito das transacções ou relações de mercado que estabelecem entre si. Sobre o tema, v. CLERICO / NOVARESE / RIZZELLO, *I costi di transazione: analisi teorica e indagne empirica*, Giuffrè, 2007.

<sup>(87)</sup> Sobre regimes jurídicos que estabelecem regras referentes à criação de uma base negocial entre o Estado e as Empresas para a dinamização de projectos de investimento, v. ROBERTO GALLIA (org.), *Gli accordi tra stato e imprese nelle politiche per lo sviluppo*, Mulino, 2004.

<sup>(88)</sup> Veja-se, por exemplo, a qualificação como estruturantes para a economia nacional da instalação de uma unidade aquícola de pregado, a realizar pela empresa ACUINOVA, e do Projecto Estarreja HyCO3, a concretizar pela Sociedade Portuguesa de Ar Líquido, Despacho n.ºs 4013/2007 e 4014/2007, dos Ministérios do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional e da Economia e da Inovação, publicados no *D.R.*, 2.ª série, de 2 de Março de 2007.

em colocar o país na “rota do investimento” constituem motivações que encerram uma força centrípeta suficiente para ocasionar acordos informais pré-procedimentais e endoprocedimentais que contribuam para “ajustar” os projectos a este regime jurídico mais favorável.

Já no que respeita às *políticas pró-activas de criação de mercados* nas áreas dos tradicionais serviços públicos assentes em infra-estruturas de rede<sup>(89)</sup> tem sido frequente o recurso a instrumentos de negociação com os operadores históricos, tendente a pôr fim aos monopólios existentes, sobretudo, aos direitos de exclusivo que grassavam nestes sectores. O elemento chave da transformação negociada assenta no reconhecimento a favor destes operadores de uma compensação pela cessação antecipada dos contratos ou das prerrogativas de exclusivo, designada genericamente como *custos de transição para a concorrência*<sup>(90)</sup>. Não nos ocuparemos, nesta sede, de aprofundar o regime legal aplicável ou mesmo de discutir a respectiva repercussão em cada sector, cuidaremos apenas de analisar globalmente a figura no âmbito da função administrativa para identificar a matéria que pode ser objecto de acordo informal.

De facto, estes custos resultam de uma opção política europeia — remeter estes sectores para a actividade privada —, que trouxe consigo o exercício de uma nova tarefa da actividade administrativa — a criação do mercado inclui-se nas tarefas do Estado regulador pós-privatização e liberalização<sup>(91)</sup>. São

<sup>(89)</sup> Sobre o tema em geral, por todos, BRUTI LIBERATI, *La regolazione pró-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, 2006, e BAUER / PITZSCHE / GARBERS, *Anreizregulierung nach dem Energiewirtschaftsgesetz 2005*, Nomos, 2006.

<sup>(90)</sup> Sobre o tema da *concorrência*, v. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2003, e JENS-PETER SCHNEIDER, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.

<sup>(91)</sup> Sobre o tema, v. LA SPINA / MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Mulino, 2000, e D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Mulino, 2007,

custos fundados no princípio da protecção da confiança legítima que impõe ao Estado a obrigação de reparar os danos decorrentes do incumprimento dos compromissos assumidos, neste caso a cessação antecipada dos contratos. Visto nesta perspectiva, poder-se-ia dizer que não havia campo para as actuações informais. Todavia, a proposta de abordagem dos *custos de transacção* — expressão aqui utilizada no sentido da teoria económica de custos de gestão do sistema económico — como *mecanismos de governance*, permite suscitar outro tipo de questões <sup>(92)</sup>.

De facto, os *custos de transição para a concorrência* são aceites, pelos actores económicos e pelos governos e entidades reguladoras, como *inevitáveis*, no quadro de um Estado de Direito e de uma Administração que actua segundo a égide do princípio da boa fé, mas também como *eficientes* por representarem uma despesa que é compensada com os “ganhos” (não apenas económicos, mas também de segurança, qualidade, etc.) proporcionados com a imediata entrada em funcionamento do mercado em sectores onde até aí vigorava um regime de monopólio. Porém a divulgação da respectiva existência dificilmente seria aceite pela população em geral.

Nesta perspectiva, os custos de transição para a concorrência devem ser “negociados” entre o Estado e os operadores/beneficiários com relativa discricção, por forma a evitar, por antecipação, os possíveis efeitos de um conflito, que dando publicidade à questão, acabaria por se traduzir numa discussão sobre a justiça de todo o mecanismo de transição para a concorrência, classificada pelos autores como injustiça perceptiva e defeito do mecanismo de *governance*. Assim se explica que as actuações informais pré-regulatórias (ex. acordo quanto à via de compensação dos operadores históricos) consubstanciem, sob esta óptica, um mecanismo de *good governance administrativa*.

p. 130-131, e, entre nós, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Públicas com poderes privados*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 321 ss.

<sup>(92)</sup> Sobre esta qualificação, por todos, CLERICO / NOVARESE / RIZZELLO, *I costi di transazione: analisi teorica e indagne empirica...*, p. 67 ss.

