

## Tendências do Direito Administrativo Europeu.

*Marcello Caetano*

Cateдрático de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. Quando o antigo regime, nos meados do século XVIII, via aproximar-se o seu termo nas velhas monarquias europeias, a enciclopédia do direito reduzia-se a meia dúzia de disciplinas. O Direito Civil reinava soberanamente, ainda com o esplendor que lhe provinha da tradição romana do *Jus Civile*, *jus proprium ipsius civitatis*, o conjunto das normas que regiam a sociedade política nas relações entre os seus membros. A ele se opunha o Direito da Igreja, o Direito Canónico, de tamanha projecção na vida corrente em que os cidadãos não podiam despojar-se da sua qualidade de fiéis. O Direito Internacional herdara a posição do *jus gentium*, enriquecida pelas pesquisas e reflexões dos grandes teólogos e moralistas peninsulares dos séculos XVI e XVII a que se adicionariam nomes ilustres dos Países Baixos, da Inglaterra e da Itália, GROCIO sobretudo.

Depois, marinheiros e mercadores haviam conseguido impor por toda a parte os seus usos, reconhecidos em leis nacionais e traduzidos em estatutos geralmente acatados, originando o Direito mercantil e marítimo. E da mole imensa dos preceitos penais vai-se destacando, sobretudo a partir do século XVIII, um Direito criminal, inspirado por princípios peculiares.

---

\* O presente artigo reproduz a conferência proferida nesta Faculdade, a 20 de junho de 1966, com desenvolvimento dado aos tópicos que o espaço consente.

Em todos estes ramos de Direito se inseriam normas relativas às relações entre os particulares e o Poder público representado pela Coroa ou pelas autoridades suas delegadas. Em Portugal, enquanto a Polícia se desenvolvia no plano da discricionariedade, submetia-se o Fisco ao julgamento dos juizes nos pleitos suscitados pelos cidadãos e não faltavam meios de defesa destes contra as prepotências dos poderosos. Mas tudo decorria no âmbito do Direito Comum aplicado por magistrados régios, os conselhos da Coroa chamavam-se genéricamente “tribunais” e nos órgãos dos municípios pontificavam os juizes de fora ou, na melhor das hipóteses, cidadãos da terra que presidiam à vereação com a designação prestigiosa e a autoridade de “juizes ordinários” O Direito Público não tinha verdadeira expressão.

2. A Revolução Francesa veio trazer uma alteração profunda nesta concepção da vida jurídica. Traduzindo velhos ensinamentos da doutrina cristã que nas colônias da América do Norte haviam revivido em aplicação prática às relações da sociedade política, a Revolução proclama os direitos do homem fundando-os na própria Natureza e declarando-os, por isso, invioláveis e irrenunciáveis, anteriores e superiores ao Estado.

As relações entre governantes e governados não podem, pois, contrariar o Direito Natural onde, aliás, têm a única origem legítima.

E, deste modo, se a integração no Estado implica deveres dos cidadãos para com a colectividade representada pelos seus órgãos, também a colectividade tem deveres para com os cidadãos cujos direitos naturais há-de respeitar, consolidar e garantir.

Assim aparece a moderna concepção do Direito Público baseada na limitação do poder do Estado não apenas considerado como Fisco, titular de direitos privados, mas também quando soberano ou titular da autoridade suprema. A submissão da Soberania ao Direito natural, revelado e

afirmado em cada indivíduo cuja personalidade assume um valor fundamental na Ordem Jurídica, permite a limitação efectiva de toda a autoridade pública transformada em mera magistratura exercitante de uma função transcendente. É a raiz do liberalismo, em cuja filosofia se gerará o ideal do Estado de Direito.

3. Logo nos primórdios da Revolução, em 1790, os legisladores interpretaram o princípio da separação de poderes, como implicando a absoluta abstenção dos tribunais judiciais de intervir na actividade administrativa. As queixas que esta actividade suscitasse da parte dos particulares deveriam ser apreciadas e resolvidas por órgãos da própria administração agindo, não como superiores a quem se recorresse por via hierárquica, mas como juizes da legalidade do acto impugnado.

Sabe-se que a organização administrativa da França veio a ser estruturada definitivamente de acordo com as ideias novas, sob o Consulado, no ano VIII. BONAPARTE imprimiu então à administração francesa o carácter que, apesar das mudanças de regime e dos ataques sofridos em certos períodos do século XIX, ela havia de conservar longos anos. As guerras, as necessidades de mobilização e de polícia que elas implicavam, a própria dinâmica e segurança do regime reclamando a destruição das influências oligárquicas da antiga nobreza local, fazem nascer uma rede de autoridades e agentes fortemente hierarquizados ou coordenados, originando a centralização que permitia aos governantes conhecer o que se passava em todo o país e fazer chegar rapidamente a toda a parte a sua vontade.

Esta máquina eficiente foi montada e movimentada em ambiente militar. Queria-se obediência pronta e acção rápida. Mas o autoritarismo do Consulado e do Império buscava justificar-se pela necessidade de salvaguardar as conquistas da Revolução, ameaçadas pela resistência inter-

na e pelos ataques dos inimigos exteriores. De modo que importava resalvar a possibilidade de defesa dos direitos individuais, permitindo aos particulares o recurso contra os actos da administração, arguidos de excesso de poder. Tal recurso interpunha-se para os Conselhos de prefeitura, presididos pelos prefeitos, nos departamentos, e para o Imperador, última instância da hierarquia administrativa junto de quem funcionava o Conselho de Estado encarregado de instruir os processos e de propor as soluções que um decreto imperial consagraria, tornando-as obrigatórias, ou não...

Conhecendo directamente dos recursos das autoridades superiores ou, por apelação, das decisões dos conselhos de prefeitura, o Conselho de Estado foi pouco a pouco assumindo o papel de órgão jurisdicional, cujos pareceres cedo se impuseram de modo a merecerem sistematicamente a homologação governamental, suprimida em 1872, desde quando as deliberações dele passaram a valer como sentenças de um tribunal supremo.

O Direito Administrativo vai assim despontando, em França, como conjunto de normas reguladoras da organização de um sistema de autoridades unicamente dependentes do Poder Executivo e que possui regras próprias de actuação, de disciplina e de responsabilidade, subtraídas à censura dos tribunais judiciais.

