

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

EXAME DE DIREITO ADMINISTRATIVO II – TURMA NOITE - COINCIDÊNCIAS

2015/2016 – 29 DE JUNHO DE 2016

PROF. DOUTOR VASCO PEREIRA DA SILVA

Duração: 120 min.

Critérios de Correção

GRUPO I (5 valores: 2 x 2,5)

Distinga dois, e apenas dois, dos seguintes conceitos:

a) Contrato público / contrato administrativo

Cfr. os n.ºs 2 e 6 do artigo 1.º do CCP e o artigo 200.º do CPA; diferenças fundamentais de contexto: o conceito de contrato administrativo depende de uma qualificação substantiva, fundada no regime especificamente administrativo que lhe é aplicável: cfr. o n.º 5 do artigo 1.º do CCP; o conceito – mais lato – de contrato público tem inspiração comunitária e é usado como forma de delimitação do regime procedimental da Contratação Pública.

b) Discricionariedade técnica / liberdade probatória

Duas formas tradicionalmente tidas por *especiais* de atribuição de discricionariedade à AP: a discricionariedade técnica como alternatividade de decisão fundada em critérios técnico-científicos de decisão; a liberdade probatória enquanto alternatividade de decisão respeitante à seleção e valoração da prova recolhida pela AP. A integração de ambos os conceitos na figura da discricionariedade (ou, em sentido lato, da margem de livre decisão) é, em todo o caso, bastante discutível.

c) Licença / concessão

Licença: ato administrativo pelo qual a AP atribui ao seu destinatário o direito de exercer uma atividade relativamente proibida; Concessão: ato (administrativo ou, tipicamente, sob a forma contratual) pelo qual um órgão da AP transfere para uma entidade privada o exercício de uma atividade pública, que o concessionário desempenhará por sua conta e risco, mas no interesse geral.

GRUPO II (5 valores)

Comente uma, e só uma, das seguintes afirmações:

a) “Ao legislador cumpre, no CPA ou fora dele, prever expressamente os casos de invalidade a que deve corresponder a sanção de nulidade – o que, promovendo a segurança e a certeza jurídicas, não se vê que, no presente estágio de evolução do nosso Direito Administrativo, represente um ónus inoportável” (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA)

Identificação da questão: a opção do CPA/2015 em *fechar* o elenco das causas de nulidade (artigo 161.º do CPA), quer através da eliminação da antiga cláusula geral (“*falta dos elementos essenciais*”), quer através da previsão de as situações de nulidade devem estar normativamente previstas, assim bloqueando, aparentemente, a possibilidade de invocação de causas de nulidade «por natureza». Compreensão das razões de segurança jurídica subjacentes a tal opção (identificadas no trecho), mas discussão de eventuais contra-argumentos pertinentes, assentes na relativa infixidez do regime da invalidade que assim se promove, assim como uma relativa *menorização* do princípio da legalidade, por via da compressão das hipóteses conducentes à produção do desvalor mais grave reconhecido no Direito Administrativo, o da nulidade. Eventual referência à subsistências de hipóteses de inexistência e compreensão do regime global da nulidade, por comparação ao da anulabilidade e, também, ao da inexistência.

b) “Independentemente da discussão em torno de saber se o conceito de regulamento e de ato administrativo se configuram como conceitos pré-constitucionais e, neste sentido, limitadamente disponíveis pelo legislador ordinário, torna-se claro que, circunscrevendo a regulação ao procedimento dos regulamentos externos e dos atos administrativos externos, deixando fora do regime a disciplina unitária dos atos jurídicos internos, sem prejuízo do disposto no artigo 2.º, n.º 3, o novo Código vem desprocedimentalizar domínios da atividade administrativa que antes, à luz do conceito amplo de ato administrativo constante do artigo 120.º do CPA de 1991, estavam sujeitos a um regime jurídico unitário: a atividade interna estará agora a descoberto de regulação jurídica integral” (PAULO OTERO).

