



O FUNDAMENTO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA PORTUGUESA

The foundations of the Portuguese system of administrative courts

PEDRO VELEZ

Professor Convidado da NOVA Direito/Investigador do CEDIS

RESUMO

A presente monografia tem como tema o fundamento da jurisdição administrativa. O propósito norteador deste trabalho é o de procurar entender por que razão existe, no actual ordenamento jurídico português, uma jurisdição administrativa separada e independente da jurisdição comum. O texto corresponde a escrito apresentado, em 2003, no âmbito do 5.º programa de mestrado e doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Julgou-se que a fundamentalidade e actualidade da temática, sobrelevando a relativa erosão que o tempo trouxe, tornariam ainda pertinente uma sua publicação.

PALAVRAS-CHAVE

Direito administrativo; justiça administrativa; tribunais administrativos; organização judiciária; poder judicial.

ABSTRACT

This working paper has as its theme the *raison d'être* of the Portuguese system of administrative courts. The paper's purpose is to try to understand why there is, in the current Portuguese legal system, a system of administrative courts separated and independent of the common judiciary. This text was written in 2003, in the context of Nova Law School's 5th PhD program. Due to the fundamentality and timeliness of the core themes, seeming to overcome the relative erosion that time brought, its publication was deemed pertinent.

KEYWORDS

Administrative law; administrative justice; administrative courts; judicial organization; judicial power.

ÍNDICE

I - DO OBJECTO DO TRABALHO: O FUNDAMENTO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA; DO MÉTODO DO TRABALHO: O MÉTODO HISTÓRICO E O MÉTODO JURÍDICO.

II - DA NECESSIDADE DE CONHECER A RATIO ESSENCIAL DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA.

III – A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA ENQUANTO TRADUÇÃO JURÍDICA DA IDEIA DE QUE OS LITÍGIOS ENTRE ADMINISTRAÇÃO E OS ADMINISTRADOS NÃO PODEM SER JULGADOS POR UM ESTRANHO OU UM TERCEIRO EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO.

IV - A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA COMO COROLÁRIO DE UMA ESSENCIAL DIFERENÇA ENTRE A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA – UMA JUSTIÇA OBJECTIVA – E A JUSTIÇA ORDINÁRIA – UMA JUSTIÇA SUBJECTIVISTA.

V – O PRINCÍPIO DE ESPECIALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA.

VI - A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E A IDEIA DE DIVISÃO DE PODERES NO INTERIOR DO PODER JUDICIAL.

VII- SÍNTESE INTERPRETATIVA FINAL.

I - DO OBJECTO DO TRABALHO: O FUNDAMENTO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA; DO MÉTODO DO TRABALHO: O MÉTODO HISTÓRICO E O MÉTODO JURÍDICO.

A presente monografia tem como tema o fundamento da jurisdição administrativa.

A questão do fundamento da jurisdição administrativa é susceptível de ser abordada do ponto de vista da filosofia do direito, na medida em que se pode discutir, em abstracto, racional e idealmente, se o julgamento dos litígios entre a Administração e os particulares deve ser confiado a uma jurisdição independente da jurisdição ordinária.

Também na perspectiva da política constitucional teria cabimento ponderar se existem razões que justifiquem, no plano pragmático da oportunidade e da conveniência jurídicas e políticas, a manutenção (ou a supressão) dos tribunais administrativos.¹

O nosso estudo afastar-se-á, contudo, da especulação filosófica, por um lado, e não terá como objectivo a crítica ou a defesa da vertente organizatória do actual ordenamento de justiça administrativa, por outro lado: não entraremos, assim, no debate, *de iure condendo*, acerca dos méritos e deméritos, racionais ou pragmáticos, da unidade ou da dualidade de jurisdições.

O propósito norteador deste trabalho é tão-só o de procurar entender por que razão existe, no actual ordenamento jurídico português, uma jurisdição administrativa separada e independente da jurisdição comum. A tarefa de que nos desocuparemos, radicalmente distinta da do filósofo ou da do criador do direito, é de natureza interpretativa: às linhas que se seguem subjaz o objectivo primeiro de iluminar o sentido das soluções institucionais em tema de justiça administrativa acolhidas no direito positivo, através da

¹ Talvez pelo facto de a existência de uma jurisdição administrativa ser, entre nós, um imperativo constitucional, a questão da opção entre a dualidade de jurisdições e um modelo de unidade de jurisdições não chegou a ser tópico da discussão de política legislativa que precedeu a última reforma do contencioso administrativo (discussão essa que envolveu as instâncias políticas competentes, a comunidade académica e os operadores jurídicos), não tendo sido também considerada no estudo sobre a organização do Contencioso Administrativo, encomendado pelo Ministério da Justiça no âmbito da preparação da reforma do ordenamento de justiça administrativa e efectuado por uma conhecida consultora e por uma sociedade de advogados de Lisboa.

descoberta das “*raisons profondes*”² que levaram o legislador constitucional e o legislador ordinário a conceder os seus favores a um modelo de dualidade de jurisdições.

Cumpra, ainda, registar uma outra advertência de cariz metodológico:

Devido à natureza mesma da questão de que partimos, recorreremos frequentemente, ao longo deste trabalho, ao elemento histórico da interpretação.

Como magistralmente elucidou Guido Zanobini, a determinação do sentido e alcance dos institutos de justiça administrativa não pode dispensar uma perspetivação histórica: as soluções do direito positivo só são, muitas vezes, inteligíveis se se tiver em linha de conta a sucessão temporal dos diversos enquadramentos normativos em sede de justiça administrativa: é que, não raro, tais soluções apenas se compreendem plenamente se vistas como continuidade (às vezes como reafirmação) de institutos do direito pregresso; noutras situações, pelo contrário, o seu significado só pode ser correctamente apreendido caso se não negligencie o aspecto de ruptura com o *status quo ante*³.

O recurso fatal e intensivo ao método histórico não distorcerá, contudo, a intenção que enforma esta monografia: convocaremos os contributos da história do direito como forma de iluminar o sentido da jurisdição administrativa no actual ordenamento jurídico, i.é., utilizá-los-emos instrumental e funcionalmente no âmbito de uma actividade interpretativa do direito posto, uma vez que se não deseja construir uma narrativa que apenas dê conta das constantes e linhas de força ou dos traços de mudança e ruptura da justiça administrativa em um grande quadro temporal. Daí que a nossa tarefa interpretativa se distinga da actividade do historiador.

II - DA NECESSIDADE DE CONHECER A RATIO ESSENDI DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA.

Antes, ainda, de iniciarmos propriamente o nosso estudo, centrado, como vimos, no problema de saber qual o fundamento da ordem jurisdicional administrativa no

² A expressão, utilizada no contexto de uma reconstrução racional da razão de ser da existência de uma jurisdição administrativa no ordenamento jurídico francês, é de Maurice Hauriou. Vide Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 10.ª ed., Paris, 1921, página 871.

³ Vide Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, 8.ª ed., Milão, 1958, página 9.

ordenamento jurídico português, convém adiantar algumas considerações sobre um meta-problema (um problema sobre o problema), qual seja o de saber porque motivos há-de o estudioso do direito interessar-se pela questão da *ratio essendi* da jurisdição administrativa.

Em primeiro lugar, cabe referir que a temática do fundamento da jurisdição administrativa possui, em si e por si, um importante valor científico. Vejamos porquê:

O estudo da justiça administrativa há-de, certamente, passar pela exposição e descrição, com a devida arrumação conceptual e categorial e o merecido tratamento teórico, dos dados jurídico-positivos, bem como, porventura, por análises mais detalhadas e aprofundadas (a um nível micro) de aspectos parcelares de especial relevância prática (v.g., a solução de um dado problema jurídico pode, em face dos dados jurídico-positivos, não ser evidente) ou teórica (quando, por exemplo, o estudo de uma aspecto parcelar permite iluminar e esclarecer o sistema no seu conjunto).

A reconstrução racional do sistema de justiça administrativa ficaria, todavia, necessariamente incompleta se se não fosse mais além.

Uma “compreensão total” da justiça administrativa, que possibilite a apreensão do seu significado, exige um passo ulterior: a descoberta da sua teleologia, designadamente das razões determinantes do seu concreto desenho institucional: é certamente importante estar a par das características institucionais da justiça administrativa, mas o conhecimento da *ratio essendi* de tais características é um conhecimento em grau superlativo.⁴

Em segundo lugar, cabe observar que a questão de saber que razões justificam a existência de uma jurisdição administrativa independente da jurisdição comum se afigura de formulação obrigatória no contexto da autêntica “revolução copernicana” por que a justiça administrativa tem passado nas últimas décadas⁵.

⁴ Se o objectivo último do estudioso do direito é a compreensão plena dos dados do ordenamento jurídico-positivo, através da apreensão do seu sentido, do seu significado (pois, a não ser assim, o direito, em lugar de uma disciplina científica, reduzir-se-ia a uma mera técnica), a sua tarefa não pode esgotar-se meramente na sistematização, na descrição, na exposição e na arrumação conceitual da matéria “legal”, porque tal equivaleria a deixar ocultas as razões de ser das soluções jurídicas, o que, em última análise, torna impossível apreender o sentido das mesmas. Sem as respostas às perguntas porquê e para quê, é certamente possível ao jurista “depurar” a matéria-prima em que os dados jurídico-positivos se traduzem, esboçando um sistema no qual tais dados se insiram (pelas afinidades e relações entre eles, etc.), mas não já “capturar” o sentido e o significado dos mesmos - e sem esta dimensão os escritos dos cientistas do direito dificilmente adquirem um valor verdadeiramente explicativo.

⁵ A expressão revolução copernicana utilizou-a Vasco Pereira da Silva para ilustrar as profundas implicações em tema de justiça administrativa da revisão constitucional de 1997: cfr. Vasco Pereira da Silva, *Ventos de Mudança no*

A Constituição de 1976 e as suas sucessivas revisões, bem como os actos legislativos cuja emanação tornaram necessária, constituíram etapas de um processo que poderíamos denominar de “progressiva erosão dos caracteres típicos da justiça administrativa”. Quer no plano da organização dos tribunais administrativos, quer no plano do direito processual administrativo, os “sinais distintivos” da justiça administrativa esbateram-se, tendo-se diluído a “excepcionalidade” desta:

A jurisdição administrativa já se não encontra ligada à Administração: a completa jurisdicionalização dos tribunais administrativos encontra-se garantida na Lei Fundamental e tem tradução fiel na legislação que organiza o contencioso administrativo; a defesa das posições jurídico-subjectivas do particular foi erigida em missão principal das instituições encarregues de dirimir os litígios jurídico-administrativos (com todo o que isso implica em termos de soluções processuais). Com as sucessivas opções da III.^a República em matéria de contencioso administrativo, a justiça administrativa aproximou-se da justiça ordinária: a ordem jurisdicional administrativa estrutura-se à imagem e semelhança da ordem jurisdicional comum e o processo nos tribunais administrativos, agora informado por um princípio de tutela jurisdicional efectiva das posições jurídico-subjectivas dos particulares, difere qualitativamente cada vez menos do processo civil ⁶.

O *aggiornamento* das instituições da justiça administrativa recoloca no centro da atenção dos juspublicistas a problemática da razão de ser da existência de uma jurisdição administrativa separada da jurisdição ordinária ou comum. A “descaracterização da justiça administrativa” e a correlativa “aproximação à justiça ordinária” - e com elas o enterro da justiça administrativa clássica – não podem deixar de originar, naturalmente, no espírito daqueles que pretendem entender e explicar o Contencioso Administrativo, várias interrogações: As diferenças profundas entre o antigo e o novo modelo de justiça

Contencioso Administrativo, Coimbra, 2000, página 90. Uma vez que estas mudanças acentuaram, como o Autor reconhece, a tendência geral de “subjectivização” e “jurisdicionalização” que marca o constitucionalismo da Terceira República, inserindo-se, portanto, num claro *continuum* histórico, generalizámos, no corpo do texto, o seu alcance por forma a abranger a totalidade das mudanças por que a justiça administrativa foi passando desde os alvares do actual ordenamento jurídico-constitucional.

⁶ Sobre o sentido e o alcance essenciais das mudanças por que a justiça administrativa tem passado na Terceira República (e, especialmente das verificadas ao nível do tratamento constitucional da justiça administrativa) *vide*: José Carlos Vieira de Andrade, “As transformações do contencioso administrativo na Terceira República Portuguesa”, in *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 18, 1997, pp. 67 e ss.; bem como Vasco Pereira da Silva, *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, cit., em especial pp. 63 e ss.

administrativa serão indício de que o fundamento de um e de outro é diverso? À existência de tribunais administrativos subjazem, ainda, as mesmas razões que, no direito pregresso, explicavam a sua consagração? Se, do ponto de vista institucional, e do ponto de vista processual também, a justiça administrativa se tornou similar à justiça ordinária, qual o porquê da manutenção de uma jurisdição administrativa?

No espaço jurídico-político em que naturalmente nos inserimos, de cuja história administrativa (designadamente em tema de organização da justiça administrativa) o direito português tem colhido lições e ensinamentos, idênticas transformações não têm, aliás, deixado de suscitar perplexidades deste tipo: certos sectores da doutrina francesa coeva, por exemplo, perante o turbilhão de mudanças operadas na justiça administrativa, têm-se questionado sobre se as razões tradicionalmente indicadas como justificativas da existência da jurisdição administrativa explicam ainda a sua manutenção, concluindo pela necessidade de descobrir as novas razões que estariam por detrás da manutenção da jurisdição administrativa no quadro de um novo modelo de justiça administrativa ⁷.

Por outro lado, acresce que a existência de uma jurisdição administrativa, no nosso País e naqueles outros que com ele partilham um idêntico sistema de Administração Executiva, não tem sido, pensando no quadro de um tempo longo, uma constante histórica, na medida em que outras opções institucionais em tema de justiça administrativa têm sido experimentadas, sendo que, mesmo em contextos espaciais e temporais em que atinge algum grau de consolidação, a jurisdição administrativa não conseguiu nunca deixar de ser uma realidade em debate.

De facto, uma breve digressão pela história de vários países que partilham a mesma cultura jurídica (europeia) – e cujas realizações jurídicas são tidas como modelo inspirador – e um breve excuro pela história nacional mostram eloquentemente que a organização do contencioso administrativo tem dado azo a vivas controvérsias e sido marcada por uma certa instabilidade.

No país onde primeiro se afirmou e desenvolveu, há dois séculos, a jurisdição administrativa nunca deixou de ser contestada: em vários momentos da história francesa

⁷ Como exemplo deste posicionamento ver, por todos, Jean Rivero/Jean Waline, *Droit administratif*, 16.^a ed, Paris, 1996, pp. 124 e 125.

críticas ferozes se fizeram ouvir contra a existência de uma ordem jurisdicional administrativa.⁸

Em Itália, a questão de saber se se deve adoptar uma jurisdição administrativa foi objecto de debate nas primeiras décadas do pós-unificação e encontra-se, actualmente, reaberta, de certos sectores se ouvindo vozes desfavoráveis à manutenção de uma jurisdição administrativa.⁹

Na Alemanha, a ideia da existência de uma ordem jurisdicional administrativa deu azo a célebres dissensões doutrinárias¹⁰; a ordem jurisdicional administrativa, por sua vez,

⁸ Em pelo menos três momentos, movimentos políticos de diversos quadrantes – desde monárquicos legitimistas a democratas radicais -, várias sensibilidades da doutrina e diferentes sectores da opinião pública contestaram o sistema de dualidade de jurisdições: nos últimos anos da Restauração; desde o final dos anos 60 até princípios dos anos 70 do século XIX; no período que mediou entre o final do século XIX e o dealbar do século XX. Cfr. François Burdeau, “Les crises du principe de dualité de juridictions”, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 5, 1990, pp. 16 e ss.

⁹ Em virtude das tradições dos diversos reinos italianos em matéria de justiça administrativa não coincidirem (antes da reunificação italiana, havia Estados que tinham adoptado o modelo francês de dualidade de jurisdições e outros que confiavam o contencioso administrativo aos tribunais comuns), colocou-se, a seguir à unificação, um dilemático problema de saber se se devia confiar o julgamento dos litígios jurídico-administrativos a tribunais especiais ou aos tribunais comuns, tendo a resposta então dada ao problema sido a da abolição do Contencioso Administrativo (o Reino da Sardenha, a partir do qual se formou o Estado italiano, detinha um modelo de justiça administrativa semelhante ao francês) – através da célebre *legge di abolizione d'el contenzioso amministrativo 20 marzo 1865, n.2245, allegato E.* -, solução que não viria a criar raízes, visto que em 1889 a questão foi reaberta e a justiça administrativa foi repartida, com a criação da IV secção do Conselho de Estado – secção do contencioso administrativo -, entre tribunais comuns e tribunais administrativos. Nos últimos anos, a polémica reavivou-se: em face das mudanças do Estado e da Administração, da relativização do critério pelo qual se repartem as matérias contenciosas administrativas entre a jurisdição comum e a administrativa [hoje as matérias contenciosas tendem a repartir-se por “blocos” e não já, como outrora, segundo a natureza da situação jurídica subjectiva em causa num determinado litígio – atente-se, por. ex., no alargamento do âmbito da jurisdição exclusiva dos tribunais administrativos, que, conseqüentemente, cada vez mais conhecem questões de direitos; por outro lado, tem-se assistido à “metamorfose” do interesse legítimo, que se substantivou, deixando de ser uma mera posição processual para se aproximar do direito subjectivo], da circunstância de os poderes dos juizes administrativos se assemelharem cada vez mais aos dos juizes comuns (a l. n.º 205/2000 de reforma do processo administrativo reforçou essa evolução), certa doutrina defende a possibilidade de regresso à jurisdição única: Vide A. Travi, “Giustizia Amministrativa e Giurisdizione Esclusiva nelle Recente Riforme”, in *Il Foro Italiano*, N.º 3, 2001, pp.68 e ss. Em 1997-1998, foi inclusive analisada, na Comissão Bicameral para a Reforma Constitucional, uma proposta de supressão da jurisdição administrativa e de regresso à jurisdição única. Sobre a história da justiça administrativa italiana vide, por todos, Elio Caseta, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 4.ª ed., Milão, 2002, pp. 611 e ss, e Marcelo Clarich, “La Giustizia”, in Cassese, Sabino (org.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, tomo II, Milão, 2000, pp. 1720 e ss.

