PROBLEMAS ACERCA DOS CONFLITOS ENTRE A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL NO DIREITO PORTUGUÊS

MÔNICA SIFUENTES*

Introdução. 1. Quadro geral do Judiciário português. 2. A opção portuguesa pela dualidade de jurisdições. 3. A repartição da competência entre as duas ordens jurisdicionais. 3.1. Jurisdição administrativa em sentido amplo. 3.2. As dúvidas emergentes do art. 4º do ETAF. 3.2.1. Considerações iniciais. 3.2.2. A responsabilidade pelos danos decorrentes da função política. 3.2.3. A responsabilidade pelos danos decorrentes da função legislativa. 3.2.4. Atos relativos ao inquérito e instrução criminais e ao exercício da ação penal. 3.2.5. Bens pertencentes ao domínio público e atos de delimitação destes com bens de outra natureza.3.2.6. Atos de gestão pública e de gestão privada. 3.2.7. Os contratos de direito privado. 3.2.8. Atos cuja apreciação pertença por lei à competência de outros tribunais. 3.3. Outros casos de dúvida em matéria de repartição de competência. 3.3.1. Casos relativos ao direito ambiental e relações jurídicas "poligonais".3.3.2. As sanções disciplinares das federações desportivas. 3.3.3. As contravenções e contra-ordenações. 3.3.4. As questões julgadas pelos tribunais arbitrais. 3.4. A escolha da jurisdição competente: uma verdadeira "loteria judiciária". 4. Tribunal de Conflitos. 4.1.O que é o tribunal de conflitos. 4.2. Outros modelos de solução de conflitos de jurisdição. 4.3. Os conflitos 4.4. Legislação relativa ao Tribunal de Conflitos. 4.5. Procedimento do conflito. 4.6. A força dos seus julgados: a quem obriga? 4.7. Composição do Tribunal de Conflitos. 5. Balanço e conclusões.

* Juíza Federal em Brasília/DF; Mestre em Direito pela UFMG; Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito de Lisboa.

Introdução

Portugal adota, à semelhança da França, o sistema de dualidade de jurisdições — administrativa e judicial —, embora haja uma completa jurisdicionalização dos tribunais administrativos.

Conquanto se tenha ciência da tendência de unificação dos sistemas administrativos, tanto nos países de direito romano-germânico, como nos países de "commom law", várias dúvidas surgem a respeito de serem os tribunais administrativos integrados na função jurisdicional. Talvez essas dúvidas se devam, em parte, a uma visão — um pouco antiquada —, do clássico contencioso administrativo francês.

Essa problemática transforma-se, para o estudioso brasileiro, quase em um desafio: entender um pouco da justiça administrativa portuguesa, especialmente na sua área de fronteira com a "justiça judicial". A proposta desse trabalho, portanto, é identificar os conflitos, ou as dúvidas acerca das competências entre as duas ordens jurisdicionais — administrativa e judicial —, decorrentes do emaranhado de normas e decisões jurisprudenciais que tratam do assunto.

A primeira delas — e talvez maior — reside no art. 268°, n. 4, da Constituição da República Portuguesa — CRP[1]: se diante da garantia de tutela jurisdicional efetiva, a repartição das competências entre as duas jurisdições não estaria, ao fim e ao cabo, se transformando em uma restrição do direito de acesso à justiça, para o cidadão.

É sob a ótica da proteção dos administrados e da garantia constitucional de acesso à justiça[2], que se desenvolverá este trabalho.

1. Quadro geral do Judiciário português

A organização judiciária portuguesa atual compreende, além do Tribunal Constitucional, os seguintes tribunais: a) o Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância (Relações); b) o Supremo Tribunal

1 Art. 268°, 4, da CRP: *"É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas".*

2 Como já anotou VIEIRA DE ANDRADE, apesar da Constituição distinguir como finalidade principal da Administração Pública a prossecução do interesse público, "preocupa-se especialmente em assegurar o acesso dos administrados à justiça administrativa para tutela dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (art. 268°, n. 4). Embora a intenção destes preceitos não seja a de delimitar o âmbito da fiscalização jurisdicional da actividade administrativa, nem sequer, como veremos, a de impor um certo modelo de contencioso, valerá porventura como base normativa para a afirmação de que a protecção efectiva dos direitos dos administrados constitui o *núcleo essencial* ou, pelo menos, como dissemos, o *domínio típico* da justiça administrativa". Cfr. *A Justiça Administrativa — lições.* Coimbra: Almedina, 1998, p.p8-9.

Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) o Tribunal de Contas; d) Tribunais marítimos; e) Tribunais arbitrais e julgados de paz (art.209, 1 e 2, Constituição da República Portuguesa — CRP). A Constituição proíbe a existência de tribunais especiais ou de exceção, salvo os militares, para o julgamento de certas categorias de crimes (art. 209, 4).