## 5. A RELAÇÃO COM O CONTRATO ADMINISTRATIVO

Os *acordos informais* a que nos temos vindo a referir não se confundem, como também já dissemos, com contratos administrativos, na medida em que não possuem carácter vinculativo. Como já foi salientado entre nós, o *contrato administrativo* não se confunde com o *acordo ou negócio informal* porque este último não cria, nem modifica, nem extingue uma relação *jurídica* administrativa <sup>(93)</sup>. Já não se aceita, contudo, como propõe a doutrina, que os acordos informais tenham perdido utilidade jurídica a partir do momento em que a Administração passou a poder celebrar contratos relativos ao exercício de poderes públicos <sup>(94)</sup>. Na verdade, como temos tentado demonstrar ao longo deste texto, existem hoje novos argumentos para o recurso à informalidade e, mais do que isso, existe um “ambiente favorável” à utilização destes mecanismos pelo facto de o Estado se apresentar hoje, em muitos domínios, como um “Estado capturado”, que dissimula a sua condição, transmutando-se em “Estado parceiro”.

Por outro lado, a integração europeia e a normação europeia em matéria de contratos públicos originaram uma aproximação entre os diferentes regimes jurídico-administrativos dos Estados-membros; aproximação que deve ser entendida dentro dos limites flexíveis do *princípio da equivalência*. O direito europeu funciona neste domínio, na expressão dos autores, como o “*meeting point dos ordenamentos jurídicos nacionais*” <sup>(95)</sup>.

Neste contexto, destacamos o contributo da teoria britânica do *freedom of contract* para o reforço da integração e dina-

<sup>(93)</sup> Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 52.

<sup>(94)</sup> *Ibidem*.

<sup>(95)</sup> Expressão de MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, 2008, p. 93.

mização das actuações informais. De acordo com o direito britânico, os contratos da Administração, apesar de se submeterem à *ordinary law*, estão também subordinados, por causa da natureza pública dos interesses envolvidos, às regras do *public law* <sup>(96)</sup>. Estas regras traduzem-se na previsão de cláusulas tipo (ou até no pré-estabelecimento de contratos-tipo) a integrar nos contratos, que resultam maioritariamente de instruções administrativas de carácter interno, mas que podem, em alguns casos, constar de normas legais <sup>(97)</sup>.

Para além daquela conformação material dos contratos celebrados pela Administração britânica, é sobretudo importante, no nosso contexto, sublinhar a relevância da *liberdade de acção executiva ou de decisão administrativa (executive action)*, firmada a partir do *leading case de Amphitrite* <sup>(98)</sup>, que impede que um contrato celebrado pelo Estado possa ser qualificado como um verdadeiro contrato no sentido de tolher a liberdade de actuação do Estado, obrigando-o a respeitar os direitos dele derivados. Esta característica de *vinculatividade ténue* aproxima, a nosso ver, os contratos públicos do direito britânico

<sup>(96)</sup> Para uma caracterização geral do problema, v. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos...*, p. 71.

<sup>(97)</sup> *Ibidem*.

<sup>(98)</sup> O caso *Amphitrite v. the King* (1921) reporta-se ao compromisso assumido pelo cônsul britânico em Estocolmo durante a primeira guerra mundial (1918), nos termos do qual aquele representante britânico se comprometeu junto dos proprietários do navio sueco *Amphitrite* a levantar o bloqueio à embarcação desde que a mesma levasse para o Reino Unido um determinado conjunto de mercadorias. O barco fez uma primeira viagem e o compromisso foi respeitado. Após a respectiva renovação, o barco fez uma segunda viagem na qual o Governo britânico o apreendeu e se negou a liberá-lo do bloqueio, caso não houvesse uma mediação do comité marítimo sueco. Os proprietários do barco não podiam aceder ao comité por haver negociado anteriormente com os alemães e o barco acabou por ser vendido, apesar do compromisso antes assumido. Na sentença de 1921, o juiz Rowlatt acabou por considerar que o compromisso não era um *enforceable contract*, mas antes um compromisso de intenções. V. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos...*, p. 72-73.

dos acordos informais, mais do que do regime do contrato administrativo dos sistemas de administração executiva, pois a reparação da contraparte há-de ser analisada tendo em consideração o carácter não vinculativo do contrato independentemente da superveniência ou não de um interesse público contrário à realização do mesmo <sup>(99)</sup>.

Outro exemplo que nesta perspectiva é útil para a percepção das novas possibilidades de juridicização das actuações informais no contexto da *harmonização equivalente dos ordenamentos administrativos* vem do direito administrativo italiano. O art. 11.º da lei italiana do procedimento administrativo, que prevê expressamente a possibilidade de uma decisão administrativa ser adoptada através de um acordo bilateral com os privados (de um *acordo substitutivo* do procedimento), viu o seu âmbito de aplicação ampliado com a revisão de 2005. Trata-se de um tipo de acordo que vem suscitando o debate na doutrina quanto à respectiva qualificação jurídica. Entre as várias propostas avançadas, destacamos a da tese intermédia, situada entre a tese privatista e a tese publicística, que acentua a lógica de que o acordo é um mero *pactum* que apenas tem força para “substituir” as decisões unilaterais da administração, mas não para se suplantarem às regras e procedimentos específicos da contratação pública <sup>(100)</sup>.

Entre os domínios de eleição do *exercício pactuado ou consensual dos poderes administrativos* no direito italiano destacam-se as “convenções de loteamento” (acordos substitutivos com natureza de instrumentos de planificação), as “convenções de qualificação de bens culturais”, os “acordos de área” (que se traduzem num acordo entre a administração e os representantes dos trabalhadores e dos empregadores, quanto à criação de

<sup>(99)</sup> Veja-se a conformação legislativa dos poderes do contraente público no actual CCP, art. 302.º

<sup>(100)</sup> Cf., por todos, PIERPAOLO GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati...*, p. 42-43.

um nova ocupação numa determinada área), as “convenções para a exploração do domínio portuário”, etc. <sup>(101)</sup>.

