

Apreciação da dissertação de doutoramento do Mestre Vasco Pereira da Silva: “Em busca do acto administrativo perdido”, Lisboa, 1995*

DIOGO FREITAS DO AMARAL

I

Encontra-se hoje a prestar provas de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa o Mestre VASCO PEREIRA DA SILVA, que elaborou para o efeito uma dissertação escrita, intitulada “Em busca do acto administrativo perdido” — a qual foi inicialmente desdobrada em três volumes, com 820 páginas de texto e 44 de bibliografia¹.

* Texto completo da arguição feita, sob forma abreviada, nas provas públicas efectuadas, em 25 de Janeiro de 1996, na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ As referências contidas neste artigo às páginas da dissertação dizem respeito ao volume único, posteriormente impresso e publicado (Almedina, Coimbra, 1996).

Vasco Pereira da Silva não é um desconhecido desta Universidade, da qual foi aluno, licenciado, assistente e mestre. Creio mesmo que, na Faculdade de Direito da UCP, Vasco Pereira da Silva é o primeiro candidato ao grau de Doutor que realizou nesta casa, integralmente, os cursos de licenciatura e de mestrado. As provas de hoje são, pois, muito importantes não só para o candidato — a quem desejo as maiores felicidades —, mas para a própria Universidade Católica Portuguesa, que começa agora a atingir aquela desejável mas difícil maturidade que consiste em poder recrutar os seus professores de entre os seus antigos alunos.

Vasco Pereira da Silva tão-pouco é um desconhecido entre os cultores da Ciência do Direito Administrativo, à qual deu já vários contributos de inegável valia — nomeadamente, os três importantes trabalhos publicados sobre *A natureza jurídica do recurso directo de anulação*, 1985; *O recurso directo de anulação: uma acção chamada recurso*, 1987; e *Para um contencioso administrativo dos particulares*, 1989. Em todos eles, e de forma crescentemente afirmativa, o candidato foi revelando os traços essenciais da sua personalidade científica — um óptimo jurista, um investigador de alto calibre, um crítico severo das doutrinas clássicas e um arrojado propositor de novos conceitos e de uma nova dogmática para o Direito Administrativo; em suma, o grande defensor de “um novo Direito Administrativo”.

O mesmo propósito o norteou agora ao voltar-se para o tema central do *acto administrativo*. Demolidor e iconoclasta, o doutorando procura ser, também, reconstrutivo e inovador. A sua dissertação é, sem margem para dúvidas, uma obra de elevada qualidade científica.

Não posso deixar de o felicitar pela intenção renovadora que definiu à partida. Veremos se merece iguais felicitações pelos resultados que conseguiu obter à chegada.

II

As intransponíveis limitações de tempo desta prova obrigam-me a concentrar a atenção nas questões de fundo, deixando completamente de lado os aspectos formais. (Apenas abro uma excepção para assinalar que na pág. 732-733 a citação da minha definição de “acto meramente confirmativo” está truncada e incompleta, o que a torna inteiramente

incompreensível. Infelizmente a gralha não foi corrigida, nem na errata, nem na versão final impressa do trabalho).

Dentro das principais questões de fundo, tratarei apenas dos problemas atinentes ao *conceito de acto administrativo* e às suas *características* essenciais.

Começando pela *apreciação na generalidade*, direi que a dissertação do candidato tem três grandes qualidades e três defeitos principais.

Três grandes qualidades: alto nível científico, prosa agradável e fluente, domínio completo do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular.

Três defeitos principais: concepção distorcida, e para mim inaceitável, do Direito Administrativo como “direito dos particulares” (p. 126); escassíssimo relevo concedido à jurisprudência do STA, que merecia maior atenção, pois tem dado importantes contributos à teoria geral do acto administrativo; e, enfim, excesso de conceptualismo, com deficiente ponderação dos diversos interesses que importa ter em conta na delimitação de conceitos operacionais como são o conceito de “acto administrativo” e o conceito de “acto recorrível”.

O candidato parece ignorar o estado de crise grave em que se encontram, por excesso de processos pendentes, os nossos tribunais administrativos. E parece não se perturbar pelo facto de se propor lançar sobre eles uma avalanche torrencial de novos tipos de actos administrativos impugnáveis.

Com efeito, segundo o candidato, seriam agora recorríveis, além dos actos externos, definitivos e executórios, também os actos internos; os pareceres vinculativos; todos os actos preparatórios e, bem assim, os actos de execução e os actos confirmativos; as decisões provisórias e as pré-decisões; todas as verificações constitutivas, ainda que sujeitas por lei a reclamação necessária; todos os actos dos subalternos, mesmo que sujeitos a recurso hierárquico necessário; e ainda as promessas de futuras decisões favoráveis (p. 691-736, *passim*) — tudo isto, é claro, desde que qualquer dos actos referidos fosse, por si só, lesivo para alguém.

Por outro lado, e como o Autor nega a aplicabilidade genérica da *auto-tutela executiva*, a que a doutrina clássica chamou *privilégio da execução prévia*, temos ainda de acrescentar à lista das novas tarefas entregues de um só jacto à jurisdição administrativa o processo executivo da generalidade dos actos administrativos ou, em alternativa,

o processo declarativo de autorização prévia para a execução coactiva dos actos administrativos pela própria Administração (ponto fundamental que o Autor não esclarece).

Tudo somado, não é preciso ser futurólogo, nem sequer especialista em previsões estatísticas, para conseguir perceber que, se os nossos tribunais administrativos estão hoje completamente afogados em processos — quando recebem cerca de três a cinco mil novos casos por ano —, fatalmente cairiam na paralisação e no caos total se de um dia para o outro passassem a receber, como as teses do candidato implicariam, pelo menos 30 a 50 mil processos por ano! (Previsão feita *por baixo*, na base de apenas 10 actos internos, não definitivos e não executórios por cada acto externo, definitivo e executório praticado pela Administração).

É caso para dizer que o candidato perfilha decerto a velha máxima *fiat justitia, pereat mundus!*

Gostaria de o convidar a pronunciar-se acerca das consequências práticas do seu modelo teórico, sobre as quais nada diz no seu livro — mas que é uma questão fulcral na filosofia da ciência, dado que, como ensinou MAX WEBER, o cientista não pode guiar-se apenas, como o político, por uma “ética de convicção”, antes tem de nortear-se sempre pela “ética da responsabilidade”.

IV

Passo agora à *apreciação na especialidade* da dissertação apresentada pelo Mestre Vasco Pereira da Silva, concentrando-me sobretudo — como disse — no conceito e características do acto administrativo (capítulos I, IV e V). Abordarei as quatro questões que me parecem essenciais.

A) A noção de “acto administrativo” na história do Direito Administrativo

Tal como na sua dissertação de mestrado (*ob.cit.*, p. 13-64), também na dissertação de doutoramento Vasco Pereira da Silva apresenta a evolução histórica do Estado contemporâneo dividida em três fases — Estado Liberal, Estado Social e Estado Pós-Social (p. 38 e segs., 71 e segs., e 122 e segs.).