Os Tribunais Administrativos foram considerados pela Constituição da República Portuguesa como *tribunais verdadeiros e próprios,* na expressão de GOMES CANOTILHO. Essa colocação pôs fim às dúvidas existentes a respeito de serem os administrativos verdadeiros *tribunais*, decorrentes da concepção tradicional de que a essa designação fariam jus apenas os judiciais. Obviamente, essa qualificação constitucional "implicou a necessidade de adequação do regime daqueles tribunais e dos respectivos juízes aos requisitos constitucionais, sobretudo o da independência"[3].

Considerando a adoção do sistema de dualidade de jurisdições (administrativa e judicial), é prevista a existência de uma categoria especial de "Tribunais de Conflitos", para dirimir as controvérsias de competências entre as jurisdições, remetendo a Constituição para a lei a determinação dos casos e das formas em que estes tribunais podem se constituir.

O Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais — ETAF — (Decreto-Lei n. 129, de 27.04.84), define da seguinte forma a função jurisdicional dos tribunais administrativos e fiscais: "*incumbe aos tribunais administrativos e fiscais na administração da justiça, assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, reprimir a violação da legalidade e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados* no âmbito das relações jurídicas administrativas e fiscais".

Por sua vez a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais — LOFTJ (Lei n. 3, de 13.01.99), assim descreveu a função jurisdicional dos tribunais judiciais: *incumbe as tribunais judiciais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.*

Como se pode notar, a redação de ambos os dispositivos é, inicialmente, a mesma, colocando-se a nota distintiva entre as duas jurisdições no âmbito de sua atuação, que para os tribunais administrativos é legalmente definido "no âmbito das relações jurídicas administrativas e fiscais", enquanto os tribunais judiciais detêm *competência residual*, nos termos do art. 66 do Código de Processo Civil.

A competência dos *tribunais judiciais* é constitucionalmente definida, desse modo, por exclusão: "*os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais*" (art.211, 1, CRP). A mesma disposição se vê na LOFTJ (Lei n. 3/99), onde se lê no seu art.18, 1: "*são da competência dos tribunais judiciais as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional*". No entanto, em face da redação do art. 212°, 3, da CRP, também os tribunais administrativos têm sido considerados *tribunais comuns*, nessa matéria, o que veremos mais adiante.

3 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra, 1991, p. 223.

A organização judiciária portuguesa prevê ainda a existência de um Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, distinto do Conselho Superior da Magistratura Judicial, com atribuição de promover a ação disciplinar, nomeações, promoções e transferências relativas aos juízes dos tribunais administrativos e fiscais[4].

A independência dos tribunais é expressamente garantida, tanto na Constituição (art. 203°), como no Estatuto dos Magistrados Judiciais, ao estabelecer que "os magistrados judiciais julgam apenas segundo a Constituição e a lei e não estão sujeitos a ordens ou instruções" (art.4°, 1)[5].

Da leitura dos dispositivos da Constituição da República Portuguesa, embora não expressamente designado como tal, pode-se constatar a organização do Judiciário como verdadeiro Poder[6], atribuindo-se aos juízes garantias para o exercício da sua função e zelando pela sua imparcialidade, vedando o exercício de outras funções, a não ser a docente ou de investigação científica, sem remuneração, bem como a prática de atividades político-partidárias. Tais normas vêm inscritas no capítulo III da Constituição, que é muito propriamente denominado de *Estatuto dos Juízes.*

2. A opção portuguesa pela dualidade de jurisdições

Portugal, que desde 1833 mantinha um sistema à semelhança da França[7], em que as questões administrativas eram resolvidas pelo Conselho de Estado veio a

4 A Constituição apenas consigna que, no tocante aos juízes dos tribunais administrativos e fiscais, a ação disciplinar, nomeações, promoções e transferências sejam da competência do "respectivo conselho superior, nos termos da lei" (art. 217°, 2). O Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Decreto-Lei 129/84) regula a composição, competências e funcionamento do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (art. 98° a 102°).

5 Art. 202°, 2, da CRP — É a mesma definição utilizada pela Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei 38/87, art.2°, atualmente Lei n.3, de 13.01.99) e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Decreto-Lei 129/84, arts.1° e 3°).

6 A atual Constituição da República Portuguesa não utilizou a denominação Poder Judiciário. Preferiu o legislador constituinte elencar, na parte relativa à "Organização do Poder Político", ao lado do Presidente, da Assembléia da República e do Governo, os Tribunais, como "órgãos de soberania com competência para administrar a Justiça em nome do povo". Para JORGE MIRANDA, a opção das duas últimas Constituições portuguesas pela concepção "mais realista da separação de órgãos (poderes — competências)", ao invés da clássica "separação mêcanica de poderes (poderes — função)", é reveladora do seu avanço em relação às anteriores, pois "expressamente proclama a separação e interdependência dos órgãos de soberania, como princípio geral de organização do Poder político" (atual art. 111, n.1 da CRP). Cfr. MIRANDA, Jorge. *Estudos sobre a Constituição*, pp. 380-4.

