

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DOGMÁTICA ADMINISTRATIVA NO MODERNO ESTADO SOCIAL

RUI CHANCERELLE DE MACHETE

SUMARIO: Introdução. A situação presente na Alemanha Federal. O impacte da nova realidade na doutrina italiana. A evolução da doutrina francesa. Breve menção à situação em Portugal. Adenda final.

Introdução

1. O Estado democrático dos nossos dias, ao tornar-se produtor de bens e serviços, promotor e garante do desenvolvimento ou, pelo menos, sustentáculo de um não decrescimento económico, e ao ser a mais decisiva agência de redistribuição da riqueza, transmutou-se, passando da antiga forma de Estado liberal a Estado social. Esta nova estrutura constitucional dos países que se mantiveram fiéis ao pluralismo político foi-se desenvolvendo gradualmente, pesem muito embora algumas convulsões aqui e além registadas, mas destacou-se nitidamente da anterior a partir do termo da Primeira Guerra Mundial. Com o seu aparecimento, rompeu-se a simplicidade da antiga dicotomia entre a Sociedade e o Estado, conhecidos como mundos regidos por princípios distintos e apenas interligados em alguns pontos bem circunscritos: — fundamentalmente através da representação política do Povo no parlamento e da subordinação do Executivo a este último —, apresentando-nos, hoje, a realidade formas de organização social e política muito mais complexas e de contornos difusos.

Nessa evolução todas as funções do Estado sofreram alterações profundas. O próprio princípio da separação de poderes, que cedo tinha perdido o sentido original de equilíbrio de forças sociais com que Montesquieu o pensara, alargado agora à esfera, longo tempo extra-constitucional, dos partidos políticos, passou a traduzir, sobretudo nos regimes parlamentares e semi-presidenciais, a contra-posição entre o governo, com a maioria parlamentar que o apoia,

e a oposição. A perspectiva mais formal, ligada à repartição de competência entre os órgãos constitucionais e às respectivas funções, acrescentou-se uma dimensão mais política, respeitante aos grupos que exercem os poderes e à diversidade do seu papel e importância no processo de decisão política.¹

Foi, porém, a Administração Pública quem registrou as modificações mais amplas, nos seus objectivos, orgânica e modo de agir, porque foi também sobre ela que repousou a responsabilidade principal da concretização de novos fins e fisionomia do Estado. Esta situação da Administração e do direito que a rege, tão diferente da anterior, só lentamente, porém, e vencendo muitas resistências, tem vindo a ser reconhecida pela dogmática e pela jurisprudência administrativas dos diversos países. A célebre afirmação de OTTO MAYER, tantas vezes recordada, de que “o Direito Constitucional muda, o Direito Administrativo permanece”² caracteriza melhor a relativa insensibilidade da ciência jurídica às inovações do que à estabilidade do ordenamento jurídico cujo estudo aquela tem por objecto.

2. A relação dialéctica existente entre o sistema objectivo e o sistema de conhecimentos implica que as modificações na estrutura do Estado devam necessariamente ter a sua tradução no sistema científico que interpreta e compreende essa realidade.³ O Direito Administrativo, como qualquer outra disciplina científica, representa sempre uma explicação provisória destinada a ser subs-

1 O modo de entender a relação entre as duas perspectivas, a prevalência dada a uma sobre a outra, a “redescoberta” pela Teoria Geral do Estado do poder político e da importância de um domínio próprio do governo irredutível à execução das leis constituem os termos dominantes da moderna problemática da separação de poderes. Sobre a relevância do poder político na teoria constitucional, ver RUDOLF SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2ª ed., Berlim, 1968, ps. 68 e segs. Sobre as perspectivas jurídica e política na temática da separação dos poderes, vejam-se as judiciosas considerações de MARTIN DRATH, *Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht*, agora na colectânea organizada por H. RAUSCH, *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*, Darmstadt, 1969, ps. 21 e segs. Constitui um bom exemplo da crítica ao dogma da separação dos poderes, na sua pretensa intemporalidade e imodificabilidade, o capítulo que KARL LOEWENSTEIN escreve na *Teoria de la Constitución*, tradução espanhola, 2ª ed., Barcelona, 1970, “Sobre a anatomia do processo de Governo”, sobretudo, a ps. 54 e segs.

2 *Deutsches Verwaltungsrecht*, prefácio à 3ª edição, reimpressão, Berlim, 1961. O prefácio é de Agosto de 1923.

3 Sobre o exacto significado da conhecida expressão de OTTO MAYER, vejam-se as considerações de OTTO BACHOF, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, nº 30, 1972, ps. 204-206.

3 CLAUDIUS-WILHELM CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlim, 1969, p. 72.

tituída por outra mais geral e adequada ao seu objecto. A transitoriedade das construções nas ciências sociais deve-se, não apenas ao progresso do conhecimento sobre um objecto que seja estático, mas também à dinâmica deste. O profundo sentimento de insatisfação, que transparece nos comentários de muitos administrativistas, resulta precisamente da tomada de consciência do desfazamento que se nota entre o que é a Administração Pública hodierna e o instrumento da ciência do Direito Administrativo que a estuda. Paradigmática, entre tantos outros exemplos, é a célebre conferência de PETER BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*.⁴ Partindo do princípio de que a alteração nas funções do Estado tem de igualmente conduzir a uma mudança no método do Direito Administrativo,⁵ considera que a ciência jurídica administrativa, representada sobretudo na obra de OTTO MAYER e dos seus seguidores, FRITZ FLEINER e WALTER JELLINEK, desenvolveu os seus conceitos e sistemática sobre a ideia do Estado liberal, criando uma teoria das formas jurídicas, esvaziada de conteúdo e alheia aos fins de actividade administrativa.⁶ OTTO MAYER recusou o método de LORENZ VON STEIN, por ser sociológico e meta-jurídico, mas o positivismo do método jurídico que seguiu, revelar-se-ia inadequado à compreensão da Administração na sua função de intervenção social e como prestadora de serviços.⁷ Na linha de FORSTHOFF, BADURA preconiza deduzir o método do Direito Administrativo da opção constitucional pelo Estado social.⁸ Com efeito, o introdutor do conceito de *Daseinvorsorge*⁹ continua a entender que uma das graves deficiências do sistema jurídico-administrativo, tomado no seu sentido subjectivo, é o de não ter ainda dado o devido relevo à Administração prestadora de serviços (*Leistungsverwaltung*),¹⁰ de não ter ainda sido repensado o Estado de Direito em face da nova realidade constitucional, tão diferente da do Estado burguês, de modo a serem forjadas novas formas que salvaguardem as garantias jurídicas nos dias de hoje.¹¹

A Situação Presente na Alemanha Federal

3. Na discussão que presentemente se trava na Alemanha sobre o papel de dogmática jurídico-administrativa, a sistemática

4 Tubingen, 1966.

5 Ob. cit., p. 5.

6 Ibidem, p. 16.

7 Ibidem, p. 17.

8 Ibidem, p. 23.

9 *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Estugarda — Berlim, 1938.