O perigo de arbítrio é atalhado pela existência do Contencioso administrativo. A escassez de princípios com que se depara na nova província da ciência jurídica foi sendo suprida pouco a pouco pela jurisprudência do Conselho de Estado. É através das queixas formuladas pelos recorrentes contra os actos das autoridades que, caso a caso, as soluções vão permitindo desvendar horizontes e generalizar regras. Já se tornou lugar comum comparar esta obra à acção do pretor na velha Roma: mas, na verdade, também aqui o juiz foi abrindo novas vias de recurso, especializando fundamentos e criando fórmulas não só no processo contencioso mas na própria acção administrativa.

Desta gênese resultou ter o Direito Administrativo francês conservado certo carácter casuístico (como não há-de ocorrer a propósito o nome do autor que levou êsse carácter aos cumes da perfeição? Refiro-me, a GASTON JÉZE um grande predomínio das preocupações de equilíbrio dos interesses sobre a pura técnica jurídica, e, sobretudo, o seu papel de técnica do exercício da autoridade executiva e da sua limitação jurídica.

Decorrendo da submissão da Administração à lei, tendo como trave-mestra o princípio da legalidade administrativa, nascido da jurisprudência do órgão supremo do Contencioso, o Direito Administrativo francês tinha de revestir êsse carácter limitativo, tinha de ser animado desse espírito liberal que lhe vem da preocupação originária de defesa dos direitos individuais dos cidadãos contra os excessos do Poder.

4. Caso curioso, apesar da inegável e confessada influência francesa no aparecimento de sistemas administrativos noutros países europeus no início do século XIX, nem sempre o Direito daí decorrente nesses países recebeu o espírito que animava o Direito Administrativo em França. É o que se passa em Portugal.

Foi em 1832 que se tentou a implantação na monarquia portuguesa de um sistema de administração centralizado sob o comando governamental e norteado por leis próprias cuja observância ficasse subtraída à fiscalização dos tribunais comuns.

Importa, porém, não esquecer que, por um lado, já então em França regia a Monarquia de Julho de cariz francamente parlamentarista, e esse era o modelo que os liberais portugueses desejavam seguir. Por outro lado, a administração em Portugal, à parte a fazenda, a polícia da corte e reino e pouco mais, estava a cargo, por esse país fora, das autoridades locais estruturadas tradicionalmente sobre a base municipalista, recrutadas entre o elemento popular embora com assídua e forte intervenção

da Coroa. Nas tarefas governamentais não se distinguia muito bem o que era política do que seria administração.

A tentativa de 1832 suscitou viva reacção nacional. Por um lado saía-se de prolongada guerra civil, e os poderes dados às novas autoridades, largamente discricionários, apareciam como característicos do vencedor em país conquistado. Por outro, confiar a acção administrativa a uma hierarquia dependente do governo parecia herético aos próprios liberais que nas tradições municipais haviam buscado o fundamento nacionalista do seu credo político.

De modo que, após a Revolução de Setembro de 1836, PASSOS MANUEL e os seus amigos — entre os quais se contava GARRETT — propõem-se nacionalizar a revolução liberal, adaptando as novas instituições às condições peculiares do País. E o primeiro Código administrativo português, publicado em 31 de Dezembro de 1836, reflectirá essa preocupação. Se persiste uma hierarquia de autoridades locais ligada ao governo, (os “magistrados administrativos”), é à margem dos corpos electivos do concelho, da freguesia e do distrito. O objectivo principal do Código é regular a escolha, pelo sufrágio, dos membros desses corpos locais e até dos nomes a incluir nas listas donde o governo terá de designar os magistrados paroquiais e municipais, e discriminar as atribuições das autarquias locais. Salvas as diferenças de orgânica, tal é o espírito animador dos Códigos que se sucederão ao de 1836, — o de 1842, o de 1878, o de 1886, o de 1896...

De modo que para os autores portugueses o Direito Administrativo, no século XIX, é uma espécie de Direito municipal, um sistema de normas reguladoras da participação dos cidadãos na gestão dos interesses colectivos das comunidades locais em que a residência os integra, concelho, freguesia ou distrito. E justifica-se a codificação destas normas pelo seu carácter popular, já que, sendo a administração local autárquica confiada a profanos, investidos por eleição nas funções de titulares dos respectivos órgãos colegiais ou nomeados pela confiança do governo

para transitòriamente exercerem as “magistraturas” de governador civil, administrador do concelho, ou regedor da paróquia, importava que estivesse ao alcance de todos o conhecimento das leis reguladoras das suas funções e delimitadoras da sua competência.

Era, pois, o Direito Administrativo fundamentalmente um sistema de normas destinado a garantir a participação democrática dos cidadãos na gestão administrativa local.

E este localismo mais se acentuava pela forma por que fora concebida a competência contenciosa. Na verdade, talvez por influência do sistema parlamentar, entendeu-se que aos Ministros bastava serem responsáveis politicamente pelos seus actos perante as Cortes, isentando-os até 1908 da fiscalização contenciosa. Só dos actos dos corpos administrativos locais e dos “magistrados” era possível recorrer em 1.<sup>a</sup> instância para o Conselho de Distrito presidido pelo Governador Civil, de cujos acórdãos cabia apelação para o Rei, em Conselho de Estado (segundo o sistema francês da jurisdição reservada). Em 1870 cria-se o Supremo Tribunal Administrativo mas que, apesar do nome, continua, na maior parte das matérias, a emitir meros pareceres que a homologação do Govêrno transformará em “Decretos sob consulta do Supremo Tribunal Administrativo”, se a sua rejeição não produzir algum “Decreto contra consulta. ”

Confinado às questões locais em que vigora o Código Administrativo, o órgão superior do Contencioso não terá nem a liberdade de criação do Conselho de Estado francês, nem o seu vasto campo de observação da vida administrativa, nem a sua capacidade construtiva.

A doutrina, por seu lado, não sairá deste horizonte de campanário. O Direito Administrativo reduz-se aos problemas municipais, as mais das vezes agitados pela política local e onde ocupam largo espaço as querelas eleitorais.

E, por isso, foi necessário chegar ao século XX para, com o ocaso do parlamentarismo, a prática de um sistema

de autoridade e o predomínio da burocracia sobre os profanos nos órgãos da Administração, o Direito Administrativo português superar os estreitos limites em que um século inteiro o confinara, abarcar o conjunto da administração pública e assumir o papel primacial de sistema regulador das relações entre a autoridade pública e os cidadãos e de garante dos direitos destes.