7 Segundo MARCELLO CAETANO, "em Portugal, a implantação do regime liberal, que se consolida a partir de 1833, leva à adoção de um sistema administrativo de tipo francês" (*em nota o Autor esclarece não significar essa afirmação que o sistema francês foi o adotado*), isto é, "de independência dos órgãos administrativos em relação aos órgãos judiciais tendendo-se para a igualdade dos seus poderes". (...) "Em todo o caso, a existência de uma antiga tradição municipal, que a partir de 1835 retoma os seus direitos, impede o estabelecimento de uma centralização administrativa rígida. E a demora em instituir os tribunais privativos da Administração, bem como

adotar uma completa jurisdicionalização dos tribunais administrativos, principalmente a partir de 1984, com o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais — ETAF[8]. Foram os administrativos incluídos entre os tribunais, na Constituição, com a Reforma Constitucional de 1989[9].

Com essa opção, duas soluções alternativas restavam: 1) criar tribunais judiciais comuns de 1ª instância especializados para o julgamento dos litígios administrativos e seções especializadas para o mesmo efeito nos Tribunais da Relação e no Supremo; 2) a de estabelecer uma ordem jurisdicional administrativa.

A justificativa para a segunda opção em Portugal, segundo se tem entendido[10], reside não só na própria tradição francesa, como na presunção da melhor preparação dos órgãos administrativos (ou melhor, jurisdicionais administrativos) para a apreciação dos litígios envolvendo a Administração Pública, resultante da sua especialização. Revela ainda o entendimento manifestado pelo legislador constituinte a respeito da existência de uma certa conexão da matéria a decidir com a organização e o funcionamento dos serviços públicos, ou com o conhecimento das relações jurídico-administrativas.

Portugal caracteriza-se por abrigar um sistema em que há casos de contencioso de plena jurisdição[11], ou seja, o tribunal pode, notadamente, proferir condenações (art. 268°, 4, da CRP e 6°. do ETAF), embora seja predominante o contencioso anulatório de mera legalidade, ou seja, os tribunais apenas podem apreciar a legalidade ou ilegalidade dos atos administrativos, não podendo, em regra, condenar a Administração Pública à sua prática[12].

O modelo português, desse modo, como diz JOÃO CAUPERS, "distingue-se claramente do sistema anglo-saxônico, dito de *administração judiciária,* caracterizado pela sujeição de princípio da Administração Pública ao direito comum — com o que tal implica de ausência de prerrogativas especiais de autoridade —, pela unidade de jurisdição — envolvendo a resolução dos litígios jurídico-administrativos

as hesitações que, já no decurso do século XIX, já no nosso século, se verificaram relativamente à sua existência e competência, fizeram com que nem sempre a independência dos órgãos administrativos em relação aos tribunais judiciais fosse observada". *Manual de Direito Administrativo.* Coimbra: Almedina, 1980, p. 27. Sobre a evolução do contencioso administrativo português, também de MARCELO CAETANO, há um resumo em: As garantias jurisdicionais dos administrados do direito comparado de Portugal e do Brasil. In CAETANO, Marcelo. Estudos de Direito Administrativo. RJ. Ed. Ática, s.d. pp. 325-363.

8 Decreto-Lei n. 129/84, de 27 de abril.

9 Lei Constitucional n. 01/89, de 08 de julho. De se notar que já com a Lei constitucional revolucionária n. 3/74, de 14 de maio, foi previsto que as funções jurisdicionais seriam exercidas apenas por tribunais integrados no Poder Judicial, o que foi acolhido pela Constituição de 1976, que no entanto apenas *admitia* a existência dos tribunais administrativos, sem caráter de obrigatoriedade, tal como se consignou em 1989. Cfr. CORREIA, Sérvulo. *Contencioso administrativo.* Lições policopiadas. Lisboa: A.A.F.D.L, 1990, p. 109-110.

10 Cfr. CORREIA, Sérvulo. *Contencioso...* op. cit., p. 130.

11 Cfr. MACHETE, Rui. *Contencioso administrativo.* Dicionário jurídico da Administração Pública, 2ª ed., pp. 693-798, out/1990; AMARAL, Diogo Freitas. *Curso...* IV, p 117.

12 CAUPERS, João. *O controle jurisdicional da Administração Pública nos Estados lusófonos,* Cadernos de Justiça Administrativa, n. 3, maio/junho 1997, pp.3-11.

pelos tribunais comuns ou, ao menos, por órgãos administrativos independentes de natureza quase-jurisdicional (*administrative tribunals*), de cujas decisões cabe recurso para aqueles tribunais —, pela ausência de poderes de decisão e de execução da Administração Pública e pelo caráter pontual e assistemático dos meios processuais (*remedies*)".