De referir que os *acordos endoprocedimentais* italianos têm um carácter mais abrangente do que aquele que o CCP prevê para os *acordos endocontratuais* (art. 310.º). De acordo com o art. 310.º/1 do CCP, as partes podem celebrar entre si, salvo se outra coisa resultar da natureza dos efeitos jurídicos pretendidos, acordos pelos quais substituam a prática de actos administrativos pelo contraente público em matéria de execução do contrato ou que tenham por objecto a definição consensual de parte ou da totalidade do conteúdo de tais actos administrativos. Todavia, da remissão que o n.º 2 daquele artigo faz para o capítulo V resulta que estes acordos não podem revestir forma menos solene do que a do contrato, e devem subordinar-se aos fundamentos previstos no art. 312.º e aos limites do art. 313.º, o que consubstancia uma restrição à liberdade das partes.

Por último, uma nota para destacar que também hoje o *acto administrativo transnacional* — que podemos definir, em termos gerais, como aquele que sendo emitido por uma autoridade nacional produz efeitos dentro da esfera europeia, indo para além da fronteira do país — assenta numa relação de cooperação entre diversas entidades administrativas <sup>(102)</sup>, pres-

<sup>(101)</sup> Cf., por todos, PIERPAOLO GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati...*, p. 259 ss.

<sup>(102)</sup> Sobre o conceito de *acto administrativo transnacional*, v. J. BECKER, «Der transnationale Verwaltungsakt. Übergreifendes europäisches Rechtsinstitut oder Anstoss zur Entwicklung mitgliedstaatlicher Verwaltungskooperationsgesetze», *DVBl*, 2001, p. 855-866, e M. RUFFERT, «Der transnationale Verwaltungsakt», *Die Verwaltung*, 2001, p. 453-485. Este último distingue três tipos ou variantes de *actos administrativos transnacionais*: 1) os que assentam numa *relação de vinculação* (ex. reconhecimento internacional de licenças de condução ou de diplomas académicos); 2) os que assentam numa *relação de destinação ou endereçamento* (actos administrativos de correspondência que resultam em grande medida de uma concertação do procedimento apesar de o mesmo envolver diferentes Estados) como acontece no procedimento de autorização relativo à transferência de resíduos aprovado pelo Regulamento (CE)

supondo em alguns casos a necessidade de construção de consensos (reciprocidade) para o alcance do resultado final <sup>(103)</sup> e até como instrumento de auto-controlo e fundamento material da respectiva legitimidade. Embora, quanto a este último ponto, a doutrina venha salientando que permanece, e há-de permanecer sempre, uma dimensão inalienável de autoridade do país de origem (princípio do país de origem) <sup>(104)</sup>, justificada, em último termo, pelo facto de radi-

n.º 1013/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2006, que no art. 9.º prevê que autoridades competentes de destino, de expedição e de trânsito devam emitir uma decisão fundamentada quanto àquela actividade, no prazo máximo de 30 dias após o envio do aviso de recepção pela autoridade competente de destino; 3) os que assentam numa *relação de autoridade* como acontece com medidas de polícia no espaço Schengen.

<sup>(103)</sup> Veja-se o caso da Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado internos, que apenas conseguiu ser aprovada após uma longa ronda de negociações entre os Estados. O auxílio dos meios informais não se resumiu, contudo, à negociação pré-directiva, sendo previsível a respectiva extensão à fase de implementação da mesma. Veja-se o disposto no art. 6.º, onde se pode ler que os Estados-membros devem assegurar que os prestadores possam cumprir todos os procedimentos e formalidades através de balcões únicos, embora a criação destes não prejudique a repartição das atribuições e das competências entre as autoridades no âmbito dos sistemas nacionais. Acresce ainda um complexo conjunto de normas sobre cooperação administrativa entre os Estados-membros que dificilmente pode ser concretizada sem o recurso a esquemas informais, pelo menos na fase prévia de “instalação” do sistema normativo.

<sup>(104)</sup> Na verdade, a *dogmática do acto administrativo transnacional* carrega consigo um importante conjunto de problemas que tem merecido particular atenção. Referimo-nos, por exemplo, à relação que se estabelece entre direito administrativo, direito europeu, direito constitucional e direito internacional privado quanto à resolução de conflitos de normas (sobre o tema, cf. RUFFERT «Der transnationale Verwaltungsakt...», p. 473 ss.) ou o sentido a atribuir à cláusula de reserva, protecção ou congruência, da qual resulta a possibilidade de um dos Estados-membros atribuir uma interpretação diferente ao acto (cf. J. BECKER, «Der transnationale Verwaltungsakt...», p. 861-863).

car nos Estados-membros a “competência da competência” (105).

## 6. O DEVER DE ELIMINAÇÃO DOS RESULTADOS LESIVOS POR VIOLAÇÃO DOS COMPROMISSOS: DO PRINCÍPIO DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA AO ESTADO GARANTIDOR

Resta-nos, por último, fazer uma referência às consequências que resultam da juridicidade reconhecida aos compromissos informais celebrados pela Administração, que ganharam novo enfoque no *Estado regulador europeizado* e que não escapam, também, ao “guarda-chuva” do *Estado garantidor* (106). Trata-se, com este enquadramento, de garantir uma conformação institucional à cooperação entre Estado, privados e representantes do terceiro sector, na prossecução do interesse público, o que significa, também, institucionalizar e juridificar os acordos informais em que esta cooperação se escuda (107).