10 *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. I, 10ª ed., Munique, 1973, p. 368.

11 Ibidem, p. 57.

de OTTO MAYER constitui o ponto comum de referência.¹² E, na verdade, por aquilo que ela representou na consubstanciação de uma ciência jurídico-administrativa e pela influência que ainda hoje detém, como é reconhecido mesmo pelos seus críticos, a questão pode resumir-se a saber em que termos os princípios, os conceitos, as linhas de força fundamentais em que assenta a construção de OTTO MAYER e dos seus principais seguidores explicam, ainda agora, satisfatoriamente, a Administração Pública do Estado da moderna sociedade industrial. Para alguns, face à evolução histórica há, contudo, apenas que introduzir algumas inovações maiores ou menores aqui e além, mas o sistema básico mantém-se inalterado;¹³ para outros, é necessário ir mais longe e substituir, por completo, os instrumentos conceptuais clássicos tradicionais.¹⁴

Distinguindo entre Administração restritiva ou agressiva (*Eingriffsverwaltung*) e Administração prestadora de serviços (*Leistungsverwaltung*) como o propôs FORSTHOFF,¹⁵ ou entre Administração ordenadora (*Ordnungsverwaltung*) e Administração prestadora de serviços como o sugerem BADURA,¹⁶ WALTER SCHMIDT¹⁷ e HANS WOLFF¹⁸ ou, ainda, separando a função executiva (*Volzugsfunktion*) da função conformadora (*Gestaltfunktion*) como o prefere BROHM,¹⁹ para com o primeiro termo da classificação se referirem à Administração clássica do Estado Liberal e com o segundo às novas missões que a Administração recebeu no Estado

12 FRIAUF, por exemplo, utiliza o nome de OTTO MAYER como forma abreviada de se referir aos defensores actuais da doutrina tradicional, no artigo de apreciação ao trabalho de HANS RUPP (*Grundfragen des heutigen Verwaltungsrechtslehre*) publicado em *Der Staat*, 1970, ps. 223 e segs., especialmente a p. 226.

13 É, v.g. o caso de OTTO BACHOF, no relatório à reunião de 1971 "Associação de Professores de Direito Público Alemão", já citado; "*Die Dogmatik...*", especialmente ps. 207 e segs. BACHOF fora anteriormente mais crítico em relação a OTTO MAYER, particularmente no que respeita à função do acto administrativo considerado como conceito central do sistema daquele, no seu artigo "*Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwertigen deutschen Verwaltungsrecht*", publicado em *Staatsbürger und Staatsgewalt*, Iubiläumsschrift zum 100 Jährigen Bestehen des deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Karlsruhe, 1963, vol. II, p. 3 e hoje reproduzido em *Wege zum Rechtsstaat*, Königstein, 1979, p. 245.

14 Citem-se, também a título de exemplo, para além dos já referidos FORSTHOFF, BADURA e FRIAUF, WALTER SCHMIDT, *Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 321 e WINFRIED BROHM, co-relator com BACHOF, na sessão de 1971, da "Associação de Professores de Direito Público Alemão", "*Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*", "*Veröffentlichungen des Vereinigung des deutschen Staatsrechtslehrer*", nº 30, Berlin, 1972, ps. 245 e segs.

15 Cf. *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., ps. 11 e segs.

16 *Verwaltungsrecht im liberalen...* cit., p. 22.

17 *Die Programmierung...* cit., ps. 321-322.

18 HANS WOLFF, 611, BACHOF *Verwaltungsrecht*, vol. I, 9ª ed., Munique.

19 *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts...* cit., p. 305.

social, os autores passam em revista os principais problemas da dogmática actual, salientando as notas inovadoras que agora apresentam certos temas tradicionais, ou apontando questões que acrescem ao elenco já conhecido. É assim que a crescente complexidade organizatória da Administração e o multiplicar dos centros de decisão conduziram a pôr em causa o modelo hierárquico da unidade da Administração e da eficácia dos esquemas de tutela para manter a coerência e a compatibilidade das decisões.²⁰ A análise sistémica e funcionalista, renovando a sociologia das organizações, abriu novas perspectivas à compreensão do funcionamento da Administração Pública ainda não completamente exploradas.²¹ Também o aperfeiçoamento do processo da tomada de decisão da Administração, a queda da teoria da "impermeabilidade das pessoas colectivas"²² e o estudo das relações especiais de poder²³ deram azo a que se encarassem a uma outra luz as relações interorgânicas, o processo administrativo gracioso, as posições subjectivas instrumentais e finais da Administração e dos particulares, e o significado e extensão do princípio da legalidade. O plano, a problemática da sua preparação e decisão e a defesa dos interesses por ele afectados passaram a constituir o exemplo mais importante da actividade conformadora da Administração, suscitando difíceis questões no que se refere à aplicabilidade dos conceitos de acto administrativo, de regulamento e da própria lei.²⁴ Mas, tem sido sobretudo a propósito do acto administrativo que a controvérsia se tornou mais viva. Questiona-se sobre o seu conceito, sobre se deve manter a posição central que usufruia na construção de OTTO MAYER e seus seguidores ou, antes, ser preterido pela noção de relação jurídica, analisando-se igualmente outros tipos de actos

20 BROHM fala a este propósito de uma "Administração pluralista", artigo cit., ps. 293 e segs. Cf. também do mesmo autor, *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*, 1969, ps. 15 e segs.

21 Cf., entre tantos, AMITAI ETZIONI, "A Comparative Analysis of Complex Organizations", 2ª ed., Nova Iorque, 1975; em língua alemã o claro livrinho de FRIEDER NASCHOLD, "Organisation und Demokratie"; 3ª ed., Estugarda, 1972 e NIKOLAS LUHMANN, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, ed. de Tubinga, de 1968, reedição Suhrkamp, 1973; e, para a Sociologia francesa, o livro de MICHEL CROZIER e ERHARD FRIEDBERG, *L'Acteur et le Système*, Paris, 1977.

22 Para a sua apreciação crítica, veja-se HANS HEINRICH RUPP, *Grudfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tubinga, 1965, ps. 19 e segs.

23 HERBERT KRUGER, *Das desondere Gewaltverhältnis*, VVdSTRL, 15, 1957, ps. 109 e segs.

24 Sobre o planeamento, veja-se a ampla colectânea de trabalhos, sob o título "Planung", organizada por JOSEPH KAISER, ed. Nomos, Baden-Baden, em vários volumes. Cf. do próprio J. KAISER, *Eposé einer pragmatischen Theorie der Planung in Planung I*, Baden-Baden, 1965, ps. 11 e segs. e o artigo de HANS PETER IPSEN, "Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung", in *Planung II*, 1966, ps. 63 e segs.

irredutíveis às definições clássicas. Juntamente com o acto administrativo, outros conceitos fundamentais são sujeitos ao banco de ensaio da crítica e objecto de revisão, como o de direito subjectivo público, o de discricionariedade e o de pessoa colectiva. Dada a conexão íntima desde a origem existente entre o acto administrativo e a justiça administrativa, compreende-se que a crise de um se reflecta no domínio da outra e, também, que, em alguns casos, possa acontecer o inverso, partindo-se das insuficiências das teorias clássicas face às novas realidades do processo contencioso para rever as concepções tradicionais da dogmática administrativa substantiva.