Identificação da questão: a opção do CPA/2015 em delimitar os conceitos de ato administrativo e regulamento administrativo *operativos* por referência à produtividade de efeitos externos (artigos 135.º e 148.º do CPA). Compreensão dos critérios que presidem à distinção entre efeitos externos e efeitos internos e discussão sobre a sua pertinência, sobretudo sob a perspetiva da relativa impossibilidade de vislumbrar, com clareza, como possa um comportamento da AP não vir a repercutir-se, ao menos mediata e indiretamente, na esfera jurídica dos particulares. Compreensão de que a crítica presente no trecho traz implicada uma dúvida de constitucionalidade, assente numa eventual proibição de “*retrocesso procedimental*”, com fundamento no n.º 5 do artigo 267.º da CRP: o

CPA/1991 adotava um conceito mais lato de ato administrativo, sendo discutível que o CPA/2015 pudesse, livremente, ter procedido à desprocedimentalização da atividade interna da AP. Em qualquer caso, o regime procedimental mínimo dessa atividade interna não pode deixar de ser fundado no próprio CPA.

c) “Que pensar deste pretense “golpe de misericórdia” geral na autotutela executiva da administração? Sem dúvida alguma, ele é motivado por preocupações garantísticas com os direitos fundamentais dos cidadãos. Mas, se como a própria exposição preambular de motivos explícita, se trata “de opção sustentada ao longo dos últimos trinta anos por uma parte muito significativa da doutrina”, seria apressado – talvez mesmo um “atalho” – considerar que aquela outra parte da doutrina que sustenta a bondade jurídico-política da autotutela executiva da administração pública o faz por outras razões que não essas mesmas.” (RUI GUERRA DA FONSECA)

Identificação da questão: a opção do CPA/2015 em abolir a habilitação geral para a execução de atos administrativos tradicionalmente tida como elemento caracterizador de um sistema de Administração Executiva, fundado no também tradicional «privilégio da execução prévia». O novo n.º 1 do artigo 176.º e a previsão de uma regra de legalidade específica da execução dos atos administrativos, e a sua comparação com o n.º 2 do artigo 149.º do CPA/1991. Compreensão de que a questão da *legitimidade* e da *extensão* da autotutela executiva é, em último termo, um dado fundador de cada sistema de Direito Administrativo, havendo interesses contrapostos (essencialmente fundados, de um lado, na garantia do interesse público e na celeridade na execução das suas decisões e, de outro, na garantia e objetivização dos procedimentos executivos) a sustentar uma e outra solução. Valorização para as respostas que sinalizem o compromisso que, através do n.º 2 do artigo 8.º e o artigo 6.º do DL 4/2015, se alcançou no momento de aprovação do CPA/2015: sem a aprovação da lei especial sobre execução de atos administrativos, o n.º 2 do artigo 149.º do CPA/1991 ainda está em vigor.

GRUPO III (10 valores)

Considere a seguinte hipótese:

A empresa de construção civil “Faz Tudo” celebrou, em 10 de Abril do presente ano e na sequência de concurso público, um contrato de empreitada com o Município de Lisboa, tendente à construção de um “Museu da Nação” em pleno Marquês de Pombal, ideia tida como miraculosa para a “adoçar” os munícipes e mitigar o descontentamento provocado pelas extensas obras em curso.

Todavia, em 1 de Junho do mesmo ano, o Presidente da Câmara Municipal de Lisboa concedeu, ao abrigo de um ato de delegação de poderes praticado pela Câmara Municipal, e contrariando

um parecer dos serviços competentes, uma licença para construção de uma incineradora de resíduos sólidos urbanos, precisamente no mesmo local destinado à construção do “Museu da Nação”. Consequentemente, o Presidente da Câmara Municipal de Lisboa pediu ao departamento jurídico da Câmara Municipal para encontrar fundamento para uma resolução do contrato celebrado com a empresa “Faz Tudo”

O descontentamento dos munícipes foi imediato, afirmando nas redes sociais que a decisão deve ser imediatamente anulada pela Câmara Municipal, nomeadamente por se entender que os munícipes deveriam ter sido ouvidos pelo Presidente e por não ter sido emitida qualquer informação quanto aos motivos que levaram à escolha daquele local. Já António, que se diz “especialista” em Direito Administrativo, antecipa já uma eventual responsabilização do Município caso a poluição provocada pela incineradora venha a prejudicar o seu negócio de transporte de turistas em autocarros de teto aberto.