3. A repartição da competência entre as duas ordens jurisdicionais

Quanto à repartição da competência, cumpre, em primeiro lugar, delimitar qual o âmbito de atuação da jurisdição administrativa.

3.1. Jurisdição administrativa em sentido amplo

No Direito português, como já se viu, a própria Constituição faz uma primeira delimitação da jurisdição administrativa, ao consagrar:

> Art. 212°, 3, CRP: *Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das* relações jurídicas administrativas e fiscais.

Dessa delimitação decorre a noção *de justiça administrativa em sentido amplo*, melhor explicitada pelo art. 3° do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais — ETAF[13].

Inicialmente, deve-se afastar do objeto desse estudo as questões decorrentes de *relações jurídicas fiscais*, cuja competência caberá aos tribunais tributários.

A delimitação entre as jurisdições resume-se, nos termos legais, em saber em que consistem os conflitos de interesses públicos e privados no âmbito das relações jurídicas administrativas, que são as que interessam a este estudo.

Com a fixação, pelo legislador constituinte, da competência da jurisdição administrativa — para resolver conflitos das relações jurídico-administrativas, surgiram as seguintes dúvidas doutrinárias:

1) os tribunais administrativos *somente* poderão julgar questões de Direito Administrativo?

2) *Somente* os tribunais administrativos poderão julgar tais questões?

À primeira pergunta responde-se afirmativamente, excluindo-se da jurisdição administrativa os litígios que não sejam de Direito Administrativo, exceto as questões prejudiciais de direito privado, que poderão ser resolvidas pelo juiz do tribunal administrativo (art. 4°, 2, ETAF, art. 7° LPTA).

13 Decreto-Lei n. 129/84, de 27.04: *Art.3°*: Incumbe aos tribunais administrativos e fiscais na administração da justiça, assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, reprimir a violação da legalidade e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados *no âmbito das relações jurídicas administrativas e fiscais.*

Desse modo, a cláusula geral de competências é recortada pelo legislador, com ulterior densificação, sob a epígrafe "limites da jurisdição". Vale transcrever o dispositivo do ETAF, que será aqui "destrinçado", para se averiguar os limites da jurisdição administrativa portuguesa:

> *Art. 4º:*
> *1: Estão excluídos da jurisdição administrativa e fiscal os recursos e as ações que tenham por objeto:*
> *a) Atos praticados no exercício da função política e responsabilidade pelos danos decorrentes desse exercício;*
> *b) Normas legislativas e responsabilidade pelos danos decorrentes do exercício da função legislativa;*
> *c) Atos em matéria administrativa dos tribunais judiciais;*
> *d) Atos relativos ao inquérito e instrução criminais e ao exercício da ação penal;*
> *e) Qualificação de bens como pertencentes ao domínio público e atos de delimitação destes com bens de outra natureza;*
> *f) Questões de direito privado, ainda que qualquer das partes seja pessoa de direito público;*
> *g) Atos cuja apreciação pertença por lei à competência de outros tribunais.*
> *2: Se o conhecimento do objecto da acção ou do recurso depender da decisão de uma questão da competência de outros tribunais, pode o juiz sobrestar na decisão, até que o tribunal competente se pronuncie; a lei de processo fixa os efeitos da inércia dos interessados relativamente à instauração e ao andamento do processo respeitante à questão prejudicial.*

O dispositivo legal, portanto, fornece uma definição negativa da jurisdição administrativa, ao dizer o que *não pertence a ela*, ou seja, os recursos e ações que são dela excluídos. Os dispositivos do artigo 4º do ETAF são de uma simplicidade enganosa. A sua aplicação traz à lume a dificuldade que sobra ao intérprete, em alguns casos, para apontar qual é a jurisdição competente.

3.2. As dúvidas emergentes do art. 4º do ETAF

3.2.1. Considerações gerais

A Constituição portuguesa estabelece, no seu art. 22º, a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções, ou por causa desse exercício, que resultem em violação de direitos ou prejuízo para outrem.

Uma parte da doutrina portuguesa[14] tem feito uma interpretação ampla desse dispositivo, para considerar que o dever de indenizar abrange potencialmente todos

14 Ver: CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*

os atos ou omissões dos poderes públicos, seja na função administrativa, como também nas funções política, legislativa e jurisdicional. Quanto à imputação, a opinião de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA é de que o art. 22° contempla tanto a responsabilidade do Estado por atos lícitos, como pelos ilícitos. O texto constitucional não faz depender a responsabilidade das entidades públicas do caráter *ilícito* dos fatos causadores do dano[15].

No entanto, há opiniões divergentes na jurisprudência, em que se questiona se tal preceito constitucional abrangeria somente a função administrativa do Estado, uma vez que o mesmo faz referência às "entidades públicas", e aos "funcionários ou agentes"[16].