Este esquema trifásico não se me afigura correcto, quer porque entre o Estado Liberal e o Estado Social haveria que incluir o Estado Autoritário — aspecto fundamental, que não pode ser ignorado em países como Portugal, Espanha, Itália e Alemanha, designadamente —, quer porque tenho as maiores dúvidas sobre se o chamado Estado Pós-Social é de facto um novo modelo histórico de Estado, diferente do Estado Social.

Seja porém como for, a descrição que o Autor faz, nesse contexto, da evolução histórica do conceito de acto administrativo não me parece feliz, porque o esquema trifásico formulado pelo Autor o leva a resultados inexactos no campo da história do conceito de acto administrativo. Assim:

a) Em primeiro lugar, o candidato apresenta como principais expoentes do conceito paradigmático de acto administrativo do “Estado Liberal” as noções de OTTO MAYER e de MAURICE HAURIOU, a que chama “noções autoritárias” (*passim*). Mas OTTO MAYER, sendo embora um adepto do “Estado de Direito”, descreve o Direito Administrativo do seu país e do seu tempo, que era então o de uma Monarquia absoluta ou pelo menos pré-liberal — o Império Prussiano na época de BISMARCK —, e portanto não pode ser considerado um autor paradigmático do “Estado Liberal”;

b) Por seu turno, MAURICE HAURIOU publicou a 1ª edição do seu “*Précis élémentaire de Droit Administratif*” em 1892, quando a França vivia na III República, em pleno Estado Liberal. Mas HAURIOU, pelas suas ideias políticas, sociais e jurídicas, nunca foi um autor liberal: e por isso tão aproveitado viria a ser, quer pelos juristas de Vichy em França, quer pelos corporativistas do “Estado Novo” em Portugal. Também o seu conceito de acto administrativo não pode, por conseguinte, ser apontado como típico do “Estado Liberal”;

c) Acontece assim que Vasco Pereira da Silva apresenta como característicos do Estado Liberal conceitos autoritários próprios, um, do período absolutista do Império prussiano, e outro, do pensamento institucionalista inspirador de algumas ditaduras do séc. XX, o que leva o candidato a ver, julgo que erradamente, concepções autoritárias típicas como concepções características do Estado Liberal, o que é, aliás, um absurdo histórico;

d) Também ENRICO GUICCIARDI, autor da conhecida obra “*La giustizia amministrativa*”, é apresentado como elemento do grupo

de autores da “escola clássica”, e implicitamente associado ao Estado Liberal. Ora, todos sabem que GUICCIARDI, tendo começado a publicar a sua obra no final dos anos 30, princípios de 40, foi o principal administrativista do fascismo italiano. Os seus textos são paradigmáticos dos regimes corporativos ditatoriais do séc. XX, com a exaltação do Estado e a redução do papel do indivíduo, designadamente no contencioso administrativo, a mero órgão auxiliar incumbido de velar pela defesa da legalidade e pela prossecução do interesse público. Este autor teria todo o cabimento na secção que falta sobre o Direito Administrativo do Estado Autoritário, nunca nas secções do Estado Liberal ou do Estado Social de Direito;

e) Em contrapartida, os verdadeiros paradigmas do Direito Administrativo do Estado Liberal são pura e simplesmente omitidos pelo candidato — não há uma palavra sobre LÉON DUGUIT e GASTON JÈZE, em França, ou sobre MAGALHÃES COLLAÇO, LUDGERO DAS NEVES e FEZAS VITAL, em Portugal, E, no entanto, era nestes autores (e não em MAYER, HAURIU ou GUICCIARDI) que se poderiam encontrar os traços fundamentais de um conceito liberal de acto administrativo;

f) O Autor retrata bem as principais evoluções ocorridas na transição do Estado Liberal para o Estado Social, assim como os respectivos reflexos no alargamento e diversificação das tarefas postas por lei a cargo da Administração Pública, que passa do não intervencionismo abstencionista para uma forte intervenção económica e social — conformadora, reformadora, desenvolvimentista, e grande produtora de bens e serviços. FORSTHOFF teorizou esta profunda transformação histórica contrapondo o conceito de “administração agressiva”, que seria característica do Estado Liberal, à noção de “administração constitutiva ou prestadora”, que seria típica do Estado Social. Eu próprio tenho usado esta terminologia. Mas penso hoje que ela não é adequada — e com isso abro uma nova frente de divergência com Vasco Pereira da Silva. A minha tese é esta: já havia “administração prestadora, conformadora, constitutiva ou de infraestruturas” no Estado Liberal; e há hoje, no Estado Social e sobretudo no chamado Estado Pós-Social, muito mais “administração agressiva” do que havia no período liberal. Com efeito:

- Por um lado, os grandes serviços públicos de prestação — distribuição de água, gás, electricidade, e transportes colectivos — são criados em pleno Estado Liberal, no último quartel do séc. XIX e nas

primeiras décadas do séc. XX (e são-no, inicialmente, para serem explorados em regime de concessão, dando assim origem à figura do “contrato administrativo”); a categoria dos “actos constitutivos de direitos”, que segundo o candidato é própria da “administração constitutiva ou prestadora” do Estado Social, já existia — como seria de esperar — no Estado Liberal, e até mesmo no Império Prussiano dos tempos de BISMARCK (ao contrário do que afirma o candidato, na p. 105 da sua dissertação, OTTO MAYER conheceu, identificou e explicou a irrevogabilidade dos actos constitutivos de direitos: cfr. *Le Droit Administratif Allemand*, tomo I, 2ª. ed., Paris, 1903, p.147-148); a “administração de infra-estruturas” começou em meados do séc. XIX (em Portugal com FONTES PEREIRA DE MELO, a partir de 1851) e até o “planeamento urbanístico” — um dos exemplos que o candidato mais acentua no que chama o Estado Pós-Social — foi legislado em pleno Estado Liberal (decreto de 31-12-1864, do DUQUE DE LOULÉ), o que já me tinha levado a escrever, em 1993: “é neste momento que surgem os primeiros “planos de urbanização” no nosso direito: é curioso assinalar que o “planeamento” como técnica de acção administrativa surge, assim, em pleno Estado Liberal”²;

- Por outro lado, no Estado Social e no chamado Estado Pós-Social sustento que há muito mais formas de “administração agressiva” do que no Estado Liberal: este era um Estado abstencionista, um “Estado mínimo”, o Estado do “*laissez-faire*”; por isso os actos impositivos, ablativos e repressivos que praticava confinavam-se a zonas de intervenção bastante reduzidas. Hoje, porém, a gigantesca máquina prestadora e intervencionista do Estado Social não só actua em quase todos os sectores da vida económica, social e cultural — podendo aí “agredir” a esfera jurídica dos particulares sempre que recusa, reduz, suspende ou revoga um acto administrativo favorável ou uma prestação social —, mas vai ao ponto de multiplicar os controles de segurança, higiene e qualidade, tanto dos serviços públicos como das empresas privadas (citem-se os casos, apenas a título de exemplo, da imigração, dos bens alimentares, dos produtos farmacêuticos, das inspecções do trabalho, da luta anti-terrorista, do combate ao tráfico de drogas, da luta antipoluição, do controle de

² DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito do Urbanismo (Sumários)*, Lisboa, 1993, p. 41.