¹⁰ Se um autor como Bähr, no seu “*Der Rechtsstaat*”, em nome do princípio do Estado de Justiça (*Justizstaat*), defendia caber a fiscalização jurisdicional da actividade administrativa aos tribunais ordinários (para o ilustre jurista não se devia “constituir um ramo de jurisdição especializado a pretexto de se aplicarem regras de direito público”, sendo certo que pelo menos “o tribunal de última instância para o julgamento dos litígios de direito privado e dos administrativos há-de ser o mesmo”), a defesa de tribunais administrativos (independentes dos tribunais comuns “e que em última instância vivessem integrados na orgânica da Administração”) recolhia os favores de Gneist e Sarwey (apesar das divergências no que concerne ao modelo de justiça administrativa preconizado por cada um: Gneist defendia um modelo objectivista,

só se consolidou verdadeiramente a partir do final da década de 60: se se pode dizer que no segundo pós-guerra se implanta efectivamente uma ordem jurisdicional administrativa¹¹, até à revisão constitucional de 1968, a Lei Fundamental continha uma disposição – art. 93.º – que previa a existência de um único Tribunal Federal Supremo (e qualificava as actuais jurisdições supremas como Tribunais Federais Superiores), constituindo, portanto, até essa data, a unidade de jurisdições (a nível de topo) o modelo inscrito na Constituição, ainda que tal não passasse de *law in the books*¹².

Em Espanha, na sequência de um processo histórico recheado de vicissitudes várias, uma jurisdição administrativa é instaurada em 1845, para logo em 1865 ser abolida - culminando um tempo de “aparatoso polémica” e “de sonoros e apaixonados argumentos”- acabando, contudo, por renascer com a Restauração. A jurisdição administrativa, depois de modificada, em 1888, com a lei Santa Maria de Paredes¹³, veio, em 1904, a ser integrada na ordem jurisdicional dos tribunais judiciais (uma secção do Supremo Tribunal – *Sala* – adquire as competências, em matéria de contencioso administrativo, do Conselho de Estado), solução mantida e reforçada pela lei Reguladora da Jurisdição Contencioso- Administrativa de 1956 e pela de 1998 que lhe sucederia¹⁴.

Em Portugal, especialmente em Portugal, a organização da justiça administrativa sofreu o efeito da flutuação das opções institucionais que os sucessivos legisladores históricos sufragaram, sendo que só na Segunda República se pode verdadeiramente falar de um enraizamento da jurisdição administrativa¹⁵. Durante o séc. XIX, hesitou-se

Sarvey um modelo subjectivista). Rui Chancerelle de Machete, “Contencioso Administrativo”, in *Fernandes, José Pedro (dir.), Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2.ª ed., Lisboa, 1990, pp. 734 e ss.

¹¹ Ordem essa assente numa dupla base estadual e federal. No tempo da pré-reunificação, os Estados Alemães possuíam modelos de justiça administrativa diversos, não existindo em todos uma jurisdição administrativa; durante o Segundo Império e a República de *Weimar* a justiça administrativa continua a fazer-se ao nível dos Estados, mantendo-se a referida diversidade de modelos, sendo que somente no Terceiro *Reich* se cria um primeiro Tribunal Federal Administrativo. Sobre a história da organização da justiça administrativa na Alemanha ver, por todos, Giorgio Recchia, “Ordinamenti Europei di Giustizia Amministrativa”, in *Santaniello, Giuseppe (dir.), Trattato di diritto amministrativo*, Vol. 25, Milão, 1996, pp. 290 e ss.

¹² Vide Giorgio Recchia, “Ordinamenti Europei di Giustizia Amministrativa”, cit., pp. 298 e ss.

¹³ A lei Santa Maria de Paredes suprimiu a *justice retenue*.

¹⁴ Sobre a história da organização da justiça administrativa em Espanha vide Eduardo Garcia de Enterría/Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 8.ª ed., Madrid, 2002, pp. 561 e ss.

¹⁵ Para um panorama histórico da evolução da jurisdição administrativa em Portugal vide: Maria da Glória F. P. D. Garcia, *Da justiça administrativa em Portugal. Sua Origem e Evolução*, Lisboa, 1994, em especial pp. 379 e ss.; Rui Chancerelle de Machete, “Contencioso Administrativo”, cit., pp. 776 e ss.; e José Carlos Vieira de Andrade, *A justiça administrativa (Lições)*, 3ª ed. (reimpressão), Coimbra, 2002, pp. 49 e ss.

entre a unidade e a dualidade de jurisdições: implantada pelas reformas de Mouzinho da Silveira¹⁶, a jurisdição administrativa logo foi posta em causa em 1835, voltando nessa data os tribunais judiciais a readquirir o papel de que tinham sido privados¹⁷. Em 1840, pela Carta de Lei de 29 de Outubro de 1840, atribui-se de novo o contencioso administrativo a tribunais administrativos¹⁸. Só em 1845 se cria, na prática, um órgão superior do Contencioso Administrativo, através da instituição de uma secção contenciosa no órgão político de consulta que era o Conselho de Estado da Carta Constitucional, secção essa que se autonomiza para dar origem ao Supremo Tribunal Administrativo (STA), em 1870. Em 1892 – com o Decreto de 21 de Abril de 1892 – extinguem-se os Tribunais Administrativos Distritais (criados pelo Código de 1886), cujas competências são atribuídas aos tribunais judiciais (mantendo-se, embora, a dualidade de jurisdições a nível de topo, com a subsistência do STA), para logo em 1896 se regressar ao *status quo ante*. No período final da I.ª República, aquando da instauração da Ditadura Militar e do início do Estado Novo, “a impressão digital” da justiça administrativa em Portugal – a instabilidade – permanece: depois de frustradas tentativas a seguir à implantação do regime republicano, em 1924 dá-se a abolição do Contencioso Administrativo (Decreto n.º 9340 de 7 de Janeiro de 1924), “sol (ou noite) de pouca dura”, pois que, no final de 1925 se regressa à dualidade de jurisdições (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 11250, de 19 de Janeiro de 1925). Em 1926, contudo, o pêndulo inverte-se – pelo Decreto-Lei n.º 12258, de 4 de Setembro de 1926 repõe-se em vigor o decreto n.º 9340 e, com ele, a unidade de jurisdições. Readoptada em 1930, não mais a existência da jurisdição administrativa foi colocada em causa por qualquer intervenção do legislador. Subjacentes à oscilação observada, até essa data, da legislação que rege a justiça administrativa, estiveram também dissensões no seio da doutrina: em diversos contextos históricos, ilustres nomes figuraram entre os próceres da jurisdição administrativa¹⁹, e insígnies figuras²⁰ enfileiraram do lado da defesa da unidade de jurisdições.

¹⁶ O famoso Decreto n.º 23 de 16 de Maio de 1832 previa a existência de Conselhos de Prefeitura em cada província e o Conselho de Estado como jurisdição de apelo.

¹⁷ A matéria contenciosa (direitos subjectivos) pertencer-lhes-ia, os outros litígios seriam dirimidos através de órgãos da Administração activa.

¹⁸ Aos Conselhos de Distrito.

¹⁹ Justino António de Freitas (cfr. Maria da Glória F. P. D. Garcia, *Da justiça administrativa em Portugal...*, cit., pp. 476 e 477), Frederico Laranjo (vide Maria da Glória F. P. D. Garcia, *Da justiça administrativa em Portugal...*, cit., pp. 484 e ss.), João de Magalhães Colaço (vide João Maria Telo de Magalhães Colaço, *A abolição do contencioso administrativo*

No pós 25 de Abril, na Assembleia Constituinte, afirmou-se uma forte corrente desfavorável à manutenção de um sistema de dualidade de jurisdições, permanecendo ainda em certos quadrantes políticos e doutrinários, apesar da definitiva opção pela jurisdição administrativa que o legislador da revisão constitucional de 1989 tomou, uma orientação de princípio favorável a uma concepção unitária do Poder Judicial²¹.

Ora, se a questão da organização da justiça administrativa tem recebido diferentes respostas ao longo do tempo, não raro se assistindo mesmo ao regresso a um modelo de unidade de jurisdições depois da adopção de um modelo de dualidade de jurisdições, sendo, para além disso, tópico de uma discussão interminável, então a actual opção constitucional e legislativa pela existência de uma ordem jurisdicional administrativa não pode ser vista como um facto a- problemático e a- significativo, mas sim a uma luz outra: como uma tomada de posição perante várias tradições e correntes de pensamento de sentido contrário, cujos fundamentos cumpre dilucidar sob pena de se renunciar a captar o sentido último (cultural) da jurisdição administrativa²².

e o poder judicial, comunicação realizada na Associação dos Advogados na noite de 13 de Novembro de 1924, Lisboa, 1924.), Fêzàs Vital [cfr. José Lourenço Júnior, *Contencioso Administrativo Português (Em harmonia com as preleções do Prof. Dr. Fêzàs Vital ao Curso Complementar de Ciências Jurídicas)*, Lisboa, 1936, pp. 134], Marcello Caetano (vide Marcelo Caetano, *Manual de direito administrativo*, Tomo II, 10.ª ed., 5.ª reimpressão, revista e actualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 1994, pp. 1274 e ss.).

²⁰ António Luís de Seabra (cfr. Maria da Glória F. P. D. Garcia, *Da justiça administrativa em Portugal...*, cit., pp. 453 e 454), Guimarães Pedrosa (cfr. Maria da Glória F. P. D. Garcia, *Da justiça administrativa em Portugal...*, cit., página 480), Alberto dos Reis [vide José Alberto dos Reis, *Organização Judicial (Lições feitas ao curso do 4.º ano jurídico de 1904 a 1905)*, Coimbra, 1905, página 57] e Barbosa de Magalhães (José Maria Barbosa de Magalhães, "Contencioso Administrativo", in *Gazeta da Relação de Lisboa*, n.º 11, 1925, pp. 161 e ss.).

²¹ Já depois da revisão constitucional de 1989, Jorge Miranda, dentro da linha favorável a um modelo de unidade de jurisdições que desde a Constituinte sufragara, não deixou de sustentar – em 1996 – a unificação das magistraturas dos tribunais judiciais e dos tribunais administrativos e tributários e a unificação dos órgãos de governo próprios de cada ordem jurisdicional num único Conselho Superior Judiciário. Vide Jorge Miranda, "Os parâmetros constitucionais da reforma do contencioso administrativo", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 24, 2000, pp. 8 e ss. Sobre a permanência, ao longo da Terceira República, de uma orientação de princípio favorável à unidade do Poder Judicial, cfr. a importante obra (publicada já depois da data da exposição oral que antecedeu este trabalho) de António Cândido Oliveira sobre a Organização Judiciária Administrativa – António Cândido de Oliveira, *Organização Judiciária Administrativa (e Tributária)*, Coimbra, 2003 pp. 184 a 188, 191, e 211 a 212.

²² A título de curiosidade registre-se que a problemática da organização da justiça administrativa não se tem posto apenas nos países com sistemas de administração executiva, mas também em países com sistemas de administração judiciária: é possível vislumbrar, hodiernamente, na Grã-Bretanha, vista como paradigma da unidade de jurisdições, quem sustente, apesar da sombra tutelar de Dicey e de suas teses, a necessidade de instaurar um sistema de dualidade de jurisdições. Não falta, aliás, quem veja paralelos entre certas instituições jurídicas da velha Albion, que viram a luz do dia com a implementação do Estado Social, e os tribunais administrativos do continente. Cfr. Rui Chancerelle de Machete, "Contencioso Administrativo", cit., 742 e 743.

Eis, pois, um outro conjunto de motivos suplementares para os juristas concederem atenção à problemática do fundamento da jurisdição administrativa.

III – A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA ENQUANTO TRADUÇÃO JURÍDICA DA IDEIA DE QUE OS LITÍGIOS ENTRE ADMINISTRAÇÃO E OS ADMINISTRADOS NÃO PODEM SER JULGADOS POR UM ESTRANHO OU UM TERCEIRO EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO.

Disse-se *supra* que na Terceira República Portuguesa (bem como um pouco por toda a Europa nas últimas décadas) uma autêntica revolução mudou a paisagem da justiça administrativa. Sugerimos que a partir da leitura das mudanças qualitativas que a dita revolução trouxe consigo seria pelo menos lícito equacionar a hipótese de os fundamentos últimos do actual paradigma de justiça administrativa serem diferentes dos fundamentos do anterior paradigma de justiça administrativa.

Assim, afigura-se-nos que talvez seja uma boa maneira de iniciarmos uma aproximação à problemática da *ratio essendi* da existência de uma ordem jurisdicional administrativa no actual ordenamento jurídico português começar por perceber se e em que medida é que à existência de uma jurisdição administrativa subjazem hoje as mesmas razões que estiveram por detrás da adopção do modelo da dualidade de jurisdições pelo liberalismo monárquico e, posteriormente, pela Segunda República. Dito de outro modo: procuraremos perceber se a montante das instituições da justiça administrativa jaz o mesmo substracto “ideológico” que enformou o desenho das instituições de justiça administrativa em épocas pretéritas.

Uma vez que a introdução, entre nós, de uma jurisdição administrativa foi sobretudo um fenómeno de importação de instituições jurídicas exógenas, francesas concretamente, a tarefa de surpreender os fundamentos da jurisdição administrativa no direito pregresso não pode deixar de se traduzir numa investigação que procure determinar as razões que em França estiveram por de trás da construção de uma jurisdição administrativa independente e separada dos tribunais comuns.

Assim, não podemos, pois, deixar de atentar nas origens da jurisdição administrativa francesa, acompanhando também a sua linha evolutiva essencial.

Acerca da jurisdição administrativa em França importa ter em conta que à sua génese e formação bem como, em larga medida, à sua manutenção, nos dias de hoje, presidiu a concepção de que o juiz dos litígios entre a Administração e os particulares não pode ser um estranho nem um terceiro em relação a ela (Administração):

Por um lado, a jurisdição administrativa nasce, no Consulado e no Primeiro Império, como *ersatz* do sistema do administrador-juiz erigido no pós-revolução, e cujas raízes remontavam ao próprio período em que a construção do Estado moderno se inicia e desenvolve. Na verdade, a esse processo histórico não deixa de subjazer, institucionalmente traduzida na circunstância de os litígios entre o Estado e as particulares terem sido sempre julgados *all' interno* da Administração, a mesma matriz “ideológica”: a ideia de que a acção do Estado se não devia achar submetida ao controlo dos tribunais (isenção judicial do Estado), de que a justiça administrativa devia ser feita no seio da Administração (devendo o “juiz” administrativo ser um “juiz doméstico”).

Por outro lado, o desenvolvimento ulterior da (vertente organizatória) da justiça administrativa foi, sobretudo, uma evolução na continuidade, que não abalou os alicerces essenciais do sistema em termos tais que se pudesse dizer que os fundamentos últimos deste se alteraram. Por outras palavras: a ideia de que os litígios administrativos devem ser julgados num ambiente administrativo – núcleo essencial do sistema do administrador-juiz e da administração da justiça (administrativa) napoleónica – não deixava e não deixa de subjazer, ainda, ao “edifício” da organização da justiça administrativa: a manutenção de une *“jurisdiction liée à l’Administration”*²³ era e é um sinal visível disso mesmo.

Concretizemos um pouco melhor este grande quadro interpretativo dos fundamentos (históricos e actuais) da jurisdição administrativa (francesa), mostrando a sua adequação à realidade dos factos:

²³ A expressão empregam-na Charles Debbasch e Jean-Claude Ricci para caracterizar o panorama institucional da justiça administrativa (passada e presente): cfr. Charles Debbasch/Jean-Claude Ricci, *Contentieux Administratif*, 6.^a ed., Paris, 1994, página 5.

Atentemos, em primeiro lugar, no processo genético da jurisdição administrativa, recuando até aos alvares do Antigo Regime²⁴:

A construção do Estado moderno foi, em larga medida, a história da emancipação da Administração central em relação aos diversos particularismos e localismos, entre os quais figuravam, em lugar de destaque, os tribunais ordinários - *Parlements*.

A progressiva centralização administrativa e governamental esbarrava fatalmente na força centrífuga da jurisdição ordinária: à medida que o Estado se ia edificando como entidade sem igual no plano interno, a submissão da actividade da Administração Real ao controlo (que por vezes redundava em interferência) dos tribunais ordinários aparecia como cada vez mais intolerável.

Assim, logo a partir do séc. XIV, vão-se formando, por iniciativa régia, vários tribunais de excepção com competência em matéria administrativa (*Cour des aides, Chambres des Comptes, Juridictions des eaux et forêts*), mas ainda submetidos aos *Parlements*, que funcionavam como jurisdição de apelo. O Estado Leviatã de Richelieu e Luís XIV não deixou, contudo, de ir mais longe: através do Édito de *Saint Germain* de 1641, primeiro, e do Édito de Fontainebleau de 1661, num segundo momento, vedou expressamente aos tribunais o conhecimento do contencioso em matéria administrativa²⁵.

