

Data enia

Revista Jurídica Digital

5 Janeiro 2016

Data Venia

Revista Jurídica Digital

Publicação gratuita em formato digital
ISSN 2182-8242

Ano 4 • N.º 05
Publicado em Janeiro de 2016

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registrada n.º 486523 – INPI.

Administração:
Joel Timóteo Ramos Pereira

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

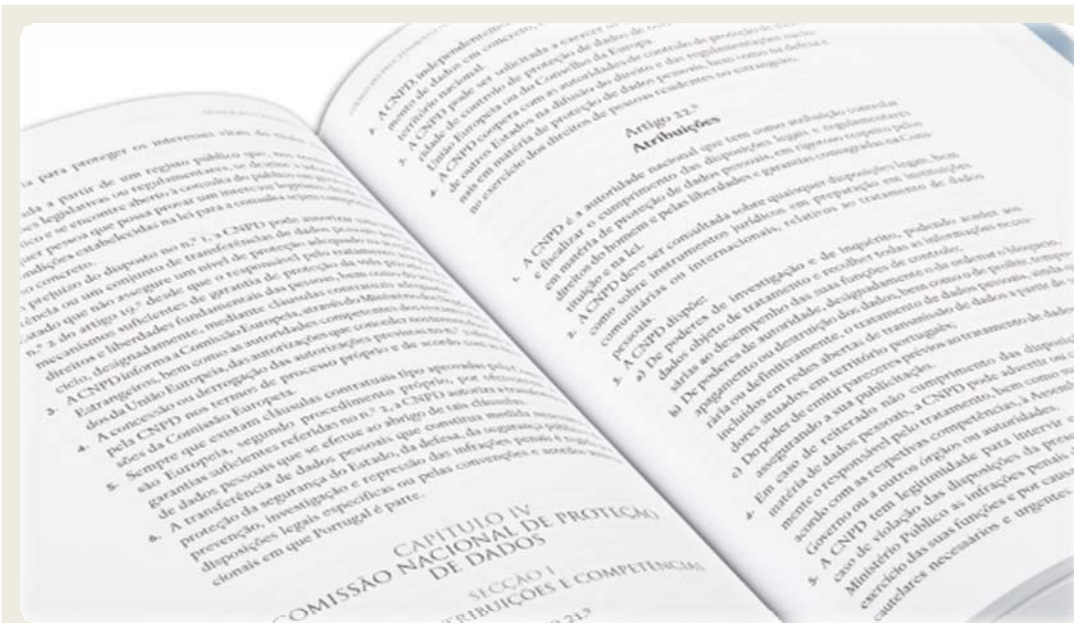
A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de legal research e de legal writing, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.



nCPA: ÂMBITO DE APLICAÇÃO

TRAILLER DE UM REGIME NOVO (!?)

Angelina Teixeira

Advogada

Mestre em Direito Administrativo

SUMÁRIO

O presente texto incide sobre o âmbito de aplicação decorrido que se encontra a entrada em vigor do novo Código de Procedimento Administrativo. O primeiro foi aprovado pelo DL n.º 442/91, de 15 de Novembro, dando lugar a uma revisão pelo DL 6/96, de 31 de Janeiro. O procedimento administrativo aplica-se a quaisquer entidades que possam ser integradas no quadro da Administração Pública (ou não). Trata-se de uma abordagem complexa a um regime igualmente complexo. Nele se destacam os contrastes conceptuais entre gestão privada e gestão pública. O problema prende-se com a delimitação da fronteira entre as disposições de direito privado e as de direito público.

nCPA: ÂMBITO DE APLICAÇÃO

TRAILLER DE UM REGIME NOVO (!?)

Angelina Teixeira

Advogada

Mestre em Direito Administrativo

I – Plano «cinematográfico» do nCPA II – «Takes» da velhice à novidade do nCPA | A - «Take 1» CPA (1991) | 1. Total aplicabilidade do CPA (1991) | 2. Gestão pública vs Gestão privada | B - «Take 2» - anteprojecto do Novo Código | C - «Take 3» - CPA (2015) | D - «Take 4» - Âmbito de aplicação do CPA (2015).

I – PLANO «CINEMATOGRAFICO» DO nCPA

Portugal há muito que ressentia a necessidade de um diploma que viesse definir de forma geral as relações entre a Administração Pública e os administrados, começando a ser reclamada também pela doutrina portuguesa nos finais dos anos setenta.

O primeiro Código do Procedimento Administrativo (CPA) nacional foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, sofrendo a revisão pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro, única aliás durante mais de duas décadas.

Na «exposição de motivos» o legislador fez constar que atento ao incremento constante das tarefas que à Administração Pública portuguesa cabe realizar nos mais diversos sectores da vida colectiva bem como a necessidade de reforçar a eficiência do seu agir e de garantir a participação dos cidadãos nas decisões que lhes digam respeito têm vindo a fazer sentir

cada vez mais a necessidade de elaboração de uma disciplina geral do procedimento administrativo.

A Lei fundamental que remonta a 1976 aliada ao desejo generalizado de muitos especialistas e práticos na matéria, veio prever no art.º 268.º, n.º 3, que «o processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito». Foi em observância desse preceito constitucional - hoje previsto no mesmo artigo mas no n.º 4 - e dos objectivos que há muito vinham sendo definidos que o legislador elaborou o CPA de 1991 ⁽¹⁾.

Lembra (e bem) a doutrina de ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA que a “*França continua sem um Código de Procedimento Administrativo, vivendo uma importante lei avulsa do ano 2000 relativa aos direitos dos cidadãos nas suas relações com as administrações públicas*” ⁽²⁾.