A polêmica acerca do cabimento ou não da responsabilidade do Estado pelo exercício das suas funções política, legislativa ou jurisdicional não será objeto deste estudo. Pretende-se aqui apenas identificar os temas polêmicos, as oscilações jurisprudenciais para, ao final, questionar a efetividade do sistema da repartição das competências.

Para essa finalidade, relacionamos abaixo alguns problemas registrados pela doutrina e jurisprudência como "zona de fronteira", retirados do art. 4° do ETAF.

3.2.2. A responsabilidade pelos danos decorrentes da função política

No tocante aos atos praticados no exercício da função política, o art. 117° da CRP estabelece a responsabilidade política, civil e criminal dos titulares dos cargos políticos, pelos atos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções[17]. Considera-se como *políticos* os atos de primeiro grau, praticados por órgãos supremos, em execução direta da Constituição e destinados à prossecução de interesses fundamentais da comunidade política (atos diplomáticos, defesa nacional, atos de graça etc.)[18].

Há um acórdão do Tribunal de Conflitos, de 1995, que remeteu para os tribunais comuns a competência para apreciar um litígio relativo a um pedido de indenização por responsabilidade extracontratual do Estado Português, ajuizado por um casal de angolanos, em decorrência do *Acordo do Alvor*, que retirou as tropas portuguesas de Angola. A ementa do acórdão é a seguinte:

anotada. op. cit., p. 168; MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos.* Coimbra: Almedina, 1992. pp. 86-87.

15 *Constituição da República Portuguesa anotada.* op. cit., p. 169.

16 O Supremo Tribunal Administrativo, no acórdão de 09.10.90, considerou que "parece seguro que o referido preceito aponta apenas para a responsabilidade decorrente da função administrativa". Em comentários a este acórdão, GOMES CANOTILHO considerou que ele representava um *retrocesso jurisprudencial. Revista de Legislação e Jurisprudência,* n. 3804, a. 124, pp. 77-86.

17 A Lei n. 34, de 16/07//87, estabelece que o Presidente da República, o Presidente da Assembléia da República, os deputados à Assembléia da República, os membros do Governo e os deputados ao Parlamento Europeu, respondem criminalmente e incorrem na obrigação de indenizar "nos termos gerais de direito".

18 Cfr. ANDRADE. José Carlos Vieira de. *A justiça...*, p. 10.

CONFLITO ENTRE O TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DO CÍRCULO DE LISBOA E O 12°. JUÍZO CÍVEL DE LISBOA. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS POLÍTICOS E/OU LEGISLATIVOS

1. Os tribunais administrativos apenas têm competência para dirimir conflitos de interesses públicos e privados emergentes do exercício da função administrativa (arts. 214, n. 3, CR e 3° o e 4° do ETAF).
2. Está, assim, excluído da competência dos tribunais administrativos o conhecimento dos pedidos de indenização dirigidos contra o Estado fundados em danos emergentes de atos de natureza política ou de governo e de atos de natureza legislativa, para cujo conhecimento são competentes os tribunais comuns.
3. É ato de natureza político-legislativa o Acordo do Alvor, através do qual foi reconhecida a independência de Angola, sendo, assim, os tribunais administrativos incompetentes, em razão da matéria, para conhecer dos pedidos de indenização dirigidos contra o Estado fundados em danos resultantes da celebração daquele acordo.
Relator: Cons. Ferreira da Rocha
Tribunal dos Conflitos — conflito n. 280 — 14.12.1995.

A competência para apreciar tal matéria é, portanto, dos tribunais comuns. Mas por que o legislador consideraria a jurisdição civil mais adequada a resolver esse tipo de situações, quando seria de se pensar o contrário, ante a propalada especialização da jurisdição administrativa? Talvez por conta de ainda haver uma certa idéia de que a justiça comum, ao contrário da administrativa, ofereceria maiores garantias ao particular.

3.2.3 A responsabilidade pelos danos decorrentes do exercício da função legislativa

No que se refere à responsabilidade do Estado por atos legislativos, políticos ou jurisdicionais, como já se disse, parte da doutrina a tem considerado como incluída no art. 22° da CRP. A questão tem sido especialmente ponderada a propósito da responsabilidade do Estado pela atividade legislativa, a qual não se encontra contemplada no art. 9° do Decreto-Lei n. 48.051/67[19].

VIEIRA DE ANDRADE pondera, a respeito desse item, devam ser subtraídos da jurisdição administrativa quaisquer disposições gerais e abstratas, editadas sob a forma de diploma legislativo — o que incluiria o Decreto-Lei e o Regulamento,

19 O art. 9° trata da responsabilidade por atos lícitos. GOMES CANOTILHO considera que esse artigo 9° hoje em dia "nada mais é do que uma refracção do *direito à reparação de danos* consagrado no art. 22° da CRP". Cfr. Anotação ao Acórdão de 09.1.90, do Supremo Tribunal Administrativo. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3.804, a. 124, p.86.

embora esse último pertença, materialmente, à função administrativa (ver, no entanto, art.51, *e*, do ETAF)[20].