Nas vésperas da revolução, a justiça administrativa era função atribuída aos Intendentes, e ao Conselho do Rei, quer dizer a órgãos da Administração activa. Só o sistema do administrador-juiz era considerado compatível com “*la prééminence de la majesté royale*”²⁶: como dizia, em 1770, o Chanceler Maupeou: “*elle doit à son autorité de ne pas laisser pénétrer dans le secret de son administration*”²⁷.

²⁴ Sobre a história das instituições francesas de justiça administrativa no Antigo Regime, vide: Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tomo I, Paris, 1989, pp. 108 e ss.; François Burdeau, *Histoire du droit administratif: de la révolution au début des années 1970*, Paris, 1995, pp. 29 e ss.; André de Laubadère et. al., *Traité de Droit Administratif*, I, 14.^a ed., Paris, 1996, pp. 305 e 306; Giorgio Recchia, “Ordinamenti Europei di Giustizia Amministrativa”, cit., pp. 9 e ss.

²⁵ O Édito de Saint Germain de Fevereiro de 1641 – reinava Luís XIII, coadjuvado pelo Cardeal – continha a seguinte proibição: “*Nous avons déclaré que notre dit Parlement de Paris et toutes nos autres Cours n’ont été établies que pour rendre la justice à nos sujets ; leurs faisons très expresses défenses et inhibitions , non seulement de prendre connaissance d’ aucune affaire semblable à celles qui sont ci-devant énoncées, mais généralement de toutes celles qui peuvent concerner l’ État, administration et gouvernement d’i celui* » . O Édito de Fontainebleau constituiria uma reedição destas proibições num contexto histórico marcado pela reacção dos *Parlements* contra a centralização régia.

²⁶ Vide François Burdeau, *Histoire du droit administratif...*, cit., página 35.

²⁷ Citado por François Burdeau – cfr. François Burdeau, *Histoire du droit administratif...*, cit., página 35.

A afirmação da ideia de Estado (centro único de um Poder sem limites, uno e indivisível) teve como consequência a subtracção do contencioso administrativo aos tribunais ordinários: o Estado, pela natureza mesma do seu Poder, tinha um privilégio de jurisdição: não se submetia, tal como os particulares, aos tribunais ordinários – com a justiça administrativa a ser feita no interior da Administração, vigorava a isenção judicial da acção do Estado.^{28 29}

A revolução francesa não enjeitou a herança de uma Administração tendencialmente imune em relação aos tribunais: o poder revolucionário optou por manter o sistema do administrador-juiz, permanecendo a ideia de que só a Administração (activa) devia desempenhar a função de julgar os litígios em que fosse parte:

Como argutamente notaram Alexis de Toqueville e Edouard Laferrière, a acção dos revolucionários de 1789, se significou, sem dúvida, o triunfo de uma nova forma de os homens verem o mundo e de se verem a si próprios (uma nova *Weltanschauung*), representou, apesar disso, no plano das estruturas profundas do Estado-Aparelho, um desenvolvimento de tendências que se vislumbravam já no Antigo Regime (e mesmo na monarquia dos Capetos): a construção de um Estado unitário e fortemente centralizado não deixou de ser uma componente essencial do projecto político do poder revolucionário³⁰.

²⁸ Uma interpretação semelhante da *ratio essendi* das instituições de justiça administrativa do Antigo Regime não deixa de ser perfilhada também por Vasco Pereira da Silva (que, aliás, vê também nessas instituições a raiz da jurisdição administrativa): vide Vasco Pereira da Silva, *Para um contencioso administrativo dos particulares: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*, Coimbra, 1989, pp. 15 e ss.

²⁹ A imunidade do Estado em relação aos tribunais ordinários era uma realidade em outras monarquias absolutas (embora o processo de subtracção dos litígios entre o Estado e os particulares às corporações medievais tivesse sido posterior ao verificado em França), sendo nesses outros contextos espaciais elemento de um idêntico processo de centralização monárquica e de formação centrípeta de uma Administração que se queria independente dos ordenamentos comunitários e feudais: assim aconteceu na Alemanha e em alguns reinos italianos. As vicissitudes decorrentes da revolução francesa e das guerras napoleónicas, designadamente, impediriam a evolução espontânea dessas instituições jurídicas “indígenas” – vide Mario Nigro, *Giustizia amministrativa*, 5.ª ed., Bolonha, 1994, página 26. Segundo informa Marcello Caetano, também em Portugal os governantes do antigo regime – e concretamente o “valido” de D. José: o Marquês de Pombal – teriam encetado, no quadro maior da construção de um Estado centralizado, um idêntico processo de subtracção aos tribunais dos litígios entre o Poder e os súbditos: vide Marcelo Caetano, *Manual de direito administrativo*, cit., página 1278.

³⁰ Segundo Edouard Laferrière, a revolução e a monarquia do Antigo Regime partilhavam o “*même attachement aux idées d’unité et de concentration gouvernementale et administrative*” Vide Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., página 149.

E daí que a nova legislação revolucionária em tema de justiça administrativa tenha reiterado um *acquis* resultante já das grandes coordenadas da história francesa. Na verdade, a “*séparation des autorités administratifs et judiciaires*”, i.é., a proibição dos tribunais conhecerem os litígios decorrentes da actividade administrativa, que as leis da Assembleia Constituinte e da Convenção traduziriam em letra de forma, tinha as suas raízes nos Éditos e Declarações régios que subtraíram o conhecimento dos litígios entre a Administração e os particulares à esfera de competência dos tribunais³¹. Como diria Bènoit, numa síntese lapidar, o princípio da separação das autoridades administrativas e judiciárias havia sido proclamado 150 anos antes³². No fundo, “*ce qui dicte l’option des hommes de 1789 c’est la tradition*”, nas palavras de Jean Rivero e Jean Waline³³.

E nem a circunstância de a “justificação ideológica” das opções em sede de organização da justiça administrativa - a necessidade de assegurar a imunidade da acção da Administração perante os tribunais era, como nota Laferrière, “*instinctive*” no *Ancien Régime*, tendo-se tornado “*raisonnée*” depois de 1789 - as ter ligado a um novo princípio de organização (constitucional) do Estado, o princípio da separação de poderes (a *séparation des autorités administratifs et judiciaires* seria um corolário da *séparation des*

³¹ A “legislação” revolucionária que no corpo do texto temos em mente engloba primacialmente a lei de 16-24 de Agosto de 1790, a Constituição de 1791 e a Lei de 16 frutidor do ano III. De acordo com o artigo 13 da Lei 16-24 de Agosto de 1790 “*les fonctions judiciaires sont et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions*”. “*Les tribunaux ne peuvent entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions*”, estatuiu-se na Constituição de 3 de Setembro de 1791. A Lei de 16 frutidor do ano III reza assim: “*défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d’administration, de quelque espèce qu’ils soient, aux peines de droit*”. A interpretação dos enunciados linguísticos contidos nestes textos tem dado azo a várias controvérsias: há quem sustente que na lei 16-24 de Agosto de 1790 (reforçada pela Lei de 16 frutidor do ano III) se contém um “*principe de séparation des autorités administratives et judiciaires*”, i.é., a proibição dos tribunais conhecerem os litígios decorrentes da actividade administrativa: cfr., designadamente, René Chapus, *Droit administratif général*, Tomo I, 15.ª ed., Paris, 2001, página 748; há quem defenda que os três textos normativos apenas impedem que os tribunais de *motu proprio* se imiscuam nas funções da Administração: vide Georges Vedel, “La loi des 16-24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?”, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.º5, 1990, pp. 698 e ss.; existe ainda quem afirme que a lei 16-24 de Agosto de 1790 e Constituição de 1791 proibem os tribunais judiciários de se imiscuir directamente nas funções da administração activa - através de regulamentos ou injunções -, concretizando a separação da função administrativa da função judicial, e que a Lei de 16 frutidor do ano III proíbe os tribunais de tomar conhecimento do contencioso administrativo, concretizando a separação do contencioso administrativo e do contencioso judiciário: Vide, por exemplo, Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, cit., pp. 872 e 873.

³² Citado em Giorgio Recchia, “Ordinamenti Europei di Giustizia Amministrativa”, cit., página 13.

³³ Vide Jean Rivero/Jean Waline, *Droit administratif*, cit., página 121.

pouvoirs), pode ocultar a sua filiação pré-revolucionária³⁴. É que em causa não deixou de estar uma “*conception spécifiquement française*” da *séparation des pouvoirs*, uma certa interpretação que a *forma mentis* estatista que os homens de 89 herdaram dos grandes homens de Estado do Antigo Regime deu a um princípio que, no plano da organização da justiça administrativa, não deixava de ser um princípio aberto, dele se não podendo deduzir logicamente uma qualquer solução institucional³⁵. Prevaleceu o que Maurice Hauriou mais tarde qualificaria de entendimento político da separação de poderes, que levou a que se tivesse concedido ao Poder Executivo, cuja liberdade de acção se queria favorecer, “*une certaine part de la juridiction, de même que, par le pouvoir réglementaire, il a une certaine part de la législation*”³⁶.

À própria elaboração doutrinal do princípio *juger l'administration c'est encore administrer*, efectuada à volta de 1789 –1790, por ilustres juristas formados nos quadros

³⁴ No século XIX, ganhou foros de cidade, em certos sectores doutrinários franceses, a tese de que na origem da jurisdição administrativa havia estado a proclamação *ex nihilo* pelos revolucionários, em cuja *forma mentis* haviam calado fundo as ideias dos *philosophes* acerca da melhor forma de organizar o Estado, do princípio da separação de poderes como princípio de organização (constitucional) do Estado. Deste princípio teriam as autoridades revolucionárias deduzido logicamente que o contencioso administrativo não devia ser confiado aos tribunais: o conhecimento dos litígios entre a Administração e os particulares pelos tribunais equivaleria a uma invasão do campo próprio do Poder Executivo. A justiça administrativa, de acordo com esta interpretação, seria, então, sobretudo uma “criação” da Revolução. Aquela teoria oitocentista não é sufragada pela doutrina francesa coeva. A existência de uma jurisdição administrativa é, hoje, explicada contra o pano de fundo histórico da essencial continuidade entre a organização institucional da justiça administrativa do pós- 89 e o processo iniciado nos alvares do Estado Moderno e reforçado ao longo do *Ancien Régime* de progressiva subtracção da acção da Administração ao controlo da jurisdição ordinária e de correlativa atracção centrípeta do julgamento dos litígios entre a Administração e os particulares para a órbita da Administração. Daí que as novas orientações doutrinárias sublinhem a diferenciação teórica entre o princípio da separação de poderes e o *principe de séparation des autorités administratifs et judiciaires* que enforma a legislação revolucionária, enfatizando a autonomia conceptual e histórica deste último, que deixa de ser visto como uma mera elaboração teórica do primeiro, uma vez que já vigoraria no ordenamento jurídico da monarquia absoluta; ou, em todo caso, acentuem a filiação pré-revolucionária do sistema de justiça administrativa do imediato pós- revolução, do Consulado e do 1.º Império. Refira-se, a propósito, que a continuidade em sede de justiça administrativa não deixa de ser vista pelos estudiosos - na senda, aliás, do grande pensador liberal Aléxis de Toqueville - como expressão particular da própria manutenção e desenvolvimento do modelo de Estado centralizado que os *Bourbons* haviam implantado. Sobre a evolução do posicionamento da doutrina francesa no que concerne às origens da jurisdição administrativa *vide* Giorgio Recchia, “Ordinamenti Europei di Giustizia Amministrativa”, cit., pp. 13 e ss (e, em especial, a nota 7).

³⁵ Observam Jean Rivero e Jean Waline: “*Pour sauvegarder la liberté des citoyens, “la puissance de juger” doit, selon Montesquieu, être séparée de “la puissance exécutive”. Mais comment appliquer le principe au jugement de litiges dans lesquels “la puissance exécutive” est engagée, c’est-à-dire au contentieux administratif ? Il s’agit de juger: ceci peut conduire à les confier au pouvoir judiciaire ; il s’agit de juger l’exécutif : ceci peut conduire à les lui soustraire, dans la mesure où en jugeant, il risque de s’immiscer dans l’action de l’exécutif. On peut donc à partir du principe de la séparation, opter aussi logiquement pour l’une ou l’autre des deux solutions*”. Jean Rivero/Jean Waline, *Droit administratif*, cit., página 121.

³⁶ Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, cit., página 871 e ss.

mentais do antigo regime, não seria estranha esta exigência de assegurar “uma ampla liberdade de acção ao Poder Executivo”³⁷.

Quando, no Consulado e no I.º Império, se criam órgãos com a específica incumbência de julgar os litígios administrativos (embora ainda não soberanamente), a velha ideia de que o julgamento dos litígios entre a Administração e os particulares se deve fazer no interior da Administração não deixa de estar presente: Napoleão “*ne remet pas en cause le rattachement du contentieux administratif à l’Administration elle-même, consolidant les choix d’ l’ ancienne France et de la Révolution*”³⁸. Esses novos órgãos - *Conseil d’État e Conseils de Préfecture* -, apesar de separados da Administração activa, não deixavam de se integrar, pela composição e pelo estatuto dos seus membros, no Poder Administrativo: a “jurisdição administrativa”³⁹ então criada era um “*démembrement de l’Exécutif*”⁴⁰. Subjacente aos desígnios reformistas do Corso estava a “*conviction bien enracinée que la justice administrative existe pour défendre les intérêts de l’État avant ceux des particuliers (...) qu’elle ne peut subsister que dans la défense de l’Administration et de ses fonctionnaires*”⁴¹.

A marcha da história da jurisdição administrativa, no século XIX e no séc. XX, se inegavelmente respondeu às solicitações garantísticas de uma consciência jurídica geral progressivamente mais sensível à importância da existência de mecanismos jurídicos de defesa dos particulares contra os abusos de Poder, para utilizarmos os quadros analíticos de Gaston Jéze⁴², não chegou, contudo, a cortar o cordão umbilical que ligava aquela à Administração: a função jurisdicional deixou de ser exercida conjuntamente pelos órgãos

³⁷ Vide Rui Chancelle de Machete, “Contencioso Administrativo”, cit., página 698. Cfr., no mesmo sentido, Mario Nigro, *Giustizia Amministrativa*, cit., página 27.

³⁸ François Monnier, “Justice administrative”, in *Droits: Revue Française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n.º 34, 2002, página 107.

³⁹ Certos sectores da doutrina francesa situam na data da criação das instituições de justiça administrativa napoleónicas, a data da fundação da jurisdição administrativa (com a criação de órgãos jurisdicionalizados destacados da administração activa). Uma grande parte dos estudiosos, pelo contrário, situam essa data na passagem da justiça conservada à justiça transferida. Se o critério da existência de uma jurisdição fosse a definitiva e acabada separação dos órgãos que julgam dos órgãos que administram, então, em certo sentido, ainda hoje não existiria jurisdição administrativa.

⁴⁰ François Monnier, “Justice administrative”, cit., página. 110.

⁴¹ François Monnier, “Justice administrative”, cit., pp. 110 e 111.

⁴² Vide Gaston Jéze, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1925, pp. 120 e ss. Para o Autor a *ratio essendi* inicial da jurisdição administrativa estaria na própria *Raison d’État*, que o curso do século XIX se encarregaria de harmonizar com as exigências da consciência jurídica.

encarregues de julgar as controvérsias jurídico-administrativas e pela Administração activa, é certo – em 1872 a *justice retenue* torna-se *justice déléguée*, passando o *Conseil d'État* a julgar soberanamente os litígios jurídico-administrativos, tendo desaparecido a intervenção ulterior, de natureza homologatória, do Chefe do Estado; o recrutamento dos “magistrados administrativos” bem como o seu estatuto alteram-se, outrossim, no sentido de uma maior independência de base, se bem que a evolução não tenha sido sempre linear, mas sim com avanços e recuos; mas, por outro lado, os elos institucionais entre o Poder Administrativo e o Juiz administrativo não foram quebrados - até há bem pouco tempo todas as instâncias da justiça administrativa eram inegavelmente autoridades administrativas, sendo que ainda hoje o *Conseil d'État* o é claramente, como de seguida se verá ^{43 44}.

⁴³ A feição da jurisdição administrativa será gradualmente alterada ao longo dos quase duzentos anos que se contam desde a sua instituição. Serão estas as principais etapas da sua evolução institucional, a partir do ano VIII. Na cúpula, importantes mudanças afectaram o Conselho de Estado: em 1806, é criada, no seio deste órgão, uma comissão do contencioso (o que tem como consequência a separação das funções de consulta em matéria administrativa das de consulta em matéria de contencioso administrativo); em 1872 a *justice retenue* torna-se *justice déléguée*: o *Conseil d'État* passa a julgar soberanamente os litígios jurídico - administrativos, tendo desaparecido a intervenção ulterior, de natureza homologatória, do Chefe do Estado (em 1872 cria-se, também, um Tribunal de Conflitos); em 1945 o recrutamento dos seus membros passa a ser feito através da *École Nationale d'Administration* (adiante designada por *ENA*); em 1963, o seu funcionamento interno é profundamente remodelado. Na base, cabe registar as seguintes mudanças: em 1926 altera-se o recrutamento e expande-se o número dos *Conseils de Préfecture*; em 1948, o recrutamento dos membros dos *Conseils de Préfecture* passa a ser feito mediante concurso da *ENA*; em 1953, uma importante reforma reorganiza estes órgãos, dota os seus membros de um estatuto que lhes garante uma maior independência (transformando-os outrossim em juizes de direito comum em primeira instância) e muda-lhes o nome: passam a denominar-se *Tribunaux Administratifs*; em 1986, é criado o *Conseil Supérieur des tribunaux administratifs et des Cours Administratifs d' Appel* e a gestão do corpo de magistrados dos *Tribunaux Administratifs* e dos *Cours Administratifs d' Appel* transita do Ministério do Interior para o Conselho de Estado; em 1990 a dependência dos *Tribunaux Administratifs* (bem como dos *Cours Administratifs d' Appel*) é transferida do Ministério do Interior, passando estes a depender do Conselho de Estado. Saliente-se ainda que em 1987, a tradicional estrutura organizatória do Contencioso, em dois graus, altera-se: num nível intermédio, os *Cours Administratifs d' Appel* então criados passam a desocupar-se da função de julgar os recursos de apelo das decisões de primeira instância. Embora o sentido geral destas transformações organizacionais se consubstancie num progressivo afastamento dos tribunais administrativos em relação à Administração, não parece que tenha havido uma ruptura com o modelo napoleónico, ruptura essa que seria indicio de uma transmutação do sentido da jurisdição administrativa. Como a seguir, no corpo do texto, se demonstrará, o núcleo essencial daquele modelo mantém-se: a descaracterização que possa ter ocorrido - explicável, porventura, pelo facto de ser também traço característico das duas últimas centúrias, especialmente a partir da segunda metade do século, o progressivo sublinhar da importância das garantias jurídicas dos particulares contra o poder não o afectou. Sobre as grandes linhas da evolução histórica da jurisdição administrativa francesa, vide: René Chapus, *Droit administratif général*, cit., pp. 747 e ss; e, na literatura portuguesa, António Cândido de Oliveira, *Organização Judiciária Administrativa (e Tributária)*, cit., pp. 19 a 25 e 109 a 118.