Como temos vindo a salientar, dessa juridicidade (e institucionalização) *não pode resultar o reconhecimento de uma vincu-*

(105) Neste sentido, R. SCHRÖDER, *Verwaltungsdogmatik im Wandel*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 287. Sobre o sentido e alcance da fórmula “competência da competência”, veja-se a tradução portuguesa da Decisão do Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal, de 12-10-1993, relativo à apreciação de alguns artigos do Tratado de Maastricht.

(106) Sobre o conceito de *Estado garantidor*, v. FRANZIUS, «Der “Gewährleistungsstaat” — ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?», *Der Staat*, 42/2003, p. 493 ss. Entre nós, GOMES CANOTILHO, «O Estado garantidor, claros-escuros de um conceito», *texto apresentado como trabalho para discussão no seio do Grupo Cainã*, Buçaco, 23 de Janeiro de 2008, e PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, Cedipre, Coimbra Editora, 2008.

(107) Neste sentido, G. F. SCHUPPERT, «Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren», in HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT ARBMAN / VORKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, Beck, 2006, p. 1005-1006.

latividade do conteúdo dos compromissos, pois isso representaria, desde logo, desvirtuar o carácter informal que desde o início temos sublinhado. Vale por dizer que afastamos qualquer possibilidade de condenação judicial da Administração a conformar a sua actuação com o conteúdo do pacto.

Questão diferente, contudo, é saber se perante o incumprimento destes compromissos pode o lesado pedir a competente *reparação de prejuízos*.

Em nosso entender, tal como já sublinhámos anteriormente, toda a actuação administrativa está subordinada aos princípios da boa fé, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade. Consequentemente, também a actuação informal da Administração se há-de subordinar a este referente material, não sendo admissível que pelo facto de utilizar na prossecução do interesse público instrumentos de actuação não vinculativos a Administração pudesse deixar de actuar no respeito pelos princípios materiais que regem a actuação de uma “pessoa jurídica de bem”. Discordamos, nesta medida, dos autores que entendem não ser aplicável neste domínio o princípio da boa fé por tal consubstanciar, afinal, uma forma de vinculatidade dos acordos que as partes expressamente afastaram ao optar por um instrumento informal (acordo informal) (108). A falta de vinculativa apenas gera a impossibili-

(108) Neste sentido, entre nós, PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo...*, p. 52. Em sentido contrário ao do autor, v. Ac. do STA de 6-6-2007, Proc. n.º 067/07 (ardinas). Neste aresto, o tribunal concluiu, no caso concreto, pela inexistência de fundamento para a vinculação da Administração a compromissos anteriormente assumidos, radcando a sua decisão no facto de não estarem preenchidos os pressupostos necessários. Todavia, na fundamentação do acórdão, pode ler-se que é entendimento daquele Tribunal que “a Administração viola a boa fé quando falta à confiança que despertou num Particular ao actuar em desconformidade com aquilo que fazia antever o seu comportamento anterior” e que, para o efeito, “para que se possa, válida e relevantemente, invocar tal princípio é necessário ainda que o interessado em causa não o pretenda alicerçar apenas na sua mera convicção psicológica antes se impondo a enunciação de sinais externos produ-

dade de exigir o cumprimento do acordo, mas já não a de exigir a reparação de prejuízos decorrentes do não cumprimento do mesmo, embora essa reparação apenas possa ter lugar quando se verifique o preenchimento de certos pressupostos específicos, como iremos ver.

O princípio do Estado de Direito, no qual o *princípio da protecção da confiança* <sup>(109)</sup> se insere, informa toda a actividade do Estado, mesmo a que não pretende ter efeito vinculativo. O Estado, por ser Estado, é uma entidade adequada a gerar confiança (e é bom que assim seja) nas entidades que com ele negociam ou iniciem relações negociais.

Neste contexto, entendemos que não importa, para efeitos de aplicação dos *princípios da boa fé e da protecção da confiança*, a motivação das partes no recurso a uma actuação informal, desde que o fim visado e o resultado pretendido sejam legítimos. Não podemos esquecer que não vigora entre nós um princípio de tipicidade da actuação administrativa, pelo que não existe fundamento válido para restringir a aplicação do princípio do Estado de Direito às actuações informais. Significa, portanto, que não comungamos das teses que sustentam que estas actuações se situam num campo ou área cinzenta de ilicitude ou de ajuridicidade com a qual o direito se não deve preocupar. O limite exigível à juridicização destas actuações reside apenas no requisito de que a actuação das partes consubstancie um fim legítimo e possível no quadro normativo vigente, sendo irrelevantes quaisquer fundamentos relacionados com o carácter secreto que na maior parte dos casos lhes está associado.

zidos pela Administração suficientemente concludentes para um destinatário normal e onde se possa razoavelmente ancorar a invocada confiança”, não se excluindo, portanto, no entender desta jurisprudência, a aplicação deste princípio no domínio dos acordos informais.

<sup>(109)</sup> Sobre o princípio da protecção da confiança legítima, v. BEATRICE WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1983, BÖMER, «Amtshaftung und Vertrauensschutz», in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 8/1996, p. 749, F. OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., München, 1998.

De facto, em nossa opinião, o *princípio da transparência* apenas obriga à publicitação da decisão de contratar e aos actos posteriores a esse anúncio, seja relativos ao procedimento de contratação, seja relativos aos pressupostos de um ajuste directo, e o *princípio da participação* apenas impõem que uma decisão administrativa não possa ser concluída sem a participação dos interessados. Consequentemente, nenhum destes princípios serve de fundamento para a neutralização da juridicização dos contactos secretos que possam existir na fase prévia à decisão de contratar ou à emissão de um acto administrativo, tendo em vista a “configuração do projecto”.