O que há de curioso neste breve apontamento histórico sobre a evolução do Direito Administrativo português é notar como a transplantação do sistema francês implicou um arreigamento ao terreno e o desenvolvimento de harmonia com as condições ecológicas. O predomínio do localismo, a preocupação do refrescamento das liberdades municipais com as técnicas electivas da democracia liberal, o prevalecimento da responsabilidade ministerial no sistema parlamentar, transformam de início o Direito Administrativo português num Direito regulador da participação dos cidadãos na administração local e da gestão dos órgãos próprios desta, mais do que num Direito de limitação dos poderes da autoridade. Que mais fortes garantias poderiam (em teoria!) pretender os indivíduos do que serem eles próprios a administrar?

5. Entretanto, no resto da Europa, o novo ramo de Direito ia seguindo o seu destino.

Seria interessante comparar a reforma administrativa do Barão CARLOS VON STEIN, na Prússia, em 1808, com o que se passou em 1832 em Portugal. Também as reformas prussianas, tendencialmente descentralizadoras, se propunham instaurar um sistema francamente oposto à centralização francesa e ao espírito que a animava. Na administração provincial e municipal STEIN pretendia porém, não continuar uma tradição, como Portugal, mas contrariá-la, assegurando a participação viva da Nação numa orgânica até então demasiado burocrática, e chamando os administradores a gerir os seus próprios interesses nos órgãos electivos.

Um outro VON STEIN, Lourenço, dinamarquês de nascença, terá papel relevante nas origens da doutrina alemã, para a qual carregou materiais na sua grandiosa obra descritiva em 8 volumes *Die Verwaltungslehre* (1865). Aí analisa os vários ramos e processos da administração pública pondo em evidência a sua finalidade social, isto é, a preocupação que deve animá-la de prestar os seus serviços a todos os cidadãos intervindo activamente na vida da sociedade, de modo a realizar uma tarefa de justiça distributiva.

Só passada a primeira metade do século XIX se desenhará vigorosamente o Direito Público alemão em termos de influir noutros países europeus. Num País de profunda formação filosófica não será de estranhar que as construções jurídicas reflectam posições epistemológicas ou de metodologia geral. E assim acontece. Se é certo que a tradição cameralista com a concepção do Fisco e a consequente aplicação do Direito Privado às relações entre a autoridade e os súbditos explicarão as características dos primeiros ensaios de afirmação teórica do Direito Público germânico, — com o seu gosto pelos esquemas da técnica privatista, a afirmação da personalidade jurídica do Estado, a explicação da natureza e do carácter dos seus órgãos —, não poderá esquecer-se a presença nas escolas alemãs do idealismo crítico kantiano implicando a adopção dos conceitos *a priori* como moldes formais de envasamento da realidade. Nem a contribuição da filosofia jurídica de KANT para a edificação do Estado de Direito, respeitador necessário desse indivíduo que é um valor em si e que em si encontra, pelo imperativo categórico, o fundamento da obrigação jurídica. Não será ainda a projecção deste imperativo que irá originar a doutrina da auto-limitação da soberania estadual?

A verdade, é que, iniciada por GERBER a nova orientação e consagrada numa direcção positivista no livro capital de LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, que a tradução francesa divulgou sob o título de *Le Droit*

*Public de l'Empire Allemand*, a construção do Direito Público segundo o método jurídico em moldes independentes do Direito Privado, vai conhecer um grande êxito. Os direitos públicos subjectivos são definidos face ao Estado limitado pela Ordem jurídica, permitindo caracterizar verdadeiras relações jurídicas públicas. OTTO MAYER trasladará para o Direito Administrativo o essencial das idéias novas, conferindo-lhe um rigor técnico e uma precisão sistemática até aí desconhecidas e que os italianos, ORLANDO à frente, aperfeiçoarão com brilho.

Mas a prática do método lógico ou dogmático no Direito Público em geral e, em especial, no Direito Administrativo, criou a tentação do formalismo e do dedutivismo. O gosto dos conceitos precisos, originando as distinções e subdistinções especiosas e arrastando aos reptos da lógica formal, tendia a separar a construção jurídica da realidade vital.

Circunstâncias históricas, aliás, iriam favorecer o culto do normativismo, proclamado por um discípulo de JORGE JELLINEK, o austríaco HANS Kelsen, cujos princípios foram adequados ao Direito Administrativo por ADOLFO MERKL. Os anos críticos que se seguiram à 1.<sup>a</sup> guerra mundial, fazendo abalar as certezas tradicionais e os grandes edifícios políticos da Europa central e oriental, determinaram um compreensível retraimento nos jus-publicistas germânicos. O positivismo desacreditara como arcaico o Direito Natural; a crise parecia pôr agora em causa todas as soluções laboriosamente elaboradas pelo génio de sucessivas gerações. A esses tempos incertos convinham, pois, sistemas jurídicos formais, prudentemente agnósticos, onde fosse fácil vasar conteúdos contingentes. O relativismo e a neutralidade da democracia liberal, aberta às mensagens das sucessivas maiorias, parecia igualmente confirmar o valor e a utilidade do formalismo jurídico.

O *Estado de Direito* baseado na convicção das verdades supremas e universais do jusnaturalismo individua-

lista cede então o passo a um modesto *Estado de legalidade* em que os direitos individuais apenas se escoram nas leis vigentes, obrigatórias para governantes e governados.

Esta legalidade, traduzindo embora uma simples auto-limitação do Poder dependente da vigência das normas e a cada momento substituível desde que outras leis com as mesmas formas sucedam às que vigoram, continua todavia a ser limitação.

E o Direito Administrativo que nela se fundou, conhecendo um progresso técnico que não lograra em França, continuava a ser inspirado pela idéia-mestra da limitação da autoridade para garantia dos direitos dos administrados.

6. Eis, porém, que os homens pedem outra vez certezas, querem acreditar em fórmulas providenciais que os ajudem a sair das dificuldades em que se debatem e lhes facultem a felicidade por que almejam.

O poder político é olhado por muitos como o instrumento idóneo para realizar as profundas transformações sociais que eliminem as causas da desigualdade entre os indivíduos e espalhem entre todos os cidadãos, não apenas uma justiça formal, mas os benefícios da produção, da cultura e do bem estar.