⁴⁴ Na doutrina portuguesa, João Caupers afirma ainda ser nota distintiva da vertente orgânica da justiça administrativa francesa (em relação aos outros sistemas de dualidade de jurisdições vigentes na Europa) a inclusão dos tribunais

E a esta permanência das ligações da jurisdição administrativa à Administração, mais do que um fenómeno de inércia institucional ou o resíduo de uma época pretérita, correspondeu sempre a um dado cultural de base: é que para o Poder Político, durante a maior parte daquele período, a jurisdição administrativa não era vista como sendo uma jurisdição como outra qualquer, i.é., como uma jurisdição que se posicionasse perante a Administração Pública como a jurisdição comum se posiciona nos casos, poucos, em que pudesse julgar litígios entre os Poderes Públicos e os particulares⁴⁵; as próprias instâncias da jurisdição administrativa, sempre sintonizadas com as mais profundas orientações do Poder Administrativo francês, não cessaram nunca, por muito que a construção de um direito administrativo de protecção dos Administrados fosse um seu propósito norteador (e também uma inevitabilidade tendo em conta *l'air du temps*), de se representar a si próprias como garantes das (supostas) exigências da *Raison d'État*, não percepcionando completamente a Administração, em última análise, de fora para dentro⁴⁶; e na doutrina jusadministrativista, tem ainda foros de cidade a ideia de que *juger l'administration c'est encore administrer*⁴⁷.

Pensando na “*raison d'être de la juridiction administrative*” nos dias de hoje, mas sumariando ao mesmo tempo a essência de todo um trajecto histórico, reconhece René Chapus que a jurisdição administrativa “*concrétise une conception de la justice administrative (...) qui procede de la considération qu'un juge administratif (...) doit être ce qu'on pourrait appeller un juge-administrateur*”⁴⁸, ou seja, “*il doit être tel que le jugement de l'administration se situe dans la ligne de l'action administratif et en soit comme un prolongement ou un complément*”⁴⁹. E é esta concepção que, segundo o autor, explica os “*liens*” existentes entre a jurisdição administrativa e a Administração activa⁵⁰.

administrativos no Poder Administrativo: Vide João Caupers, *Introdução ao direito administrativo*, Lisboa, 2000, página 42.

⁴⁵ Cfr., por último o famoso *affaire Canal* que opôs o poder gaullista ao *Conseil d'État*.

⁴⁶ Vide, neste sentido, François Monnier, “Justice administrative”, cit., pp. 111 e ss.

⁴⁷ Vide René Chapus, *Droit administratif général*, cit., pp. 771 e 772.

⁴⁸ E não apenas, precisou o autor, “*un juge spécialisé en matière administratif*”. Vide René Chapus, *Droit administratif général*, cit., página 771.

⁴⁹ René Chapus, *Droit administratif général*, cit., página 771.

⁵⁰ René Chapus, *Droit administratif général*, cit., página 772.

Ora, foi este paradigma de justiça administrativa (e pensamos, em especial, na sua vertente organizatória), cuja génese e evolução surpreendemos e a que estava subjacente a concepção de que aquela se devia fazer num ambiente administrativo, que seria “transplantado” para solo lusitano, primeiro na sua pureza napoleónica, pelos bravos do Mindelo e, depois, numa versão já mais *aggiornata*, aquando da “segunda fundação” da jurisdição administrativa em Portugal, no período inicial da II.^a República.

Por de trás desta adopção do referido modelo organizacional (nos seus traços gerais) estavam, aliás, propósitos políticos ou pressupostos “ideológicos” que já se vislumbravam na paisagem político-jurídica de além-pirinéus: à “recepção” das instituições jurídicas correspondeu, de facto, a “recepção” do seu substrato cultural e “ideológico”. Atente-se somente em dois exemplos, colhidos em épocas diversas:

Por um lado, note-se que aquelas correntes e movimentos do liberalismo mais favoráveis à edificação de um Estado centralizado servido por “uma máquina administrativa privilegiada” não deixaram de sustentar dever o contencioso administrativo ser confiado a uma jurisdição administrativa: a intimidade entre a Administração e as instituições da justiça administrativa, que o modelo francês fornecia - e que estaria presente no modelo de justiça administrativa que Mouzinho da Silveira, primeiro, e os seus herdeiros políticos, posteriormente, tentaram enraizar entre nós - era favorável à edificação em Portugal de um verdadeiro Estado Administrativo (a Administração para além de ter o seu próprio direito deveria ter, naturalmente, o seu próprio juiz)⁵¹.

Por outro lado, o discurso legitimador da existência de uma jurisdição administrativa sufragado por Marcelo Caetano, quer dizer, pelo obreiro das instituições da justiça administrativa do longo período estadonovista, assentava na ideia de que os

⁵¹ Sobre a defesa de uma jurisdição administrativa por parte daquelas correntes político-partidárias (situadas à direita no espectro político do liberalismo monárquico) que tinham como projecto político a edificação de um verdadeiro Estado Administrativo *vide* Maria da Glória F. P. D. Garcia, *Da justiça administrativa em Portugal...*, cit., página 444 (nota 680). O mesmo fenómeno pode, outrossim, ser detectado na vizinha Espanha: as correntes conservadoras do liberalismo monárquico, mais apostadas na construção de um Estado centralizado, não deixaram, aí também, de incorporar no seu projecto político o modelo francês de organização da justiça administrativa. O reverso da medalha era a defesa de uma via judicialista por parte daquelas forças políticas a quem a centralização administrativa repugnava (a luta contra o centralismo madrilenho juntava os movimentos “progressistas” mas também aquelas correntes contra-revolucionárias favoráveis à manutenção da autonomia das comunidades políticas tradicionais) – *vide* Eduardo Garcia de Enterría/Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pp. 564 e 565. A propósito, registe-se, ainda, que o debate sobre a existência de uma jurisdição administrativa em França foi um debate entre adeptos e críticos do Estado centralizado - cfr. François Burdeau, “Les crises du principe de dualité de juridictions”, cit., pp. 16 e ss.

litígios em que a Administração estivesse envolvida não deviam ser julgados pelos tribunais (judiciais) mas sim no seio da Administração ou por autoridades administrativas, uma vez que importava reconhecer não ser possível aos tribunais, no plano da realidade fáctica, constranger o Estado a adoptar um determinado comportamento não desejado, devido à essência mesma do Poder deste⁵². À parte o favorecimento do Estado que a postura filosófica de base autoritária ditava, esta concepção ecoava um lugar-comum de certo discurso jusadministrativista gaulês, segundo o qual a circunstância de a justiça administrativa se fazer *all'interno* da Administração facilitaria a obediência aos órgãos jurisdicionais por parte da Administração, na medida em que esta sentiria que alguém que lhe não é estranho a julga⁵³.

Achada a *ratio essendi* da jurisdição administrativa francesa e, por consequência, do ordenamento institucional da justiça administrativa do Estado Liberal português e do regime da Constituição de 1933, importa, agora, responder à questão de saber se ela encerra, ainda, algum potencial heurístico em face do ordenamento da justiça administrativa da III.ª República.

⁵² Para o insigne Professor, a razão de ser dos tribunais administrativos “pertenceria à ordem interna da administração”: “o problema crucial da teoria do contencioso administrativo surge ao verificar-se que o Poder Judicial deixa de o ser quando condena o Poder Administrativo. Os tribunais podem julgar a Administração Pública mas não podem executá-la (...) As sentenças condenatórias de uma pessoa colectiva de direito público (especialmente do Estado), têm apenas a eficácia que resulte do espírito de respeito e submissão dos órgãos administrativos aos tribunais (...) Os tribunais, quaisquer que sejam, são impotentes para coagir a administração (...) colocados com esta em pé de igualdade, para ela não são Poder”. Daí a lógica do sistema do administrador- juiz, do sistema da jurisdição reservada e, mais tarde, dos tribunais administrativos dotados de “jurisdição própria” mas com a natureza de órgãos do Poder Administrativo: se os tribunais não podem impor as suas decisões à Administração, não dispendo *de facto* de meios coercivos de execução das suas decisões (contra ela), a negação desta realidade só gerando “mal estar e rivalidade” entre a Administração e os Tribunais” (“pelas frequentes desobediências, ostensivas ou encobertas, da Administração”), então mais vale reconhecer este facto no plano do direito e organizar o controlo “jurisdicional” da Administração no interior desta, quer dizer, através de órgãos do Poder Administrativo. *Vide* Marcelo Caetano, “Anotação” (anotação a Acórdão da I.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 22 de Fevereiro de 1952), in *O Direito*, n.os 2 e 3, 1952, pp. 199 e ss.

⁵³ Segundo Bonnard: “Pela sua situação, a jurisdição administrativa, não correndo o risco de ser suspeita à Administração, pois que se prende com ela numa certa medida, é mais idónea para dar satisfação, quando houver ocasião disso, aos interessados particulares e para condenar a administração”. A função consultiva e a função jurisdicional que os tribunais administrativos desempenham (*vide infra*) são, aliás, ainda hoje, vistas, por certa doutrina francesa, num plano de igualdade e em interacção dialéctica – entende-se que o conselheiro é escutado porque é juiz (se as suas opiniões, proferidas na veste de conselheiro, não forem seguidas, poderá sempre impô-las na pele de juiz), mas, por outro lado, o juiz é mais facilmente obedecido porque é conselheiro da Administração, de quem esta se encontra próxima e em quem deposita confiança. Pode ver-se um posicionamento deste tipo em Marceau Long, “L’état actuel de la dualité de juridictions”, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.5, 1990, pp. 692 e 693.

Ora, se se pode afirmar que a ideia segundo a qual os litígios entre a Administração e os particulares devem ser julgados num ambiente administrativo, ou seja, por um juiz que não seja verdadeiramente um terceiro em relação a ela, explica a existência de uma jurisdição administrativa quando está em causa um cenário institucional como o vigente no Estado Novo ou como o que actualmente se observa em França, dela dificilmente se pode dizer que é uma ideia actuante no quadro do actual sistema de justiça administrativa.

Na verdade, no primeiro caso, certos traços-chave do regime jurídico do ordenamento institucional de justiça administrativa só são plenamente inteligíveis à luz dessa ideia:

A forte proximidade dos tribunais administrativos portugueses em relação à Administração, de que a livre nomeação governamental dos juízes do Supremo Tribunal Administrativo e das Auditorias era uma das manifestações⁵⁴, deixa de ser compreensível caso se não conceba a hipótese de a ela subjazer a ideia de que os litígios entre a Administração e os particulares devem ser julgados no seio da Administração. Por outro lado, a vertente organizacional da justiça administrativa da França dos dias de hoje só é reconstrutível racionalmente se entrar em linha de conta com a mencionada ideia, pois que só ela dá sentido às seguintes particularidades essenciais do Contencioso Administrativo⁵⁵: o desempenho por parte do *Conseil d'État*, dos *tribunaux administratifs* e dos *Cours Administratifs D'Apell* de uma importante função consultiva da Administração activa⁵⁶; a organização do *Conseil d'État* de acordo um princípio de *double*

⁵⁴ Para além desta manifestação essencial, cumpre registar que antes do 25 de Abril os tribunais administrativos estavam organicamente inseridos no Estado através da Presidência do Conselho de Ministros (os tribunais judiciais estavam inseridos no Estado através do Ministério da Justiça). Por outro lado, a disciplina dos juízes não reentrava na competência do Conselho Superior Judiciário. A isto acrescia, ainda, o facto de o Governo, devido à forma como o regime jurídico de execução das sentenças dos tribunais administrativos se achava configurado, deter na prática o direito de não executar as sentenças (a ideia de que a justiça administrativa se devia fazer no seio da Administração não podia deixar de estar por de trás deste resultado, que aliás, equivalia, *de facto*, segundo Freitas do Amaral, à possibilidade que o soberano detinha de não homologar as sentenças dos tribunais administrativos – de topo – nos tempos pretéritos da *justice retenue*). Vide Diogo Freitas do Amaral, *Direito administrativo (Lições aos alunos do curso de direito em 1987/88)*, Vol. IV, Lisboa, 1988, pp. 100 e ss.

⁵⁵ Uma enumeração das particularidades organizacionais da justiça administrativa pode encontra-se em René Chapus, *Droit administratif général*, cit., página 771 e ss.

⁵⁶ O Conselho de Estado emite *avis* sobre os *projects de lois* e sobre as *ordonances* – obrigatoriamente – e sobre os *projects de décrets* – obrigatoriamente ou facultativamente (obrigatoriamente, *ex vi* art. 37.2 da Constituição, sobre os *projects de décrets* que modifiquem *textes de forme législative* quando anteriores à entrada em vigor da lei fundamental).

appartenance, em virtude do qual os seus membros pertencem simultaneamente à secção do contencioso e a uma secção administrativa; o recrutamento dos magistrados administrativos mediante concurso da *École Nationale d'Administration* (ENA) - *haute école* de onde provêm, também, é sabido, os quadros superiores da administração activa - ou através do chamado *recrutement au tour extérieur* (que se traduz no recrutamento, pelo Governo, de quadros superiores da administração activa – directores-gerais etc...)^{57 58}; o próprio facto de o ministro da justiça continuar a presidir ao Tribunal de Conflitos ^{59/60}.

No segundo caso, tentar explicar a existência de uma jurisdição administrativa, enquanto ordem jurisdicional separada e independente da ordem jurisdicional dos tribunais judiciais, como decorrência da ideia de que a justiça administrativa deve ser feita dentro de um ambiente administrativo – interpretando, por exemplo, o ordenamento da justiça administrativa à luz do princípio da separação de poderes, na versão *separation des autorités administratives et judiciaires*, ou do princípio segundo o qual *juger l'Administration c' est encore administrer* – não se afigura possível: seria uma interpretação sem o mínimo de correspondência na letra da “lei”: é que se não detectam, no nosso direito positivo, ligações institucionais entre a Administração e os tribunais

⁵⁷ É interessante registar que a elite política, a elite administrativa e os membros da magistratura administrativa – em especial do *Conseil d'État* – fazem parte de um mesmo círculo, desde logo pela comum formação de base na ENA, e, depois, pelo sistema de vasos comunicantes existente entre esses vários meios. Assim, note-se, por exemplo, que nomes ilustres da cena política francesa como Pompidou, Michel Debré, Laurant Fabius, Édouard Balladur – para só citar alguns de entre um vasto conjunto de ministros, senadores e deputados - passaram pelo *Conseil d'État* (a título de curiosidade, refira-se que o actual Chefe do Estado Jacques Chirac, cuja formação de base é também da ENA, foi membro do Tribunal de Contas, um tribunal administrativo especial também ele ligado à Administração). Por outro lado, os membros do *Conseil d'État* continuam a desempenhar as chamadas actividades exteriores, como a presidência de comissões administrativas (O conselheiro Marceau Long, que foi Vice-Presidente do Conselho de Estado, ficaria conhecido por presidir a inúmeras comissões administrativas) e de autoridades administrativas independentes ou a participação em gabinetes ministeriais. Sobre estes assuntos *vide* Vincent Wright, “From the Droit de l'État to the État de droit”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º1, 1999, pp. 25 e 33.

⁵⁸ Se os magistrados administrativos provêm da ENA, os juizes dos tribunais comuns, por seu turno, são seleccionados mediante concurso da *École Nationale de la Magistrature*.

⁵⁹ O ministro da justiça apenas detém voto de desempate, é certo. Mas a circunstância de um membro do governo presidir ao Tribunal de Conflitos não deixa de testemunhar o espírito do sistema: a ligação da jurisdição administrativa à administração, consequência da ideia de que o juiz não pode ser um terceiro em relação a ela, tem o seu corolário lógico no facto de a administração deter a última palavra nos conflitos de jurisdições: é que estes ainda envolvem, ainda que indirectamente, o julgamento da administração e o julgamento da administração deve ser feito no interior dela.