Tomando como pressuposto a juridicidade destas actuações, a questão central reside em saber se a violação de um compromisso informal pode dar origem a um verdadeiro dever de indemnizar.

Sobre esta questão, a jurisprudência tem entendido que a violação de um compromisso informal dá lugar a uma *responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito*, na medida em que a violação do compromisso consubstancia, em si, um *acto ilícito* ao violar os princípios constitucionais da protecção da confiança e da boa fé que informam a actividade administrativa, e que a “rotura da posição institucional antes assumida” há-de constituir, pelo menos, *culpa leve* por inobservância da diligência exigível no exercício da função (evitar a criação de uma situação de confiança legítima) <sup>(110)</sup>. Nesta perspectiva, aplicar-se-á à

<sup>(110)</sup> Neste sentido, v. o Ac. STA de 16-04-2002 no Proc. n.º 048420 (gestores designados pelo Estado). Neste aresto é apreciada a pretensão indemnizatória interposta pelos credores de uma empresa privada perante o Estado, fundada no comportamento adoptado por aquele, gerador de um clima de confiança ao investimento, através de promessas assumidas perante os credores, e que mais tarde foi abandonado com a justificação de tratar apenas de uma intenção política à qual não fora possível dar cumprimento, devendo os alegados prejuízos ser imputados a um acto político, mais concretamente a uma omissão legislativa. O STA entendeu, porém, que “o comportamento complexo e sucessivo do Estado, materializado numa sequência de momentos relevantes, que cria expectativas ao adminis-

violação de acordos informais o disposto nos arts. 9.º e 10.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (RRCEC) <sup>(111)</sup>.

Julgamos, contudo, atendendo à *natureza não vinculativa* do compromisso informal, que estes casos não se devem reconduzir a uma *responsabilidade civil por facto ilícito*, uma vez que o não cumprimento do compromisso não é adequado a gerar uma situação de ilicitude (se tivermos sobretudo em conta a natureza não vinculativa do mesmo), nem de culpa, pois à Administração não se pode sequer exigir que fundamente o não cumprimento do acordo.

Assim, a nosso ver, o incumprimento de um compromisso informal deve antes dar origem a um *dever especial de reparação de prejuízos*, a integrar no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, com traços de responsabilidade objectiva e de compensação pelo sacrifício de posições patrimoniais, aproximando-se mais de uma via especial de reparação de prejuízos próxima dos institutos alemães da *Folgenbeseitigung* (eliminação de resultados lesivos <sup>(112)</sup>) e da *sozialversicherungsrechtlichen Herstellung-*

---

*trado em vários momentos e várias fases, não se traduz, apenas, na prática de actos políticos, nem se resume a uma mera atitude omissiva da Administração ou do poder judicial, assumindo o Estado, durante aquele comportamento, o passivo de uma empresa e a sua responsabilização perante os credores, actuando de acordo com poderes e prerrogativas da autoridade*” e retirou deste entendimento a conclusão de que aquele comportamento constitui “*facto ilícito*” gerador de responsabilidade extracontratual do Estado, que lesa a situação jurídica de confiança que o Estado criou visando a reestruturação do sector de distribuição nacional de jornais e livros e revistas”. O Tribunal entendeu que se tratava de um caso de responsabilidade por facto ilícito, justificando assim a sua posição: “*o incumprimento das promessas várias vezes proclamadas e a rotura dessa posição institucional, traduzem um comportamento ilícito e culposos por parte do Estado violador do princípio da protecção da confiança, de acordo com o disposto no art. 2.º da Constituição e os arts. 2.º, n.º 1, e 6.º do DL. 48 051, de 21 de Novembro*”.

<sup>(111)</sup> Regime jurídico aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

<sup>(112)</sup> A *Folgenbeseitigung* traduz-se no direito à eliminação dos resultados lesivos produzidos em direitos subjectivos por actos de ingerência

*sanspruch* (pretensão de restabelecimento no âmbito de um seguro social <sup>(113)</sup>) <sup>(114)</sup> do que, como propõem a doutrina nacional, de uma “terceira via de responsabilidade civil” localizada entre a responsabilidade contratual e extracontratual <sup>(115)</sup>.

Tratar-se-ia de uma *via reparatória de resultados lesivos* localizada entre uma *responsabilidade objectiva por danos decorrentes do exercício da função administrativa* <sup>(116)</sup> — configurando-se, nesta medida, como “responsabilidade decorrente de regras objectivas de distribuição dos riscos sociais, assentando na ideia de que, apesar de não ter sido praticado qualquer facto ilícito ou culposos, um determinado dano exorbita da esfera de risco do lesado, devendo outra pessoa responder por aquele” ou, para utilizarmos a dogmática alemã da *Herstellungsanspruch*, devendo o Estado-comunidade responder por esse

---

das entidades públicas, não tendo necessariamente que se reconduzir a actos administrativos ou de autoridade, podendo surgir em consequência de meras actuações de facto. Neste sentido, WOLFF / BACHOF / STOBER / KLUTH, *Verwaltungsrecht I*, 12.ª ed., p. 608.

<sup>(113)</sup> A *sozialversicherungsrechtlichen Herstellungsanspruch* (pretensão de restabelecimento no âmbito de um seguro social) surge como um mecanismo de resposta do *Estado garantidor* perante a complexidade e a opacidade que a mudança do agir administrativo em alguns casos transporta, no âmbito, sobretudo, da sociedade de informação, e que pode conduzir a situações de discriminação no acesso aos direitos. Trata-se, como a doutrina bem sublinha, de um novo desenvolvimento da *Folgenbeseitigungsanspruch* sedimentada, essencialmente, no princípio da boa fé. Neste sentido, por todos, WOLFF / BACHOF / STOBER / KLUTH, *Verwaltungsrecht I*, 12.ª ed., p. 613-614.