Contudo, foi na doutrina e na jurisprudência portuguesas que o legislador recolheu, de maneira decisiva, muitas das soluções adoptadas, nele se incluíram os projectos anteriormente elaborados, que serviram de ponte para os trabalhos preparatórios indispensáveis. A primeira versão do projecto, com data de 1980, foi entretanto submetida a ampla discussão pública, em resultado da qual foi elaborada em 1982 uma segunda versão.

Remonta ao ano de 1987 o desafio do Governo para o lançamento a um grupo de especialistas na preparação da terceira versão, sendo o resultado desse trabalho o texto final que se conheceu em 1991, apesar de ter sofrido vários ajustamentos introduzidos após a audição dos diferentes departamentos ministeriais.

De referir que, muito embora a Assembleia da República não tenha apreciado o projecto na especialidade no âmbito do processo de concessão de

⁽¹⁾ Na sua elaboração o legislador atendeu aos ensinamentos do direito comparado e a larga experiência da aplicação de leis de procedimento administrativo em países com sistemas político-administrativos tão diferentes, nomeadamente Áustria, Estados Unidos da América, Espanha, Jugoslávia e a Polónia. Mereceu especial destaque a Lei do Procedimento Administrativo da República Federal da Alemanha, publicada em 1976, e a riquíssima elaboração doutrinal a que seguiu.

⁽²⁾ Prefácio “CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*”, Porto Editora, pág. 7.

autorização legislativa, ainda assim foi exequível encontrar soluções de consenso que constituíram a redacção final.

As primeiras versões do projecto do CPA foram adoptadas com a designação tradicional “processo administrativo gracioso”, mas a final foi perfilhado uma designação moderna, mais rigorosa, hoje consolidada “procedimento administrativo”.

Tal nomenclatura foi utilizada não tanto por razões teóricas mas por razões práticas, uma vez que entendeu o legislador se tratar de uma figura (mais) facilmente compreensível para o cidadão, regulando juridicamente o modo de procedimento da Administração perante os particulares.

Foram cinco os objectivos que estiveram na base da criação do CPA:

1. *Disciplinar a organização e o funcionamento da Administração Pública, procurando racionalizar a actividade dos serviços;*
2. *Regular a formação da vontade da Administração, para que sejam tomadas decisões justas, legais, úteis e oportunas;*
3. *Assegurar a informação dos interessados e a sua participação na formação das decisões que lhes digam directamente respeito;*
4. *Salvaguardar em geral a transparência da acção administrativa e o respeito pelos direitos e interesses legítimos dos cidadãos; e*
5. *Evitar a burocratização e aproximar os serviços públicos das populações.*

Até então, apesar de uma lei do procedimento administrativo haver sido prometida por sucessivos governos desde 1962, nem a Administração conhecia com rigor os seus deveres para com os particulares no decurso dos procedimentos administrativos por ela levados a cabo, nem os cidadãos sabiam com clareza quais os seus direitos perante a Administração Pública.

Foi assim em 1991 que, tanto o cidadão comum como os órgãos e funcionários da Administração passaram a dispor de um diploma condensado, em linguagem clara de forma a pautar a sua conduta por forma correcta e para conhecerem os seus direitos e deveres uns para com os outros.

Naquela «exposição de motivos», em especial o ponto 5, fomos beber a iniciativa do presente texto, servindo de base a ideia de que o âmbito de aplicação das disposições do Código do Procedimento Administrativo abrange todos os órgãos da Administração Pública ⁽³⁾ que estabeleçam relações com os particulares, no desempenho da sua actividade de gestão pública (artigo 2.º).

Os princípios gerais da actuação administrativa contidos no Código são ainda aplicáveis a toda e qualquer actividade da Administração Pública, mesmo que meramente técnica ou de gestão privada (artigo 2.º, n.º 4).

O legislador pretendeu, por um lado, regular expressamente a actuação intersubjectiva de gestão pública da Administração, enquanto, por outro lado, a restante actividade administrativa ⁽⁴⁾, sem ser directamente regulada, não deixa de ficar subordinada aos princípios gerais da acção administrativa.

Para tal, introduziu a possibilidade dos preceitos daquele Código serem intimados aplicar à actuação dos órgãos das instituições particulares de interesse público (artigo 2.º, n.º 5), bem como a procedimentos especiais, sempre que essa aplicação não envolva diminuição de garantias dos particulares (artigo 2.º, n.º 6).

Decorridos vários anos, inúmeras discussões em torno do projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo ⁽⁵⁾, o ordenamento jurídico português acabou por introduzir com o Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro o Novo Código de Procedimento Administrativo ⁽⁶⁾.

Trata-se de um diploma cujas alterações são transversais nas partes que o compõem, com especial incidência para a matéria dos regulamentos ⁽⁷⁾,

⁽³⁾ Cfr. arts. 20.º a 52.º do CPA (2015), sob a perspectiva procedimental, composição, regras de funcionamento interno, origem, desconcentração de poderes e conflitos sobre a respectiva repartição.

⁽⁴⁾ Para mais desenvolvimentos, *CARLOS JOSÉ BATALHÃO, ob. cit.* pág. 13.

⁽⁵⁾ Publicitado em 14/05/2013, constante dos documentos oficiais "Governo de Portugal in <http://www.portugal.gov.pt/media/1035287/20130514%20mj%20proj%20revisao%20codigo%20processo%20administrativo.pdf>

⁽⁶⁾ Doravante "CPA (2015), elaborado por uma notável equipa de juristas (e não juristas) que gerou várias edições de comentários.

⁽⁷⁾ Vd. ANA RAQUEL GONÇALVES DINIZ, *"Os regulamentos administrativos na revisão do CPA"*, CJA n.º 100, págs. 27 e segs.

não descurando as alterações significativas em torno da marcha procedimental.

Apesar da presença do ADN do CPA (1991), são notórias as alterações ao nível da sistematicidade, bem como no plano substantivo.