⁶⁰ Não é só em França que se verifica, na actualidade, esta ligação dos Tribunais à Administração: em Itália, por exemplo, o Conselho de Estado desempenha uma importante função consultiva, sendo, para além disso, um quarto dos seus membros nomeados pelo Governo, verificando-se também poderem os conselheiros exercer funções no seio da Administração, realidades que, segundo Filippo Sata, exprimem as razões de fundo políticas da jurisdição administrativa. *Vide* Filippo Sata, *Giustizia amministrativa*, 3.ª ed., Milão, 1997, página 10.

administrativos: os tribunais administrativos são tribunais como outros quaisquer - entre nós, o juiz administrativo é, pois, um terceiro em relação à Administração, tão terceiro quanto o seria um juiz ordinário se acaso lhe fosse atribuída a missão de julgar os litígios administrativos ou quanto o é naqueles campos do contencioso em que ainda julga. Na verdade, a jurisdição administrativa e a Administração foram definitivamente apartadas: a seguir ao 25 de Abril operou-se aquilo que se tem convencionado designar por plena jurisdicionalização dos tribunais administrativos, cuja inserção no Poder Judicial, de par com os chamados tribunais judiciais, se encontra hoje constitucionalmente garantida⁶¹.

Cumprido, no entanto, notar que, quebrada a ligação institucional à Administração, nem por isso a jurisdição administrativa há-de ser vista como um mero desenvolvimento de um “lastro histórico”. Vejamos porquê:

Caso a tese do “lastro histórico” fosse verdadeira, a manutenção da dualidade de jurisdições seria resultado da “inércia” do legislador constitucional e do legislador ordinário: em lugar de devolver o contencioso administrativo aos tribunais judiciais, por forma a garantir a plena independência do julgador, solução que equivaleria a fazer tábua rasa de toda uma tradição de existência de um juiz especial vocacionado para o julgamento dos litígios administrativos, aqueles teriam optado por jurisdicionalizar completamente os tribunais administrativos. Estes, bem vistas as coisas, continuariam a existir no presente porque existiram no passado: similares em tudo aos outros tribunais, a sua desintegração da ordem jurisdicional dos tribunais comuns explicar-se-ia por razões de ordem histórica⁶².

⁶¹ Seguindo de perto Freitas do Amaral, refira-se que o processo de jurisdicionalização dos tribunais administrativos foi um processo faseado, no qual assumem importância as seguintes etapas: a entrada em vigor do Decreto-lei n.º 250/74, de 12 de Junho, que transferiu o Supremo Tribunal Administrativo e as Auditorias Administrativas da Presidência do Conselho de Ministros para o Ministério da Justiça; a alteração, pelo Decreto-lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, do regime jurídico da execução das sentenças dos tribunais administrativos, que jurisdicionalizou o processo de execução das mencionadas sentenças (a execução das sentenças passa a ser uma verdadeira obrigação jurídica, a que todos os órgãos da Administração activa, sem excepção, se acham vinculados; ao Governo são retirados quaisquer poderes de controle sobre a execução das sentenças); a adopção de uma nova Lei Fundamental – a Constituição de 1976 – na qual os tribunais administrativos são considerados verdadeiros tribunais (quer dizer, como órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, sem interferências do poder executivo); o derradeiro passo no sentido da plena jurisdicionalização deu-o o Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril (que continha o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais – ETAF) que poria um termo final à livre nomeação dos juizes administrativos pelo Governo bem como à sujeição dos magistrados administrativos a formas de disciplina administrativa. Vide Diogo Freitas do Amaral, *Direito administrativo...*, cit., pp. 105 e ss.

⁶² Parece ser esta a interpretação de Marcelo Rebelo de Sousa. Observa o Autor: “(...) os tribunais administrativos pertencem ao que usualmente se qualifica de *poder judicial* e compete-lhes aplicar o *Direito Administrativo* na

O tratamento que a problemática da organização da justiça administrativa recebeu na versão primeira da Constituição de 1976 poderia, porventura, ser interpretável à luz deste quadro analítico:

É que, numa primeira fase, a Lei Fundamental desinteressa-se da questão do modelo organizacional da justiça administrativa – i.é., da questão da unidade/dualidade de jurisdições –, deixando ao legislador ordinário, nessa matéria, inteira liberdade de acção, apenas lhe impondo a obrigação de “jurisdicionalizar” os tribunais administrativos caso este viesse a optar pela manutenção da jurisdição administrativa. Assim, o legislador constituinte não teria querido romper com a tradição da dualidade de jurisdições, tendo apenas assegurado que se esta viesse a ser ulteriormente confirmada em sede legal, fosse também “expurgada” dos seus aspectos menos propícios à realização do valor político-jurídico primeiro da independência dos tribunais.

Já as mudanças introduzidas no texto constitucional, em virtude da revisão constitucional de 89, dificilmente adquirem sentido se analisadas na perspectiva da tese do “lastro histórico”: é que se a existência da jurisdição administrativa não fosse vista pelo legislador da revisão constitucional de 89 como sendo um imperativo do tempo presente mas como um resquício de tempos pretéritos que, expurgado dos aspectos mais desconformes com o ar do tempo – a ligação à Administração, designadamente - em homenagem à certeza e à segurança jurídicas, se tivesse apenas de conservar, então a opção de tornar a jurisdição administrativa assente *in aeternum* resultaria algo incompreensível. Quer dizer, se a separação entre o julgador dos litígios administrativos e o julgador das restantes controvérsias jurídicas fosse vista, pelo legislador da revisão constitucional, como um mero problema de (des)respeito por uma tradição cuja *ratio essendi* – a ideia de que os litígios entre a Administração e os Particulares devem ser julgados num ambiente administrativo – não mais pudesse valer, dificilmente se justificaria a ultrapassagem do *status quo ante* de indiferença constitucional quanto ao desenho

apreciação dos chamados *actos de administração de gestão pública*. Em tese, seria possível cometer aos tribunais comuns o controlo de toda a *actividade administrativa*, mesmo a de gestão pública, o que, de resto, chega a ser ensaiado episodicamente em Portugal no início do Século XX. Assim acontece quanto à matéria de *legalidade*, em Itália. Não é essa, no entanto, a solução hoje adoptada no Direito Português, por um lastro histórico (sublinhado nosso) que tem que ver com a transição do *sistema de administrador-juiz* para o de *justiça delegada*, primeiro ainda sem, e, depois, *com jurisdicionalização*.” Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de direito administrativo*, Vol. I, Lisboa, 1999, pp. 471 e 472.

institucional da justiça Administrativa. Dito de outro modo: o voluntarismo do legislador da revisão constitucional em tema de organização da justiça administrativa constitui um poderoso indício de que à existência de uma jurisdição administrativa subjaz uma *ratio essendi* actual: a uma tão clara e definitiva tomada de posição do legislador da revisão constitucional a favor da obrigatoriedade da jurisdição administrativa, há-de ter, por certo, subjazido a convicção de que poderosas razões válidas nos dias de hoje tornam aconselhável que os litígios entre a Administração e os particulares sejam confiados a uma organização judiciária autónoma e independente.

Deve, pois, existir um qualquer *quid* responsável pela vontade expressa do legislador da revisão constitucional de 89 no sentido de tornar imperativa a existência de uma jurisdição administrativa, que até essa data o legislador ordinário podia licitamente suprimir.

IV - A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA COMO COROLÁRIO DE UMA ESSENCIAL DIFERENÇA ENTRE A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA – UMA JUSTIÇA OBJECTIVA – E A JUSTIÇA ORDINÁRIA – UMA JUSTIÇA SUBJECTIVISTA.

Uma vez que a jurisdição administrativa actual não é susceptível de ser explicada como corolário da ideia de que o juiz dos litígios entre a Administração e os administrados não deve ser um terceiro em relação à Administração, e admitida a verosimilhança da hipótese de à sua existência actual não subjazerem apenas factores históricos, cumpre então determinar a que ideia, concepção ou princípio é de atribuir a responsabilidade pela manutenção de uma ordem jurisdicional administrativa.

Se se compulsarem os contributos da doutrina jurídica europeia em tema de fundamento da jurisdição administrativa, verificar-se-á que a existência de uma jurisdição administrativa separada e independente da jurisdição ordinária foi e tem sido explicada, em certos sectores, como decorrência (lógica e racional) de uma essencial (e também ela lógica e racional) diferença de natureza entre a justiça administrativa (ou certa justiça administrativa) e a justiça ordinária (justiça administrativa entendida aqui no específico sentido de actividade de dizer o direito com força de verdade legal quando estão em

causa controvérsias jurídico-públicas e a justiça ordinária concebida, neste contexto, no concreto sentido de actividade de dizer o direito quando estão em causa controvérsias outras que não jurídico-públicas).

Certos juristas alemães do século XIX, por exemplo, vislumbravam na existência de uma jurisdição administrativa, e na correlativa subtracção dos litígios jurídico-administrativos aos tribunais ordinários, a natural projecção institucional de uma radical dissemelhança entre a actividade de dizer o direito quando estão em causa controvérsias jurídico-públicas e a actividade de dizer o direito nas restantes controvérsias jurídicas: como a justiça administrativa não podia deixar de ser uma justiça objectiva e a justiça ordinária, pelo contrário, se apresentava como sendo uma justiça de direito subjectivo, os decisores políticos teriam separado os órgãos jurisdicionais levando em linha de conta essa *summa divisio* de base. Quer dizer: uma vez que o problema central da justiça administrativa não seria outro senão o de assegurar que a Administração respeitasse na sua actividade a norma legal fundamento e medida da sua acção – no Estado Liberal do século XIX afirma-se o chamado princípio da legalidade – e dado que essa norma legal teria “*soprattutto un’obiettivo funzione di limitare e incanalare l’attività dello stato nell’interesse dello stato medesimo*” (a lei seria sobretudo “*l’espressione razionale della volontà e d’ell interesse generale*” e consideraria e satisfaria “*l’interesse del privato solo mediamente, in quanto gli assegna e mantiene il posto que gli compete in una comunità ordinata*”), ter-se-ia firmado a convicção (lógica e racional) de que “*il controllo del rispetto della legalità non può venire esercitato dal giudice ordinario perché non si tratta di salvaguardare direttamente la libertà dei cittadini d’all ingerenza illecita dello stato, ma di stabilire se i vincoli che questo s’è dato a garanzia dell’interesse generale e della realizzazione di tali interessi sono stati rispettati*”⁶³.

Uma abordagem similar à problemática da *ratio essendi* da jurisdição administrativa não deixou, também, de obter os favores de ilustres administrativistas italianos como Renato Alessi⁶⁴ e Enrico Guicciardi. Este último autor afirmaria expressamente, em síntese lapidar, que a jurisdição administrativa tem “*la sua ragione d’essere diretta ed immediata nella tutela dell’interesse pubblico e nella necessita di assicurare la conformità*

⁶³ Sobre estas construções da doutrina germânica cfr. Mario Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 28 e 29.

⁶⁴ Vide Renato Alessi, *Diritto Amministrativo*, II, Milão, 1950, pp. 31 e ss.

ad esso degli atti dell'Amministrazione” - a jurisdição ordinária seria, ao contrário, “*strumento rivolto direttamente alla tutela degli interessi individuali*”⁶⁵.

Não nos parece, contudo, que aproximações à temática do fundamento da jurisdição administrativa do género das que acabámos de expor possam explicar a vertente orgânica do ordenamento português de justiça administrativa.

Na verdade, este tipo de discurso, cujo *tópos* essencial era a proclamada especificidade da justiça administrativa (no sentido que atrás expusemos), se fornecia um quadro analítico com alguma adesão à realidade de um certo paradigma de justiça administrativa não se coaduna com as coordenadas do actual paradigma de justiça administrativa, como se mostrará de seguida:

Pode dizer-se que durante largo tempo os sistemas de justiça administrativa efectivamente acolhidos pela generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus se poderiam qualificar de (tendencialmente, pelo menos) objectivistas: inspirados no sistema de justiça administrativa vigente em França – fruto, em larga medida, da elaboração pretoriana do *Conseil d'État* – todos eles visavam garantir, primordialmente, a conformidade entre o comportamento administrativo e as regras de direito objectivo ou, dito de outro, a todos eles presidia o objectivo último de assegurar o respeito pela lei por parte das autoridades administrativas (e daí o dito expressivo de certa doutrina francesa, segundo o qual o juiz administrativo teria, sobretudo, um papel pedagógico em relação à Administração). De facto, o processo seguido nos tribunais administrativos era, sobretudo, um “processo feito a um acto”: os particulares que recorriam às instituições de justiça administrativa apenas desencadeavam o controlo da legalidade do agir administrativo, sendo as suas situações jurídicas subjectivas lesadas mero requisito de seriedade do recurso, da decisão do juiz não resultando nenhum reconhecimento de direitos nem nenhuma protecção ou tutela a seu favor, mas apenas e tão-só a anulação de um acto administrativo (a restauração da legalidade)⁶⁶.

Ora, se num cenário como o acabado de descrever a tese que vislumbra na jurisdição administrativa um corolário de uma essencial diferença entre a justiça

⁶⁵ Vide Enrico Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, 2.ª ed., Pádova, 1943, página 60.

⁶⁶ Sobre os traços essenciais de um modelo de justiça – objectivista – que teve direito de cidade no continente europeu até data recente cfr. Michel Fromont, “La Convergence des Systèmes de Justice Administratif en Europe”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2001, n.º1, pp. 125 e ss. Acerca das características chave dos modelos objectivistas, veja-se, na doutrina portuguesa, José Carlos Vieira de Andrade, *A justiça administrativa (Lições)*, cit., pp.39 e ss.

administrativa e a justiça ordinária poderia ter algum potencial heurístico, afigura-se claramente desadequada em face do novo paradigma processual administrativo que, surgido em terras germânicas no segundo pós-guerra, tem vindo a ser adoptado nas últimas décadas nos ordenamentos jurídicos europeus, e que a recente reforma do contencioso se encarregou de concretizar plenamente entre nós: de facto, a partir do momento em que o processo administrativo se torna fundamentalmente *“un procès comme un autre, c’est-à-dire un procès par lequel le requérant fait valoir la violation d’un droit subjectif, dans lequel les deux parties sont traitées à égalité et à la fin duquel le juge peut prendre toutes sortes de décisions à l’encontre de l’autorité administratif, comme si celle-ci était un justiciable comme un autre”*, aquela tese perde toda a validade enquanto reconstrução racional da problemática da justiça administrativa⁶⁷. A partir do momento em que o juiz administrativo é sobretudo o protector de *“l’individu et le défenseur des situations juridiques subjectives”*, não mais se podendo distinguir a sua missão da do juiz ordinário, torna-se impossível sustentar a hipótese de que a existência da jurisdição administrativa seria uma consequência lógica que os decisores políticos haveriam tirado de uma essencial e necessária diferença entre a justiça administrativa e a justiça ordinária, pois que este pressuposto primeiro é, hoje, desmentido pelos factos.

Valem aqui agora as razões que, no final da última parte, aduzimos no sentido de afastar a tese de que a jurisdição administrativa apenas subsistiria por factores históricos. Sendo assim temos de seguir em frente.

⁶⁷ Sobre a transformação, a partir da introdução de um novo modelo de pendor subjectivista na Alemanha (República Federal Alemã) do segundo pós-guerra (primeiro na lei Fundamental e, depois, na lei sobre as jurisdições administrativas de 1960), do paradigma processual administrativo europeu num sentido claramente subjectivista *vide* Michel Fromont, “La Convergence des Systèmes de Justice Administratif en Europe”, cit., pp. 125 e ss. (a frase citada no texto, que sintetiza o espírito mesmo da justiça administrativa hodierna, pode ser encontrada a páginas 126). Acerca dos caracteres dos modelos subjectivistas, consulte-se, na doutrina nacional, José Carlos Vieira de Andrade, *A justiça administrativa (Lições)*, cit., pp. 39 e ss. No que tange especificamente ao contencioso administrativo português, a progressiva transformação, nas últimas décadas, do modelo constitucional de contencioso administrativo num contencioso administrativo claramente ao serviço da defesa das posições subjectivas dos particulares não tem deixado de ser acentuada por certa doutrina: ver, por todos, Vasco Pereira da Silva, *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, cit., 2000. Sobre as mudanças de pendor inegavelmente subjectivista introduzidas pela última reforma do contencioso – atente-se tão-só na consagração do princípio da tutela jurisdicional efectiva, com o correlativo aumento dos poderes do juiz administrativo, e do princípio da igualdade de armas entre o recorrente e o recorrido, bem como da possibilidade de cumulação de pedidos - *vide* Diogo Freitas do Amaral/Mário Aroso de Almeida, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, Coimbra, 2002.

V – O PRINCÍPIO DE ESPECIALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA.

Mas se a existência de uma jurisdição administrativa autónoma e independente da jurisdição comum não pode, hoje, ser concebida como a tradução jurídica da ideia de que os litígios entre Administração e os particulares não devem ser julgados por um terceiro em relação à Administração, nem tampouco se afigura explicável como corolário da ideia de que a justiça administrativa é intrinsecamente diferente da justiça ordinária, muito menos podendo ser encarada como sendo um mero fruto do peso da tradição, então em que *quid* deve vislumbrar-se a sua justificação última? Que razão (ou que razões) profunda(s) estiveram por detrás da opção constitucional por um modelo de dualidade de jurisdições?

Talvez uma leitura do discurso hodierno dos defensores da existência de uma jurisdição administrativa, a que o legislador da revisão constitucional de 1989 por certo não há-de ter sido de todo insensível, possa fornecer uma indicação segura a tal respeito.