armas e munições, da segurança das escolas, do controle de portos e aeroportos, da navegação aérea, da prevenção rodoviária, dos mecanismos de defesa da concorrência, do controle do mercado de valores mobiliários, etc., etc.). Aliás, a proliferação do “ilícito de mera ordenação social” nas leis administrativas dos anos 80 e 90 não será a prova dos nove do crescimento exponencial da chamada “administração agressiva” no Estado Social?

g) Por último, seja-me lícito exprimir as maiores dúvidas quanto à autonomização do que o Autor chama, já desde a sua dissertação de mestrado, o “Estado Pós-Social”. Caracterizado algo diferentemente em 1989 e agora em 1995, o “Estado Pós-Social” definir-se-ia, para começar, pela crise do chamado *Welfare State*, ou “Estado-Providência”, e por conseguinte pelos seus traços mais negativos. O Autor enumera quatro, a saber, primeiro, a “ineficiência económica”, com “desmesurado crescimento da burocracia”, nem sempre acompanhado de “aumento do bem-estar social” mas sempre ligado ao “fantasma da crise económica”; segundo, o “crescimento das contribuições dos cidadãos para o Estado, mais que proporcional aos benefícios que dele recebe”, “crescimento esse que origina a desconfiança do cidadão face à actuação do Estado” e pode ir mesmo ao ponto de criar “um *déficite de legitimação* do Estado”; terceiro, a “quebra de imparcialidade do Estado, originada pela sua perda de verticalidade (...), ao mesmo tempo que cresce horizontalmente”, dando ocasião à multiplicação dos fenómenos de corrupção e ao aparecimento do “baixo negócio” e do “Estado-clientela”; e quarto, o “crescente alheamento do cidadão face à coisa pública”, criando em consequência situações “de alienação e desconfiança face ao Estado”, com a inerente redução da “legitimidade global do sistema” (*Para um contencioso ...*, cit., p. 56-58; cfr. *Em busca do acto administrativo ...*, p. 122-123).

Do lado positivo ou, melhor, afirmativo, o Estado Pós-Social seria caracterizado, segundo Vasco Pereira da Silva, também por quatro aspectos principais, a saber: primeiro, “o pôr em questão do crescimento do Estado e das funções por ele desempenhadas”, podendo isso redundar na “diminuição quantitativa do Estado” (perspectiva liberal) ou na “sua alteração em termos qualitativos”, v.g. “desburocratizar e racionalizar a gestão” (perspectiva socialista); segundo, a “revalorização da sociedade civil, que acompanha (uma) relativa desvalorização do Estado”; terceiro, a “defesa da participação dos indivíduos no processo de tomada de decisões, quer política, quer

administrativa”; e quarto, o “aumento da importância dos direitos do indivíduo, como meio de defesa deste contra todas as formas de poder” (*Para um contencioso ...*, cit., p.60-62; cfr. *Em busca do acto administrativo ...*, cit., p. 124 e segs.).

Alguns comentários parecem aqui apropriados.

Em primeiro lugar, os males apresentados no diagnóstico acima reproduzido podem indicar uma doença, mas não ditaram ainda, em nenhum país, a morte do Estado-Providência. E sem morte não há sucessão “*mortis causa*”... Não parece que o Estado Social haja sido substituído, até hoje, por um novo modelo de Estado: não chegam para o definir a tentativa de redimensionamento do Estado, a revalorização da sociedade civil, a introdução de alguma democracia participativa em sistemas que continuam basicamente representativos, e o aumento dos direitos do indivíduo. Tudo isto são traços bem característicos do Estado Social criado a seguir à 2ª. Guerra Mundial, e não originalidades “dos anos 70 e 80”.

Em segundo lugar, a própria caracterização que o candidato faz da crise do Estado Social não acentua, a meu ver, os aspectos mais graves e politicamente mais perigosos dessa crise, que consistem, por um lado, no chamado “triângulo económico da pobreza — inflação, desemprego e estagnação do crescimento” e, por outro, na frequente adopção de severas medidas de austeridade que, para reduzirem os défices orçamentais do Estado e da Segurança Social, impõem drasticamente cortes substanciais nos benefícios e prestações até aí concedidos às camadas mais desfavorecidas da população, o que gera protestos populares de consequências imprevisíveis (como ainda recentemente sucedeu em França).

Em terceiro lugar, se são estes os problemas sociais mais dramáticos da crise do Estado-Providência, então o Autor deveria identificar os problemas jurídicos que se colocam ao Direito Público por força dessa crise — e que são basicamente dois: são ou não inconstitucionais, por ofensa directa dos direitos económicos, sociais e culturais, as leis e orçamentos que reduzem ou suprimem benefícios sociais atribuídos por leis ou orçamentos anteriores aos cidadãos mais carenciados? E, no caso de se concluir pela não inconstitucionalidade, como se justifica (e dentro de que limites) a revogabilidade, total ou parcial, imposta por tais medidas de austeridade aos actos administrativos constitutivos de direitos que serviam de título jurídico subjectivado aos benefícios sociais que o Estado-Providência havia

reconhecido e pago, legalmente, durante anos? Sobre esta problemática — que é, a meu ver, a verdadeira problemática jurídica da crise actual do Estado-Providência —, o candidato nada diz;

h) Mas, à luz das considerações que acabo de fazer, surgem como destituídas de bom fundamento, e desligadas da realidade, as palavras com que Vasco Pereira da Silva intenta sintetizar o reflexo da evolução dos tipos de Estado na evolução da configuração do acto administrativo.

Diz ele que “tal como à Administração agressiva correspondia o conceito de acto desfavorável e à Administração prestadora a noção de acto favorável, a Administração prospectiva vai ficar associada ao acto administrativo com eficácia em relação a terceiros” (p. 136). Teríamos, assim, uma evolução em que a cada fase da Administração Pública corresponderia um conceito (ou uma espécie) diferente de acto administrativo.

Ora, salvo o devido respeito, esta ideia não corresponde minimamente à realidade: o acto administrativo desfavorável não era o acto típico do Estado Liberal, que já conhecia — como vimos — a noção e o regime característico do acto constitutivo de direitos; por sua vez, este não surge com o Estado Social, nem recebe neste período nenhum regime jurídico essencialmente diferente do que já tinha desde o Estado Liberal; e, finalmente, tão-pouco é exacto apresentar como grande descoberta ou novidade do chamado Estado Pós-Social o acto administrativo “com efeitos em relação a terceiros”, uma vez que esta categoria já vem pelo menos do Estado Social, senão mesmo do Estado Liberal: na verdade, a doutrina clássica sempre chamou a atenção para o facto de um acto administrativo favorável a *A* poder ser desfavorável a *B*, a quem se atribuía, por isso mesmo, legitimidade para impugnar tal acto; há muito que as leis do contencioso administrativo permitem aos terceiros com interesse idêntico ao do recorrente constituírem-se *assistentes* no processo impugnatório do acto; e também não é de agora que essa legislação manda o recorrente citar os terceiros interessados na subsistência do acto para virem ao processo sustentar a validade do acto recorrido como contra-interessados.

Em face da faculdade de impugnação directa por terceiros, do direito destes de se constituírem assistentes, e do ónus de citação dos terceiros contra-interessados para intervirem no processo como partes (“recorridos particulares”) — como pode afirmar-se que a doutrina clássica desconheceu a figura do acto administrativo produtor de

efeitos em relação a terceiros, e que esta figura só aparece no Estado Pós-Social em consequência da complexidade da “administração conformadora ou de infra-estruturas”?