E se o poder político vai ser este instrumento benfazejo, realizando as aspirações profundas da real maioria dos deserdados e sofredores, como se há-de olhar para ele como inimigo potencial, como adversário permanente, como o princípio do mal que importa conter e reduzir a cada passo em nome da supremacia dos direitos individuais?

Essa afirmação individualista não será, então, mera prepotência egoísta a pretender embaraçar a realização do interesse geral em nome de mesquinhas conveniências particulares?

Não foi difícil aos autores europeus, sempre preocupados em encontrar um pensamento filosófico em que

fundamentem a construção jurídica, achar a base para a nova orientação tomada pelos regimes socialistas, ou de inspiração socializante totalitária, que surgiram na Europa a partir da revolução bolchevique de 1917.

O socialismo europeu sempre se arrogou a filiação na Revolução Francesa, sobretudo na fase de 93 e de inspiração de ROUSSEAU. A democracia traduzida pela participação directa do povo na administração de todas as comunas, federadas em agregados maiores e posta ao serviço da realização sistemática e implacável de um ideal de igualdade como meio de alcançar no final a liberdade autêntica, eis o caminho. Para isso a liberdade individual em face da colectividade não conta: o indivíduo será tanto mais livre quanto mais se fundir no *moi commun*, conformando-se com a vontade geral de uma maioria que pode não saber exprimir-se em votos mas que se traduz em números no complexo social. Embora empenhado na justificação de uma monarquia corporativa prussiana, HEGEL não deixará de reelaborar as ideias do *Contrat Social* em termos que seriam aproveitados mais tarde por direitas e esquerdas sobretudo no sentido totalitário, e incorporadas, com o método dialéctico, no pensamento colectivista.

Segundo HEGEL o homem só pode erguer-se acima do estado de natureza, (no qual estaria entregue ao domínio das leis físicas, e, por isso, imerso no “mundo da necessidade”) graças à razão que orienta a sua vontade. Mas o homem isolado pouco conseguiria, já que a frágil razão subjectiva não poderia passar além de um estádio primário de consciência moral. Só em sociedade logrará, pois, firmar-se o domínio da razão sobre a Natureza, uma razão feita de experiência colectiva, a Razão objectiva traduzida em normas jurídicas e personificada no Estado. Sendo a liberdade o domínio da razão sobre a Natureza, se a Razão verdadeiramente libertadora está nas leis jurídicas e no Estado que as define e impõe, os homens serão tanto mais livres quanto mais identificarem a sua conduta com as

normas jurídicas, e, portanto, mais íntima e positivamente contribuir para a coesão e o vigor do Estado, tradução do “mundo da liberdade”.

E daí as célebres afirmações dos “*Princípios da Filosofia do Direito*” (§.º 248): “O Estado... é o racional em si e por si: esta realidade substancial é um fim próprio absoluto, imutável, no qual a liberdade alcança o seu valor supremo e, assim, esse fim último possui um direito soberano sobre os indivíduos, cujo mais alto dever é o de serem membros do Estado. ”

“Desde que (o Estado) é o Espírito objectivo, o indivíduo em si próprio não tem objectividade, nem verdade, nem moralidade senão como membro dele. ”

Eis os princípios que vamos ver inspirar o Direito Público, em geral, e em particular o Direito Administrativo, nas repúblicas socialistas do Leste europeu (incluindo a U.R.S.S.) e que tentaram penetrar na ordem jurídica dos países onde se instalaram regimes totalitários de outro tipo (nacional-socialista, afinal) embora nestes tivessem de lutar com as concepções tradicionalmente arreigadas no espírito popular.

7. Na lógica destes princípios deixa de ter lugar a preocupação liberal de defender os direitos dos indivíduos mediante a limitação jurídica da autoridade. O antagonismo liberdade — autoridade, traduzindo a oposição entre indivíduo e Estado, perde o sentido. O indivíduo será tanto mais livre quanto mais se identificar com o Estado, o qual, por sua vez, deve exprimir a vontade geral, apurada pela manifestação da maioria dos votos ou determinada por quem, de entre a massa popular, revele particular capacidade de visão e consciência dos objectivos colectivos a atingir como correspondendo aos profundos, embora ignorados, anseios do mais largo e desprotegido estrato da comunidade.

O Direito Administrativo liberal está, como vimos, profundamente impregnado pela ideia da limitação jurí-

dica do Poder como fonte das liberdades individuais. Os direitos dos cidadãos são declarados ou definidos por lei, e só a lei, votada pelos órgãos representativos, pode restringi-los. A Administração tem de agir dentro da legalidade: as suas decisões impõem-se na medida em que exprimem a vontade da lei naquele caso concreto. O momento em que o indivíduo pode eficazmente fazer valer os seus direitos é o da impugnação, perante um órgão jurisdiccional, da legalidade do acto definitivo e executório praticado pela autoridade administrativa. Esse momento coincide com o início do processo contencioso, aquele em que se declara a opposição entre a pretensão administrativa e os interesses individuais, confiando-se a uma jurisdição independente e imparcial a missão de verificar e decidir com qual dos oponentes está a lei.

Ora no que podemos chamar a visão socialista do Direito Público as coisas tendem a passar-se por modo diverso. A primeira diferença a notar está na negação da opposição entre interesses privados e interesse público. O interesse privado satisfaz-se através da realização dos interesses colectivos. A socialização dos instrumentos de produção, aliás, reduz consideravelmente a esfera privada. O indivíduo, liberto da dependência económica que o sujeitava a outros indivíduos, encontra na sua integração na colectividade, de que é membro e como tal partícipe da titularidade da propriedade colectiva, a afirmação da sua liberdade. Não havendo opposição entre os seus interesses e os interesses da colectividade, para quê falar de garantias individuais ou de limitação da autoridade pública?

A definição de *direitos individuais* traduzia a visão burguesa da vida, satisfeita com a mera atribuição formal e igualitária de faculdades jurídicas que só alguns tinham condições para efectivamente exercer, enquanto a maioria, desprovida de meios económicos para se afirmar, era obrigada a contentar-se platónicamente com a dignidade da cidadania. A liberdade só tem sentido quando possui objecto possível: e será tanto maior quanto maior número

de pessoas tiver possibilidade económica de comer, se distrair, viajar...

Por isso a concepção socialista se refere com desdém à “legalidade formal” do Estado de Direito burguês, e às preocupações de limitação do poder mediante a garantia dos direitos individuais.