Num escrito datado de 1976, Afonso Queiró observou, com a agudeza de espírito que lhe era característica, que “os partidários da jurisdição administrativa transferem hoje a fundamentação dessa jurisdição da necessidade de assegurar a separação de poderes para a de entregar o julgamento das questões de direito administrativo a quem possa ter um conhecimento exacto deste direito, do funcionamento dos serviços públicos e das conveniências práticas: os tribunais judiciais, especializados no cível e no penal, não possuem esta aptidão e estão mal preparados para o exercício de uma função pretoriana, que é inevitável no julgamento daquele tipo de questões, dado que o direito administrativo é cheio de lacunas”⁶⁸. De facto, na actualidade, o tópico fundamental da argumentação dos adeptos da jurisdição administrativa está na afirmação de que a justiça administrativa deve ser uma justiça especializada: no discurso legitimador da jurisdição administrativa, a invocação de um princípio de especialização dos tribunais ocupa hoje o lugar central que o princípio da separação de poderes e o princípio de que julgar a Administração é ainda administrar ocuparam, antes da generalização, na cultura jurídica do ocidente europeu,

⁶⁸ Vide Afonso Rodrigues Queiró, *Lições de direito administrativo*, Vol. I, policopiado, Coimbra, 1976, página 145.

com a ideia de Estado de Direito, da concepção segundo a qual os órgãos que desempenham funções jurisdicionais devem ser independentes do Poder Executivo⁶⁹.

⁶⁹ Caso se analise, na sua evolução histórica, o discurso dos defensores da existência de uma jurisdição administrativa independente e separada da ordem jurisdicional dos tribunais ordinários, chegar-se-á à conclusão de que as suas coordenadas essenciais se alteram a partir do momento em que um princípio da independência dos órgãos encarregues de desempenhar funções jurisdicionais se afirma na cultura jurídica ocidental, com a ideia de Estado de Direito. Na verdade, à medida que vai ganhando foros de cidade a convicção de que os órgãos a quem foi confiada a tarefa de julgar os litígios entre a Administração e os particulares não devem suportar interferências por parte do Poder Executivo, o antigo argumentário da maior parte dos partidários da jurisdição administrativa perde terreno a favor da consideração de novas razões legitimadoras da subtração do contencioso administrativo aos tribunais ordinários. Assim, a ideia de que os litígios jurídico-administrativos não devem ser confiados aos tribunais ordinários porque o princípio da separação de poderes exigiria que os tribunais não pudessem interferir no campo próprio do Poder Executivo, ou aquela outra, muitas vezes intimamente associada a esta primeira, segundo a qual os tribunais ordinários não devem julgar as controvérsias que opõem a Administração aos particulares porque julgar a Administração é ainda administrar, vão paulatinamente deixando de ser invocadas, passando o fulcro da argumentação, na maioria das vezes, a girar em torno da necessidade da existência de um juiz especializado no julgamento das questões envolvendo a aplicação do direito administrativo. Com a vulgarização da concepção segundo a qual os tribunais devem ser órgãos independentes, a questão da jurisdição administrativa passou a estar sobretudo associada, no pensamento da maior parte dos que advogam a sua existência, ao problema de saber se a divisão entre o direito público e o direito privado (ou melhor, a distinção entre o direito administrativo e os restantes campos do direito) se deve projectar na organização dos tribunais. Esta mutação dos *topoi* do discurso dos partidários dos tribunais administrativos é, aliás, facilmente compreensível se se tiver em linha de conta que o princípio da separação de poderes (na versão separação radical entre o Poder Executivo e o Poder Judicial) ou o princípio de que julgar a Administração é ainda administrar não podem pretender justificar a existência de uma jurisdição administrativa independente do Poder Executivo: o corolário lógico desses princípios, ou seja, a ideia de que a justiça administrativa se deve fazer *all'interno* do Poder Executivo, num ambiente administrativo, representa, aliás, a antítese mesma de uma estrutura institucional que se afaste da Administração ou que com esta não mantenha quaisquer elos significativos. Considerando apenas o caso português, se se atentar no pensamento acerca da vertente organizatória da justiça administrativa dos ilustres nomes que no entre guerras revolucionaram a doutrina jusadministrativa portuguesa facilmente se poderá constatar a referida evolução. De facto, para estudiosos do direito como Domingos Fézàs Vital ou João de Magalhães Colaço a justiça administrativa devia ser confiada a órgãos jurisdicionais, diferentes e separados dos tribunais ordinários, dotados de garantias de independência perante o Poder Executivo e que somente se devotassem à resolução de litígios jurídico-administrativos. Nessa defesa de uma jurisdição administrativa independente, os antigos tópicos oitocentistas – o princípio da separação de poderes ou a ideia de que a Administração era uma Acção e um Justiça – não tinham um lugar de relevo: o núcleo essencial da argumentação era a consideração de que a justiça administrativa seria melhor “administrada” por um juiz que, por apenas ter de lidar com os conflitos jurídicos entre a Administração e os particulares, melhor conhecesse os princípios do direito administrativo e as realidades do mundo da Administração pública. Sobre o pensamento de Fézàs Vital, cfr. José Lourenço Júnior, *Contencioso Administrativo Português...*, cit., p. 134; sobre o pensamento de João de Magalhães Colaço consulte-se: João Maria Telo de Magalhães Colaço, *A abolição do contencioso administrativo e o poder judicial...*, cit.. Como exemplo de um discurso que expressamente se afasta do princípio da separação de poderes, valorizando o princípio da especialização como argumento central para sustentar a bondade da existência de uma jurisdição administrativa, veja-se, ainda, a discussão das “razões justificáveis da existência da jurisdição administrativa” em José Lourenço Júnior, *Contencioso Administrativo Português...*, cit., pp. 132 e ss. Afonso Queiró não deixou de relacionar a mudança da argumentação dos partidários da jurisdição administrativa com a vulgarização do pensamento “liberal-garantístico” favorável à independência dos tribunais. Vide Afonso Rodrigues Queiró, *Lições de direito administrativo*, cit., pp. 145 e 146.

Na perspectiva dos próceres da jurisdição administrativa, o conhecimento profundo dos princípios do direito administrativo e das realidades fácticas a que este se aplica, requisito essencial de uma correcta realização da justiça administrativa, é mais facilmente atingível por um juiz que apenas lide com os conflitos jurídico-públicos entre a Administração e os particulares: é que os princípios do direito administrativo e as realidades a que este se aplica nada teriam que ver com os princípios de outros ramos do direito nem com as realidades a que esses outros ramos se aplicam.

Nas expressivas palavras de Domingos Fézàs Vital, que sintetizam a essência mesma desta aproximação à jurisdição administrativa, “os princípios de direito público, dominados pela ideia de serviço público, são diversos dos princípios de direito comum, do direito privado, em que o interesse público não aparece directa e imediatamente em causa e daí o suporem, na sua aplicação, uma *tournure* de espírito diversa da exigida pelo contencioso civil ou comercial e, como consequência o exigirem também tribunais especiais para o julgamento das questões do contencioso administrativo”⁷⁰.

Assim, o facto de, no meio dos adeptos da existência de uma jurisdição administrativa, predominar desde há algum tempo a convicção de que esta é tradução jurídica de um princípio de especialização na organização dos tribunais (circunstância que, na óptica dos defensores da jurisdição administrativa, faria desta a solução ideal do problema da organização do contencioso administrativo) pode ser um indício de que, no pensamento do legislador da revisão constitucional de 1989, a opção por um modelo de dualidade de jurisdições esteve associada à ideia de que a justiça administrativa deve ser uma justiça especializada.

Por outro lado, e antes ainda de tentar surpreender no actual ordenamento da justiça administrativa traços de regime que confirmem ou infirmem esta última hipótese, não deixa de ser significativo registar que para aqueles sectores da doutrina portuguesa que durante o Estado Novo sustentaram que os tribunais administrativos portugueses eram verdadeiros tribunais e não autoridades administrativas, a existência da jurisdição administrativa era já concebida como um corolário de um princípio de especialização e, logicamente, não como a tradução jurídica da ideia de que os litígios administrativos deviam ser julgados *all'interno* da Administração. Para Carlos Moreira, um dos próceres

⁷⁰ Citado em José Lourenço Júnior, *Contencioso Administrativo Português...*, cit., página 134.

da “tese judicial”, os tribunais administrativos haviam sido “desintegrados da jurisdição ordinária em obediência a uma melhor especialização técnica e por se julgar vantajoso furtá-los ao ambiente dos tribunais comuns”⁷¹.

Saliente-se também que os autores franceses contemporâneos menos sensíveis, em sede de fundamento da jurisdição administrativa, à circunstância de esta, no seu país, se encontrar ligada à Administração, vislumbram na ideia de especialização da justiça administrativa a *ratio essendi* da manutenção de uma ordem jurisdicional independente da jurisdição judiciária: segundo Jean Rivero e Jean Waline “*c’est l’existence d’un droit administratif original qui constitue aujourd’hui la seule justification solide de la juridiction administrative. A sa justification primitive essentiellement politique – le souci de défendre l’indépendance de l’exécutif contre l’autorité judiciaire – s’est substitué une justification technique, fondée sur l’idée de division du travail entre les deux ordres de juridictions, spécialisés dans l’application de deux droits différents*”⁷²; na opinião de Jean-Marie Auby e de Jean-Bernard Auby, “*l’existence des juridictions administratifs trouve sa justification dans le droit particulier applicable à l’administration*”⁷³.

A hipótese da manutenção de uma jurisdição administrativa no actual ordenamento jurídico poder ser explicada à luz da ideia de que a justiça administrativa deve ser uma justiça especializada confronta-se, à partida, com duas poderosas objecções de fundo, que cumpre analisar desde já, pois que se tais objecções se revelarem fundadas não haverá necessidade de ensaiar um qualquer percurso interpretativo pelo ordenamento português de justiça administrativa por forma a determinar se os seus traços essenciais são ou não compreensíveis à luz da referida ideia.

A primeira objecção que uma reconstrução racional da vertente institucional da justiça administrativa como tradução jurídica de uma ideia de especialização poderia enfrentar tem que ver com um pressuposto de que esta reconstrução não deixa de partir, a saber: a existência e actualidade de uma nítida separação entre direito público e direito privado, ou, mais concretamente, de uma nítida distinção entre o direito administrativo e o direito privado.

⁷¹ Citado em Marcelo Caetano, “Anotação”, cit., página 200.

⁷² Vide Jean Rivero/Jean Waline, *Droit administratif*, cit., pp. 124 e 125.

⁷³ Jean-Marie Auby/Jean-Bernard Auby, *Institutions Administratives*, 7.ª ed., Paris, 1996, página 266.

Na verdade, várias vozes autorizadas têm, nos últimos tempos, mais ou menos explicitamente, relativizado a *summa divisio* direito público /direito privado e a distinção direito administrativo/direito privado, salientando a diluição dos caracteres típicos do direito administrativo e/ou relevando fenómenos de interpenetração crescente entre o direito público e o direito privado ou entre o direito administrativo e o direito privado⁷⁴.

Ora, dir-se-ia que se as grandes e significativas tendências dos tempos presentes fossem o esbatimento dos caracteres típicos do direito administrativo ou a aproximação crescente e irresistível entre o direito público e o direito privado ou a multiplicação de fenómenos de imbricação, de miscigenação ou de mestiçagem entre dois universos cada mais confluentes (ao ponto de se chegar a diagnosticar a morte do direito público e do direito administrativo), não se poderia nunca vislumbrar na ideia de que a justiça administrativa há-de ser uma justiça especializada a razão de ser da manutenção de uma jurisdição administrativa. Tomada em um tempo histórico caracterizado pela notória atenuação das fronteiras que outrora haviam rigidamente dividido a normatividade jurídica, a opção do legislador da revisão constitucional de 89 por um modelo de dualidade de jurisdições (ou a ulterior opção tácita de manter a jurisdição administrativa quando os “sinais dos tempos” supostamente se tornaram mais visíveis) haveria de ter sido ditada por um *quid* outro que não uma ideia de especialização.

Não nos parece, contudo, que da ideia de que a justiça administrativa deve ser uma justiça especializada possa ser dito que não é susceptível de explicar a existência de

⁷⁴ Na doutrina italiana, Mario P. Chitti, por exemplo, não deixa de considerar, em artigo recentemente publicado, que “*il diritto amministrativo non è più un corpo chiaramente separato dalle altre discipline, ma una branca dell diritto permeata di principi ed istituti in origini propri di altri settori giuridici*”. Segundo o Autor, o direito dos nossos dias, em lugar de se achar compartimentado em dois hemisférios radicalmente distintos, o direito público e o direito privado, seria fundamentalmente mestiço, consubstanciando uma situação de “*osmosi giuridica*”. Vide Mario P. Chiti, “Monismo o dualismo in diritto amministrativo : vero o falso dilemma?”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, N.º 2, 2000, página 304. Na doutrina portuguesa, Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão sublinham que “o Direito Público está a privatizar-se ao introduzir esquemas conceptuais do Direito Privado e este a publicizar-se”, assistindo-se hoje à “superação” da dicotomia direito público/direito privado (que, no entanto teria, apesar de tudo, “alguma utilidade científica e pedagógica”): vide Maria João Estorninho, *A fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra, 1996, pp. 157 e 158. Na doutrina francesa, Madiot sustenta também que o direito dos nossos dias é, essencialmente, um direito misto – cfr. Maria João Estorninho, *A fuga para o Direito Privado...*, cit., página 156. Certos sectores da doutrina alemã (em que pontificam nomes como Wiethoelter, Van Der Veen, Bullinger) chegam mesmo a defender ter a dicotomia direito público /direito privado perdido qualquer tipo de significado: vide Maria João Estorninho, *A fuga para o Direito Privado...*, cit., página 153.

uma jurisdição administrativa devido a uma sua suposta não adequação às notas-chave da cultura jurídica contemporânea. Expliquemo-nos:

A questão de saber se o direito dos dias de hoje é, sobretudo, um direito “mestiço” há-de depender, sem dúvida, de uma outra, qual seja a de saber qual o peso, qual a relevância e qual o verdadeiro significado de certo tipo de fenómenos que, segundo as perspectivas mais cépticas em relação à possibilidade de estabelecer, no actual contexto histórico, uma clara separação entre o direito público e o direito privado (ou entre o direito administrativo e o direito privado), resumem a essência mesma do direito dos dias de hoje⁷⁵. Assim, e em primeiro lugar, importa perceber se a evolução, nas últimas décadas, do ambiente institucional por excelência do direito administrativo (e do direito público) – o Estado – deve ser somente analisada relevando o duplo circunstancialismo de este ter cada vez mais equivalentes no plano interno e superiores no plano externo, por um lado, e uma cada vez menor intervenção na vida económico-social, por outro lado. Cabe também averiguar, de outra banda, se o crescente recurso pela Administração pública a formas não autoritárias de realização da sua tarefa primeira de satisfação das necessidades colectivas significou (i) a eliminação tendencial das tradicionais formas autoritárias de administração (i.é., a sua utilização meramente excepcional) ou a sua recondução à qualidade de excrescências históricas que se manifestam tão-só em áreas circunscritas e/ou (ii) a completa privatização da Administração pública e/ou (iii) o fim da existência de caracteres distintivos do direito administrativo em relação ao direito privado. Convém, outrossim, determinar qual a real dimensão e impacte da introdução de notas privatísticas em campos tradicionalmente marcados por uma tonalidade publicística, ou da penetração de uma certa ideia de igualdade no universo do direito público (ou no que tradicionalmente se considera ser o universo do direito público) e da simultânea “invasão” do universo do direito privado por uma certa ideia de desigualdade⁷⁶. Dito de outro modo: provarão estes supostos sinais dos tempos que a essência da normatividade jurídica não

⁷⁵ Um elenco de alguns desses fenómenos pode ver-se em Mario P. Chiti, “Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilema?”, cit., pp. 303 e ss.

⁷⁶ Para Michel Fromont “*les deux droits* (o direito público e o direito privado) *se rapprochent: le droit public s’efforce de plus en plus d’assurer une certaine égalité entre l’individu et L’État et, inversement, le droit privé est de plus en plus souvent amené a tenir compte des inégalités de fait, c’est-à-dire à protéger la partie la plus faible, notamment le consommateur et le travailleur*”. Vide Michel Fromont, “La Convergence des Systèmes de Justice Administratif en Europe”, cit., página 145.

pode ser apreendida nos termos de um quadro analítico que nela veja dois campos normativos compostos por regras e princípios dissemelhantes, visando fins e protegendo interesses de matizes diversas e aplicáveis a realidades fácticas sem parecenças entre si (direito privado/direito público)?

Ora, quanto a nós, deve ter-se por assente que uma leitura “recuada”, distanciada, crítica e científica do actual paradigma jurídico ocidental não autoriza certamente o estudioso do direito a concluir que a *summa divisio* direito público/direito privado (ou a distinção direito administrativo/direito privado) corresponde a coordenadas temporais pretéritas. Na verdade, de um correcto enquadramento dos fenómenos atrás descritos devem ser extraídas as seguintes ilações:

Em primeiro lugar, convém perceber que se uma análise da importância e centralidade actuais do Estado no quadro maior do fenómeno político há-de, certamente, relevar a inegável afirmação, nos últimos decénios, de importantes centros de poder a um nível infra-estadual ou a um nível supra-estadual (no ocidente europeu, por exemplo, a progressiva erosão, “por cima”, do poder do Estado não tem deixado de marcar os últimos cinquenta anos), bem como o evidente *downsizing* do Estado no que tange à sua intervenção na esfera económico-social, também não deverá negligenciar, por um lado, (i) o regresso do Estado, nas vestes de actor principal, aos palcos políticos, no contexto da recente necessidade de garantir a sobrevivência e a segurança das comunidades políticas (ocidentais) bem como (ii) a permanência de uma presença institucional estadual nos próprios campos económico-sociais que os Poderes Públicos “devolvem” à iniciativa privada – o Estado-produtor e intervencionista cede terreno ao mercado mas deixa, não raro, “leis” e instituições reguladoras que condicionam com instrumentos jurídico-públicos e em nome de interesses públicos o agir espontâneo da mão invisível.