Fica assim posta completamente em cheque, a meu ver, a tentativa de construção — elegante, mas inverídica — em que o candidato procurou ligar três tipos de Estado, três tipos de Administração Pública e três tipos de acto administrativo.

B) O ataque à doutrina do “acto definitivo e executório”

Vasco Pereira da Silva faz da doutrina clássica portuguesa sobre o “acto definitivo e executório” o alvo preferencial da sua artilharia pesada. No entanto, a poderosa argumentação que utiliza, aparentemente devastadora, não é inteiramente exacta, nem inteiramente justa. Senão vejamos.

a) Começa o Autor por dar por assente que, para a doutrina clássica (entenda-se: o Prof. Marcello Caetano e eu próprio), o “conceito de acto definitivo e executório” coincidia com o conceito de acto administrativo. Ora isto não é verdade. A doutrina clássica sempre deu uma noção de acto administrativo que não incluía qualquer referência às notas da definitividade e da executoriedade, e sempre apresentou o acto definitivo e executório como uma espécie — apenas uma espécie, entre muitas outras — do género “acto administrativo”.

E tal era a preocupação de não confundir a espécie com o género que, nas minhas lições policopiadas de 1988 (*Direito Administrativo*, vol. III, p. 98-102), ao apresentar as “características do acto administrativo”, tive o cuidado de escrever, numa passagem que o candidato não cita:

“Quais as principais características do acto administrativo?”

Temos de distinguir, a este propósito, as características *comuns* a todos os actos administrativos das características *específicas* do tipo mais importante de acto administrativo, que é o acto definitivo e executório”.

E, coerentemente, só inclui a “possibilidade de execução forçada” no segundo grupo (p. 101).

É certo que a doutrina clássica se referia ao “acto definitivo e executório” como o exemplo mais importante de acto administrativo,

ou como o paradigma dos actos administrativos de autoridade. Mas isto é uma coisa completamente diferente: tratava-se sempre de caracterizar uma espécie, e não de definir o género.

E se a doutrina clássica se preocupou mais com o acto definitivo e executório, no conjunto dos vários tipos de actos administrativos, foi, não apenas pela razão teórica de se tratar de uma figura “*sui generis*”, sem paralelo na generalidade dos outros ramos do Direito, mas também pela razão prática de que era esse o tipo de acto administrativo mais perigoso para os direitos dos particulares, e portanto aquele que requeria maiores cuidados. Na perspectiva garantística, que tem norteado a grande maioria dos cultores do Direito Administrativo, havia que começar por rodear de especiais precauções o instrumento mais gravoso da administração agressiva. Tal e qual como (se me é permitido um *simile* no domínio dos esforços internacionais em prol do desarmamento) se começou por tentar controlar primeiro as armas nucleares, por mais perigosas, se passou depois ao banimento das armas químicas e biológicas, e só agora se trata de controlar o armamento convencional. A prioridade concedida pela doutrina clássica ao estudo substantivo e ao controle jurisdicional do acto definitivo e executório mereceria, pois, a meu ver, o louvor — e não a crítica — de quem pretende construir um novo Direito Administrativo caracterizado como “Direito Administrativo dos particulares”;

b) Por outro lado, ao ler a dissertação do Mestre Vasco Pereira da Silva, fica-se com a impressão de que a doutrina clássica elaborou o conceito e a teoria do acto definitivo e executório por razões de carácter político ou ideológico (daí a qualificação pejorativa de “concepção autoritária” do acto administrativo) ou com a intenção, também ela porventura politicamente marcada, de restringir o mais possível o acesso dos particulares ao contencioso administrativo. Ora isto não é exacto. Se em Portugal a doutrina clássica elaborou e aprofundou a teoria do acto definitivo e executório, isso deveu-se essencialmente ao facto de a nossa lei positiva utilizar tal conceito para fixar as condições de recorribilidade dos actos administrativos. A noção de acto definitivo e executório, usada numa perspectiva contenciosa, foi introduzida no direito português pelo Decreto-Lei nº 18017, de 28 de Fevereiro de 1930, e obteve mesmo consagração constitucional desde 1971 a 1989. O conceito vigorou, pois, no direito positivo, pelo menos durante 60 anos ininterruptos: como não havia a doutrina de procurar

estudá-lo, aprofundá-lo e delimitá-lo com todo o rigor e subtileza possível? Mesmo que com a revisão constitucional de 1989 a situação se tivesse alterado — ponto que discutirei mais adiante —, seria esse um motivo suficiente para atacar tão ferozmente a doutrina clássica ou, pelo contrário, não seria antes esta uma excelente ocasião para lhe agradecer, na suposta hora da despedida, os relevantes serviços prestados durante quase três quartos de século?;

c) Afirma Vasco Pereira da Silva que, nomeadamente para o Prof. Marcello Caetano, os conceitos de “acto definitivo e executório” e de “acto contenciosamente recorrível” eram coincidentes. Não é verdade, porém:

- Por um lado, para o ilustre catedrático de Lisboa, nem todos os actos definitivos e executórios eram recorríveis: a recorribilidade dependia ainda, pelo menos, de se tratar de um *acto externo* e, até à revisão constitucional de 1971, de não haver lei expressa que decretasse a irrecorribilidade;

- Por outro lado, Marcello Caetano admitiu sempre, umas vezes por ideia sua, outras por indicação da jurisprudência, que o princípio da irrecorribilidade dos actos não definitivos ou não executórios comportava um certo número de excepções em favor dos particulares lesados: assim, aceitava a recorribilidade dos actos preparatórios objectivamente destacáveis ou subjectivamente conclusivos do procedimento, bem como dos actos de execução que excedessem ou contrariassem o acto executado, e dos actos não executórios *de jure* que fossem executados *de facto*;

d) Segundo Vasco Pereira da Silva, através de vasta e brilhante argumentação (que não tenho tempo de analisar em pormenor), a noção de definitividade — mesmo depois de tornada mais clara e compreensível pela “teoria da tripla definitividade”, o que o Autor amavelmente me concede — deve ser rapidamente posta de lado, pois para ele todos os actos não definitivos devem ser contenciosamente recorríveis, desde que lesivos. Abolem-se, assim, de um só jacto, todas as restrições que, por razões de eficiência da Administração Pública ou de não congestionamento dos tribunais administrativos, haviam sido pacientemente elaboradas e pacificamente aceites em torno do princípio da impugnação concentrada do acto final. O Autor pretende ser muito generoso e admitir o recurso contencioso directo de qualquer acto administrativo, contanto que lesivo, baseando-se na mera interpretação literal do artigo 268º, nº 4, da Constituição.