O que importa é assegurar a participação efectiva de cada qual nos bens produzidos e, individualmente ou através de órgãos representativos, na expressão da vontade geral. E que, desfeita a opposição de interesses resultante da divisão em classes, toda a organização da sociedade vise constantemente a realização do bem estar colectivo segundo um critério de justiça material na distribuição dos bens.

Daí o *centralismo democrático* na organização do Estado socialista, que à participação de representantes dos cidadãos em todos os níveis da organização administrativa, alia a hierarquização dos órgãos desses níveis de modo a garantir a unidade do espírito na pluralidade de deliberação e execução.

A vida dos indivíduos fica, naturalmente, nas sociedades donde se excluiu a empresa privada, estreitamente dependente da administração pública. Toda a vida social depende de um plano imperativo executado sob o comando de uma direcção central. É preciso que as relações de cada um com os serviços administrativos decorram em termos precisos e claros, de modo a facilitar às pessoas os contactos com os serviços e a estabelecer precisamente as funções e deveres destes.

8. A legalidade socialista é, porém, um instrumento ao serviço dos fins da colectividade. Domina-a a preocupação da realização progressiva e constante dos objectivos sociais a atingir — os interesses do povo trabalhador, a edificação do socialismo. . ou o cumprimento do plano global periódico a que todos os órgãos do Estado estão subordinados. As leis deixam de ser a expressão do Direito

a que toda a vida individual e social se deve submeter no Estado, para se transformarem em meios de realizar esses objectivos. A separação de poderes não tem mais lugar, e os próprios órgãos que superintendem na administração podem legislar e possuem a faculdade de interpretar largamente as leis, segundo o critério teleológico que domina a sua actividade.

A esta concepção da legalidade está ligado o grande relevo dado ao Direito processual na medida em que assegura a participação dos membros da colectividade nas deliberações colectivas, e lhes permite obter dos órgãos administrativos as prestações que sejam devidas. Essas prestações assegurando trabalho, alojamento, alimentação, vestuário, cultura, distracção, dão um “conteúdo substantivo” à liberdade, que consiste em dispor delas de harmonia com as necessidades do desenvolvimento da personalidade.

Deste modo, o processo administrativo de maior importância, aquele ao redor do qual se vão condensar as normas jurídicas da Administração Pública, hipertrofiada no seu âmbito de acção, é o que podemos chamar o processo gracioso. Através dele, se traçam as regras que há-de seguir a formação, a manifestação e a execução da vontade dos órgãos administrativos assegurando-se a participação conveniente e justa dos membros da colectividade.

A garantia formal da justeza da decisão a tomar reveste maior importância do que a discussão jurisdiccional da legalidade da decisão já tomada.

E se essa legalidade está impregnada de valores políticos e económicos a cuja efectivação a letra dos preceitos se subordina, não seriam, de resto, os juizes (mesmo “populares”, isto é, eleitos) os mais indicados para aferirem da sua observância. Daí que em vários países socialistas haja desaparecido a própria fiscalização contenciosa dos actos administrativos, substituída, salvo em casos especiais, pelo chamado *duplo contrôle — horizontal*, de cada con-

selho popular sobre os seus órgãos administrativos, ou *vertical*, dos conselhos superiores e seus órgãos, sobre os inferiores.

As leis administrativas deixam, pois, de ser olhadas como processo de limitação do poder político, para passarem a desempenhar o papel de regras orientadoras da actividade da máquina estadual na realização dos seus objectivos próximos e remotos e da participação dos indivíduos na vida colectiva, quer como intervenientes na formação das resoluções dos órgãos, quer como beneficiários das prestações que lhes são destinadas.

9. Do que fica exposto infere-se já a importância considerável que na formação e na evolução do Direito Administrativo tem tido o processo.

No Direito Administrativo considerado como disciplina de limitação do poder, o que interessa fundamentalmente é a definição das atribuições e da competência dos órgãos da Administração. Assente que a competência só da lei pode provir, a zona de actividade não atribuída aos órgãos administrativos corresponde ao domínio da liberdade dos administrados.

Qualquer acto praticado fora da competência dos órgãos, ou infringindo o objecto legal dos poderes que a integram, ou sem observância das formalidades que condicionam o seu exercício, é ilegal. As garantias da legalidade estão então ao dispor dos indivíduos e, delas, a mais eficaz é o recurso aos tribunais.

Em França a existência de tribunais administrativos como órgãos da própria Administração e totalmente independentes dos tribunais judiciais permitiu que, a partir do recurso contencioso, se edificasse todo um novo sistema jurídico. A discriminação entre os actos cujo conhecimento pertence aos tribunais administrativos e aqueles que são do foro judicial tornou possível extrair do Direito Comum o acervo das matérias próprias do novo ramo de Direito. Sobre a prática dos tribunais se constroem as teorias do acto administrativo e do contrato administrativo.

E, por isso, se compreende que alguns dos mais eminentes autores franceses iniciassem a exposição dogmática nos seus tratados pelo Contencioso administrativo.

Se bem que os tribunais não pudessem deixar de averiguar da legalidade da formação do acto administrativo e nessa medida se ocupassem das formalidades legais, decretando a anulação nos casos em que fosse provado o vício de forma, pode dizer-se que a importância do processo contencioso como instrumento fundamental de garantia da legalidade administrativa e dos direitos individuais ofuscou o processo gracioso regulador das relações directas entre a Administração e os administrados.

E todavia o ensaio de uma administração local democrática fizera pôr em relevo, como vimos em Portugal, o processo eleitoral e o processo de reunião e deliberação dos órgãos locais autárquicos.

Em Espanha não só essas mesmas preocupações haviam sido traduzidas nas suas leis municipais desde o princípio do século, como a necessidade de disciplinar os contactos dos administrados com os órgãos da administração central levou em 1889 à publicação da lei de bases sobre procedimento administrativo, depois regulamentada em numerosos textos.

E na Áustria a jurisprudência do Tribunal Administrativo Supremo acerca das formalidades cuja inobservância determina a anulação por vício de forma, chama a atenção para a conveniência de uma regulamentação mais cuidada e geral da matéria, originando a publicação em 1925 das célebres quatro leis sobre o processo administrativo gracioso que tamanha influência iriam ter no Direito Administrativo dos países da Europa central.