Não foi por acaso que o ETAF usou a expressão *normas legislativas* e não *atos legislativos*. Isso por que as normas legislativas poderão conter, na realidade, atos administrativos, cuja competência para apreciação compete aos tribunais administrativos. FREITAS DO AMARAL alerta que pode mesmo aparecer em diplomas genéricos, como a lei, o decreto-lei ou o diploma regulamentar, "aberta ou subrepticiamente, um acto concreto a fim de procurar subtraí-lo à fiscalização contenciosa"[21].

Deve-se observar, no entanto, poderem os atos administrativos ser impugnados perante os tribunais administrativos, qualquer que seja a sua forma (art. 268°, 4, CRP), mesmo que constem de um diploma legislativo (art. 25°, 2, Lei de Processo nos Tribunais Administrativos — LPTA). A aferição da competência da jurisdição administrativa deve, portanto, levar em conta essa distinção. Deve considerar, ainda, a distinção entre ato administrativo e leis-medida que, do mesmo modo, são concretas e individuais[22].

Abaixo pode-se ver dois resumos de acórdãos do Tribunal de Conflitos, em que se discutia a competência dos tribunais administrativos ou comuns acerca de ações de indenização propostas em decorrência de atividade legislativa do Estado, que implicavam em nacionalização. Embora ambos os casos se adequassem, à primeira vista, à letra *b* do art. 4°, 1, do ETAF, o mesmo Tribunal, no mesmo ano de 1998, esposou dois entendimentos diferentes sobre a competência. Confira-se:

> *COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR NACIONALIZAÇÃO*
>
> *1. Não são inconstitucionais as normas dos arts. 8°, n. 2, e 9°, n.8, do DL n. 332/91, de 06/09, pois, por um lado, a atividade de fixação do quantum indenizatório por nacionalização situa-se na "zona de fronteira entre as funções administrativa e jurisdicional", pelo que não viola o disposto no art. 205° da CRP a sua fixação, em primeira mão, pela Administração e, por outro lado, no caso, o recurso de anulação garante a possibilidade da revisão integral do ato por uma instância jurisdicional.*
> *2. Não sendo inconstitucionais tais normas, é competente o foro administrativo para conhecer do litígio (art. 214° da CRP e 3° e 4° do ETAF), e, tratando de responsabilidade civil extracontratual do Estado (por prejuízos infligidos ao proprietário dos bens nacionalizados), são competentes os tribunais administrativos de círculo (art. 51, n.1, alínea f, h, e j, do ETAF).*
> Relator: Cons. Lopes Pinto[23]

20 *A Justiça...* op. cit., p. 10.

21 AMARAL, Freitas. *Curso....*, op. cit., v. IV, p. 154-155.

22 *Leis-medida* (*massnahmegesetze)* são leis destinadas a resolver situações particulares, problemas econômicos ou sociais concretos, diferentemente da concepção clássica da lei geral e abstrata.

23 Tribunal dos Conflitos. Conflito n. 326. Requerente: António Sommer Champalimaud, no

COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS JUDICIAIS. INDENIZAÇÃO POR NACIONALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATIVIDADE LEGISLATIVA.

1. Os tribunais judiciais são os competentes para o conhecimento de ação de condenação do Estado, em que a causa de pedir invocada "consiste no fato de o Estado Português haver produzido legislação" que, incidindo sobre a determinação das indenizações a pagar, na seqüência da nacionalização de empresas, aos titulares das respectivas ações, leva à fixação de valores indenizatórios insuficientes para a sua compensação, do que resultaria a lesão dos seus direitos e a conseqüente responsabilidade civil do Estado a esse título.

2. No caso, face aos termos em que os autores caracterizam a relação jurídica submetida a julgamento, estaremos perante um caso de responsabilidade civil do Estado por ato legislativo, não atacando aqueles o ato, administrativo ou não, pelo qual o Estado, aplicando essa legislação, apurou o valor indenizatório a pagar.
Relator: Cons. Ribeiro Coelho.[24]

Os dois casos se referiam à indenização por atos de nacionalização de bens particulares, após a Revolução de 1974. Por ter sido o fundamento dos pedidos diferente, nos dois casos, houve resultado diverso quanto à fixação da competência.

No primeiro caso, o autor da demanda questionou diretamente *o ato* que fixou o *quantum* indenizatório em caso de nacionalização. Por esse motivo, o acórdão considerou que a questão se inseria em uma "*zona de fronteira* entre as funções administrativa e jurisdicional". Declarou-se a competência dos Tribunais Administrativos de Círculo, visto se tratar de responsabilidade civil extracontratual do Estado por prejuízos infligidos ao proprietário dos bens nacionalizados[25].