OTTO MAYER definia o acto administrativo como “uma decisão de autoridade da Administração que determina o que é o direito para o súbdito no caso concreto.”²⁵ Fundado na lei, constitui também como aquela, embora agora no caso concreto, a síntese entre a autoridade do Estado, representativa do interesse geral, e a liberdade dos cidadãos. Fora do âmbito circunscrito pela lei, ultrapassando os limites desta, o acto carece de título que o fundamente, já não assenta no interesse geral, é ilegal e, conseqüentemente, viola a liberdade dos cidadãos. A justiça administrativa, no Estado liberal, retira a sua razão de ser da fiscalização a que é submetida a acção da Administração, subordinada à lei e aplicação desta. Trata-se de averiguar se a Administração, ao praticar o acto, não extravasou dos limites que lhe eram impostos pela lei (*Schranken-doktrin*). O princípio da legalidade e a sua fiscalização contenciosa apresentam-se, no início, com carácter francamente objectivo. A tutela do particular é, apenas, indirecta. Compreende-se que sendo o objectivo fundamental a garantia do interesse público, o interesse do particular só seja protegido enquanto coincide com aquele e por causa da sua protecção.²⁶ O próprio direito subjectivo público traduz a integração do seu titular como membro da comunidade ou de povo, não é uma posição autónoma de vantagem do indivíduo contra o Estado, mas uma mera subjectivação do direito público objectivo, como o evidencia claramente a construção de GERBER.²⁷

25 *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, p. 93. Se traduzíssemos *Untertan* por particular ou destinatário, a definição pareceria de um autor contemporâneo.

26 Sobre o carácter objectivo do princípio da legalidade, na fase inicial, vejam-se por todos, os desenvolvimentos de DIETRICH LESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tubinga, 1961, ps. 156 e segs., e HANS HEINRICH RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre*, Tubinga, 1968, ps. 104 e segs.

27 Cf. *Über öffentliche Rechte*, 1852, na trad. italiana de P. L. LUCCHINI, *Diritto Pubblico*, Milão, 1971, ps. 67 e segs. Cf. tb. RUPP, *Grundfragen...*, cit., ps. 107-108, e WILHELM HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tubinga, 1968, ps. 26 e segs.

O nascimento da justiça administrativa, na Alemanha, deveu-se e foi impregnado pela ideia da protecção do particular contra o arbítrio e a ilegalidade da actuação dos funcionários que, em vez de aplicarem a lei à situação concreta, a infringiam, e se colocavam, por isso, fora do direito. GNEIST escreve textualmente: “o direito administrativo é hoje o que era desde há séculos: uma representação das prescrições normativas sobre o exercício do poder político, deduzido do Estado existente, devido ao Estado e no Estado. A correcta execução destas normas constitui dever e direito da própria autoridade e, no Estado monárquico, um dever inerente à monarquia. Trata-se, pois, no direito administrativo, de uma ordem jurídica objectiva, a qual deve ser alheia às pretensões particulares e aplicada na prossecução do direito e do bem públicos. Por consequência, todos os controles da Administração protegem simultaneamente a colectividade e o sujeito singular. Quando, nos litígios administrativos, é garantida a defesa do súbdito, e se admite o contraditório e a produção de provas, procede-se deste modo (como em processo penal) para assegurar uma execução correcta da lei”.²⁸ E mais adiante, acrescenta: “o sistema de jurisdição administrativa estrutura-se de acordo com a natureza das normas administrativas”.²⁹

Desde o terceiro quartel do século XIX, certamente que muito caminho se percorreu no aprofundamento dos institutos da justiça administrativa germânica. Mas, apesar de reformas legislativas tão significativas como a da introdução da cláusula geral, e de aperfeiçoamentos dogmáticos importantes, é só sob o impacte das novas realidades trazidas pelo Estado social, que as concepções de GNEIST e de BAHR começam a ser postas em causa. Quando a pluralidade de formas que revestem as manifestações da Administração e a acentuação do papel do processo gracioso reconduziram o acto administrativo a apenas um dos módulos possíveis de decisão susceptível de ferir os direitos dos particulares e, sobretudo, quando o âmbito cada vez mais alargado da Administração prestadora de serviços tornou claro que o administrado tem, muitas vezes, ainda mais a temer da inércia da Administração do que de medidas positivas que restrinjam ou ofendam os seus interesses, reconheceu-se que a justiça administrativa registava um “déficit”

²⁸ RUDOLF GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 3ª ed., reimp. de 1966, Darmstadt, ps. 270-271.

²⁹ *Ibidem*, p. 273. Neste ponto como o notam RUPP, ob. e p. ant. cit., e HENKE, ob. cit., ps. 30 e segs., a posição de OTTO BAHR, *Der Rechtsstaat*, 1864, reimp., de Scientia Aaden, não é essencialmente diferente. MARIO NIGRO sublinha bem este ponto, no seu precioso estudo *Silvio Spaventa e La Giustizia Amministrativa Come Problema Politico*, *Rivista Trimestrale Di Diritto Pubblico*, 1970, p. 236, nota 32 e ps. 738-739, nota 34.

que era necessário colmatar.³⁰ Cabe a autores como OTTO BACHOF o mérito de, com as suas investigações sobre o recurso contencioso contra as omissões da Administração, terem mostrado a inadequação de um sistema processual, todo ele ainda debruçado sobre a fiscalização do acto da Administração agressiva.³¹ Ao abrir novas sendas, permitiram renovar as concepções até aí sustentadas ou pelo menos não questionadas em matérias tão importantes como a dos tipos de acções admitidas no contencioso, a do objecto do recurso, da legitimidade, dos poderes de cognição e de decisão do juiz, da execução de sentenças, etc. Contribuíram, também, em medida apreciável, para o esforço crítico a que se assiste presentemente na Alemanha, no que respeita à reelaboração dos aspectos subjectivos do princípio da legalidade e o conceito de direito subjectivo público e da relação jurídico-administrativa. A estreita ligação existente entre as várias partes do sistema jurídico-administrativo, incluindo a jurisdição administrativa, conduz a que progressos verificados num domínio ajudem a melhor compreender a problemática de outras zonas do sistema e a realizar síntese mais explicativas.