Num texto nosso recente intitulado “Novo Código de Procedimento Administrativo: Reforma ou Revolução” ⁽⁸⁾ tivemos oportunidade de elencar algumas das principais novidades. Crê-se estarmos perante um - senão o - diploma mais importante dos Códigos que compõe o Direito Público, em particular no ramo do Direito Administrativo.

II - «TAKES» DA VELHICE À NOVIDADE DO CPA

Como já tivemos oportunidade de referir, passaram-se mais de duas décadas de história entre o velho e o CPA de 2015.

O trajecto é uma imensidão normativa indiscutível. Muitas são as opiniões que se juntaram numa doutrina mais do que tripartida em torno do sentido e alcance da “actividade administrativa”.

É a própria Constituição da República Portuguesa (CRP) no seu n.º 5 do art.º 267.º que dá apoio ao Código de Procedimento Administrativo servindo de uma Lei Geral da Administração Pública: por um lado no que toca à organização e por outro quanto à sua actividade.

É consabido que tal diploma é confortado por diversos diplomas orgânicos, quer do lado do Governo, quer do lado dos Ministérios, Institutos Públicos, Entidades Reguladoras Independentes, Autarquias Locais ⁽⁹⁾.

Nesta base, o CPA (1991) não deixou de ser o “diploma base” onde se reúnem os princípios que enquadram toda a dinâmica da Administração

⁽⁸⁾ Artigo de Opinião “Jornal Vida Económica” de 23 de Março de 2015.

⁽⁹⁾ Na actividade administrativa destacam-se outras, tais como, as Leis-Quadro com reflexo nas empresas públicas, institutos públicos, associações públicas profissionais, fundações públicas e demais pessoas colectivas que visam a prossecução do interesse público.

Pública de onde assenta o âmbito de aplicação do CPA, objecto da presente análise, espelhada na identidade do próprio Direito Administrativo.

Tal como refere MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM “ *convém, por isso, que se tomem aqui cuidados redobrados em matéria de rigor, objectividade e de certeza, para diminuir o número e a extensão das dúvidas, às vezes insistentes, que a indeterminação, polissemia ou abstracção dos conceitos e noções utilizados necessariamente provoca em questões como as reguladas neste art.º 2º*” (10).

A) «TAKE 1» - CPA (1991)

O art.º 2.º do CPA (1991) sob a epígrafe “âmbito de aplicação” sempre foi de difícil compreensão, razão pela qual muitos rios de tinta correram a este respeito. Tal Código foi desenhado com contraste entre os conceitos de gestão privada e gestão pública, dos quais se destacam três âmbitos de aplicação:

1. Total aplicabilidade do CPA (1991):

a) órgãos da Administração Pública no desempenho de actividade administrativa de gestão pública que estabeleçam relações com os particulares [1ª parte do n.º1 e 2 do art.2º];

b) órgãos do Estado, não integrados na Administração Pública que desenvolvam funções materialmente administrativas [2ª parte do n.º1 e 2 do art.2º];

c) entidades concessionárias n exercício de poderes de autoridade [n.º3 do art.2º].

• *Princípios gerais da actividade administrativa e as normas que concretizam preceitos constitucionais:*

a) A Administração Pública que desenvolva actividade meramente técnica ou de gestão privada [n.º5 do art.2º];

(10) Vd. Código de Procedimento Administrativo Comentado, Coimbra, Almedina, 2ª Edição, 2010, pág. 64.

- *Disposições relativas à organização e à actividade administrativas do CPA (1991):*

b) Administração Pública que desenvolva actividade de gestão pública [n.º6 do art.2º].

O CPA (1991) parece ter seguido a via do critério subjectivo na escolha do conceito de “órgão” na determinação do âmbito de aplicação, sendo disso exemplo, as suas várias alíneas, as noções clássicas de Administração Directa, Administração Indirecta, Administração Indirecta sob a forma pública empresarial e não empresarial, Administração Autónoma, ficando de parte a Administração Independente ⁽¹¹⁾ pormenor que o Novo Código de Procedimento Administrativo acabou por inovar e introduzir.

2. Gestão pública vs Gestão privada

Devemos ao Professor FREITAS DO AMARAL o recebimento generalizado da doutrina que acolheu o Direito Administrativo Francês nesta matéria aquando da distinção entre «gestão pública» e «gestão privada» e que foi introduzida no CPA (1991) ⁽¹²⁾.

Sobre a identidade da actividade da Administração Pública a doutrina parece balançar-se entre dois enredos. Por um lado, a noção de gestão pública norteadada pelo conceito de “poderes públicos”, surgindo aqui uma outra discussão em torno das regras de competência ⁽¹³⁾ tendo por base alguns dos basilares princípios (legalidade).

PEDRO GONÇALVES ⁽¹⁴⁾ e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/ JOÃO PACHECO DE AMORIM

⁽¹¹⁾ Para mais desenvolvimentos, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, ob.cit. pág. 66.

⁽¹²⁾ Vd. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, Vol. I, Coimbra, Almedina, 3ª Edição, 2006, pág. 150.*

⁽¹³⁾ Neste sentido, FREITAS DO AMARAL, ob. cit. pág. 150.

⁽¹⁴⁾ PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 595.

synetizam «*como sendo a gestão pública, a actividade administrativa exercitada com base em normas de direito administrativo*» (15).

Tal ideia é reforçada pela doutrina na seguinte afirmação «*a tendência dominante é para um sincretismo algo barroco, que se analisa numa mera síntese verbal de critérios díspares e onde o acto de autoridade e acto de gestão pública surgem ambigualmente assimilados*» (16).

No que concerne às entidades privadas concessionárias não restam hesitações de que o CPA (1991) pretendeu aplicar àquelas os poderes de autoridade [n.º 3 do art.º 3].