Estes progressos feitos aqui e ali pelo processo gracioso não saíam, porém, do quadro da limitação jurídica do Poder. A doutrina austriaca (como hoje a portuguesa) insistirá mesmo na ideia da unidade processual, não passando o recurso contencioso de uma nova fase do processo

iniciado no seio da Administração e em que um órgão desta se haja pronunciado mediante decisão obrigatória e executória.

10. No decorrer deste século também na Grã-Bretanha os autores têm dado relevo ao processo gracioso.

À doutrina durante tantos anos sustentada por DICEY da incompatibilidade entre o Direito Administrativo e a *Common Law*, foi sucedendo uma outra posição que o próprio DICEY nos últimos anos da sua vida teve de admitir. Surgiu um Direito Administrativo inglês, mas que não podia basear-se, como o francês, na especialidade da jurisdição administrativa e do recurso contencioso, uma vez que se mantem a competência das *courts* para conhecer da legalidade do procedimento dos detentores do poder público mediante o emprego dos remédios ordinários ou extraordinários da *Common Law*.

O Direito Administrativo britânico ocupa-se, pois, dos órgãos da Administração e da sua actuação exorbitante dos quadros clássicos da *Common Law*: as faculdades legislativas exercidas por delegação do Parlamento (originando a “legislação delegada”) e as decisões obrigatórias para os cidadãos.

São estas decisões que, em certos casos, só podem ser tomadas mediante prévio inquérito em que aos interessados é facultado fazer valer as suas razões (*statutory inquiry*) ou que podem ser impugnadas perante tribunais privativos dos próprios serviços onde foram produzidas (*administrative tribunal*) de cujas resoluções cabe recurso para a competente *court*, a fim de ser obtida a anulação dos actos praticados *ultra vires*.

Assim aparece no Direito britânico (como no Direito dos Estados Unidos da América) um tipo de processo gracioso destinado a permitir a participação dos particulares na elaboração das decisões administrativas, de modo a que o órgão possa, ao decidir, ponderar todos os inte-

resses legítimos em causa. É ainda a ideia de uma Administração que não se limita à execução das leis, devendo, para além das leis, respeitar os direitos individuais e os próprios interesses legítimos que possam estar envolvidos no problema a resolver. Esta integração do processo administrativo gracioso no quadro da legalidade é patente nos Estados Unidos, onde o *Federal Administrative Procedure Act* de 1946 traduz a exigência constitucional do “due process of law” para os casos em que a Administração tenha de tocar na vida, na liberdade ou na propriedade de alguém.

11. Deste modo, nos países não socialistas não pode dizer-se que a regulamentação do processo administrativo gracioso seja inexistente ou irrelevante. Mas a sua concepção e regulamentação estão contidas nas instituições do Estado de Direito ou de Legalidade, não fugindo à função limitadora da autoridade, cujo exercício condiciona, e encontrando-se sujeitas ao contróle que em matéria formal exercem, quanto à regularidade do acto produzido, os tribunais de anulação.

E nos países socialistas?

O primeiro ponto em que se terá de insistir é o da profunda diferença que oferece a sua Administração relativamente à daqueles países em que prevalece o livre mercado.

Na verdade, a supressão da liberdade de iniciativa e da livre empresa e a socialização dos instrumentos de produção coloca os indivíduos muito mais dependentes da administração do Estado a qual, nos vários níveis, nacional e local, ou nas várias modalidades de organização, toma uma extensão latíssima.

Pode dizer-se que toda a vida social do indivíduo decorre em contacto com órgãos administrativos e na dependência deles, desde a alimentação e o alojamento, passando pela educação até ao exercício da profissão, ao

tratamento na doença e à reforma na velhice e na invalidez. O Estado, directamente, através da empresa pública ou do organismo profissional, é o senhorio, o patrão e o chefe, e acha-se onnipotente sob um ou outro cariz.

Na actividade administrativa avultam então cada vez mais as prestações dos serviços aos particulares que delas estão estreitamente dependentes.

Tem necessariamente de haver regras jurídicas de distribuição destas prestações, originando direitos e interesses dos administrados. Mas facilmente se compreenderá que na actividade administrativa que provê praticamente a tódas as necessidades individuais não pode deixar de existir larga margem de discricionaridade.

Enquanto nos países onde a Administração tem que intervir numa zona de livre actividade individual ou como árbitro entre interesses particulares diversos, prevalece a preocupação do legislador de assegurar a justiça relativa mediante a imposição de critérios jurídicos de decisão, nos países socialistas os interesses individuais só assumem expressão através do interesse colectivo. Por isso as leis sublinham o sentido funcional ou instrumental da *legalidade socialista* e acentuam que direitos ou interesses individuais tem de ser entendidos de acordo com os interesses do Estado socialista e do povo trabalhador, devendo as decisões administrativas cumprir um papel educativo dos cidadãos.

Conseguir um modo regular e ordenado de funcionamento da máquina administrativa e permitir aos interessados audiência na formação das decisões que lhes digam respeito e de que dependem tantas vêzes prestações de coisas ou dos serviços vitais, eis nesses países o objecto do processo administrativo gracioso. Processo que, na maior parte dos casos, esgota em si próprio através do recurso hierarquico num só grau, as garantias de legalidade.

Considera-se na verdade, que a regularidade formal de decisão através da observância dos trâmites processuais

assegura a justiça material “de harmonia com os interesses da sociedade socialista”.

O Direito Administrativo é, nestes países, um Direito eminentemente processual, correspondendo à realização por órgãos da Administração de interesses que na concepção ocidental se integrariam em ramos diversos da ordem jurídica — civis, comerciais, do trabalho. O que importa para a qualificação da administração não é a matéria tratada mas a competência dos órgãos e o modo de realização.

12. O processo, cumpre não esquecê-lo, é um instrumento de realização do Direito substantivo. Conhecer a importância dada num sistema jurídico ao processo administrativo nas suas fases graciosa ou contenciosa é indispensável, mas não necessariamente suficiente para caracterizar o Direito Administrativo desse sistema.

Digo que não é *necessariamente* suficiente, pois em certos casos pode sê-lo. Acabamos de ver como nos países socialistas o Direito Administrativo poderá ser concebido como um Direito processual. A supressão da livre iniciativa, da autonomia da vontade privada, da liberdade contratual e da propriedade particular num regime comunista autoritário apaga as fronteiras entre o Direito Privado e o Direito Público, admitindo-se apenas a gradação da publicidade dos interesses. E, como ficou dito, o Direito Administrativo compreenderá a par das normas orgânicas da administração do Estado, apenas as regras disciplinadoras da realização processual dos interesses juridicamente protegidos através dos órgãos administrativos.