4. O profundo processo de revisão, a que nos vimos referindo, não se tem limitado só à Alemanha ou aos países de língua germânica. Ressalvadas as peculiaridades de cada País, pode dizer-se que o Estado liberal de Direito constitui, na sua ideologia, e na estrutura social e política, um fenómeno generalizado a toda a Europa onde a classe burguesa triunfou.³² Se o conceito de Estado de Direito formal deve a sua primeira formulação a STAHL e, depois, a STEIN e GNEIST,³³ a verdade é que cedo foi utilizado pelos juspublicistas das outras nacionalidades europeias onde se registava a mesma ambiência cultural e florescia o constitucionalismo mais ou menos directamente derivado das ideias revolucio-

30 Para além dos já citados relatórios de BACHOF, ob. cit., ps. 214-215 e de BROHM, ob. cit., ps. 299 e segs., veja-se também, RUPERT SCHOLZ, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, VVdSTRL, nº 34, Berlim, 1976, esp. ps. 186 e segs.

31 *Die Verwaltungsgerichtlich Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, 2ª ed., inalterada da 1ª ed. de 1951, Tubinga, 1968.

32 Cf. A. SALANDRA, *La Giustizia Amministrativa Nei Governi Liberi*, Turim, 1904, esp. ps. 276 e segs., e ps. 749 e segs., e E. KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, inicialmente publicado no *Wörterbuch des Deutschen und Verwaltungsrechts*, de STENGEL, Flieschmann em 1914, e agora reproduzido nos *Gesammelte Schriften*, vol. I, Gottingen, 1960, ps. 84 e segs.

33 Cf. E. W. BOCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, publicado no *Festschrift für Adolf Arndt*, Frankfurt, 1969, e agora reproduzido em *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt, 1976, ps. 70-74.

nárias de 1789.³⁴ Por toda a parte na Europa Ocidental, ao Estado absoluto, ou à sua forma particularmente iluminada do Estado de polícia, sucedeu o Estado liberal de Direito com o seu característico sistema jurídico. Não é, por isso, de estranhar que, comungando no mesmo quadro cultural, político e económico, e sofrendo nas suas grandes linhas a mesma evolução, a passagem do Estado liberal a um outro tipo de Estado tenha produzido, nos sistemas jurídico-administrativos, metamorfoses bastante similares. Em paralelo com as modificações no sistema objectivo, as respectivas doutrinas nacionais, embora com os desfasamentos cronológicos próprios do ritmo de mudança de cada uma, têm experimentado crises análogas à referenciada na doutrina alemã. A amplitude e a profundidade dessas revisões conceptuais e as próprias modalidades concretas, por que se revelam, dependem, porém, naturalmente, do grau de afinamento e de sensibilidade de cada doutrina e também das especificidades de cada sistema adentro do género comum a que todos pertencem. Se, nos Estados continentais da Europa Ocidental, existe separação de poderes e a Administração Pública se encontra sujeita a um complexo normativo diferenciado e dá ao acto administrativo um papel principal,³⁵ a posição deste é nalguns menos central do que noutros, e o sistema de controle judicial também difere. Ao considerarmos as relações entre a lei e a Administração, tal como as configura a estrutura de cada Estado, tão-pouco encontramos uniformidades, embora o quadro de referência seja comum. A historicidade, como dimensão essencial dos sistemas jurídicos positivos, empresta a cada um uma fisionomia própria, infungível. Mas, para além das particularidades específicas, são patentes as notas do mesmo género comum.

O Impacte da Nova Realidade na Doutrina Italiana

5. A Itália é, a seguir à Alemanha, o país onde a doutrina mais fortemente tem debatido o impacte das novas funções da

³⁴ CARRÉ DE MALBERG reconhece que "a Teoria do Estado de Direito foi construída, sob a sua forma científica, pelos autores alemães". Acrescenta, porém, adiante: "mas é em França e pela Assembleia Nacional de 1789 que foram descobertas as ideias mestras e, em parte as instituições sobre que repousa o sistema do Estado de Direito." A origem francesa do sistema foi reconhecida e posta em evidência por OTTO MAYER, *Contribution a la Théorie Générale de l'État* (reimp. do CNRS de 1962) da 1ª ed., Tomo I, Paris, 1920, nota 5, ps. 488-489.

³⁵ MASSIMO SEVERO GIANNINI, no seu conhecido artigo na *Enciclopedia Del Diritto* sobre o Atto Administrativo, fala da Administração que usa o acto administrativo como um dos tipos da classificação dos poderes públicos nos ordenamentos jurídicos gerais, Vol. IV, p. 159.

Administração. A recepção do “método jurídico” por parte dos mais prestigiosos cultores do direito público transalpino,³⁶ a separação entre as figuras do direito subjectivo e do interesse legítimo, tomada como base da distinção entre a jurisdição ordinária e a administrativa, e a “sacralização” do acto administrativo³⁷ em consequência da interpretação formalista prevalecente do principio da separação de poderes explicam que assim tenha acontecido. Com efeito, também aqui o modelo de uma Administração centralizada e hierarquizada, impenetrável no seu interior à disciplina jurídica, só “pontualmente” em contacto com o administrador através da prática de actos administrativos definitivos e executórios, os quais, apesar da sua unilateralidade, impõem os seus efeitos aos seus destinatários, começou a entrar em crise, sobretudo no após guerra.³⁸

O relacionamento entre o tipo de organização administrativa e a modalidade que reveste a decisão, a atenção que tem vindo a ser dedicada ao processo administrativo gracioso e, de uma maneira muito marcante, a renovação dos estudos do processo administrativo contencioso em íntima conexão com a natureza do objecto do processo, os poderes de cognição do tribunal e as funções da execução das sentenças e ainda a análise quase espectral do poder administrativo, tudo são matérias que constituem moti-

36 Cabe a V. E. ORLANDO um papel decisivo nessa recepção. Vejam-se entre outros, *I Criteri Tecnici per la Ricostruzione Giuridica del Diritto Pubblico*, 1889, *Archivio Giuridico*, 1889 e reimpresso em *Diritto Pubblico Generale*. Scritti Varii (1881-1940), Milão, 1954, ps. 61 e segs., e a sua introdução no *Primo Trattato di Diritto Amministrativo*, Milão, 1900, ps. 37 e segs. Sobre a obra de ORLANDO, ver, GIOVANNI MIELE, *Contributi di V. E. Orlando al Diritto Amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1953, ps. 50 e segs. e C. ESPOSITO, *La Dottrina del Diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1953, ps. 69 e segs.

37 A expressão é de FELICIANO BENVENUTI, no seu artigo “*Per un Diritto Amministrativo Paritario*”, in *Studi in Memoria di Enrico Guicciardi*. Milão, 1957, p. 810.