Associada a esta matéria, vejamos FREITAS DO AMARAL quando nos seus ensinamentos diz que o instituto do privilégio da execução prévia não se enquadra no Direito Administrativo “*tendo de levar em conta igualmente a sujeição desta a especiais deveres e restrições*” (17).

O conceito de gestão pública no CPA (1991) associa-se à Administração Pública desprovida de poderes de autoridade. Por seu turno, no que à gestão privada diz respeito, a aplicação era (hoje sem sentido) justificada pelo facto dos privados deverem aplicar o direito comum e, para tal ceder ao próprio Direito Administrativo – apenas – nos casos de supremacia sobre os demais particulares.

PEDRO GONÇALVES, a propósito da distinção entre “poderes públicos” e “poderes de autoridade” entende que no CPA (1991) o conceito de gestão pública apenas de refere ao primeiro tipo de poderes, parecendo daí decorrer que o conceito de gestão pública apela à ideia de primazia de poderes autoridade, pelo que, não se trata de uma essencialidade (18). Há

(15) Ob. cit. pág. 167.

(16) DOMINGOS SOARES FARINHO, Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, AAFDL, Reimpressão, 2015, pág. 126. Poder-se-á dizer e apontar a existência de uma posição ampla de gestão pública (normas de Direito Administrativo) e uma posição restrita (poderes públicos de autoridade).

(17) DIOGO FREITAS DO AMARAL, ob. cit. págs. 140 e 141, rodapé 129.

(18) Para um melhor enquadramento entre a relação de “gestão pública” e “gestão privada”. LUÍS FÁBRICA, ob. cit. pág.8-9.

quem aponte como tratando-se de uma consequência - MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS ⁽¹⁹⁾.

Ora, não será de estranhar que o interesse público não possa ser prosseguido de acordo com as regras que definem os interesses privados, ainda que substantivamente tenha um fundo igual. Nesta ideia encontra-se o cotejo de uma actividade da Administração Pública que suplica poderes de autoridade criando um subtipo de Direito Administrativo que se integra no Direito Administrativo mais amplo, integrado por todas as normas jurídicas destinadas assegurar, de modo específico, a prossecução do interesse público.

Se olharmos para o Direito da Organização Administrativa, tal escapa ao critério da gestão pública e da gestão privada, não sendo por ele explicado.

Neste ponto, parece-nos pertinente recordar a estrutura do CPA (1991) no sentido de indagarmos quais os blocos de normas que o Código pretende agregar na sua delimitação de âmbitos de aplicação.

Na Parte I encontramos os princípios gerais e na Parte II os sujeitos (órgãos administrativos), competência, delegação, garantias de imparcialidade e normas de interessados.

Na Parte III respeita ao Procedimento Administrativo (fases procedimentais) e na Parte IV disciplina a Actividade Administrativa (normas regulamentares, actos e contratos, regime de invalidade, execução, actos secundários e garantias graciosas).

Face ao exposto, recordando a 2ª parte do n.º 1 do art.º 2.º do CPA (1991), a actividade administrativa deve segundo alguns autores ser interpretada de forma lata, incluindo a matéria da organização em articulação com o critério de gestão pública (em sentido amplo).

Tais normas (quer de organização, quer de actividade) são subordinadas pelo legislador nacional ao «domínio da gestão pública» ⁽²⁰⁾, saltando à vista a questão de saber em que âmbito terá sentido aplicar o CPA (1991).

⁽¹⁹⁾ In Direito Administrativo, Vol. I Coimbra, Almedina, 3ª Edição, 2006, pág. 150.

⁽²⁰⁾ Cfr. n.º 6 do art.º 2 do CPA (1991).

Em jeito de sumário, é clarividente que as normas jurídicas que regulam a organização administrativa não são as mesmas que regulam as demais organizações, com a excepção do sector empresarial público ⁽²¹⁾ pelas razões mais evidentes.

Na verdade, as entidades criadas com o escopo da prossecução do interesse público é resignado, por esse motivo, por exigências específicas quanto ao modo como se devem repartir os centros de formação e de imputação da vontade, relacionamento.

Tais regras são compostas por órgãos dos quais são seleccionados os seus titulares, bem como os mecanismos destinados assegurar e evitar conflitos de interesses, com vista assegurar a transparência da formação da vontade.

Um olhar mais atento dá-nos conta de várias disposições reguladoras da actividade administrativa que não implicam uma actuação semelhante ao que se verifica no plano privado.

Com o passar do tempo, ainda que asseguradas tais vinculações, o legislador deixou de fora a explicação do âmbito de aplicação das disposições do CPA (1991) relativas à actividade administrativa naquelas situações fora dos poderes de autoridade – ainda que prosseguidas pelo interesse público – sob a contrapartida de fundos públicos.

A doutrina mais unânime chama à colação o critério gestor *«é a sua insuficiência para delimitar convenientemente o âmbito de aplicação do CPA à realidade da Administração Pública contemporânea, obrigando a doutrina que com ele concorda a procurar estender o conceito de poderes de autoridade de modo abarcar realidades que carecem do tratamento jurídico exigido pelos princípios constitucionais de direito administrativo e pelas próprias regras que o legislador ordinário limita que designa de “actuações da Administração Pública no domínio da gestão pública»* ⁽²²⁾.

Quer o legislador, quer a doutrina nacional parecem ter caminhado num sentido de realidades opostas que pouco beneficia boa delimitação da

⁽²¹⁾ Face à distinção entre entidades públicas empresariais e sociedades comerciais públicas).

⁽²²⁾ DOMINGOS SOARES FARINHO, Ob. cit. pág. 131 e n.º 6 do art.º 2 do CPA (1991).

aplicabilidade do núcleo essencial do direito da prossecução do interesse público, gerando uma discórdia entre este e os domínios do Direito Administrativo geral, de que o CPA é, sem sombra para dúvidas um dos pilares essenciais.