<sup>(114)</sup> Neste sentido, por todos, WOLFF / BACHOF / STOBER / KLUTH, *Verwaltungsrecht I*, 12.ª ed., p. 727.

<sup>(115)</sup> Neste sentido, v. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO MATOS, *Responsabilidade civil administrativa*, Dom Quixote, Lisboa, 2008, p. 18 e 46 s.

<sup>(116)</sup> Exclui-se, portanto, que pudesse aplicar-se aqui o regime do art. 501.º do Código Civil, em primeiro lugar porque quase todos os acordos informais se não-de reconduzir a actos de gestão pública e, em segundo lugar, porque a actual redacção do art. 1.º/2 do RRCEC considera abrangidas põe este regime todas as acções e omissões reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.

dano <sup>(117)</sup> — e uma *compensação pelo sacrifício de direitos* fundada no princípio da igualdade na contribuição para os encargos públicos — entendida como “compensação de alguém por sacrifícios que lhe sejam impostos, mediante condutas juridicamente conformes, em benefício do interesse público” <sup>(118)</sup>, aproximando-se nesta medida da *Aufopferungsanspruch* alemã que se traduz na responsabilidade por sacrifício de bens particulares <sup>(119)</sup>. Expliquemos um pouco melhor a nossa posição.

Tomamos por assente que o fundamento da obrigação de reparação dos resultados lesivos neste caso se deve ancorar nos seguintes pressupostos ou dados prévios: 1) reconhecimento da necessidade de utilização (cada vez mais intensa) deste tipo de actuações pelo Estado no exercício da função administrativa, como via, por enquanto, inarredável de prossecução do interesse público; 2) reconhecimento da aptidão dessas actuações a gerar situações que levam os privados a fazer *investimentos de confiança legítima*; 3) reconhecimento de que esses investimentos de confiança são adequados a gerar danos efectivos (*dano da confiança legítima*) em caso de frustração dos compromissos; 4) e reconhecimento de um dever de reparação desses prejuízos pelo Estado (comunidade) que deve garantir, pelo menos, a respectiva *neutralização (reparação do dano da confiança legítima)* no quadro da socialização desses prejuízos.

Estes pressupostos afastam, à partida, a recondução destes casos à responsabilidade pré-contratual prevista no art. 227.º do Código Civil, pois não se trata de uma actuação reconduzível ao âmbito das relações jurídicas reguladas pelo direito civil, uma vez que o recurso às actuações informais constitui actualmente, como sublinhamos sobejamente na primeira parte, uma

<sup>(117)</sup> Cf. M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO MATOS, *Responsabilidade civil administrativa...*, p. 16.

<sup>(118)</sup> Cf. M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO MATOS, *Responsabilidade civil administrativa...*, p. 16.

<sup>(119)</sup> Sobre o conceito, por todos, B. GRZESZICK, *Rechte und Ansprüche*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 125 ss.

forma “quase típica” de actuação administrativa no contexto da europeização do direito administrativo.

O dever de eliminar os danos resultantes da violação destes compromissos constituirá, de acordo com o enquadramento traçado, uma via reparatória de resultados lesivos que não é reconduzível a nenhum dos tipos de responsabilidade previstos no RRCEC <sup>(120)</sup>. Vejamos.

No que respeita à *responsabilidade objectiva*, o RRCEC apenas prevê a responsabilidade objectiva do Estado nos casos de responsabilidade pelo risco (art. 11.º), isto é, a responsabilidade decorrente de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, o que não é o caso <sup>(121)</sup>. De facto, apesar do “alargamento” deste tipo de responsabilidade dos casos *excepcionalmente perigosos*, para os casos *especialmente perigosos*, não se afigura adequado afirmar que a utilização de actuações informais possa consubstanciar uma actividade especialmente perigosa (equiparável, por exemplo, a conduzir uma ambulância a velocidade superior à permitida pelo código da estrada <sup>(122)</sup>).

A celebração de compromissos informais não pode qualificar-se como uma actividade especialmente perigosa. Trata-se apenas de uma via de actuação administrativa que se reconhece como potencial fonte de prejuízos para os compromissários decorrentes da não concretização do conteúdo pactuado,

<sup>(120)</sup> Regime jurídico aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

<sup>(121)</sup> Em Espanha, por exemplo, assiste-se a uma objectivização do instituto da responsabilidade civil, que assenta na exigência constitucional de não deixar indemnes os particulares perante lesões patrimoniais injustificadas causadas pela Administração. Esta concepção tem, porém, suscitado vozes críticas na doutrina, pelas consequências que tem gerado ao nível das decisões jurisprudências. Para uma perspectiva geral do tema, v., por último, LEGUINA VILLA, «Sobre el carácter objectivo de la responsabilidad de la Administración», *REDA*, 136/2007, p. 669-681.

<sup>(122)</sup> Exemplo colhido em M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO MATOS, *Responsabilidade civil administrativa...*, p. 39.

mas cuja utilização é aceite de comum acordo pelas partes atendendo às vantagens que proporciona, pelo menos nesta fase de transição de modelos, e é considerada adequada e legítima como instrumento de prossecução do interesse público, a par com as restantes formas de actuação administrativa. Todavia, ao contrário do que acontece na responsabilidade pelo risco prevista na RRCEC, a eliminação dos danos deve conhecer limites. O facto de as partes terem conhecimento da não vinculatividade do compromisso e aceitarem essa regra ditará, por força do princípio da justiça e da igualdade na distribuição dos encargos públicos, a existência de limites à eliminação dos resultados lesivos.