No segundo caso, a causa de pedir invocada foi o fato de ter o Estado português produzido legislação que, "incidindo sobre a determinação das indemnizações a pagar, na seqüência da nacionalização de empresas, aos titulares das respectivas acções, leva à fixação de valores indemnizatórios insuficientes para a sua compensação, do que resultaria a lesão dos seus direitos e a conseqüente responsabilidade civil do Estado a esse título". Considerou o acórdão, portanto, estar fora do âmbito das relações jurídico-administrativas a responsabilidade civil do Estado decorrente

conflito de jurisdição, suscitado entre o Tribunal Cível da Comarca de Lisboa (15° Juízo) e o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa. Julgamento em 17.03.1998.

24 Tribunal dos Conflitos. Conflito n. 329. Requerente: Portugália — Administração de Patrimônios S.A. e Outros. Requerido: o Estado Português, no conflito negativo de jurisdição entre o 16° Juízo Cível de Lisboa e o Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa. Julgamento em 24.11.1998.

25 Conflito n. 326, citado.

da atividade legislativa, motivo pelo qual declarou a competência dos tribunais comuns para julgar a questão[26].

3.2.3. Atos relativos ao inquérito e instrução criminais e ao exercício da ação penal

A questão que tem suscitado maior polêmica, nessa seara, é a da responsabilidade do Estado pela prática de atos jurisdicionais que são, a princípio, lícitos, como os legislativos.

A Constituição portuguesa estabelece o dever de indenizar em caso de condenação penal injusta (art. 29°, 6) e prisão ilegal (art. 27°, 5). O mesmo estabelece o Código de Processo Penal, em caso de peita, suborno ou concussão do magistrado. A dúvida insere-se, basicamente, em se enquadrar tais atos como de *gestão pública*, o que levaria à responsabilização, nos termos do Decreto-Lei n. 48.051/67.

Havendo responsabilidade, a competência para apreciar a ação indenizatória seria da justiça comum ou da justiça administrativa? A situação é polêmica e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo oscila, como se vê dos acórdãos abaixo.

> *"1. Nos termos do art. 51°, n. 1, al. h) do ETAF, são os tribunais administrativos os competentes para julgar uma acção sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado fundada em prisão preventiva que, em conformidade com o que se dispõe no n. 2 do art. 225° do CPP, se revele injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia. 2. Tendo em conta o que se dispõe no art. 4°, n. 1, al. d) do ETAF, os tribunais administrativos não poderão conhecer de recurso interposto da decisão que ordenou ou manteve a prisão preventiva, em vista a lhe pôr termo, mas compete-lhes conhecer do pedido de indemnização baseado em prisão ilegal ou injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia".*
> Ac. Supremo Tribunal Administrativo- STA, 07.05.91, Boletim do Ministério da Justiça — BMJ n. 407, p. 236, 1991.

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. Actos de decretamento e de manutenção de prisão preventiva. Incompetência dos Tribunais Administrativos.*
> *I — A expressão "actos de gestão pública" vertida na alínea h) do n. 1 do artigo 51° do ETAF abrange apenas e, em princípio, actos integrados na chamada "função administrativa" não englobando, por isso, os actos integrados na "função judicial".*
> *II — O texto da al. d) do n. 1 do art. 4° do ETAF é perfeitamente claro ao excluir do âmbito da jurisdição administrativa quer os "recursos" quer as*

26 Conflito n. 329, citado.

acções que tenham por objecto actos relativos ao inquérito e instrução criminais e ao exercício da acção penal, nada autorizando pois o intérprete a restringir tal exclusão aos "recursos contenciosos". III — Os tribunais administrativos são incompetentes em razão da matéria para conhecerem das acções sobre responsabilidade civil extra-contratual do Estado por danos alegadamente resultantes de actos de decretamento e de manutenção de prisão preventiva argüida de ilegal".
Ac. STA 26.01.1993. Rel. Cons. Ferreira de Almeida[27].

Temos aqui dois acórdãos divergentes, prolatados pelo mesmo tribunal — o Supremo Tribunal Administrativo. No primeiro, considerou-se que os tribunais administrativos seriam competentes para apreciar uma ação de indenização contra o Estado, decorrente de um típico ato jurisdicional — o decretamento de uma prisão preventiva, reputada como ilegal. No segundo acórdão, entendeu-se exatamente o contrário, ou seja, que a competência para as ações de indenização por danos resultantes de prisão preventiva seria dos tribunais comuns.