Por outro lado, se uma reconstituição, no plano da dogmática jurídica, dos traços essenciais do direito positivo deve salientar a crescente privatização da administração pública, que se organiza e age, cada vez mais, por formas jurídico-privadas bem como a notória e geral diminuição da utilização de formas autoritárias de realização das tarefas da Administração, deve também ter em linha de conta que tais realidades não podem nunca sustentar a tese de que o direito administrativo (ou, talvez melhor, o direito público) morreu, ou deixou de ter uma “identidade”, ou de que se encontra em “crise”. É que a Administração Pública se encontra submetida sempre, inclusive quando age mediante

instrumentos jurídico-privados, a vinculações jurídico-públicas (e essas vinculações jurídico-públicas, algumas com sede no próprio texto constitucional – pense-se, *v.g.*, nos princípios constitucionais a que a acção da Administração deve sempre obediência – não se confundem com os meios jurídico-privados de que os Poderes Públicos se podem, eventualmente, prevalecer): deste modo, a Administração, mesmo nos dias de hoje, não deixa de ter sempre o seu “direito especial” ou “excepcional”⁷⁷. Depois, e mesmo que se considere o (núcleo essencial do) direito administrativo uma manifestação de *jus imperium* – vislumbrando na ideia mesma de autoridade que o direito administrativo exprimiria a sua diferença específica em relação ao direito privado –, dificilmente se pode dizer que este se tenha descaracterizado ao ponto de perder a sua autonomia em face de outros ramos do direito: o privilégio da execução prévia continua a ter um expresso acolhimento no nosso direito positivo, sendo que não se pode dizer que a Administração pública não recorra, ainda, com frequência, aos privilégios autoritários de que goza (novas necessidades sociais do tempo presente – de *salus populi*: de sobrevivência colectiva e de segurança – não têm deixado, nos últimos tempos, de favorecer a utilização, por parte da Administração, de prerrogativas de autoridade; aliás, a tão propalada perda de centralidade do acto administrativo, a existir, não há-de ser um fenómeno absoluto, mas tão-só relativo, pois que aquele apenas passou a conviver com outras formas jurídicas de exercício da actividade administrativa). Como quer que seja, e mesmo que se considere finda a etapa autoritária do direito administrativo, mencione-se que, no novo ciclo da Administração contratualizada e participada, a vitalidade daquele – e o elemento que o diferencia do direito privado – está agora no facto mesmo de disciplinar o procedimento administrativo (o conjunto das regras que ordenam os processos de tomada de decisão que a Administração Pública tem de seguir e que se não confundem com as regras que disciplinam as relações entre sujeitos privados).

Finalmente, quanto às situações de imbricação ou de hibridização entre o (que tradicionalmente se considerava ser) direito público e o (que tradicionalmente se considerava ser) direito privado [presentes, segundo alguns autores, em fenómenos como os da contratação pública (e não tanto por a existência mesma de contratos de direito público poder ser considerada uma intromissão de esquemas privatísticos no universo do

⁷⁷ Neste sentido, *vide* Maria João Estorninho, *A fuga para o Direito Privado...*, cit., pp. 160 e ss.

direito público, mas porque, em última análise, as realidades do direito positivo só seriam plenamente apreensíveis se se abandonasse a veleidade de tentar distinguir, no seio mesmo de uma categoria claramente unitária – contratos da Administração – duas subespécies: contratos de direito privado e contratos de direito público), ou visíveis, de acordo com outros estudiosos, na circunstância de o direito administrativo ter perdido unidade com o surgimento de inúmeros ramos especiais em conúbio com o direito privado (direito do urbanismo, direito da economia...), no facto mesmo de o direito comunitário, um direito tido como “misto”, facilitar a interpenetração entre o direito administrativo e o direito privado, ou, ainda, em uma certa intromissão de esquemas próprios do direito público no direito privado (*vide*, por exemplo, o direito do consumo, ou certas zonas do direito do trabalho, ou o direito do arrendamento)], convém salientar que se trata de fenómenos marginais, atinentes a áreas delimitadas e circunscritas e que não prejudicam a possibilidade de traçar no universo do direito positivo uma distinção que corresponde à projecção mesma de uma coordenada cultural essencial da história da civilização ocidental dos últimos séculos (exceptuados os recentes episódios totalitários): a separação entre uma esfera pública e uma esfera privada.

E, de facto, como não considerar diferentes um direito que primacialmente emana do interagir espontâneo dos indivíduos (indivíduos esses que têm, primacialmente, em linha de conta interesses particulares) e que o ordenamento geral do Estado, respeitador do valor político primeiro da autonomia privada, se limita a reinstitucionalizar (estabelecendo limites, definindo proibições, “propondo” enquadramentos supletivos), e um outro direito, o direito público, que corresponde ou à ordenação essencial da comunidade política – o direito constitucional define quem são os membros da *polis* (os cidadãos e os estrangeiros ou, na terminologia *schmittiana*, os amigos e os inimigos), e quais os titulares do Poder Político (os governantes legítimos) bem como o sistema de valores essenciais a que a comunidade política se devota (e em torno dos quais se estrutura a sua coesão)⁷⁸ – ou à normação especificamente adequada a reger a actividade da comunidade politicamente organizada – quer dizer, a actividade do Estado,

⁷⁸ *Vide* Rogério E. Soares, “o Conceito Ocidental de Constituição”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3743, Coimbra, 1986, pp. 36 e ss.

da Administração – quando esta satisfaz necessidades colectivas ou necessidades colectivamente sentidas⁷⁹.

Ultrapassada uma primeira objecção de fundo, importa agora examinar uma outra. Na verdade, tem sido salientado por diversos autores que a ideia de especialização da justiça administrativa – o princípio de especialização de que falamos – não implica necessariamente a construção de uma ordem jurisdicional administrativa separada e autónoma da ordem jurisdicional ordinária.

Observa Renée Chapus a propósito da temática da razão de ser da justiça administrativa francesa: *“si son existence tenait à la consideration que les juges de l’administration doivent connaître le droit administratif, cette existence serait une complication inutile. Il suffirait en effet, pour répondre à cette considération, de créer au sein des juridictions judiciaires des chambres spécialisées en matière administrative, comme il en existe par exemple en matière pénale”*⁸⁰.

Se este modo de ver as coisas se tiver de considerar correcto, forçoso se tornará, então, reconhecer que o fundamento último da existência de uma jurisdição administrativa separada e independente da jurisdição ordinária há-de ser procurado em um *quid* outro que não um princípio de especialização. Despendamos, então, algumas linhas na análise desta problemática.

Em primeiro lugar, cabe observar que a ideia de que a justiça administrativa deve ser uma justiça especializada não conduz fatalmente à formação de uma ordem jurisdicional administrativa distinta e separada da ordem jurisdicional dos tribunais ordinários. Se a lógica jurídica o não indicasse, mostrá-lo-ia o direito comparado. De facto, basta atentar no modelo organizacional da justiça administrativa espanhola para confirmar tal asserção. Em Espanha, a ideia de especialização da justiça administrativa apenas

⁷⁹ Acerca do fundamento do Direito Administrativo escreveu Freitas do Amaral: “Quanto ao Direito Administrativo, a sua existência fundamenta-se na necessidade de permitir à Administração que prossiga o interesse público, o qual deve ter primazia sobre os interesses privados – excepto quando estejam em causa direitos fundamentais dos particulares. Tal primazia exige que a Administração disponha de poderes de autoridade para impor aos particulares as soluções de interesse público que forem indispensáveis (poderes de tributar, de expropriar, de conceder ou recusar licenças etc.). A salvaguarda do interesse público implica também o respeito por variadas restrições e o cumprimento de grande número de deveres a cargo da Administração. Não são, pois, adequadas as soluções do direito privado, civil ou comercial: têm de aplicar-se soluções novas, específicas, próprias da Administração Pública, i.é, soluções de Direito Administrativo.” Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito administrativo*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 1998, pp. 124 e 125.

⁸⁰ René Chapus, *Droit administratif général*, cit., página 771.

conduziu à existência de uma divisão de trabalho judicial no seio de uma mesma ordem jurisdicional: nesse país, manteve-se, a nível de topo, um modelo de unidade de jurisdições, pois que o julgamento dos litígios jurídico administrativos foi confiado a secções especializadas - *Salas* - dos mesmos tribunais judiciais que julgam as restantes controvérsias jurídicas (existem *Salas* nos *Tribunales Superiores de Justicia*, na *Audiencia nacional* e no *Tribunal Supremo*), sendo que apenas foram constituídos tribunais administrativos especiais a um nível rasteiro (referimo-nos, claro está, aos *Juzgados de lo Contencioso Administrativo* e aos *Juzgados Centrales de lo Contencioso- Administrativo*). A chamada *jurisdicción-contencioso-administrativa* encontra-se, pois, incrustada na ordem jurisdicional ordinária⁸¹.

Em segundo lugar, não podemos deixar, porém, de precisar que da constatação desta última realidade – dever a justiça administrativa ser uma justiça especializada não conduz fatalmente à formação de uma ordem jurisdicional administrativa distinta e separada da ordem jurisdicional dos tribunais ordinários – não se pode deduzir que a *ratio essendi* de uma ordem jurisdicional administrativa separada da ordem jurisdicional ordinária não esteja em um princípio de especialização. Expliquemo-nos:

É que a ideia de especialização pode ter distintos desenvolvimentos institucionais consoante a organização dos tribunais traduza uma concordância prática entre ela e princípios outros, como o princípio da universalidade ou da unidade do Poder Judicial, que, levados até às últimas consequências, são com ela virtualmente incompatíveis. Dito de outro modo: os desenvolvimentos da ideia de especialização serão mais profundos caso se não estabeleça um compromisso entre esta ideia e princípios que em relação a ela são antitéticos.

Ora, um modelo do tipo espanhol mais não é do que um esquema compromissório entre um princípio de especialização, inegavelmente presente, e um princípio de universalidade ou de unidade do Poder Judicial; já a constituição de uma ordem jurisdicional administrativa pode significar, por seu turno e à partida, um desenvolvimento em grau superlativo da ideia de especialização.

⁸¹ Sobre a organização da justiça administrativa espanhola, vide Eduardo Garcia de Enterría/Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pp. 573 e ss.

Assim, o facto de se poder realizar, em parte, a ideia de especialização no seio da ordem jurisdicional ordinária, salvaguardando a unidade do Poder Judicial, não tira nem põe à possibilidade de essa ideia poder ser institucionalmente desenvolvida de uma forma mais acabada: i.e., de uma forma tal que se construa um complexo orgânico contencioso-administrativo sem nenhuma relação com a ordem jurisdicional ordinária.

Vejamos melhor:

Segundo de perto o ensino de Alberto dos Reis, pode dizer-se que a organização dos tribunais é susceptível de obedecer, em tese, a um de dois princípios:

De acordo com um primeiro princípio, um princípio de universalidade, a tónica seria posta na unidade da função jurisdicional – dizer o direito no caso concreto com força de verdade legal não variaria de acordo com a diferente natureza das várias matérias contenciosas, elemento meramente accidental num processo que, na essência, se não alteraria. O carácter uno da função jurisdicional deveria, então, ter a necessária projecção institucional na unidade do Poder Judicial: e daí que o conjunto das controvérsias jurídicas devesse ser entregue, *in totum*, a um mesmo julgador: a um único tribunal ou a um complexo de tribunais, cujos juízes julgassem todos toda a sorte de litígios⁸².

De acordo com um segundo princípio – um princípio de especialização – a ênfase seria dada à diversidade das matérias contenciosas. Ora, a diversidade do direito que pode estar em causa nos vários litígios e controvérsias jurídicos aconselharia a especialização dos tribunais: é que um julgador universal, devido às suas naturais limitações humanas, dificilmente abarcaria com igual à-vontade e igual familiaridade os vários e distintos sectores do direito; um julgador que só se concentrasse numa dada área do direito, devido a esse facto apenas, estaria em condições de realizar uma melhor justiça. E daí que a organização dos tribunais devesse, de acordo com este princípio, reflectir fielmente as diferenças entre as várias matérias contenciosas: a cada conjunto de litígios jurídicos que se pudesse individualizar, tendo em conta a especificidade das regras e princípios jurídicos aplicáveis, haveria de corresponder uma jurisdição privativa,

⁸² Sobre a ideia da jurisdição universal (a ideia de que “deve haver um só juízo, investido de competência universal, para o julgamento de todos os pleitos, seja qual for o objecto deles”) que teve em Bentham um dos mais zelosos defensores, vide José Alberto dos Reis, *Organização Judicial ...*, cit., pp. 96 e ss.

um corpo de magistrados idóneo e competente que a ele só se dedicasse e devotasse sem se distrair com matérias outras⁸³.

Ora, já se vê que o tipo de organização judiciária que se defende concretizar plenamente uma ideia de especialização – um modelo de unidade de jurisdições do género do espanhol, no qual a jurisdição administrativa se encontra incrustada na ordem jurisdicional ordinária – mais não é do que o resultado de um compromisso entre um princípio de especialização e um princípio de unidade do Poder Judicial: é que este modelo “nem sempre afasta dos plenários do tribunal supremo reunidos para apreciar litígios jurídico-administrativos juízes provenientes de secções não administrativas”⁸⁴; por outro lado, não deixa de significar que os magistrados todos têm a mesma carreira (bem como o mesmo estatuto e os mesmos órgãos de auto-governo). E daí que um modelo de dualidade de ordens jurisdicionais, no qual os magistrados que julgam os litígios ordinários nenhuma intervenção têm no julgamento (da generalidade dos) dos litígios jurídico-administrativos, sendo que a carreira dos magistrados administrativos está (por via de regra) apartada da carreira dos magistrados ordinários (o mesmo acontecendo aliás com o estatuto e os órgãos de governo), corresponda a uma divisão de trabalho judicial maximizada, estando mais próximo de poder fazer corresponder aos litígios jurídico-administrativos um corpo de magistrados que a eles só se devotem⁸⁵.

Postos de lado os obstáculos que, à partida, se levantavam ao equacionar da hipótese da vertente orgânica da justiça administrativa poder ser iluminada à luz de uma ideia de especialização, é, pois, chegado o momento de tentar determinar se uma leitura do ordenamento de justiça administrativa confirma ou não a mencionada hipótese.

Parece-nos que a resposta há-de ser positiva, desde logo por um motivo que temos por decisivo: é que dos enunciados linguísticos da Constituição em tema de justiça administrativa e da história desses enunciados podem ser extraídas indicações sobre as

⁸³ Sobre o princípio da especialização *vide* José Alberto dos Reis, *Organização Judicial...*, cit., pp. 96 e ss.

⁸⁴ *Vide* José Manuel Sérvulo Correia, “Contencioso Administrativo e Estado de Direito”, in *Revista da FDUL*, N.º 2, 1995, página 449.

⁸⁵ Comparando o modelo institucional de justiça administrativa da divisão do Poder Judicial em diversas ordens jurisdicionais – que é o modelo adoptado em Portugal e na Alemanha – com aqueloutro em que a especialização se faz no seio de uma única ordem jurisdicional – vigente na Espanha (mas também na Costa do Marfim, em Madagáscar ou no Senegal), refere Sérvulo Correia que este último traduz “um menor asseguramento da especialização do juiz graças à inexistência de uma carreira ao longo da qual se dedique ao mesmo tipo de questões”. *Vide* José Manuel Sérvulo Correia, “Contencioso Administrativo e Estado de Direito”, cit., página 449.

razões últimas da existência de uma ordem jurisdicional administrativa separada e independente da jurisdição ordinária; e essas indicações corroboram a tese de que a ideia de que a justiça administrativa deve ser uma justiça especializada esteve a montante da opção constitucional por um modelo de dualidade de jurisdições.

A circunstância de a Constituição recortar a jurisdição administrativa como jurisdição comum de direito administrativo e não como uma jurisdição especial ou excepcional aponta, desde logo e claramente, para uma ideia de especialização: o legislador da revisão constitucional de 89 não quis a obrigatoriedade da jurisdição administrativa sem mais, mas quis sobretudo que a uma determinada matéria contenciosa – coincidente com os litígios jurídico-administrativos – correspondesse uma jurisdição própria a ela só consagrada (dividindo o trabalho judicial, quis concentrar o julgamento dos litígios jurídico-administrativos em uma única sede)^{86 87}. Se a isto se juntar o facto mesmo de a Constituição – a partir também da revisão constitucional de 89 – prever a existência de uma magistratura administrativa com carreira, estatuto e órgãos de governo próprios, dividindo os juízes em “dois corpos: o dos tribunais judiciais e o dos tribunais

⁸⁶ O âmbito da jurisdição administrativa encontra-se recortado no (actual) n.º 3 do artigo 212.º da Constituição da República Portuguesa: “compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídico-administrativas e fiscais”. E é a esta intencionalidade constitucional que a Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro – o novo ETAF - procura ser fiel: mais ainda do que o n.º 1 do artigo 1.º do novo ETAF, que reafirma o comando constitucional constante do n.º 3 do artigo 212.º da C.R.P., os artigos 4.º e 5.º – vide a cláusula positiva de atribuição de competência do artigo 4.º (desconhecida no direito pregresso) e também a cláusula negativa de exclusão de competência constante do artigo 5.º -, garantem, através do alargamento do âmbito da jurisdição administrativa a que dão corpo, aos tribunais administrativos o estatuto de tribunais comuns em matéria administrativa. Note-se que no anterior ETAF – Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril-constava já uma cláusula geral que recortava o âmbito da jurisdição administrativa tendo por referência “as relações jurídicas administrativas e fiscais” – vide artigo 3.º-, mas o sentido de tal cláusula geral era fortemente restringido pelo artigo 4.º do mencionado diploma, artigo esse que “assentava numa perspectiva subalternizadora da jurisdição administrativa, incumbida de decidir as questões cuja apreciação não fosse atribuída por lei à competência de outros tribunais”. Vide Diogo Freitas do Amaral/Mário Aroso de Almeida, *Grandes linhas da reforma do Contencioso Administrativo*, cit., pp. 20 e ss.