Por outro lado, não se trata também de uma verdadeira *responsabilidade pelo sacrifício de bens pessoais*, por não estar em causa a necessidade ou a intencionalidade da actuação administrativa (reconduzida aqui ao simples incumprimento do compromisso) para dar satisfação ao interesse público <sup>(123)</sup>. A celebração de um compromisso faz-se, sempre, com a intenção de cumprimento do respectivo de conteúdo por ambas partes, num resultado expectável de soma positiva (*relação win win*), pois, caso contrário, se a intenção *a priori* fosse a de originar uma lesão estaríamos perante responsabilidade por facto ilícito, podendo esse ilícito assumir um desvalor até superior à mera reparação civil do dano. Todavia, o que acontece nos casos que dão ou devem dar lugar à eliminação do resultado lesivo decorrente da violação do compromisso é apenas o incumprimento deste pelo Estado, sem qualquer juízo de censuralidade (porque não havia efectivamente obrigação de cumprimento) ou de necessidade de satisfação de um outro inte-

<sup>(123)</sup> Acrescente-se, também, que a responsabilidade pelo sacrifício de bens pessoais prevista no art. 16.º do RRCEC deve incluir apenas, segundo os autores, o sacrifício de bens pessoais, excluindo-se numa interpretação conforme à Constituição, as pretensões indemnizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados. Neste sentido, M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO MATOS, *Responsabilidade civil administrativa...*, p. 42.

resse público superior (ex. o incumprimento pode derivar apenas de uma mudança de política do órgão executivo que não tem sequer que ser fundamentada).

Refira-se, ainda, que a nosso ver, a eliminação deste tipo de resultados lesivos, pela reiteração prática que vem assumindo, deve ser hoje objecto de um tratamento sistemático e não remetido para soluções casuísticas <sup>(124)</sup>. É neste contexto, que propomos algumas linhas orientadoras.

Em primeiro lugar, é fundamental sublinhar que não sendo possível reconduzir estas situações — violação de compromissos informais — a qualquer dos tipos de responsabilidade previstos no RRCEC, nem ao regime da responsabilidade civil pré-contratual previsto no art. 227.º do Código Civil, a construção jurídica que pretendemos conformar só pode resultar, directamente, do art. 22.º da Constituição.

Para o efeito, terá de aceitar-se, como propõe a doutrina constitucional, que “não obstante a sua [do art. 22.º da CRP] formulação tendencialmente principal, este artigo transporta regras imediatamente aplicáveis” <sup>(125)</sup>. Entre essas regras inclui-se a de que: “o Estado e as demais pessoas colectivas públicas são responsáveis, isto é, têm de assumir a *responsabilidade civil* por lesões causadas aos particulares pelos seus órgãos, titulares ou agentes no exercício dos poderes públicos” <sup>(126)</sup>. Vale por dizer, que do art. 22.º resulta, directamente, o dever de o Estado (enquanto comunidade) eliminar os resultados lesivos decorrentes do incumprimento de acordos informais.

Esta obrigação jurídica não pode, contudo, deixar de assentar em alguns pressupostos limitadores do âmbito daquele dever reparatório, que a modelem de acordo com os princí-

<sup>(124)</sup> Em sentido diverso, sublinhando a falta de pacificação doutrinária quanto a este tipo de responsabilidade e a necessidade de obtenção casuísta das soluções, v. M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO MATOS, *Responsabilidade civil administrativa...*, p. 49.

<sup>(125)</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição de República Portuguesa anotada...*, p. 429.

<sup>(126)</sup> *Ibidem*.

pios materiais da justiça e as características típicas do Estado garantidor, mas não securitário (um Estado que intervém em favor da reposição de equilíbrios, sem substituir, para além do adequado e necessário, aos seus cooperantes privados). Trata-se de um conjunto de pressupostos radicados no referente material do princípio da igualdade na contribuição para os encargos públicos, entendido, neste âmbito, como *subprincípio da compensação* pelo sacrifício de direitos patrimoniais causados no exercício da actividade administrativa.

Em primeiro lugar, deve ter-se em conta que a eliminação dos resultados lesivos decorre do facto de o promitente ser o Estado, que aqui emerge na sua qualidade de “entidade parceira em busca de soluções de consenso para a prossecução do bem comum”. O mesmo é dizer que se excluiu, por exemplo, este dever de reparação quando se comprove que a promessa não foi feita por um legítimo representante do Estado (titular de órgão, funcionário ou agente), mas antes por alguém que abusivamente se arrogou poderes de representação. Esta excepção requer, contudo, um *juízo de proporcionalidade*, pois a obrigação de eliminação dos resultados lesivos não deve ser afastada quando seja razoável concluir que apesar de o promitente não estar devidamente habilitado para a promessa, não era exigível à contraparte que tivesse conhecimento desse facto (ex. quando um subsecretário de Estado, sem competência delegada para o efeito, negocia com uma empresa os termos de um futuro projecto de investimento que depois não chega a concretizar-se <sup>(127)</sup>).