Curiosamente, porém, o Autor é levado — talvez contra sua vontade — a estabelecer duas importantíssimas restrições que não têm qualquer apoio no texto da Lei Fundamental: para ele, o acto administrativo só é recorrível se a lesão dos particulares for “imediate” (p. 701) e se for “autónoma” (p. 734). Ou seja: a doutrina clássica, dita autoritária, partia dos textos legais e introduzia-lhes alterações que *alargavam* o âmbito do direito de recurso; o candidato, em nome de um Direito Administrativo dos particulares, introduz restrições ao texto constitucional que *reduzem* o âmbito do direito de recurso. Os leitores julgarão quem é, afinal, mais coerente na defesa de uma concepção garantística do Direito Administrativo...;

c) De longe, a maior *bête-noire* contra a qual investe a possante dialéctica de Vasco Pereira da Silva é, sem dúvida, a noção de “executoriedade” do acto administrativo e o respectivo fundamento jurídico — o “privilégio da execução prévia”. Como algumas das críticas dirigidas contra mim são válidas, mas não o são a maioria das que o Autor endereça à obra do Prof. Marcello Caetano, e como este já não se pode defender delas, esquecerei o meu caso pessoal e concentrar-me-ei na análise das verdadeiras posições do ilustre Mestre:

1) O candidato considera a adopção por Marcello Caetano da designação “privilégio da execução prévia” como “totalmente inadequada” e “intencionalmente ambígua” (p. 526 e 527). A crítica é injusta: o Prof. Marcello Caetano — que nunca cultivou ambiguidades, muito menos intencionalmente — reconhecia expressamente que “a denominação como *privilégio* desta prerrogativa reflecte o espírito da época em que as normas administrativas eram tidas como excepções ao Direito comum, criando situações privilegiadas às entidades públicas. Sabemos, porém, que não é assim” (*Manual*, I, 10ª ed., p. 16);

2) O candidato imputa ao Prof. Marcello Caetano a consideração da “executoriedade” como característica dos actos administrativos em geral (p. 524 e 541). Não é verdade: para o ilustre Professor, a “executoriedade” era apenas uma qualidade dos actos administrativos que fossem “actos de autoridade” e, entre estes, apenas daqueles cuja execução coerciva por via administrativa fosse “permitida por lei” (*ob.cit.*, p. 447 e 463);

3) O candidato critica Marcello Caetano por não ter em conta que muitos actos administrativos não são “executórios” (*hoc sensu*), já porque não impõem deveres aos seus destinatários, já porque podem ser acatados espontaneamente pelo particular — dois grupos de casos

em que não é concebível a hipótese da execução forçada (p. 525). A crítica, porém, não tem fundamento: o Prof. Marcello Caetano reconhecia que a “executoriedade” pressupunha a “exequibilidade” — isto é, a susceptibilidade de imposição coerciva dos actos que contivessem comandos imperativos (p. 448-449) —, e explicava claramente que, se a pessoa que deve acatar o acto o acata, há “observância. Se não acata, é então forçoso empregar a coacção e verifica-se a execução forçada” (p. 448);

4) O candidato critica (implicitamente) Marcello Caetano por reduzir a execução forçada dos actos administrativos à modalidade da “coacção directa” (p. 505). A crítica não tem a mínima base: o Prof. Marcello Caetano discriminava seis modalidades de execução forçada do acto administrativo — a saber, a coacção directa, as execuções fiscais, a execução sub-rogação, a aplicação unilateral de sanções, e a sujeição a providências compulsórias e a penas administrativas (p. 33-36);

5) O candidato argumenta que a noção de “executoriedade” encobria em muitos casos o conceito, bem distinto, de eficácia (p. 656-657). A acusação é pelo menos injusta: o Prof. Marcello Caetano reconheceu, no seu *Manual*, ser “indubitável que (...) em muitos casos o legislador deu à executoriedade o sentido de eficácia” (p. 448);

6) O candidato critica em Marcello Caetano a ambiguidade do termo “executoriedade” (p. 647 e 657). A crítica não colhe: o Prof. Marcello Caetano distinguia com toda a clareza e nitidez “exequibilidade”, “execução”, e “executoriedade”. A exequibilidade era a “susceptibilidade (jurídica) de execução”, atendendo ao tipo de acto em causa; a execução era o “facto mesmo da realização do direito”; e a executoriedade era “a força (jurídica) que o acto possui de se impor pela execução imediata, independentemente de nova definição de direitos” pelos tribunais (p. 448);

7) O candidato diverge de Marcello Caetano por este querer ver na executoriedade uma qualidade ou atributo de certos actos administrativos, quando ela não passará de um poder jurídico da Administração (p. 524-527). A crítica é infundada, porquanto o Prof. Marcello Caetano, sem ignorar o problema, defendia a tese de que uma coisa é o *poder jurídico* de promover a execução forçada — a que chama “privilégio da execução prévia” —, e outra coisa é a *força jurídica* dos actos em relação aos quais esse poder é susceptível de ser exercido — a que chama “executoriedade” dos actos. Para Marcello

Caetano, portanto, a executoriedade é um atributo de certos actos, o qual tem por fundamento aquele poder ou privilégio (p. 449-450). Ora, quanto a mim, mesmo que o fundamento último da execução forçada seja o poder de executar, conferido por lei à Administração, é inegável o interesse de distinguir entre os actos que podem ser executados por via administrativa e os que não o podem ser de todo, ou só podem sê-lo por via jurisdicional: por isso faz todo o sentido, na teoria do acto, distinguir os actos executórios dos actos não executórios. Aliás, se o candidato aceita, em várias passagens da sua obra, que o acto administrativo é o título jurídico da execução coactiva (quando a esta haja lugar), tem necessariamente de aceitar que há actos que são título executivo e actos que o não são: daí a conveniência de distinguir, no plano dos actos, entre *actos executórios* e *actos não executórios*, que era afinal o que fazia (e bem) Marcello Caetano³;

8) O candidato critica Marcello Caetano por considerar que o privilégio da execução prévia, com o corolário da executoriedade dos actos administrativos que dele beneficiem, constitui a regra geral do direito português, sustentando a tese de que a possibilidade de execução forçada de actos administrativos deve ter-se por excepcional e só permitida caso a caso quando lei especial a autorizar (p. 584, 589 e 598). A crítica não merece acolhimento: não só porque, à época em que o Prof. Marcello Caetano escreveu as primeiras edições do “Manual”, o seu entendimento era pacífico na jurisprudência e na doutrina — esta, pelo menos, até 1972 (Afonso Queiró) ou 1978 (Rogério Soares)⁴ —, mas também porque ainda hoje, à luz do Código do Procedimento Administrativo, de 1991, não se exige lei especial que caso a caso autorize a execução forçada administrativa: esta é uma possibilidade genérica em relação a todos os actos exequíveis, apenas se exigindo que o emprego da coacção pela Administração seja feito “pelas formas e nos termos admitidos por lei” (CPA, art. 149º, nº 2);

³ Quem primeiro apresentou e construiu, muito habilmente, aliás, o acto administrativo como *título jurídico* e como *título executivo* foi ALBERTO XAVIER, no seu *Conceito e natureza do acto tributário* (1972) - em termos que bem mereciam ter sido mais detalhadamente estudados e comentados por VASCO PEREIRA DA SILVA.

⁴ Recorde-se que Marcello Caetano, chamado ao Governo, terminou a sua carreira docente universitária em 1968, pelo que se pode dizer que em toda a sua *vida de professor no activo* a doutrina da executoriedade não foi contestada por ninguém.