Reconhece-se que o âmbito de aplicação do CPA (1991) deixou-se influenciar pela noção mais dúbia de gestão pública com base, quer quanto à organização administrativa (critério enigmático), quer quanto à actividade administrativa (critério de poderes públicos) devendo ser interpretado em sentido amplo.

É nesse sentido que MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS recordam que o critério gestor recai em critérios irracionais e, atenta à sua loquacidade “*insusceptível de redução científica credível*” (23). Tal como anteriormente tivemos oportunidade de referir, a própria noção de Administração Pública nasce de um critério orgânico, apesar de não se poder afirmar com certeza que tal critério aí se esgote (n.º 2 do art.º 2 do CPA (1991)).

Passemos agora a uma breve análise acerca das pessoas colectivas que prosseguem o interesse público exercendo tal interesse investidas de poderes de autoridade, enquadrando-se no conceito de Administração Pública.

Tendo como pano de fundo o n.º 2 do art.º 2 do CPA (1991), mantém-se o sentido subjectivo da Administração Pública, ficando o sentido institucional sujeito apenas aos casos do n.º 3 e 4 por força do critério da gestão pública que, mais uma vez se traduz num falta de clareza por parte do nosso legislador.

B) «TAKE 2» - anteprojecto do Novo Código

Seguindo a linha de orientação anterior, o anteprojecto veio introduzir uma certa “leveza” ao art.º 2.º do CPA (1991), apesar da manutenção da referência quanto à actividade administrativa.

(23) Ob. cit. pág. 38.

Tal conceito surge como um critério para determinar aplicação do texto do CPA em articulação com o sentido orgânico, mantendo-se a identidade das alíneas do n.º 2 do CPA (1991), trazendo, como se disse anteriormente, as entidades administrativas independentes ⁽²⁴⁾.

O antigo CPA, tentou pelo menos, articular os conceitos de gestão pública e privada, desaparecendo o conceito de gestão pública do art.º 2.º à gestão privada que surge desta forma desamparada. PEDRO GONÇALVES diz-nos *«não haver diferenças significativas, nos termos em que o anteprojecto emprega “desempenho da actividade administrativa e exercício de poderes administrativos de autoridade”* ⁽²⁵⁾.

Assiste-se assim a uma tentativa de ceifar um terceiro âmbito de aplicação, aplicável tão-somente aos órgãos da Administração Pública quando no exercício da actividade administrativa, onde o Código se limita aos princípios gerais da actividade administrativa e às disposições que concretizam preceitos constitucionais ⁽²⁶⁾.

Manteve-se assim a zona híbrida do critério gestor, actualmente com menção expressa (apenas) ao conceito de gestão privada.

É que apesar do esforço do legislador, mantém-se a dicotomia entre a gestão pública e privada, apesar de na primeira surgir no NCPA de forma nebulosa.

C) «TAKE 3» - CPA (2015)

O Novo Código de Procedimento Administrativo apresenta uma estrutura quadripartida, à semelhança do CPA (1991). Na Parte I apresenta-se os “princípios gerais” com uma nova nomenclatura “da actividade

⁽²⁴⁾ Da leitura ao anteprojecto lê-se que o âmbito de aplicação se estende a “quaisquer entidades” quando, independentemente da sua natureza, se encontrem no exercício de “poderes administrativos de autoridade”, embora com limite apenas às normas respeitantes “aos princípios gerais, ao procedimento e à actividade administrativa”, excluindo as normas respeitantes aos órgãos administrativos, levando por assim dizer a um outro âmbito.

⁽²⁵⁾ Cfr. *Âmbito de aplicação do Código de Procedimento Administrativo (na versão do anteprojecto de revisão)* in CJA n.º 100, Julho/Agosto 2013, pág. 11.

⁽²⁶⁾ Cfr. supra ob. cit. pág. 12.

administrativa”; a Parte II respeita à parte orgânica, da qual estão previstos o regime dos órgãos, competência, delegação, conflitos de atribuições e de competência; a Parte III diz respeito ao Procedimento Administrativo ⁽²⁷⁾, com todas as matérias atinentes a este, com expansão do objecto que se encontra na Parte III do CPA (1991) terminando com os procedimentos do regulamento e acto administrativo no Título II. Não menos importante, a Parte IV que consagra a matéria da Actividade Administrativa, mais uma vez, à semelhança do CPA (1991) onde se encontra previsto o regime substantivo de regulamentos, actos e contratos.

Ainda que, o novo CPA (2015) tenha mantido a estrutura quadripartida, é notório a alteração de conteúdo de todas elas, começando desde logo no n.º 1 do art.º 2º estabelecendo um sincronismo entre as Partes I, III e IV separando desta forma os princípios e regras atinentes à organização administrativa e actividade administrativa.

Nesta matéria, o novo Código traz a novidade quando no n.º 1 do art.º 2.º refere “*independentemente da natureza das entidades em causa*”, ampliando os domínios de aplicação do Código às actuações no domínio do direito privado.

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA ⁽²⁸⁾ ensina que devemos ter em linha de conta as “disposições de direito administrativo” quando se refere a quaisquer normas destinadas à prossecução do interesse público, pelo que, a actividade dos “poderes públicos” deve ser interpretados como poderes públicos de autoridade, sob pena de uma duplicação de critérios.

Terá sido, cremos essa a razão, para que o legislador no NPCA (2015) reconhecesse que, as normas atinentes ao interesse público não se justificam pelo exercício de poderes públicos de autoridade, trazendo sim um novo critério expansivo que na prática terá aplicação na actuação da Administração Pública.

⁽²⁷⁾ Vd. MARTA PORTOCARRERO, *Procedimento Administrativo, aspectos estruturais*, CJA n.º 100, pág. 80 e segs.