Mas nos países onde se mantenha a distinção entre os dois grandes ramos da Ordem Jurídica, (e dêsses pasamos a tratar) o processo administrativo é a parte adjetiva de certas matérias que constituem a substância do Direito Administrativo.

Deixamos de lado a questão da existência de processos do tipo administrativo nos próprios tribunais judiciais, quando exerçam a chamada jurisdição voluntária ou graciosa.

Para nós o processo administrativo que interessa é o que corresponde ao desempenho dos poderes dos órgãos da Administração Pública, abrangendo a constituição e o funcionamento desses órgãos, as formalidades da sua deliberação, *ex officio* ou a requerimento dos particulares, e a execução das decisões tomadas.

O processo administrativo aparece-nos, pois, ligado à noção de “órgão administrativo” com sua competência definida por lei dentro dos fins ou atribuições assinadas à pessoa colectiva de que faz parte.

As atribuições das pessoas colectivas de Direito Público e a competência dos respectivos órgãos permitem-nos assim penetrar no âmbito do Direito Administrativo material. Mas ainda aqui a doutrina tradicional influenciada pela distinção clássica entre o soberano e o Fisco, excluía desse âmbito os actos em que se não manifestassem prerrogativas da autoridade e que, portanto, as entidades administrativas poderiam praticar nos mesmos termos que os particulares e com efeitos regulados pelo Direito Privado.

Hoje começa a desenhar-se a tendência para chamar ao Direito Administrativo algumas, senão tôdas, as formas de actuação administrativa, desde que nelas se manifestem particularidades da Administração Pública. Essa tendência revelou-se, primeiro, pela entrega aos tribunais administrativos, através de uma “competência por atribuição”, de algumas categorias de actos ou relações em que rigorosamente não se vislumbrava “prerrogativa” Depois pela necessidade de incluir no regime da Administração novas categorias de entidades, como as empresas públicas constituídas sob forma de sociedade comercial, ou as empresas de economia mixta que guardando as aparências priva-

tistas têm, porém, embuscadas por detrás, as conveniências e as razões do Poder determinadas pelo interesse geral.

Neste caso tenderá a ser administrativo tudo o que respeitar às atribuições e competência de órgãos qualificados como pertencentes à Administração Pública.

No Direito Administrativo assume, em qualquer caso, a maior importância o conjunto das normas reguladoras da orgânica da Administração e das suas atribuições. Mas se a determinação do que é a Administração Pública, quais as entidades que a constituem e os órgãos através dos quais actuam, é um capítulo fundamental do Direito Administrativo, como base da sua construção, não poderia ficar-se por aí.

Quedaríamos reduzidos a um Direito de estrutura, deixando livre o funcionamento dos órgãos e entregues ao arbítrio interesses e pessoas. Não era diferente o que se encontrava neste domínio nas monarquias do antigo regime e nem por isso se admitia então que houvesse Direito Administrativo. É indispensável definir o que compete aos órgãos, considerando estes vinculados à sua competência.

O Direito Administrativo não se encontra confinado, tão pouco, à disciplina interna dos serviços e dos seus agentes.

Quando, por vêzes, alguns inovadores impacientes proclamam que o Direito Administrativo moderno se caracteriza pela preocupação de adaptar a estrutura administrativa e o seu funcionamento às exigências sociais ou à realização de planos, isto, que pode ter um sentido válido na Ciência da Administração, implicaria em termos jurídicos a concepção de um mero Direito disciplinar quando entendido, como esses autores pretendem, em oposição à ideia de Direito limitador da autoridade e garante das liberdades.

A estrutura hierárquica, com os poderes reconhecidos à chefia suprema onde a autoridade administrativa se

alia ao poder político de modo a fazer convergir esforços num sentido comum mediante a obediência a ordens vinculantes, origina uma disciplina. Mas é uma disciplina interna, cujas normas, tal como sucede com as normas orgânicas, só indirecta e reflexamente podem aproveitar aos administrados e proteger os seus interesses.

Ora na medida em que a Administração realiza interesses públicos que podem estar em conflito com direitos de particulares, satisfaz necessidades colectivas individualmente sentidas, ou acautela, harmoniza e controla interesses particulares, origina-se um contacto imediato entre os seus órgãos e agentes e os administrados, que suscita relações numerosíssimas.

Não resta dúvida de que os serviços administrativos se guiam na sua actividade em grande parte por preceitos técnicos, das ciências ou artes e até pura e simplesmente da Ciência da Administração. Mas esses serviços estão integrados em entidades jurídicas cuja orgânica e cujas atribuições devem ser reguladas pelo Direito.

Na própria definição das atribuições das entidades administrativas e da competência dos seus órgãos reside, pois, a primeira garantia dos cidadãos, na medida em que podem exigir dos serviços o cumprimento dos seus deveres ou contestar a validade dos actos praticados *ultra vires*.

Em qualquer regime pode a Administração Pública receber poderes, que traduzam privilégio, em relação ao Direito Comum, para prosseguir interesses públicos eficazmente mas só num regime de legalidade, em que esses poderes sejam conferidos e regulados por lei cuja obrigatoriedade se imponha a administradores e administrados, é que se pode falar em Direito Administrativo.

O Direito Administrativo tem assim um carácter necessariamente *relacional*, compreendendo não só as normas reguladoras da estrutura e disciplina interna da Administração, mas também as da actuação dos elementos desta

como sujeitos de direitos no exercício dos seus poderes e no cumprimento dos seus deveres legais para com os administrados.

Que estas relações com os administrados sejam de previsão, de participação, de polícia, de fomento ou de prestação, pouco importa. Como pouca importância tem o vulto assumido em cada época histórica por cada um desses tipos de relação. O facto de nos nossos dias avultarem as relações de prestação da Administração aos particulares é um problema de frequência e não qualitativo, que não pode influir na natureza e índole do Direito.

É, aliás, nessas relações que surge a necessidade de regular juridicamente o procedimento administrativo. Os processos internos de funcionamento dos órgãos tem carácter meramente técnico enquanto não se projectam na validade de actos com eficácia em relação a estranhos. Para o processo assumir carácter jurídico importa que afecte pessoas alheias às entidades administrativas, isto é, que traduza uma relação jurídica entre sujeitos de direito, e não meras relações inter-orgânicas.