9) O candidato acusa ainda implicitamente Marcello Caetano de ter construído e espalhado no seu tempo uma concepção autoritária do acto administrativo “executório”, considerando que felizmente, agora, no Estado Social ou Pós-Social, a Administração Pública não dispõe, em regra, de auto-tutela executiva em relação aos seus actos administrativos. Mas isso não é assim: por um destes paradoxos que a lógica tem dificuldade em explicar, o privilégio da execução prévia é hoje, em Portugal, em pleno Estado Social de Direito, muito mais intenso e exorbitante do que era no tempo da ditadura do Estado Novo! Com efeito, no antigo regime, uma vez requerida a suspensão jurisdicional do acto recorrido, a execução por via administrativa não podia continuar até que o tribunal se pronunciasse sobre o pedido do particular (RESTA, art. 60º e seu §1º); porém, a partir de 1985, a nossa lei veio permitir — em disposição de muito duvidosa constitucionalidade — que, uma vez afecto ao tribunal o pedido de suspensão, a autoridade administrativa decida “iniciar ou prosseguir a execução do acto”, enquanto o tribunal não se pronunciar, “quando, em resolução fundamentada, reconheça grave urgência para o interesse público na imediata execução” (LEPTA, art. 80º, nº 1). Como se vê, o Estado Social estendeu, para além de todos os limites do razoável, a eficácia e aplicabilidade do privilégio da execução prévia, que o candidato julga ter sido extinto ou muito atenuado com o advento da nova era...

10) Enfim, seja-me lícito fazer uma pergunta ingénua: admitindo, sem conceder, que a doutrina de Vasco Pereira da Silva estava certa — e que, por conseguinte, o privilégio da execução prévia teria hoje carácter excepcional, tendo o seu exercício de ser autorizado caso a caso por lei especial —, ocorre então indagar como se procederia à execução forçada de um acto administrativo na generalidade dos casos em que falte a auto-tutela executiva. Parece que, nesses casos, a execução teria de ser promovida através dos tribunais administrativos. Mas como? Por que formas processuais? Como se desenrolaria a acção executiva contra particulares no contencioso administrativo? A lei de processo é omissa, e a dissertação apresentada também. Poderemos ser esclarecidos pelo candidato?

C) Significado da abolição da referência constitucional à “definitividade” e à “executoriedade” como condições de recorribilidade do acto administrativo

Todos sabemos que, aí onde o artigo 268º, nº 3, da CRP (versão de 1982), declarava que “é garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos definitivos e executórios”, agora o novo nº 4 do mesmo artigo 268º (versão de 1989) estabelece, diferentemente, que “é garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos (...) que lesem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos”.

A diferença entre as duas redacções está em que, a partir da revisão de 1989, desapareceu do texto constitucional a referência ao “acto definitivo e executório” como pressuposto processual do recurso contencioso.

Esta importante alteração pode à primeira vista ser interpretada de várias maneiras. O grande defeito metodológico da dissertação apresentada pelo Mestre Vasco Pereira da Silva consiste — neste ponto — em ter adoptado uma delas, aprioristicamente, como base de toda a sua construção teórica do acto recorrível, em vez de — como se impunha — ter problematizado a questão e ter discutido o assunto. O candidato seguiu à risca o velho brocardo, hoje completamente ultrapassado, segundo o qual “*in claris non fit interpretatio*”.

Vasco Pereira da Silva foi assim levado a fazer, sem justificar, uma interpretação meramente literal do novo preceito constitucional, e nos termos dela advoga, sem fundamentação adequada, que a definitividade e a executoriedade deixaram de ser, pura e simplesmente, condições de recorribilidade do acto administrativo, de tal forma que o recurso contencioso terá passado a estar aberto, sem mais, contra quaisquer actos administrativos lesivos.

Dá a conclusão, inverosímil mas coerente, a que chegou: a partir de 1989, passaram a ser contenciosamente recorríveis, desde que lesivos, quaisquer actos administrativos, isto é, “quaisquer actuações intermédias ou preparatórias, decisões provisórias, actos de execução, ou outros, desde que afectem direitos dos particulares” (p.707).

Ora bem: esta interpretação da nossa Lei Fundamental não é a única possível e, no meu modo de ver, não é a mais razoável. Ela não é

sequer original, pois já havia sido apresentada antes, em 1992-93, por Maria Teresa de Melo Ribeiro, num artigo intitulado “A eliminação do acto definitivo e executório na revisão constitucional de 1989”, publicado nos volumes VI e VII da revista “Direito e Justiça”. Tal trabalho é referido pelo candidato na sua Bibliografia, mas salvo erro não é devidamente considerado no texto da dissertação.

Outras interpretações têm sido apresentadas. Por exemplo, o Prof. Rogério Soares, em artigo publicado em 1990 na revista “Scientia Iuridica” (tomo XXXIX, nºs 223/228), sob o título “O acto administrativo”, admitiu como razoável que a referida alteração constitucional de 1989 não tenha querido tornar inconstitucional a exigência legal de recurso hierárquico necessário em relação aos actos dos subalternos, devendo entender-se portanto que continua a ser condição de recorribilidade contenciosa aquilo a que eu tenho chamado a “definitividade vertical”.

Por outro lado, parece-me que a “definitividade horizontal” tão-pouco terá sido afastada pela Constituição, uma vez que, de harmonia com o nº 1 do artigo 268º, “os cidadãos têm o direito (...) de conhecer as resoluções *definitivas* que sobre eles forem tomadas”. Ora se é a própria Constituição que continua a falar na “definitividade” (que neste contexto se apresenta sobretudo como “definitividade horizontal”), e se o faz em termos de só garantir o direito à informação dos particulares quanto aos actos definitivos que os afectem, parece evidente que a mesma Constituição, no mesmo artigo, não pode querer garantir o recurso contencioso contra actos não definitivos excluindo em simultâneo o direito de ser informado sobre esses actos. Como se pode ter o direito de recorrer de um acto preparatório que não se tem o direito de conhecer?

Mas, chegados aqui, somos levados a perguntar: então, se a Constituição não quis excluir o requisito da definitividade vertical nem o da definitividade horizontal, terá querido apenas eliminar a definitividade material, bem como, noutra plano, a executoriedade? Não parece razoável perfilhar esse entendimento.

No meu modo de ver, a interpretação da Constituição tem de ser outra, e muito diferente. Não compete ao legislador constituinte pronunciar-se sobre as condições de recorribilidade dos actos administrativos ou sobre os pressupostos processuais do recurso contencioso de anulação. Seria absurdo que o fizesse. De modo que o sentido e o alcance da alteração introduzida, sob este aspecto, pela revisão

constitucional de 1989 só pode ser um — o de retirar essa matéria do texto constitucional, relegando-a para a competência natural do legislador ordinário. Este, por seu turno, decidirá, no uso da sua discricionariedade político-legislativa, qual a melhor forma de organizar, em cada momento histórico, o acesso dos cidadãos à jurisdição administrativa (como o faz, de resto, em relação a todas as outras jurisdições).

A única condição que o legislador constituinte põe ao legislador ordinário (e bem) é a de que todo o acto administrativo que lese direitos ou interesses legalmente protegidos possa ser apreciado por um tribunal em sede de recurso contencioso de legalidade.