⁸⁷ Para a ilação que no corpo do texto se extrai da delimitação do âmbito da jurisdição administrativa operada pela revisão constitucional de 89 é, em certo sentido, irrelevante a questão de saber se a Constituição consagra uma “reserva material absoluta” (no sentido de todos os litígios administrativos terem de ser julgados pelos tribunais administrativos e de os tribunais administrativos só poderem julgar litígios jurídico-administrativos) ou apenas um modelo arquetípico (nos termos do qual a Constituição exigisse apenas que os litígios jurídico-administrativos fossem, por via de regra, confiados aos tribunais administrativos): relevante se afigura, sobretudo, o facto mesmo de a Constituição ter passado a definir a jurisdição administrativa como a jurisdição comum em tema de relações jurídico-administrativas. Sobre esta matéria consulte-se José Carlos Vieira de Andrade, “Âmbito e Limites da Jurisdição Administrativa”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 22, 2000, pp. 10 e ss.

administrativos”, a *ratio essendi* constitucional da existência de uma jurisdição administrativa – o princípio de especialização – fica definitivamente desocultada⁸⁸.

Não é, aliás, de todo irrelevante registar que na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 93/VIII – que viria a dar origem ao novo ETAF, peça essencial da recente reforma do Contencioso Administrativo – o legislador ordinário tenha implicitamente considerado a ideia de especialização da justiça administrativa como *ratio essendi* da manutenção de uma jurisdição administrativa, ao ter afirmado como sendo seu propósito essencial o de contribuir para que “a jurisdição administrativa e fiscal se afirme cada vez mais como uma jurisdição autónoma, constituída por um corpo próprio de magistrados especializados, que voluntariamente optaram por dedicar a sua carreira à apreciação e resolução das questões de natureza administrativa e fiscal”⁸⁹

⁸⁸ Acerca da separação das magistraturas judicial e administrativa escreveu Jorge Miranda: “em vez de unidade da magistratura, a Constituição divide os juizes em dois corpos: o dos tribunais judiciais e o dos tribunais administrativos. Em vez de (...) se declararem todos os tribunais judiciais e de aos respectivos juizes se conferir o mesmo estatuto, admitem-se estatutos diferenciados. Em vez de se partir do geral para o particular, começa-se na magistratura dos tribunais judiciais (artigo 215.º) e depois passa-se às regras gerais sobre garantias e incompatibilidades (artigo 216.º) e sobre colocação, transferência e promoção (artigo 217.º). Em vez de um único órgão de governo, dois Conselhos: um nominado e com composição logo delineada – o impropriamente chamado Conselho Superior da Magistratura (artigo 218.º) – e outro, sem nome, para os juizes dos tribunais administrativos e fiscais (artigo 217.º, n.º 2). Jorge Miranda, “Os Parâmetros Constitucionais da Reforma do Contencioso Administrativo”, cit., página 8.

⁸⁹ A propósito da recente reforma do contencioso administrativo, convém salientar que o facto de o legislador da reforma, pelo menos numa certa interpretação, ter adoptado um critério orgânico na delimitação da competência dos tribunais administrativos [as relações entre a Administração e os particulares que a estes cumpriria conhecer englobariam, mais do que as relações regidas pelo direito administrativo, as relações em que a Administração – e entes equiparados – figurasse como parte, na medida em que (quase) toda a matéria contenciosa atinente à contratação da Administração Pública e a totalidade da matéria relacionada com a responsabilidade civil da Administração passou a ser do conhecimento dos tribunais administrativos (*vide*: as alíneas b), e) e f) do artigo 4.º do novo ETAF – contratação da Administração –; e as alíneas g), h) e i) do artigo 4.º do referido diploma – responsabilidade da Administração] poderia apontar, *prima facie*, para uma ideia de jurisdição administrativa como foro privilegiado, no sentido de foro privado da Administração (e não já ou não somente uma jurisdição especializada, i.e., uma jurisdição que tivesse sido constituída em virtude das peculiaridades dos princípios e regras de um certo “sector” do direito – o direito administrativo). Poder-se-ia, porventura (e sem querer reeditar aqui aspectos da discussão sobre a actualidade da distinção direito público/direito privado), replicar, caso se aceitasse como boa tal interpretação, que a entrega aos tribunais administrativos de matéria contenciosa atinente a questões em que a Administração actua sob a égide do direito privado tem que ver com o facto de essa se achar submetida, nessas áreas também, a vinculações jurídico-públicas (*vide*, neste sentido, e referindo-se à contratação pública, Maria João Estorninho, “A Reforma de 2002 e o Âmbito da Jurisdição administrativa”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 35, 2002, pp. 3 e ss). Acerca da actual extensão do âmbito da jurisdição administrativa consulte-se a seguinte literatura: salientando o alargamento da competência da jurisdição administrativa em tema de responsabilidade civil, mas sustentando que em matéria de contratação pública o novo ETAF se não afasta, no essencial, das soluções do antigo, *vide* João Caupers, *Introdução ao direito administrativo*, cit., 265 e ss.; uma perspectiva mais maximalista, salientando o fim da dicotomia gestão pública/gestão privada pode encontrar-se em Maria João Estorninho, “A Reforma de 2002 e o Âmbito da Jurisdição administrativa”, cit., pp. 3 e ss.

Cumprе, ainda, salientar que a doutrina portuguesa que, no pós-25 de Abril (mais concretamente, depois da revisão constitucional de 1989), se tem pronunciado – na maior parte das vezes incidentalmente – acerca da razão de ser da dualidade de jurisdições tem também concedido os seus favores ao princípio da especialização. Neste sentido se inclinaram Bernardo Diniz de Ayala⁹⁰, Freitas do Amaral⁹¹, Sérvulo Correia⁹², e Vieira de Andrade⁹³.

VI - A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E A IDEIA DE DIVISÃO DE PODERES NO INTERIOR DO PODER JUDICIAL.

Antes de darmos por completamente finda a busca do fundamento da jurisdição administrativa que encetámos na parte primeira, cabe ainda explorar uma outra aproximação possível à temática da *ratio essendi* jurisdição administrativa. Importa perceber se, e em que medida, a existência de uma ordem jurisdicional administrativa pode ser encarada como corolário do princípio da separação de poderes.

Como é bom de ver, não se trata de saber se à existência da jurisdição administrativa no actual ordenamento jurídico subjaz ou não a concepção da separação

⁹⁰ De acordo com o Autor “a existência de uma ordem jurisdicional autónoma da dos tribunais judiciais comuns (...) justifica-se por virtude da própria autonomia do Direito administrativo e das especificidades das normas que o compõem. Ou seja, a especialidade jurisdicional segue a especificidade substantiva.” Vide Bernardo Diniz de Ayala, “Monismo(s) ou Dualismo(s) em Direito Administrativo”, in Correia, José Manuel Sérvulo et al., *Estudos de direito processual administrativo*, Lisboa, 2002, página 127.

⁹¹ Acerca do fundamento da jurisdição administrativa observou Freitas do Amaral: “(...) a razão de ser da existência de tribunais administrativos já não é hoje, como inicialmente foi, o estabelecimento de um foro próprio para a Administração, no intuito de a proteger e beneficiar em detrimento da justiça devida aos particulares. O fundamento actual da jurisdição administrativa é apenas o da conveniência de uma especialização dos tribunais em função do direito substantivo que são chamados a aplicar”. Resume o Autor o seu pensamento em uma síntese lapidar (citando um seu escrito de 1973): “a razão de ser dos tribunais administrativos não reside hoje em dia no privilégio do foro privativo da Administração, mas na vantagem de uma especialização material dos órgãos jurisdicionais” – vide Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito administrativo*, cit., página 127.

⁹² Sérvulo Correia considera que o modelo de separação de ordens jurisdicionais assenta “na especialização para o julgamento de litígios administrativos de estruturas jurisdicionais colocadas no seio do Poder Judicial”, sendo, aliás, a solução institucional “que assegura em maior plenitude a especialização do juiz administrativo”; José Manuel Sérvulo Correia, “Contencioso Administrativo e Estado de Direito”, cit., página 449.

⁹³ Não será, porventura, abusivo deduzir do facto mesmo de o Autor classificar o actual modelo de justiça administrativa de “modelo judicialista puro de competência especializada” (organizado em torno de “tribunais especializados em razão da matéria”) ou da circunstância de enfatizar repetidas vezes a qualidade de jurisdição comum em matéria de relações jurídico-administrativas, que à jurisdição administrativa é de assinalar, uma clara indicação quanto à natureza do porquê último da subsistência entre nós de uma jurisdição administrativa – vide José Carlos Vieira de Andrade, *A justiça administrativa (Lições)*, cit., pp. 43, 53, 54, 62.

de poderes que se afirmou em França no pós-revolução. Demonstrámos já, na terceira parte deste trabalho, que o referido entendimento do princípio da separação de poderes não pode ser a *ratio essendi* última de uma jurisdição administrativa completamente apartada da Administração, pois que tal princípio, interpretado à francesa, apenas pode pretender justificar a existência de uma jurisdição administrativa integrada no Poder Administrativo (ou a ele ligada por fortes elos): na concepção especificamente francesa da separação de poderes, o julgamento dos litígios entre os particulares e a Administração deve ser feito no interior da Administração.

Nesta parte da presente monografia, apenas se tentará determinar se a existência de uma jurisdição administrativa independente e separada da ordem jurisdicional comum pode ou não ser concebida como corolário da penetração da lógica do princípio da separação de poderes no seio do Poder Judicial. Vejamos, então, o problema desta perspectiva:

Salienta certa literatura constitucionalista que nos actuais ordenamentos jurídico-constitucionais, a tradicional lógica de *checks and balances* - que, desde os alvares do constitucionalismo, conduziu à atribuição a um órgão ou grupos de órgãos de uma função específica fundamental - se projecta também no interior dos vários poderes do Estado: quer dizer, a divisão de poderes seria também, actualmente, uma “divisão de poderes dentro do mesmo poder”⁹⁴. Como é bom de ver, o desiderato essencial do princípio da separação de poderes, garantir que a vida do Estado seja “dirigida” a partir de vários pólos institucionais entre si em equilíbrio, não deixaria de ser, também, servido por esta outra dimensão da separação de poderes: a distribuição de poder por vários centros no interior de um dos poderes do Estado evitaria que o poder em causa assumisse uma posição excessivamente preeminente no quadro maior da forma de governo, perturbando o próprio balanço e controlo recíprocos entre os vários poderes do Estado. Aliás, somente à luz desta dimensão do princípio da separação de poderes determinados fenómenos jurídico-constitucionais seriam plenamente inteligíveis: assim aconteceria, por exemplo, com a configuração do Poder Executivo, dividido em Governo, Conselho de Ministros e Primeiro-Ministro^{95 96}.

⁹⁴ Vide J. J. G. Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., Coimbra, 2002, página 553.

⁹⁵ Cfr. J. J. G. Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., pp. 552 e 553.

Ora, certos autores têm sustentado que a opção constitucional por um modelo de dualidade de jurisdições haveria perseguido o fito maior de operar *all'interno* do Poder Judicial uma certa dispersão de poder: a existência de duas ordens jurisdicionais autónomas e independentes, cada qual possuindo os seus órgãos de governo próprios, e colocadas uma relação à outra numa posição equiordenada, tornaria impossível uma deslocação de peso funcional para o Poder Judicial tal que este assumisse uma posição de desmesurada preeminência no quadro maior do sistema de governo⁹⁷.

Outros estudiosos acentuam, por sua vez, que o legislador da revisão constitucional de 89, ao tornar imperativa a existência de uma ordem jurisdicional administrativa, teria querido sobretudo configurar o Poder Judicial como um “poder multipolar e difuso”, desenvolvendo uma lógica já presente na versão inicial do texto constitucional e visível no princípio da polaridade individual do Poder Judicial (o Poder Judicial já seria, *ab initio*, um “poder multipolar e difuso” nada medida em que cada juiz é titular de um órgão de soberania)⁹⁸.

Quanto a nós, não se deve excluir terminantemente a hipótese de a ideia de separação de poderes no seio do Poder Judicial ter concorrido, de alguma maneira, para a consagração da imperatividade de um modelo de dualidade de jurisdições: de facto, não é todo ilógico que o legislador da revisão constitucional de 1989 tivesse querido predispor garantias institucionais que evitassem que um alargamento do leque de poderes dos tribunais em relação à Administração - que certos sectores vinham reclamando e que o legislador da revisão constitucional de 89 viria a concretizar (na sequência, aliás, de tendências que se podiam observar já na revisão constitucional de 82) – pudesse conduzir a abusos de poder por destes (substituindo-se, por exemplo, à Administração no núcleo do juízo discricionário): e daí a solução de dividir o Poder Judicial: é que o Poder Judicial ficaria colocado em uma posição de maior força institucional perante a Administração – sendo a maior a tentação para abusar de poderes alargados em relação

⁹⁶ Dir-se-ia também que o modo de evitar conflitos na vida de um Estado dividido entre vários órgãos supremos equiordenados seria não já conceder a um desses órgãos o estatuto de órgão superior no Estado – como Jellinek sugerira: *vide* Mariano Garcia Pechuán, “Potestad de organización y autonomía reglamentaria de las Cámaras parlamentarias”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 58, 2000, pp. 71 e ss. – mas sim a dispersão de poder no interior de cada Poder.

⁹⁷ *Vide* neste sentido J. E. Gonçalves Lopes, *Escritos de Direito Público*, Braga, 2002, página 133.

⁹⁸ Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Porto, 2001, pp. 201 e 202.

à Administração – caso esta tivesse como interlocutor uma única ordem jurisdicional (e, a manter-se a indefinição constitucional em tema de organização da justiça administrativa, tal cenário seria sempre possível) na medida em que um conflito entre a Administração e os tribunais (designadamente entre a Administração e os tribunais de topo) seria sempre, virtualmente, um conflito entre a Administração e o Poder Judicial no seu conjunto⁹⁹.

Dito isto, não nos parece, porém, que se deva vislumbrar na ideia de divisão de poderes no interior do Poder Judicial a *ratio essendi* primeira e essencial da opção constitucional por um modelo de dualidade de jurisdições: caso se considerasse ser a divisão de poderes o elemento explicativo essencial da vertente orgânica da justiça administrativa, ficaria, desde logo, por explicar um importante traço desta, a saber a coincidência (perfeita ou tendencial, dependendo das perspectivas) entre o âmbito da sua competência e o conjunto dos litígios jurídico-administrativos: da ideia de separação de poderes apenas resultaria a necessidade de o juiz dos litígios entre a Administração e os particulares se não identificar com a totalidade do Poder Judicial.

A ideia de divisão de poderes deve, pois, ser vista em íntima conexão com a ideia de especialização: é que a ideia de divisão de poderes no seio do Poder Judicial favorece o desenvolvimento, até às últimas consequências, da ideia de que a justiça administrativa deve ser uma justiça especializada. Podendo a ideia de especialização da justiça administrativa assumir vários graus de desenvolvimento, em função do estabelecimento de possíveis compromissos com o princípio da unidade do Poder Judicial, a ideia de divisão de poderes no seio do Poder Judicial pode ter contribuído para a efectivação plena das potencialidades que o princípio de especialização encerra.

⁹⁹ A ideia de divisão de poderes no seio no Poder Judicial (a admitir-se como boa a hipótese de ela poder ter estado também por de trás do erigir constitucional de um modelo de dualidade de jurisdições) acabaria, então, por garantir a própria divisão de poderes entre o Poder Executivo (ou o Poder Administrativo) e o Poder Judicial. Em vez de conduzir à organização da justiça administrativa no interior do Poder Executivo e/ou à limitação dos poderes dos juízes perante a Administração (que a não poderiam condenar, por exemplo), a separação de poderes entre o Poder Executivo e o Poder Judicial teria agora como corolário a separação de poderes no interior deste último. Não se diga, por outro lado, que esta ideia consubstancia uma ideia de Privilégio da Administração, pois apenas estaria em causa o atingir de um relacionamento institucional equilibrado, e também, porventura, o interesse de evitar que conflitos graves perturbassem a vida (no interior) do Estado.

VII - SÍNTESE INTERPRETATIVA FINAL

Do percurso (histórico-jurídico) que na parte precedente finalizámos resultam as seguintes conclusões:

(i) *À existência, entre nós, de uma ordem jurisdicional administrativa é hoje completamente estranha a velha ideia segundo a qual o julgador dos litígios entre a Administração e os Particulares não podia ser um estranho ou um terceiro em relação à Administração: ao paradigma de Estado em que ela surgiu e se afirmou e ao qual esteve sempre associada – o Estado Administrativo - sucedeu um outro – o Estado de Direito – e com esse novo modelo de Estado ganhou foros de cidade um princípio de independência dos órgãos dotados de funções jurisdicionais, que obrigou a que os tribunais administrativos fossem apartados da Administração. E esta é a situação em que nos encontramos: de facto, em Portugal, e com as mudanças trazidas pelo ordenamento jurídico-constitucional da Terceira República, a ordem jurisdicional administrativa tem que ver com a organização do Poder Judicial e não com a organização do Poder Administrativo.*

(ii) *A jurisdição administrativa portuguesa não pode, hoje, ser vista como um corolário de uma essencial diferença de natureza entre a justiça administrativa e a justiça ordinária.*

(iii) *A terceira, e mais importante, é a de que a jurisdição administrativa tem, no ordenamento jurídico português, uma ratio essendi actual e que se identifica com a ideia segundo a qual a justiça administrativa deve ser uma justiça especializada e, porventura, também com uma certa ideia de separação de poderes dentro do Poder Judicial.*