38 Vejam-se, como representativas desta visão crítica do direito administrativo italiano, os trabalhos de M. NIGRO. *Silvio Spaventa e la Giustizia Amministrativa come Problema Politico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1970, ps. 715 e segs., esp. ps. 729 e segs., e *Problema Veri e Falsi della Giustizia Amministrativa dopo la Legge sui Tribunali Regionali*, na mesma Revista, 1972, ps. 1.815 e segs.; G. BERTI, *Momenti della Trasformazione della Giustizia Amministrativa*, nessa mesma Revista, 1972, ps. 1.861 e segs. Já relativamente desactualizado, o relatório de F. BENVENUTI, “*Gli Studi di Diritto Amministrativo*”, publicado no *Archivio Dell Istituto Per la Scienza Dell'Amministrazione Pubblica*, 1962, ps. 1.239 e segs., dá-nos uma panorâmica bastante completa da evolução e preocupações da doutrina administrativa italiana. As lições de M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, 2 vols., Milão, 1970, com amplas orientações bibliográficas, constituem um dos melhores exemplos das novas perspectivas da dogmática jurídica italiana. Do mesmo autor foram mais recentemente publicadas as *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milão, 1981, que completam e actualizam aquelas lições de 1970.

vos para revisão das perspectivas e conceitos mais fundamentais do direito administrativo. Vamos, aliás, encontrar aqui a propósito do comportamento omissivo da Administração, das insuficiências das explicações tradicionais sobre a protecção do particular pelo juiz administrativo em face das novas modalidades da intervenção da Administração, e da revalorização do conceito da relação jurídico-administrativa, as mesmas interrogações com que deparámos na doutrina alemã; haverá, porém, mais clara acentuação de determinados aspectos construtivos de natureza processual, ligados às dificuldades de fornecer uma explicação global dos poderes administrativos, dos actos em que estes se concretizam e da sua incidência sobre as situações subjectivas dos particulares de modo compatível com a divisão de competência entre os tribunais comuns e administrativos tal como é operada pelo direito positivo.³⁹ A preocupação fundamental do direito administrativo de garantir os direitos e interesses legítimos dos particulares e a análise das novas situações criadas pela Administração intervencionista, incitaram a jurisprudência e a doutrina italianas a penetrar bem para além do que o processo da impugnação permite, preso na estrutura formal do acto. Procurando atingir o âmago das relações entre o poder administrativo e a norma, reestruturaram deste ângulo de visão a teoria dos vícios do acto e a das nulidades, e tentam construir, de maneira bem mais audaz, os limites que a sentença administrativa anulatória impõe à conduta posterior da Administração.⁴⁰

A Evolução da Doutrina Francesa

6. Vimos já a importância de que se revestiu a introdução por FORSTHOFF do conceito de *Daseinvorsorge* para a ciência do direito administrativo alemão e como ele se insere nos seus esforços de adequação às novas realidades de uma Administração prestadora de serviços.⁴¹ O direito administrativo francês que, desde o "Arrêt

³⁹ Veja-se, no que respeita aos aspectos processuais e sobre a incidência no campo substantivo, por todos, o magistral estudo de M. S. GIANNINI, *Discorso Generale Sulla Giustizia Amministrativa*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1963, ps. 552 e segs., e 1964, ps. 12 e segs., e ps. 217 e segs., e a síntese de F. BENVENUTI, *Giustizia Amministrativa* in *Enciclopedia Del Diritto*, XIX, ps. 589 e segs.

⁴⁰ Cf., para além da bibliografia já citada, M. NIGRO, *Il Giudice Amministrativo Oggi*, in *Foro Italiano*, 1978, V., ps. 161 e segs., hoje reproduzido no livro *La Riforma del Processo Amministrativo*, Milão, 1980, ps. 3 e segs.

⁴¹ É interessante notar que E. KAUFMANN, ao desenhar as principais diferenças entre o direito administrativo francês e alemão, considerava que, enquanto a construção germânica se baseava no conceito de poder público, o conceito principal para os franceses era o de serviço público, muito embora reconhecesse que OTTO MAYER lhe dava também um lugar mais modesto, na sua construção, cf. *Verwaltung, Ver-*

Blanco”, assentava reconhecidamente na noção basilar de serviço público, poderia parecer estar imune a este género de dificuldade, por possuir de antemão a aparelhagem capaz de dominar as formas do Estado social. Bastará, todavia, percorrer as obras dos autores modernos mais significativos, para rapidamente nos apercebermos de quanto essa impressão é falaciosa.⁴² GEORGES VEDEL, em artigo célebre,⁴³ relembra que, para além da noção de serviço público ser imprecisa e incapaz de traduzir fielmente os dados do direito positivo, a partir do momento em que ganharam maior complexidade e diversidade os serviços públicos comerciais e industriais, há outros modos importantes de acção administrativa igualmente dignos de atenção. Mas, mais decisivamente ainda, existe outra razão para pôr em crise a noção de serviço público, considerado como a pedra angular do direito administrativo: “a solução da continuidade que a “Escola do direito público” mais ou menos inconscientemente criou entre os princípios constitucionais e o direito administrativo ou, se se preferir, a infidelidade do direito administrativo às suas indispensáveis bases constitucionais”.⁴⁴

MAURICE HAURIOU, como é sabido, utilizava na sua polémica com DUGUIT e JÈZE a noção de Administração como poder público, valorizando, assim, os meios de acção e secundarizando os fins prosseguidos. Para o Professor de Toulouse, foi o erro de atribuir primazia ao fim que permitiu a criação de uma “Escola do serviço público”.⁴⁵ Parte da doutrina francesa actual, retomando o ensinamento do grande institucionalista, atribui importância decisiva às noções de poder executivo, de prerrogativa de autoridade e às

42 Cf. As considerações gerais de CHARLES DEBBASCH, *Le Droit Administratif Face à l'Evolution de l'Administration Française*, in *Mélanges Offerts A Marcel Waline*, Paris, 1974, Vol. II, ps. 343 e segs.

43 *Les Bases Constitutionnelles du Droit Administratif*, *Études et Documents du Conseil d'État*, nº 8, ps. 21 e segs., agora reproduzido em A. LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO e G. VEDEL, *Pages de Doctrine*, Paris, 1980, Vol. II, ps. 129 e segs.

44 Art. cit., *Pages de Doctrine*, Vol. II, p. 136. Sobre a crise do conceito de serviço público, a bibliografia é muito numerosa. V., por todos, além do artigo de VEDEL já citado, o trabalho de J. RIVERO, *Existe-t-il un Critère du Droit Administratif*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1953, ps. 279 e segs., agora em *Pages de Doctrine*, cit., Vol. II, p. 187 e I. L. CORAIL, *La Crise de la Notion de Service Public en Droit Administratif Français*, Paris, 1954.