Sublinhe-se, ainda, que a própria *conduta compromissória* deve ser adequada a gerar na contraparte uma *situação de confiança legítima* no cumprimento futuro do compromisso, excluindo-se, desde logo, os casos em que a promessa consubstancie a prática de um acto ilegal ou, por exemplo, os casos de compromissos firmados por membros de um Governo

<sup>(127)</sup> Neste caso poderá colocar-se o problema da responsabilidade pessoal, a apurar nos termos do disposto no Código Civil.

em funções de gestão. No primeiro caso, o dever de reparação exclui-se por se tratar de um promessa ilegal <sup>(128)</sup> e no segundo por não ser verosímil a sua concretização, o que determina, num caso e noutro, a inaptidão para gerar uma *situação de confiança legítima*.

Acresce ainda, pelo facto de o incumprimento do compromisso não ser ilícito e a regra na responsabilidade objectiva ser a da limitação do dever de indemnizar, a restrição do dever à eliminação dos *prejuízos especiais e anormais* resultantes da *violação do dano da confiança legítima*, excluindo-se, por exemplo, as expectativas de ganhos e os lucros cessantes, mas devendo já considerar-se incluídos no âmbito da reparação, os casos de perda de oportunidade em investimento alternativo ou de imobilização de recursos decorrentes das legítimas expectativas fundadas no cumprimento futuro do compromisso, na medida em que possam traduzir, patrimonialmente, o *investimento de confiança legítima*. Vale por dizer que a medida da reparação há-de resultar não apenas de um *juízo de proporcionalidade* (reparação apenas dos danos que razoavelmente — critério da adequação e da necessidade — se possam imputar ao incumprimento do compromisso e não ao risco próprio do exercício da actividade em causa), mas também de um *juízo de igualdade* (prejuízos especiais e anormais), impedindo que o reconhecimento desta via ressarcidora se possa traduzir num instrumento de eliminação dos riscos próprios e normais da negociação e do comércio jurídico geral.

Deve também colocar-se o problema da *prescrição do direito a exigir a reparação*, pois a aplicação do prazo de 3 anos do art. 498.º do Código Civil pode em muitos casos revelar-se desadequada, atendendo ao “tempo próprio das negociações” e ao início de contagem do prazo, devendo dar-se prevalência, neste casos, à natureza material do direito à reparação. Neste ponto, enfatiza-se a radição deste dever de eliminação dos resultados lesivos no Estado garantidor, que surge como resposta à com-

<sup>(128)</sup> Neste sentido, v. Ac. STA de 06-06-2007, Proc. n.º 067/07.

plexidade inerente à transição do modelo de Administração. Não podemos ignorar que na expectativa de resolver as questões pela via do diálogo, tantas vezes mais adequada, atendendo principalmente à dificuldade acrescida que existe neste casos em fazer prova judicial dos factos, as partes acabam por deixar passar o prazo para exercer o direito no âmbito da acção judicial reparatória. Devem, portanto, valorar-se os casos de erro desculpável na apresentação extemporânea do pedido.

Nos casos em que a violação de um compromisso informal é imputável à contraparte privada entendemos que o Estado pode também exigir a eliminação dos resultados lesivos, se os houver (ex., imagine-se que foram realizados trabalhos a expensas da Administração para preparação de terrenos para a implantação de um projecto ou que foram suportadas indemnizações expropriativas de terrenos), mas apenas pode invocar contra a entidade privada os princípios e regras do direito privado que regem a *culpa in contraendo*.

Mais complicado se revela a situação de incumprimento de um acordo informal firmado entre duas entidades públicas (ex. Estado e autarquia local). Neste caso, devem valer as regras que propusemos antes. De facto, tratando-se de relações interadministrativas não encontramos qualquer razão para um tratamento diferenciado entre as partes e, menos ainda, para reconduzir o litígio para o âmbito da responsabilidade pré-contratual do Código Civil.

Em suma, os acordos informais são, essencialmente, uma realidade da prática que não deve deixar de ser analisada pelos juristas. Apesar das dificuldades que a respectiva abordagem jurídica suscita na actual "Administração de condomínio", parecem não existir dúvidas de que a "Administração por compromissos" é um habitante permanente do edifício, pelo que devemos "convocá-la para as reuniões" e tomar atenção às propostas e aos desafios dogmáticos que nos vai lançando.

## ARBITRAGEM E CONTRATOS PÚBLICOS

JOSÉ ROBIN DE ANDRADE

1. O tema que me foi proposto tratar é o da arbitragem nos contratos públicos.

A desconfiança que alguma doutrina ainda hoje manifesta perante a arbitragem no contencioso administrativo resulta do facto de esta representar uma nova fase na evolução da justiça administrativa.

A Administração a custo passou a admitir que os seus actos de autoridade poderiam ser analisados por tribunais pertencentes, não ao poder administrativo, mas ao poder judicial. Mas tratava-se, apesar de tudo de um poder do Estado, e os juízes dos tribunais judiciais eram, afinal de contas, também funcionários do mesmo Estado.

A abertura da justiça administrativa à arbitragem é assim uma nova, e porventura maior, ruptura na integridade do sistema administrativo de base Napoleónica que muitos Países, por isso mesmo, hesitam em aceitar, a começar pela própria França.

No entanto, esta abertura que o Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA) em boa hora adoptou, revela-se da maior importância para o Estado de Direito, e para uma garantia mais eficaz da tutela dos direitos dos administrados.

Impedir esta evolução, e reservar por decreto aos tribunais do Estado áreas de jurisdição em domínios onde prevalecem práticas de negociação e concertação entre interesses públicos e privados, será comprometer a própria viabilidade de uma Administração Pública moderna e dialogante, em que o exercício de prerrogativas de autoridade de uma administração meramente