⁽²⁸⁾ In *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código de Procedimento Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2ª Edição, 2015, páginas 27 e segs.

O filme do passado não é no presente abonatório, mantendo-se uma tensão entre a sujeição da prossecução do interesse público, quer na vertente do direito público, quer no direito privado, ficando a escolha no pêndulo da liberdade entre os regimes jurídicos por parte do legislador e da Administração Pública.

Nesse sentido, o corpo do novo Código prevê aplicabilidade não apenas aos casos de exercício de poderes de autoridade, mas àqueles que exigem uma regulação específica por normas de Direito Administrativo.

Vejamos um pouco mais de perto, ainda que de forma sintetizada, alguns pormenores relacionados com os Órgãos da Administração Pública, conceito de poderes públicos, regulação específica, organização e actividade administrativa.

Num primeiro plano, não parece restar dúvidas que o legislador na Parte II do NCPA (2015) onde dispõe sobre os “Órgãos da Administração Pública” apenas se aplica ao conceito de Administração Pública em sentido orgânico (n.º 4 do art.º 2) que praticamente é a reprodução do n.º 2 do art.º 2 do CPA (1991).

Tal como acima referimos, a principal novidade neste ponto é a previsão das entidades administrativas independentes (alínea c).

Num segundo plano e no que concerne à noção de poderes públicos, o entendimento da doutrina maioritária é de que os mesmos respeitam à subordinação às normas de Direito Administrativo e às normas de competência, tal ideia é agora no novo Código afastada.

Num terceiro plano, o legislador introduziu um segundo critério previsto no n.º 1 do art.º 2.º “regulação específica” e, por último, as entidades administrativas privadas que não sejam munidas de poderes públicos (de autoridade) podem ficar sujeitas ao n.º 1 do art.º 2.º do CPA, forçado pela introdução do segundo critério acima referido.

No que às entidades privadas diz respeito, as que tenham escopo na prossecução no interesse público, quando exercem poderes públicos (de autoridade ou sujeitas a regulação específica por disposições de direito administrativo) terão com o novo Código o regime do n.º 2 do art.º 2.

O legislador determina de forma expressa as entidades como pessoas colectivas públicas remetendo todo o regime para disposições destinadas assegurar a prossecução do interesse público, concluindo-se então que estamos perante o critério previsto no n.º 1 do art.º 2 do CPA (2015).

Alerta-se para a excepção prevista quanto aos limites externos que a exigência de regulação impõe, podendo na prática se revelar infrutífera.

Com a entrada do novo Código, levantam-se alguns problemas quanto à delimitação da zona de fronteira, nomeadamente na determinação do conteúdo quando na mesma situação tivermos presentes disposições de direito privado e de direito administrativo.

Aliás, basta olhar para as zonas mescladas das áreas do Direito Público e do Direito Privado, ficando de fora qual o momento em que se pode afirmar da existência da «regulação específica» pelo Direito Administrativo, com a consequente aplicação da maioria das normas do CPA ou, no caso privado temperado pelos princípios gerais e constitucionais.

Neste sentido GIULIO NAPOLITANO afirma que o ordenamento jurídico português tem prosseguido de forma negativa ao sujeitar a organização e actividade administrativa ao direito privado, algo que o CPA pretende assegurar dentro de enquadramento jurídico-público, tendo como exemplo tipo nesta matéria a Lei-Quadro das Fundações (29).

Diga-se que, tal deve ser cotejado com a conduta do ente, quer do lado privado ou público, aplicando-se no primeiro o texto na íntegra do CPA ou quase a totalidade e no segundo apenas as normas decorrentes do n.º3 do art.º 2 do CPA (2015).

Fazemos um novo apelo à doutrina de PEDRO GONÇALVES, a propósito do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) (30) «*que da contraposição entre as expressões ao abrigo de disposições de direito administrativo e no exercício de poderes administrativos, resulta que, no primeiro*

(29) In *Publicco nel Diritto Administrativo Milano, Giuffrè, 2003, pág. 155.*, cuja legislação pode ser consulta in:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1758&tabela=leis

(30) Sobre o âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto – LICINIO LOPES MARTINS, CJA n.º 106, pág. 7 e segs.

caso, está envolvida qualquer competência regulada pelo direito administrativo, ao passo que, no segundo, estão em causa apenas competências (reguladas pelo direito administrativo) que possam ser especialmente qualificadas como poderes administrativos» (31).

Assim, o legislador no NCPA (2015) apesar de não ter abandonado o critério gestor, mantém-no no n.º 3 do art.º 1.º na parte da gestão privada.

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, a este intento, refere que a gestão pública resulta dos dois critérios do n.º1, ficando como se viu fortemente abalada e que “*as funções administrativas de gestão pública tanto se caracterizam no exercício de poderes públicos, como na adopção de condutas de outra natureza ao abrigo de normas de Direito Administrativo (32).*”

O legislador veio optar ainda por uma noção orgânica de Administração Pública no n.º4 do seu art.º 2, o que por força do n.º 3 teria a consequência que apenas as entidades enumeradas no n.º 4 seriam aplicáveis os princípios gerais da actividade administrativa e as disposições que materializam preceitos constitucionais quando procedessem ao abrigo das normas de direito privado – neste sentido MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (33).

Percorrido que se encontra este trajecto, o art.º 2 do CPA (2015) tem aplicação na totalidade, a todas as entidades da Administração Pública em sentido orgânico (n.º1, 2 e 4); Partes I, III e IV, a todas as entidades cuja conduta comprometa o exercício de poderes públicos de autoridade ou respeite a disposições de direito administrativo (n.º1); Parte II pode ser aplicável a entidades que não tenham previsão no n.º 4 do art.º 2 (por imposição constitucional) estando em causa a prossecução da função

(31) In *Entidades (...)*, ob. cit, pág. 595. O ETAF nas suas alíneas b) e d) do n.º 2 do art.º 4.º prevê tal contraposição, bem como a podemos ver noutros diplomas, nomeadamente no art.º 1.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro que consagra o regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das demais Entidades Públicas (RRCEDEP).