45 Veja-se o prefácio de HAURIOU, 11ª edição do seu *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1927.

waltungsrecht, cit., ps. 111 e segs. e ps. 123 e segs. São essas diferentes bases construtivas que explicam, a nosso ver, o papel menos central e decisivo, ainda que importante, que o conceito do acto administrativo, concretização do poder, tem desempenhado na doutrina francesa, em comparação com a alemã e italiana.

suas missões fundamentais de manutenção de ordem pela actividade de polícia e de satisfação das necessidades colectivas pela actividade do serviço público.⁴⁶

Outros preferem substituir a noção de serviço público pela de utilidade pública, como critério distintivo do direito administrativo.⁴⁷ Mas, um número crescente de autores conclui pela impossibilidade de atribuir ao serviço público um papel exclusivo na caracterização do direito administrativo, na distinção entre a responsabilidade administrativa e a responsabilidade civil e na repartição de competências entre os tribunais comuns e os administrativos.⁴⁸ Reconhece-se, porém, que a noção de serviço público presta ajuda valiosa na definição de outros conceitos importantes do direito administrativo, como são os do acto administrativo, trabalhos públicos, contrato administrativo e domínio público.⁴⁹

Por outro lado, após um momento de certa indiferença dos juristas por fenómenos novos como o da planificação,⁵⁰ florescem em França as monografias e as exposições de carácter geral sobre o direito económico que é, na sua parte nuclear, direito administrativo, qualificando-o, pelo menos nalguns dos seus capítulos, como um direito novo.⁵¹

Estas breves referências são suficientes para sublinhar que, a exemplo do que aconteceu nos restantes países do continente europeu, também em França a passagem de uma Administração liberal a uma intervenção estadual nos sectores económico e social,

46 Cf. G. VEDEL, *Bases Constitutionnelles...*, cit., p. 165 e segs. Veja-se a crítica a esta posição feita por EISENMANN, *La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1972, p. 1.345.

47 MARCEL WALINE, *Archives de Philosophie du Droit — La Distinction du Droit Privé et du Droit Public et l'Entreprise Publique — 1952* e no prefácio ao *Juriclasser Administratif*.

48 JEAN RIVERO, *Existe-t-il un critère...*, cit., p. 196 e seg. No mesmo sentido R. LATOURNERIE, *Sur un Lazare juridique*, *Bulletin de santé de la notion de service public*, in *Études et Documents du Conseils d'État*, 1960, p. 145.

49 ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français*, in *Actualité Juridique, Droit Administratif*, 1961, p. 591 e segs., agora reproduzido em *Pages de Doctrine*, Vol. II, p. 219 e segs., esp. ps. 220-221. Veja-se, em confirmação deste ponto de vista, o *Arrêt Monpeurt*, de 31 de julho de 1942, in *Les grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, de LONG, WEIL e BRAIBANT, 7ª ed., Paris, 1978, p. 269 e segs.

50 ROGER HOUIN, *La Planification Française* in *Planung II* dirigido por J. KAISER. Baden-Baden, 1966, p. 149 e segs.

51 É a expressão utilizada por L. SFEZ, *L'Administration Prospective*, Paris, 1970, p. 162 e segs. Sobre o direito administrativo de economia, em França, vejam-se, entre outros, R. SAYY, *Droit public économique*, *Mémento Dalloz*, Paris, 1972 e A. LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, cit., T. III, Vol. 2, 2ª ed., Paris, 1971, e *Droit public économique*, *Dalloz*, 2ª ed., Paris, 1976, esp. ps. 107 e segs.

cada vez mais ampla e intensa, se traduziu numa crise dos conceitos forjados ao longo do século XIX e na necessidade de encontrar novos instrumentos e novas sistematizações. Ao contrário do que se verifica nas construções doutrinárias alemã e italiana, ambas apoiadas no conceito de acto de autoridade como concretização do poder,⁵² na sistemática dominante nos autores franceses, o lugar central foi ocupado pela noção de serviço público.⁵³ Compreende-se, por isso, que tenha sido sobre a posição e a operacionalidade deste último que tenham incidido as principais dúvidas e críticas. Acresce, por outro lado, que tendo sido e continuado em grande medida a ser o direito administrativo francês uma criação jurisprudencial, fracturas do sistema são menos pronunciadas e, sobretudo, as imperfeições e lacunas podem ser remediadas muito mais rapidamente.⁵⁴ Sem a nitidez de contornos de jurisprudência e doutrina germânicas e italianas, também em França, o Conseil d'État e os administrativistas mais atentos à sua evolução têm, contudo, apontado importantes modificações no campo dos poderes de cognição do juiz, o qual, apesar de limitado pela estrutura formal do processo contencioso como recurso de impugnação de um acto, tem penetrado bem mais para além dele, no seio do próprio fenómeno do exercício do poder administrativo.⁵⁵

Breve Menção à Situação em Portugal

7. As transformações no binómio Sociedade-Estado, com as consequentes alterações nas estruturas organizatórias e no modo

52 Observação semelhante pode fazer-se, a propósito da doutrina espanhola, onde o critério de prerrogativas de autoridade parece ser o dominante. Cf. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 5, 5ª ed., Madrid, 1970, ps. 162 e segs. Veja-se do mesmo autor, *Las Transformaciones Del Regimen Administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1962, p. 140 e segs., e BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo*, 3ª ed., Madrid, 1977, ps. 81 e segs.

53 Resulta, assim, compreensível o interesse que os autores alemães mostram pela obra de MAURICE HAURIUO. Já, também, observámos que E. KAUFMANN foi um dos primeiros a notar que OTTO MAYER relegara na sua obra para lugar subalterno a noção de serviço público. Sobre a obra de HAURIUO, ver L. SFEZ, *Essai sur la contribution de Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, 1966.

54 G. VEDEL acentua bem o carácter jurisprudencial do direito administrativo francês ao dizer: "o contencioso administrativo é assim, não tanto um ramo do direito administrativo francês, como o próprio coração deste direito administrativo", in "Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione", organizado por A. PIRAS, Turim, 1971, p. 90. A importância decisiva do papel criador do juiz não anula, porém, a necessidade da sua sistematização, como o faz notar JEAN RIVERO, "Apologie pour les faiseurs de systèmes", *Dalloz*, 1951, ps. 99-102, hoje reproduzido em "Pages de Doctrine" cit., Vol. I, ps. 5-10.

55 É, por exemplo, o que se passa com a "inovação" em matéria de fiscalização do poder discricionário com a introdução do "erro manifesto" na apreciação dos

de agir da Administração, também se registaram em Portugal, ainda que com apreciável atraso, e, durante algum tempo, sob a Ditadura instaurada com o 28 de Maio de 1926, a ideologia oficial, propugnadora de um corporativismo de associação, pôde dar a impressão de que a acção interventora do Estado seria fenómeno transitório, destinada a ser em grande parte substituída logo que possível pelos organismos corporativos livremente constituídos por iniciativa dos cidadãos, cedo se tornou patente que, também entre nós, não haveria terceira via. A realidade impôs-se e foram crescendo acções de fomento e de controlo do Estado sobre as mais diversas zonas reservadas exclusivamente à Sociedade na ideologia liberal e do corporativismo de base associativa.