Por fim, Baltazar Centrão, desde há muito envolvido na política autárquica, publicou, no seu conhecido *blog*, um texto no qual expõe que a licença para a construção da incineradora foi atribuída a um amigo de longa data do Presidente da Câmara Municipal e que todos os anos recebe o Presidente e a sua família, no seu hotel de cinco estrelas em Vilamoura, sem qualquer custo.

Quid iuris?

Referência, entre outros que se revelem pertinentes, aos seguintes aspetos:

(i) O contrato celebrado entre a “Faz Tudo” e o Município de Lisboa como *contrato administrativo*, de empreitada de obras públicas e determinação do regime substantivo aplicável: cfr. o n.º 5 e a alínea *a*) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP, artigo 280.º e artigos 343.º e ss. do CCP, assim como o n.º 1 do artigo 202.º do CPA;

(ii) Qualificação do ato atributivo da licença para construção como *ato administrativo* (análise dos predicados a que faz referência o artigo 148.º do CPA) do tipo autorizativo;

(iii) Compreensão do regime dos pareceres no procedimento administrativo e a eventual relevância (nenhuma se, na ausência de qualquer indicação, houver que qualificar o parecer dos serviços competentes como *não vinculativo*, embora se possa tratar de um parecer *obrigatório*) da discordância entre a decisão final do PCML e a proposta dos serviços (artigos 91.º 92.º do CPA);

(iv) Análise de eventuais vias para a resolução do contrato de empreitada de obras públicas já celebrado: resolução sancionatória, resolução por razões de interesse público, por alteração superveniente das circunstâncias ou por *fait du prince* (artigos 333.º a 335.º do CPA); análise dos requisitos e aplicação ao caso;

(v) A pretensão invalidatória sobre o ato de atribuição de licença de construção, fundada na exigibilidade da sua anulação administrativa (artigo 168.º do CPA); apreciação das várias causas invocadas e apreciação dos correspondentes desvalores: ausências de audiência prévia (artigos 121.º a 124.º do CPA), exigência *in casu* reforçada por eventual aplicação dos artigos 4.º, 8.º e 9.º da Lei da Ação Popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto); deficit de fundamentação na opção de conceder tal licença e eventuais vícios associados, quer da perspectiva das exigências inerentes ao dever de fundamentação (artigos 152.º e 153.º do CPA), quer da perspectiva do princípio da boa administração (artigo 5.º do CPA; discussão sobre se tais circunstâncias conduzem à anulabilidade (artigo 163.º) ou nulidade do ato em causa, por eventual apelo à preterição de direitos fundamentais de natureza procedimental (cfr. a alínea *d*) do n.º 2 do artigo 161.º do CPA);

(vi) Análise das possibilidades de responsabilização do Município de Lisboa por eventuais danos resultem da sua decisão (admitindo que a mesma é ilegal), nos termos da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro: apreciação dos diversos pressupostos: ilicitude (artigo 9.º), culpa (artigo 10.º), nexos de causalidade e danos (artigo 3.º); consoante a interpretação sobre os dados do caso, imputação exclusiva da responsabilidade do Município (artigo 7.º) ou solidária, com exigência de direito de regresso ao Presidente da CML (artigos 6.º e 8.º); a eventual convocação de uma hipótese de responsabilidade pelo risco (11.º) só é admissível na assunção do pressuposto de que o licenciamento da incineradora não era ilegal e que, para além disso, seria o Município a controlar tal atividade.

(vii) Ponderação dos elementos referidos no último parágrafo do caso como demonstrativos da violação (ostensiva) dos princípios da imparcialidade (artigo 9.º do CPA) e da prossecução do interesse público; consideração de tais circunstâncias sob a perspectiva do *desvio de poder*, para efeitos de atribuir ao ato atributivo da licença para construção o desvalor da nulidade (alínea *e*) do n.º 2 do artigo 161.º do CPA);

(...)