13. Insisto em que o facto de, nos nossos dias, o Estado ter deixado de ser a moldura jurídica do desenrolar das livres actividades individuais, para passar a intervir activamente na satisfação das necessidades colectivas regulando a vida económica e as relações do trabalho e tornando-se empresário através dos serviços e das empresas públicas, pode influir na *extensão* do Direito Administrativo, mas não no seu *carácter*.

O Estado de Direito correspondeu a um ideal de democracia liberal que os tempos ultrapassaram. A essa concepção opuseram os socialistas e os meros intervencionistas outras fórmulas — Estado Cultural, Estado Ético, Estado do Bem-Estar, Estado-portador-ideais, ou, como reza a Lei Fundamental da República Federal Alemã, Estado Social de Direito.

Tôdas estas fórmulas procuram significar que o Estado não é um simples aparelho ao serviço de direitos individuais formais e por êles condicionado, deixando à livre concorrência e à selecção natural o papel de motores do progresso. Pelo contrário: o Estado tem uma missão positiva a cumprir ele próprio na realização do interesse colectivo, para o desempenho da qual lhe é lícito sacrificar interesses particulares e condicionar o exercício dos direitos individuais. No desempenho dessa missão o Estado congloba energias e recursos, reunindo os bens e organizando os serviços necessários para a levar a cabo, de acordo com planos executados autoritariamente.

Repare-se, porém, que sempre estão em causa valores jurídicos. No Estado de Direito concebe-se a Justiça como garantia dos direitos individuais naturais e da liberdade do seu exercício em conformidade com as leis teòricamente tradutoras da vontade geral. No Estado do Bem Estar a Justiça é vista por outro prisma, como distribuição equitativa dos bens da vida, de modo a proporcionar a cada um a possibilidade de fluir, através da “igualdade de oportunidades”, um quinhão das riquezas culturais e materiais acumuladas pelo esfôrço colectivo.

Num caso temos a Justiça formal que assegura a cada um as faculdades de existência e acção, deixando-o livre de utilisá-las ou não em benefício próprio. No outro uma Justiça material que promove a distribuição dos bens entre os homens segundo os seus méritos ou necessidades, de acordo com certo critério de equidade.

Em ambos os casos a tradução desta Justiça há-de fazer-se em normas de conduta, em leis. A legalidade pode ser inspirada num ou noutra sentido político, mas é sempre legalidade. Porque quanto mais extenso e complexo é o âmbito do Estado mais a sua actividade carece de regulamentação. E quanto mais dependente o indivíduo se torna do Estado, mais imprescindível é a definição da sua posição nele ou em face dos seus órgãos e serviços.

O Estado do Bem Estar ou Estado Social não pode ser pensado como Poder arbitrário a cuja mercê fiquem os indivíduos. É possível que as fórmulas democráticas ponham de parte os ideais do liberalismo, sobrepondo os caprichos da vontade geral às razões do Direito Natural: mas, desde que exista uma formulação de normas gerais, existe uma limitação jurídica da actividade concreta dos órgãos estaduais.

Essa limitação continua a existir mesmo nos casos em que, por delegação legislativa ou atribuição constitucional, é dado ao governo publicar leis. Uma auto-limitação é sempre limitação e toda uma hierarquia de funcionários deve acatamento no seu procedimento aos decretos legislativos.

A ideia do Estado de Legalidade, em que a competência dos órgãos administrativos deriva necessariamente da lei (entendida como norma geral) e por ela é regulada e limitada, dependendo os próprios poderes discricionários de atribuição legal é, pois, compatível com as finalidades que ao Estado possam definir-se de promoção da Cultura, do Bem Estar ou da Justiça Social.

E como à construção do Direito Administrativo basta o alicerce de legalidade, não se vê onde o carácter deste seja afectado pelos rumos diversos que ao Estado se pretenda imprimir.

14. Chegamos assim à conclusão de que o Direito Administrativo do Ocidente europeu conhece, de há cinquenta anos a esta parte, uma notável extensão do âmbito da sua aplicação mas não mudou, nem tem de mudar por isso, o seu carácter.

Èle compreende o estudo das normas de organização e disciplina da Administração Pública, que traçam a esfera própria da sua acção, atribuem poderes aos seus órgãos e regulam os modos de exercício da sua actividade. Mas essencialmente define as linhas de fronteira do poder

administrativo, ressaltando legítimos interesses particulares através da previsão de meios de garantia que se impo-  
nam à autoridade.

O alastramento nos países não socialistas da intervenção administrativa num número crescente de sectores da vida económica e social reduziu a zona deixada à livre iniciativa e à livre empresa, restringiu e condicionou direitos individuais, aumentou a dependência em que os particulares se encontram relativamente ao Estado, mas não suprimiu os interesses privados nem os desproveu de protecção jurídica.

O papel do jurista não pode ser o de bater em retirada na reivindicação dessa protecção dos interesses privados pela observância da legalidade, sob o pretexto de que a realidade sociológica tende para a opressão do individuo pelo Estado e para o aniquilamento da liberdade individual absorvida pela colectividade.

Quanto mais o individuo depende dos serviços públicos para manter a sua existência, mais se destaca o seu interesse em que seja respeitada a legalidade no funcionamento desses serviços vitais e na justiça da distribuição das suas prestações. Os países socialistas reconhecem-no ao regularem a intervenção dos administrados no processo administrativo.

Ninguém nega que os serviços telefónicos sejam úteis e benéficos e que neles se estabelece um sistema de colaboração entre a entidade que os presta e o público. Nem por isso deve permitir-se, num Estado que ressalve o valor da pessoa humana, que os seus órgãos dirigentes possam recusar a seu bel-prazer o uso do serviço a qualquer cidadão, ou proceder à escuta abusiva das suas conversações, ou cortar ligações e retirar aparelhos arbitrariamente. Pois é na delimitação desses poderes e na garantia dos direitos dos administrados resultantes da regulamentação deles que está a essência do Direito Administrativo.

O Direito Administrativo só existirá como Direito substantivo na medida em que continue a ser concebido como o ramo da Ordem Jurídica em que se regulam as relações entre a Administração e os administrados, traçando o âmbito próprio da acção daquela e garantindo a estes a protecção da legalidade como expressão da Justiça.