(32) In ob.cit, pág.27.

(33) Ob. cit. pág. 26.

administrativa ⁽³⁴⁾ com aplicação do Direito Administrativo nela previsto. Por último, uma nota para o n.º 3, Parte I referente às normas que concretizam as disposições constitucionais, a todas as entidades que visam a função administrativa (ainda que sob a égide do direito privado).

D) «TAKE 4» - ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CPA (2015)

O anteprojecto deste diploma como se disse é de 2013. Desde então, fala-se em revisão, reforma, revolução, “peeling” no quadro Administrativo Português, mas à medida que a sua entrada em vigor se aproximava ⁽³⁵⁾, mais reforçada ficava a ideia de estarmos perante um «novo Código».

Diga-se que o preâmbulo do Código destaca algumas normas interpretativas (art.º 3.º) onde é notória a preocupação do legislador, por exemplo, saber em que medida os recursos (e reclamações) têm natureza necessária, *conditio sine qua non*, no acesso às garantias jurisdicionais.

Fica o compasso de espera até à aprovação do «Guia de boas práticas administrativas» ⁽³⁶⁾, uma espécie de “manual de instruções” das boas maneiras dos padrões comportamentais do aparelho da Administração Pública.

Este «novo Código» vem alargar o âmbito de aplicação, consagrando novos princípios reguladores da actividade administrativa ⁽³⁷⁾, cujo procedimento passará aplicar-se a quaisquer entidades que possam ser integradas no quadro da Administração Pública.

O âmbito de aplicação do CPA (2015) apresenta-se como a “norma das normas”, insurgindo-se como uma dimensão textual significativa em relação

⁽³⁴⁾ Neste ponto, realça-se a abundante jurisprudência relativa à distinção entre as funções políticas, legislativa e administrativa, seguindo os Tribunais Superiores uma linha predominantemente restrita da «função administrativa», quando comparado com as designadas “Leis-Medida”.

⁽³⁵⁾ Vigente desde 07/04/2015.

⁽³⁶⁾ Previsão até 07/04/2016.

⁽³⁷⁾ As respectivas normas (art.º 3.º a 19.º) são aplicáveis não apenas à Administração Pública, mas também a todas as entidades que, independentemente da sua natureza, exerçam a função administrativa.

às demais normas constantes neste diploma, dificultando o trabalho ao seu intérprete.

Na prática temos uma panóplia de conceitos, cuja resposta o legislador não clarificou o verdadeiro alcance.

Há sobretudo duas grandes faixas que requerem a melhor atenção. Por um lado, aferir a medida segunda o qual o CPA se aplica àquelas entidades em que são criadas propositadamente para prosseguir o interesse público ao abrigo do direito público (insito no n.º4 do art.º 2 CPA 2015) e a medida em que o mesmo Código se aplica a entidades públicas ou privadas mas que prossigam o interesse público recorrendo ao direito privado.

Uma nota final para os artigos 266.º e 267.º da Constituição da República Portuguesa, uma vez que o legislador determinou a necessidade de um regime especial que distinga as exigências do n.º5 do segundo artigo “*racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões e deliberações que lhes digam respeito*” em consonância com o n.º 2 do primeiro artigo aplicável à Administração Pública, cujo contributo final do legislador é crucial na prescrição da delimitação do âmbito de aplicação do CPA (2015).

Este novo Código parece “desejar” abraçar a maior parte das entidades que exercem a função administrativa ⁽³⁸⁾, restrita que fica as actuações ao abrigo do direito privado (visando a prossecução do interesse público), denotando-se um esforço do legislador nesse sentido.

Apesar da sentida convergência entre os critérios, mantém-se a multiplicidade de conceitos desordenados sem uma resposta clara ⁽³⁹⁾.

O Novo Código de Procedimento Administrativo, apesar de “novo”, deixou ainda muito por tratar, antevendo-se pela frente uma longa expectativa de novas séries com novos “trailers” que se aguarda visualizar.

⁽³⁸⁾ É o «conjunto dos actos de execução de actos legislativos, traduzida na produção de bens e na prestação de serviços destinados a satisfazer necessidades colectivas que, por virtude de prévia opção legislativa, se tenha entendido que incumbem ao poder político que, por virtude de prévia opção legislativa, se tenha entendido que incumbem ao poder político do Estado-colectividade» – Ac. STA de 16/03/2014, in www.dgisi.pt.

⁽³⁹⁾ O que sucede com poderes públicos, disposições de Direito Administrativo, gestão privada, Administração Pública.

Recorde-se que, quase um quarto de século depois, a evolução dos meios electrónicos foram impondo uma integração da Administração Pública, sendo inevitável na ordem jurídica em dar respostas cada vez mais céleres a problemas mais complexos, fruto do devir social, dando lugar a várias discussões públicas e que agora se deu à estampa com tal publicação. Este Código proclama a necessidade dessa adaptação às novas perspectivas económicas, sociais e de mentalidades.

Apesar de se poder dizer que não se trata de um corte umbilical, introduz mudanças que, a breve trecho trarão modificações nas relações entre a Administração e os administrados.

Prevê-se o novo Código a possibilidade de celebração de acordos endoprocedimentais entre os particulares e a Administração Pública, podendo abranger quer o acordo quanto aos termos da tramitação do procedimento administrativo, quer do acordo quanto ao conteúdo do acto administrativo a praticar no termo do procedimento que é discricionário.