A nossa doutrina não ficou insensível a este alargamento de atribuições, estudando os novos institutos, desenvolvendo a análise dos ramos do direito administrativo onde as mudanças mais se faziam sentir.⁵⁶ Mas, à parte uma ou outra referência, podemos dizer que, no que respeita aos conceitos básicos e à sistematização da parte geral do direito administrativo, não se fez sentir ainda uma crise dogmática com a amplitude e a generalidade que constatámos nos principais sistemas administrativos europeus.⁵⁷ Enquanto, no plano do direito constitucional, a doutrina com grande abertura dá conta da nova temática e das modernas orientações quanto ao modo de entender a Constituição e o seu direito,⁵⁸ ao

56 Se compararmos a 1ª edição do Manual de Direito Administrativo do Prof. MARCELO CAETANO, que é de 1937, com a 2ª edição, de 1947, com a 4ª, de 1957, com a 8ª, de 1968, a primeira com a colaboração de DIOGO FREITAS DO AMARAL, e, finalmente, com a 10ª (só o tomo I), de 1973, poderemos ficar com uma ideia bastante clara dos desenvolvimentos doutrinários verificados.

57 Vejam-se: as páginas que o Prof. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES refere as novas necessidades sociais e a busca de uma nova fórmula Administração-indivíduo e a "Administração constitutiva", in *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, ps. 76 e segs.; e também a conferência "Princípio da Legalidade e Administração constitutiva", no Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, VI, LVII, p. 169 e segs.; o Prof. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA sobre "o princípio da legalidade na Administração", na sua dissertação, "Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo", Lisboa, 1962, ps. 19 e segs.; e que nós próprios escrevemos em "Contencioso Administrativo", in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 1973, p. 14 e segs. da separata. Ver, mais recentemente, FREITAS DO AMARAL, "Legalidade (Princípio de) um Polis", 3º vol., Lisboa, 1985. As considerações são, porém, feitas normalmente a propósito das relações entre a Administração e a Lei, onde mais rapidamente se fazem sentir as conseqüências das mutações político-constitucionais.

58 Constitui o tema principal do livro do Prof. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969, e ainda do mesmo autor "Constituição", in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. II, p. 661 e esp. p. 666 e segs.

factos. Cf. B. PACTEAU, *Le juge de l'excess de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Paris, 1977, ps. 233 e segs.

nível da Administração, as linhas fundamentais do direito tal como são reflectidos pela jurisprudência e pelos autores, dominados pela construção elaborada ao longo das sucessivas edições do "Manual" do Prof. Marcello Caetano, permaneceram fiéis à teoria clássica do Estado liberal.⁵⁹

Com o 25 de Abril de 1974 e a nova Constituição de 1976, acentua-se ainda mais a separação entre a elaboração dos constitucionalistas, chamados a interpretar a sua Lei Fundamental e a persistência dos esquemas liberais clássicos na jurisprudência e doutrina administrativas.⁶⁰

8. Se balizarmos as nossas referências pela obra do Prof. MARCELLO CAETANO — e essa escolha tem plena justificação porque o "Manual" é, até hoje, a única exposição completa da parte geral do direito administrativo e dominou incontestavelmente a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência dos últimos quarenta anos —, fácil é verificarmos que, quer no que concerne à teoria do acto administrativo e sua fiscalização contenciosa, quer no que respeita ao conceito de poder funcional e de direito subjectivo público, o ilustre Administrativista permaneceu nos quadros da dogmática liberal,

59 É paradigmática dessa fidelidade aos esquemas clássicos a conferência de MARCELLO CAETANO, em S. Paulo, *Tendências do Direito Administrativo Europeu*, inicialmente publicada no Vol. XXI (1967) da *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa de homenagem ao Prof. ABEL DE ANDRADE*, e hoje reproduzida nos *Estudos de Direito Administrativo*, p. 429 e seg. Particularmente incisivas são as afirmações feitas a ps. 455-456.

60 A Constituição de 1976 deu já lugar a um apreciável número de artigos, estudos monográficos e comentários. Destaquemos, entre outros, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 — Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, os *Estudos Sobre a Constituição*, 3 vols., Lisboa, 1977, 1978 e 1979, de vários autores, coordenados por JORGE MIRANDA; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, edição, Coimbra, 2º vol., 1984-85, e também a dissertação *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982 e as lições de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra; 1986, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional*, Braga, 1979; e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, três vols., Coimbra, 1º vol., 3ª ed., 1985, 2º vol., 2ª ed., 1983, e vol. III, 1ª ed., 1983. No direito administrativo, apesar do interesse e importância das lições policopiadas do Prof. AFONSO QUEIRÓ, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1976 (abrange apenas a teoria das fontes); do Prof. ROGÉRIO SOARES, Coimbra, 1978 (facto jurídico e parte do acto), do Prof. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, Universidade Católica, Lisboa, 1985/86, e dos livros do Dr. SERVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa, 1982, e do Dr. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Lisboa, 1980, a situação não se alterou. Permitimo-nos reiterar o que escrevemos em *O Processo Administrativo: Gracioso Perante a Constituição Portuguesa de 1976*, in *Democracia e Liberdade*, nº 13, 1980, ps. 23-24.

embora reinterpretada de acordo com o seu pensamento pessoal e o meio cultural e político em que viveu. Um exame global dos seus trabalhos, desde o período inicial da afirmação da sua personalidade científica, permite descortinar neles a confluência dos ensinamentos dos grandes autores franceses, em especial LAFERRIÈRE e HAURIOU, e das descobertas e construções doutrinárias de LABAND, GEORG JELLINEK e OTTO MAYER, recebidos quer por via directa quer pela sua repercussão nos livros de ORLANDO e de SANTI-ROMANO.

Se LAFERRIÈRE é o guia seguro que esclarece sobre as origens e evolução do sistema administrativo francês e sobre os tipos e natureza do contencioso da plena jurisdição, de "excesso de poder", de interpretação e da repressão, HAURIOU influencia fortemente o Catedrático de Lisboa na sua concepção de Administração como poder. Mas, é a JELLINEK que MARCELLO CAETANO vai colher inspiração para a reelaboração que opera na teoria das funções do Estado, para a sua noção do órgão e para a rejeição, que faz, do conceito de relação jurídica interorgânica; OTTO MAYER, por seu turno, melhor que ninguém, confirma a sua ideia do acto administrativo como exercício dos poderes públicos no caso concreto, como síntese compromissória entre a autoridade da Administração e a liberdade do cidadão.