Mas a Constituição não diz — nem tinha nada que dizer — quais os pressupostos processuais que haverão de ser exigidos pela lei de processo como condições de recorribilidade dos actos lesivos. À lei ordinária caberá, pois, ponderar os interesses em causa — nomeadamente, a conciliação entre o princípio da eficácia da acção administrativa, a necessidade de não afogar os tribunais administrativos num número excessivo de processos, e o princípio da tutela jurisdicional efectiva dos particulares.

No uso da sua discricionariedade político-legislativa, o legislador ordinário poderá ser mais ou menos “aberto” na determinação das condições de recorribilidade objectiva dos actos lesivos: poderá, pois, aceitar o recurso de certos actos preparatórios, ou de todos, ou de nenhuns; poderá ou não aceitar o recurso dos pareceres e de outros actos opinativos; poderá ou não aceitar o recurso das pré-decisões e das decisões provisórias; poderá ou não aceitar o recurso de todos ou alguns actos de execução; poderá ou não aceitar o recurso contencioso dos actos dos subalternos sem competência exclusiva; poderá aceitar ou não o recurso de todos ou alguns actos não executórios; e assim por diante.

Deixemos, portanto, ao legislador ordinário — como é natural e saudável — a liberdade de optar nestas matérias conforme lhe parecer preferível. E não queiramos ver na Constituição o que lá não está — normas técnicas sobre os pressupostos processuais do recurso contencioso de anulação!

Em especial, é preciso deixar bem claro que a garantia constitucional de recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos lesivos não pode impedir o legislador ordinário de ponderar se, numa determinada fase da sua evolução, os

nossos tribunais administrativos estão ou não em condições de receber e julgar em tempo útil recursos directos de todo e qualquer acto não definitivo ou não executório. O legislador ordinário é que está em condições de poder ponderar e decidir esse tipo de questões — e não o legislador constituinte, ainda por cima *sem qualquer estudo prévio!*

Pode muito bem acontecer que o legislador ordinário entenda que, neste momento, se pode abrir o recurso contencioso directo aos actos dos subalternos, mas não, por exemplo, aos actos preparatórios ou aos actos de execução. O legislador ordinário deve poder decidir se se há-de manter ou não, e dentro de que limites, o princípio da impugnação concentrada dos actos finais ou conclusivos do procedimento administrativo. Numa palavra, abrir a fiscalização contenciosa a todos e a cada um dos actos preparatórios do procedimento, desde que lesivos, deve ser uma *possibilidade* constitucional, mas nunca uma *obrigação* constitucional.

E não se diga que desse modo fica frustrada na prática a garantia constitucional de recurso contencioso contra todos os actos lesivos: qualquer acto lesivo deverá sempre poder ser objecto de apreciação jurisdicional; só que esta não tem de ser sempre, em minha opinião, uma apreciação imediata e autónoma, podendo perfeitamente ser canalizada através do filtro do acto conclusivo do procedimento (definitividade horizontal) ou da última palavra proferida pelo mais alto superior hierárquico (definitividade vertical).

Pela parte que me toca, e à luz da interpretação que deixo enunciada, não acompanho Vasco Pereira da Silva na sua interpretação literal e maximalista do artigo 268º., nº. 4, da Constituição. Nem aceito, conseqüentemente, que sejam inválidas — por inconstitucionalidade superveniente — as normas da nossa legislação administrativa ordinária que exigem a definitividade e a executoriedade como condições de recorribilidade contenciosa dos actos administrativos. Tais normas poderão ser reexaminadas à luz do novo texto constitucional e da sua evidente intenção “garantística”. Mas não têm necessariamente que ser revogadas, nem a sua subsistência em vigor deve ser considerada inconstitucional.

Sintetizando e concluindo: a interpretação do candidato é meramente literal, o que é pouco para uma dissertação monográfica; ela não é a única na doutrina — há pelo menos mais três (a do Prof. Rogério Soares, a do Lic. Mário Esteves de Oliveira, e a minha, que desde 1990 tem sido exposta nas aulas, embora o candidato pareça não

a conhecer); e é no sentido destas últimas interpretações, e não no da tese do candidato, que vão já quatro acórdãos do STA, de 94-95, e um acórdão do TC, de 1995. Com efeito, no mesmo sentido que acabo de defender — embora não necessariamente com os mesmos fundamentos e com idêntico alcance — já se pronunciou o nosso STA, admitindo expressamente, pelo menos, a validade constitucional actual da exigência de recurso hierárquico necessário (e portanto de definitividade vertical) nos acórdãos de 16-2-94, 22-9-94, 17-11-94 e 1-3-95⁵. O mesmo decidiu — mais importante ainda — o Tribunal Constitucional, em 11-1-95⁶.

D) O conceito de “acto administrativo”

Numa dissertação dedicada ao tema central do acto administrativo, e com tamanha profusão de análise e crítica de conceitos, esperar-se-ia uma cuidada e aprofundada reelaboração do conceito de acto administrativo por parte do Autor. Mas, neste capítulo, a curiosidade científica dos leitores não é inteiramente saciada: *on reste sur sa faim!*

Quais as conclusões pessoais de Vasco Pereira da Silva sobre o conceito de acto administrativo?

Partidário de uma noção muito ampla, o candidato acaba por definir o “acto administrativo” nos termos seguintes: *qualquer manifestação unilateral de vontade, de conhecimento ou de desejo, proveniente da Administração Pública e destinada à satisfação de necessidades colectivas que, praticada no decurso de um procedimento, se destina à produção de efeitos jurídicos de carácter individual e concreto* (p. 690-691).

Descontando o pecadilho de se usar duas palavras com a mesma raiz numa só definição (“destinada” e “que se destina”), o conceito proposto pelo candidato merece-me os seguintes comentários:

a) Em primeiro lugar, aí onde o Prof. Marcello Caetano considerava como género próximo do conceito de acto administrativo a ideia de “conduta voluntária” e onde eu próprio falo em “acto jurídico”,

⁵ Publicados, respectivamente, nos AD-STA nºs. 400, p.383, 399, p.272, 401, p.512, e 403, p. 787.

⁶ Acórdão publicado no DR, II, nº. 69, de 22-3-95, p. 3160.

o candidato prefere referir “qualquer manifestação (...) de vontade, de conhecimento ou de desejo”. Esta enumeração diversificada, salvo uma pequena diferença, é inspirada em ZANOBINI (*Corso di Diritto Amministrativo*, vol. I, 8ª ed., 1958, p. 243). Não me parece feliz a opção feita. Por um lado, considero incorrecto estruturar a definição de um conceito com base no enunciado casuístico das espécies nele compreendidas, em vez de procurar identificar o género próximo em que a figura se integra. Por outro lado, se para Vasco Pereira da Silva o acto administrativo é uma manifestação consciente de um sujeito de direito produtora de efeitos jurídicos, então corresponde à noção técnica de “acto jurídico” — e, por isso mesmo, pelo meu lado, prefiro continuar a definir o acto administrativo como acto jurídico;

b) Na parte em que Vasco Pereira da Silva descreve o acto administrativo como “acto unilateral da Administração Pública destinado à produção de efeitos jurídicos de carácter individual e concreto”, a sua definição coincide com a minha e com a do Código do Procedimento Administrativo (art. 120º), pelo que nada tenho a objectar-lhe. Gostaria, no entanto, de ter visto o Autor espriar-se um pouco mais sobre três problemas que tal noção, formulada nestes termos, suscita — o problema de saber se são ou não actos administrativos os actos praticados em matéria administrativa por outros órgãos do Estado alheios à Administração Pública; o problema de saber se pode haver actos administrativos praticados por particulares; e o problema de saber se são ou não actos administrativos os chamados “actos colectivos”, os “actos plurais” e os “actos gerais”. A dissertação é omissa sobre estes vários pontos;