Mantém a estrutura tradicional quanto à estrutura, funcionamento e competência dos órgãos, mantendo-se o vertido na Lei n.º 67/2013, de 29 de Agosto a matéria respeitante às entidades administrativas independentes.

Trata-se apenas de uma *«precisão, que desfaz eventuais dúvidas sobre a pertença dessas entidades à Administração Pública, em sentido subjectivo»* – CARLOS JOSÉ BATALHÃO (ob.cit. pág. 51).

Em matéria da regulação dos princípios gerais da actividade administrativa, este Código introduz uma série de princípios novos: responsabilidade (16.º), administração aberta (17.º), protecção de dados pessoais (18.º), cooperação leal com a União Europeia (19.º) como reforça o conteúdo de alguns já consagrados no CPA.

Como há muito se aguardava a publicidade do filme, em prol da transparência e do direito à informação, o legislador veio dar especial ênfase ao procedimento electrónico, introduzido como itinerário principal na tramitação processual tentando generalizar os «balcões únicos electrónicos» num modelo de celeridade, economicidade e eficiência do aparelho público.

Resulta dos artigos 176.º e 6.º do diploma preambular que o tradicional princípio do privilégio da execução prévia (genérico) será substituído por regras taxativas. Na verdade, o novo princípio que se aguarda “legalidade específica na execução dos actos administrativos” trará um panorama novo ao procedimento administrativo, cujo âmbito de aplicação, formas e termos que esclareçam em que medida tais actos administrativos poderão ser impostos (coercivamente) pela Administração Pública ficaram dependentes de aprovação em diploma avulso. Poder-se-á dizer que é a PARTE I do Novo Código que traz especial novidade, uma vez que a PARTE II falamos sobretudo em mudanças sistemáticas. Realça-se a figura da delegação de competências entre órgãos de diferentes pessoas colectivas, as chamadas relações intersubjectivas (44.º) e a previsão nos artigos 42.º e 43.º da possibilidade da substituição administrativa (e a sua delimitação) perante a figura da suplência.

No plano garantístico temos, por exemplo, a apoteose na proibição de prestação de serviços de consultoria (ou outros) a favor das autoridades administrativas envolvidas no procedimento por parte de entidades que hajam prestado serviços – há pelo menos três anos – a qualquer ente privado naquele procedimento.

Traz o Código a figura da conferência procedimental (77.º a 81.º) na sua vertente deliberativa e de coordenação. Tal figura já encontra apoio na legislação nacional em matéria urbanística e, nessa medida é um modelo de exercício comum, inspirado para procedimentos administrativos de maior complexidade.

Teremos ainda uma nova forma de colaboração entre diversos órgãos da Administração: auxílio administrativo (66.º) com vista à promoção da indispensável celeridade da fase instrutória dos procedimentos administrativos. No desfecho da Parte III, encontramos outra figura que, apesar de encontrar espelho na nossa ordem jurídica (urbanística, ambiental, licenciamento de serviços) o legislador fez questão de introduzir neste Código: comunicações prévias (134.º). Na prática, o destinatário verá a produção dos efeitos jurídicos almejados sem a formalidade dos actos administrativos.

De facto, é na PARTE IV que encontramos pela primeira vez a figura dos regulamentos administrativos (135.º a 137.º) que vem regulada na parte substantiva das formas de actividade administrativa, de onde se retirará as causas de invalidade dos mesmos. Dizemos que é inovador no que respeita ao regime substantivo, agora densificado, em contraposição ao CPA, apenas contendo regras respeitantes ao procedimento de aprovação de regulamentos.

As principais faixas inovatórias do acto administrativo na perspectiva substantiva, prende-se sobretudo pelo regime mais requintado das situações de nulidade (161.º) que representa uma importância crucial na prática, consagrando ainda as situações de aproveitamento do acto administrativo que vem restringir as situações de anulabilidade dos actos administrativos.

É aqui, que nos deparamos com uma das principais reformas deste Código: a consagração de regimes distintos para o instituto da revogação (165º a 172.º) que actualmente se designa por revogação por mérito e revogação por invalidade (anulação administrativa).

Creemos que, um dos calcanhares de Aquiles deste Código será as implicações que esta configuração de regimes trará, sobretudo na redefinição integral em relação aos prazos que hoje se encontram previstos no CPA. Por seu turno, o legislador quis também aproximar-se o Direito Comunitário, prevendo o alargamento do prazo para a anulação de actos constitutivos de direitos obtidos em situações de fraude.

Assim, a regra geral é a de que este Código se aplica a todos os procedimentos administrativos iniciados após a sua entrada em vigor, à excepção do privilégio da execução prévia (149º/2 CPA). Por fim, a Parte I (Disposições Gerais) e Parte II (Órgãos da Administração Pública) se aplicarão aos procedimentos administrativos em curso à data da sua entrada em vigor. Tal significa que, as verdadeiras regras procedimentais não serão imediatamente aplicáveis aos procedimentos pendentes.

Encerra o Código o “Trailler” a matéria dos contratos administrativos que no essencial encontra assento no Código dos Contratos Públicos (arts. 483.º e segs.), prevendo o legislador de normas remissivas para a formação e execução (200.º a 202.º).

Há um novo surgimento de alguns normativos distintivos entre contratos administrativos (sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo) e contratos sujeitos a um regime de direito privado, lamentando-se a ausência de um novo argumento para este “filme”.

Apesar de não se tratar de um Código Novo, estamos perante um dos diplomas legislativos mais fracturantes na actuação do aparelho jurídico-público que promete dar avanços positivos na aproximação da Administração Pública com os administrados. ■

“Interpretar a lei é revelar o pensamento, que anima as suas palavras”- (Clóvis Bevilacqua).

Angelina Teixeira

Advogada

Mestre em Direito Administrativo

angelinateixeira-53245@adv.oa.pt



Data  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 4 • N.º 05 • Janeiro 2016