MARCELLO CAETANO dá ao acto administrativo, sobretudo no que considera como definitivo e executório, um papel central na sua sistemática. Ele é a finalidade para que tendem todos os actos preparatórios do progresso administrativo gracioso. Em consonância com a doutrina da necessidade da decisão prévia, o silêncio da Administração é concebido como um verdadeiro acto, embora tácito. O acto administrativo é visto como uma primeira decisão sobre o caso concreto, sendo o recurso contencioso uma mera continuação do processo gracioso — tese monista. O recurso contencioso é encarado mais como um processo feito a um acto do que como uma contraposição de pretensões, como um verdadeiro litígio.

9. *Mutatis mutandis* a doutrina portuguesa no seu estágio actual não se encontra em situação muito diversa da alemã nas construções directamente derivadas de OTTO MAYER e seus imediatos seguidores, podendo reconhecer-se-lhe muitas das mesmas insuficiências e fazer-se-lhe as consequentes críticas.

A organização pluralista da Administração com a multiplicidade de centros de decisão e os problemas de coordenação e hie-

rarquização da acção dos poderes públicos;⁶¹ o plano, sua natureza e relações com o princípio da legalidade e com a discricionariedade administrativa; o processo administrativo gracioso, as situações instrumentais e finais da Administração e dos particulares nos processos ablativos e concessórios; a noção de poder administrativo como noção homóloga da capacidade de exercício de direito privado e a sua articulação com o processo, o acto administrativo e as situações jurídicas dos particulares; a reapreciação do conceito de relação jurídica administrativa e o aumento da protecção jurisdiccional dos administrados; a ampliação dos poderes cognitivos do juiz administrativo para, embora através do diafragma do acto, penetrar mais profunda e largamente no exercício do poder administrativo, todos são exemplos de domínios abertos à exploração de uma doutrina que pretenda retirar as consequências, ao nível administrativo, das mutações verificadas post-25 de Abril e, em particular, com a entrada em vigor da nova Constituição de 1976.

Mas, para além da doutrina, importará igualmente que a nossa jurisprudência não fique insensível aos sinais de mudança e, também ela, colabore na tarefa urgente de adequar a dogmática e a prática administrativas às novas realidades do Estado social tal como são consignadas na Constituição na sua forma revista.

Adenda Final

10. As considerações feitas tomaram, sobretudo, em consideração, a doutrina publicada até ao início do ano de 1982. Desde aí, muitas monografias importantes e algumas obras significativas de carácter geral foram publicadas nos países estrangeiros que mencionámos. Mas, o quadro geral que traçámos não se alterou nas suas linhas essenciais.⁶² No que se refere ao conceito de relação

61 O livro de DIOGO DE FREITAS DO AMARAL, *Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico*, Coimbra, 1981, representa já uma investigação tomando em conta os novos dados no domínio da organização e da hierarquia administrativas.

A recente publicação do "Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais" — Decreto-Lei nº 129/84, de 27 de abril, da Lei do Processo nos Tribunais Administrativos — Decreto-Lei nº 267/85, de 16 de julho — abriram algumas perspectivas importantes a poderem ser exploradas. Neste sentido, permitimo-nos remeter para a conferência que fizemos sobre "O Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais", no Curso sobre a Feitura das Leis, levado a efeito no Instituto Nacional de Administração, em 1985, e agora publicada in *Feitura das Leis*, vol. I, INA, Oeiras, 1986, p. 99 e segs.

62 Neste mesmo sentido, veja-se o artigo de GUENTER PUETTNER, *Entwicklungstendenzen in der Dogmatik des Verwaltungsrechts in Festschrift fuer Otto Bachof*, Munique, 1984, p. 115 e segs.

jurídica e de relação jurídico-administrativa e à sua operacionalidade, não queremos deixar de registar aqui dois trabalhos importantes de NORBET ACHTBERG: *Die Rechtsordnung als Rechtsverhaeltnisordnung*, Berlim, 1982, e a primeira edição do seu Manual *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1982 (as questões sobre a utilização do conceito de relação jurídica administrativa são discutidas no § 19, p. 290 e segs.). Sobre as implicações dogmáticas, no direito público, dos novos desenvolvimentos do Estado Social, merecem particular atenção a 3.^a edição da dissertação de PETER HAEBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs 2 Grundgesetz*, Heidelberg, 1983, e os livros de GOERG HAVERKATE, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, Tübingen, 1983, e de PHILIP KUNIG, *Das Rechtsstaatprinzip*, Tübingen, 1986.

11. A literatura jurídica como a política evidenciam bem que a metamorfose que transmutou o Estado absoluto no Estado liberal e as grandes concepções filosófico-políticas e jurídicas que a precederam ou a tentaram explicar, apesar da enorme evolução entretanto ocorrida, continuam a influenciar de maneira dominante neste final do século XX. Não faltam, é certo, tentativas, algumas cheias de engenho, para colmatar brechas ou para tentar novos caminhos. RAWLS, no campo da filosofia política contratualista, representa, porventura, uma das tentativas mais interessantes e conseguidas. Mas ao fazer-se o cómputo global, parece legítimo concluir que, quer nos diferentes níveis sistémicos, quer no domínio das diversas ciências do espírito, especulativas ou dogmáticas, que se ocupam do Estado, se continuam a registar insuficiências explicativas para plenamente compreender a nova realidade. O facto de essa realidade não ser estática e, por seu turno, continuamente devir, não constitui a menor das dificuldades.⁶³

Estas insuficiências só podem ser superadas por um trabalho ingente de reflexão colectiva. Ao nível do *Staatsrecht*, em particular, do Direito Administrativo, o *deficit* é particularmente sentido em Portugal. E que de pouco valerá a democratização e a modernização introduzidas pela Constituição de 1976, se a actividade quotidiana do aparelho administrativo se continuar a pautar por

63 A provisoriedade e ao carácter incompleto próprios do conhecimento científico, que KARL POPPER chamou um "projecto de sistema" — *Logik der Forschung*, 2.^a ed., Tübingen, 1966, p. 223 e segs. —, há que juntar o carácter aberto e dinâmico do próprio sistema objectivo que se estuda. Não esqueçamos que a historicidade é conatural à ordem jurídica, ao sistema político-jurídico de cada Estado.

antigos parâmetros, à mingua de uma jurisprudência e de uma doutrina que o iluminem e o orientem por novas sendas.⁶⁴ É tarefa certamente difícil e que não pode ser realizada apenas por esforços individuais. Mas, é urgente continuar e reforçar alguns valiosos passos já empreendidos por alguns.

64 Já referimos, no início deste trabalho, que a interdependência dialéctica entre o sistema objectivo e o sistema subjectivo, a relação entre o direito objectivo válido e em vigor e o seu conhecimento, e a articulação deste problema com a teoria das fontes, constituem um ponto de extremo interesse no direito administrativo o qual é em apreciável medida um direito de "sugestão" jurisprudencial. É, todavia, no direito privado que a questão começou a ser estudada em profundidade — cf. JOSEF ESSER, *Grundstaz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2ª ed., Tubingen, 1964; sobre o papel de jurisprudência, ver CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2ª ed., Berlin, 1983, p. 69 e seg.