c) O artigo 120º do Código do Procedimento Administrativo considera que só são actos administrativos “as decisões dos órgãos da Administração”. Introduziu-se, assim, ao que julgo pela primeira vez entre nós, um novo elemento na definição de acto administrativo — o conceito de “decisão”. Que significado e que alcance tem esta novidade? No contexto em que o termo é usado, parece que não se lhe pode dar o mesmo sentido que a doutrina italiana, a partir de NIGRO, tem dado à palavra “*decisione*” (cfr. MARIO NIGRO, *Decisione amministrativa*, in “Enciclopedia del Diritto”, vol. XI, 1962, p. 810). Será que se pretendeu acolher o ensinamento do Prof. Rogério Soares, substituindo a palavra “estatuição” pela palavra “decisão”? (cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, 1978, p. 76). O silêncio do candidato sobre a questão é tanto mais de estranhar quanto

é certo que, em capítulo anterior, ele dissertou longamente sobre a necessidade moderna de incorporar no conceito de acto administrativo as lições da “Ciência da Organização” quanto à teoria da decisão. A lei portuguesa fê-lo: por que não aproveitou o candidato o caminho assim aberto?

O momento seria, aliás, propício para que o Autor abordasse uma outra questão fulcral da teoria do acto administrativo — a questão da força ou “autoridade de caso decidido”. Há referências esparsas que denotam a repulsa do Autor pela noção; mas, ainda que fosse para a rejeitar, ela não deveria ter sido escamoteada;

d) O candidato inclui na definição dada — ao que julgo, pela primeira vez na doutrina portuguesa — a ideia de que o acto administrativo é “praticado no decurso de um procedimento”. O que se pretende com a acentuação desta nota é atingir uma dupla finalidade: primeiro, sublinhar a importância decisiva que o procedimento administrativo assume na moderna construção dogmática do Direito Administrativo; e segundo, acentuar que não é só o acto final ou conclusivo do procedimento que merece a qualificação de acto administrativo, mas que todos os actos integrados no procedimento, quer sejam praticados antes quer depois do acto conclusivo, e tanto no procedimento declarativo como no executivo, são actos administrativos. Por mim, concordo com estas preocupações, mas não retiro delas que deva ser feita referência ao procedimento na definição de acto administrativo. Porque há casos de actos administrativos não integrados em qualquer procedimento. Assim, por exemplo:

- As medidas de polícia tomadas pelos agentes *in loco* perante situações imprevistas e repentinas de alteração da ordem pública ou de prática ou ameaça de um crime ou de uma transgressão;

- Os actos administrativos impositivos praticados, fora do “*due process of law*”, em estado de necessidade;

- Os actos administrativos praticados sem qualquer enquadramento procedimental por mera ilegalidade, arbítrio ou prepotência.

Em todos estes casos, podemos estar perante actos administrativos legais ou ilegais, nulos ou anuláveis, mas a figura do acto administrativo existe — e não houve procedimento. Não pode pois considerar-se que seja elemento *essencial* do conceito que o acto, para existir, seja “praticado no decurso de um procedimento”;

e) Finalmente, a definição apresentada por Vasco Pereira da Silva coloca uma outra dificuldade, porventura a maior de entre as

referidas até aqui. A generalidade da doutrina entende que o acto administrativo é um *acto de autoridade* (Hauriou, Marcello Caetano, Rogério Soares) ou, pelo menos, um acto de *exercício de um poder público* (Otto Mayer, Zanobini, eu próprio). O artigo 120º. do nosso Código do Procedimento Administrativo segue a mesma orientação, embora expressa por outras palavras, ao dizer que o acto administrativo é uma decisão tomada “ao abrigo de normas de direito público”. Ora, por muito estranho que pareça, nenhuma referência deste tipo se encontra incluída na definição de acto administrativo proposta por Vasco Pereira da Silva: no local que seria adequado para o efeito, ele limita-se a dizer que o acto administrativo é “destinado à satisfação de necessidades colectivas”. Convenhamos que é pouco. A satisfação das necessidades colectivas — ou, noutra terminologia, a prossecução do interesse público — é o fim genérico de toda a actuação da Administração Pública. Mas esta, todos o sabemos, tanto pode prosseguir os seus fins públicos através de processos de direito público (“gestão pública”) como pelas formas próprias do direito privado (“gestão privada”). Ora, até aqui, a generalidade da doutrina sempre entendeu que o acto administrativo é uma manifestação de gestão pública, e que por consequência ficam necessariamente excluídos do conceito os actos e contratos de gestão privada da Administração. Qual a posição do candidato sobre esta questão fundamental, que não clarifica na definição proposta?

Confesso a minha perplexidade ao verificar que o candidato não toma posição expressa sobre o assunto; e de passagem parece assumir posições contraditórias — na p. 656, critica as noções restritivas de acto administrativo características da doutrina alemã, as quais excluem do conceito os actos de gestão privada; já na p. 679 (nota 5), critica a minha própria posição porque, segundo ele, “inclui na denominação de acto administrativo os actos de gestão privada”, o que parece inculcar que o candidato discorda dessa orientação. Esclareço, de passagem, que nunca incluí os actos de gestão privada no conceito de acto administrativo, e nas minhas lições policopiadas de 1989 (vol. III, p. 81) afirmo bem claramente que os actos de gestão privada não são actos administrativos:

“É característica do acto administrativo que ele deve ser praticado no exercício do poder administrativo. Só os actos praticados no exercício de um poder público para o desempenho de uma activi-

dade administrativa de gestão pública — só esses é que são actos administrativos.

Daqui resulta, em consequência, que: 1) Não são actos administrativos os actos jurídicos praticados pela Administração Pública no desempenho de actividades de gestão privada: esses actos são actos de direito privado, não são actos administrativos”.

Em resumo e conclusão: o conceito de acto administrativo proposto por Vasco Pereira da Silva é bastante mais clássico do que moderno, como poderia parecer à primeira vista; e, na medida em que é inovador em relação às formulações tradicionais, contém, na minha opinião, três defeitos principais — uma referência a mais (a referência ao procedimento) e duas referências a menos (a referência à decisão, e a referência ao seu necessário carácter público).

V

Mestre Vasco Pereira da Silva:

Peço-lhe que encare as críticas que lhe dirigi como expressão, não apenas da minha liberdade de opinião, mas também do muito apreço e admiração que sempre tive pelas suas raras qualidades de investigador, de docente e de jurista.

A sua dissertação obriga a pensar e a repensar tudo, mas reflecte mais uma visão de futuro do que o actual direito positivo.

Espero sinceramente que consiga agora convencer o júri de que a sua “utopia administrativa” está afinal mais próxima de nós do que a “ilha de nenhuma parte” sonhada por Thomas Morus.

* * *



C.E.R.C.

Centro de Estudos de Religiões e Culturas
Cardeal Höffner

Universidade Católica Portuguesa