Sem se tratar de matéria penal, mas de outro típico ato jurisdicional — a penhora —, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que a competência não era dos tribunais judiciais, mas dos tribunais administrativos de círculo, enquadrando tal ato como de *gestão pública.*

"É aos tribunais administrativos de círculo que compete conhecer da acção no tocante ao pedido de indemnização formulado contra o Estado por danos resultantes da penhora judicial pretensamente efectuada numa coisa em execução instaurada contra terceiro".
STJ, Acórdão de 03.04.1991. Boletim do Ministério da Justiça 406, p. 546-548, 1991.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça se baseou na distinção entre atos de gestão pública e de gestão privada, para declarar a competência do Supremo Tribunal Administrativo, de acordo com o art. 51°, h), do ETAF. Desse modo, considerou que a penhora "*realizada mediante despacho assenta em actividade de natureza pública e que se insere na função do juiz e do oficial de justiça, a representar actos concretos integrados na função jurisdicional, ou seja, que assumem a natureza de actos judiciais autênticos, os quais se compreendem na realização de mera função pública e, por isso, são actos de gestão pública*"[28].

Como se pode ver, os atos tipicamente judiciais, decorrentes da função jurisdicional, ora são considerados atos de gestão pública, sendo, portanto, a responsabilidade deles decorrente sujeita ao exame dos tribunais administrativos, ora são tidos por atos "integrados na função judicial" e, assim, sujeitos a controle pelos próprios tribunais judiciais.

27 *Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo.* II-5/ II-8.

28 STJ, Acórdão de 03.04.1991. *Boletim do Ministério da Justiça* n. 406, p. 548, 1991.

Seria de se perguntar, ademais, se o entendimento que classifica os atos judiciais como atos de gestão pública não estaria, na realidade, transformando os tribunais administrativos em *instância apuradora* da legalidade dos atos judiciais praticados pelos tribunais judiciais. Isso porque, por esse entendimento, a responsabilidade decorrente dos *atos judiciais* praticados não só pelos tribunais administrativos, como também pelos tribunais judiciais, seria da competência dos primeiros. E, curiosamente, a tal não se submeteriam os *atos administrativos* praticados pelos tribunais judiciais, conforme art. 4°, 1, *c*, do ETAF.

3.2.4. Bens pertencentes ao domínio público e atos de delimitação destes com bens de outra natureza

Para esclarecimento desta alínea do art. 4°, 1, do ETAF, há um interessante acórdão do Tribunal de Conflitos, de 18.03.97[29], que dá bem a idéia de como é difícil retirar essa categoria de atos do complexo formado pelas relações jurídicas administrativas.

Por ele, embora se tratasse de demanda relativa a limites e direito de propriedade entre duas Juntas de Freguesia[30], declarou-se a competência do Supremo Tribunal Administrativo, por se considerar que a questão em litígio ultrapassava o direito de propriedade e estava relacionada com a delimitação espacial do poder entre as duas Juntas.

Segundo constou do acórdão, o espaço territorial da autarquia seria um elemento que a integraria enquanto *pessoa coletiva pública.* Desse modo, a definição da área territorial das freguesias confinantes não poderia ser configurada simplesmente como uma questão de direito civil — "*a constituição das freguesias deriva necessariamente de uma norma jurídica administrativa, visto que respeita à divisão administrativa do território. A relação jurídica constituída por efeito da continuidade geográfica das duas freguesias é por isso mesmo uma relação jurídica administrativa*".

O acórdão não foi unânime e o Conselheiro vencido (Rui Manuel Pinheiro Moreira) argumentou que a questão envolvia um ato político, de competência da Assembléia da República, motivo por que deveria ser julgado pelos tribunais comuns: "*As autarquias locais não detêm direitos sobre as fronteiras do respectivo território, como não detém um direito sobre a sua própria existência ou sobre os seus limites territoriais. As leis sobre criação, extinção ou fixação dos limites das circunscrições territoriais das autarquias locais são leis e que visam à manutenção da sociedade política. Assim só o Estado, através do órgão próprio e no exercício do poder*

29 Tribunal de Conflitos, 5ª Secção, Conflito n. 301 — conflito negativo de jurisdição entre o Tribunal de Comarca de Boticas e o Tribunal Administrativo de Círculo do Porto. Requerente: Freguesia de Dornelas; Requerido: Freguesia de Covas de Barroso; Relator: Juiz Conselheiro CARLOS CADILHA.

30 Juntas de Freguesia são administrações públicas regionais, como sub-prefeituras.

adequado, pode definir os limites territoriais das autarquias locais e resolver as respectivas dúvidas"[31].

Vale registrar que esse tipo de conflito entre as duas ordens de jurisdição, envolvendo questões municipais, não é recente no Direito português, existindo desde o tempo em que o Supremo Tribunal Administrativo ainda era órgão consultivo do Governo. Assim é que, em 1905, nos seus *Estudos Administrativos*, o advogado ANTÔNIO Leite Ribeiro de MAGALHÃES colaciona um litígio proposto contra a Câmara Municipal do Conselho de Maia, que ordenara a um munícipe a demolição de umas paredes, por estarem tapando um caminho público, que deveria ser restituído ao estado anterior. O munícipe, intimado, recorreu para o contencioso administrativo, alegando não ser o caminho em questão público, mas particular. "O tribunal do contencioso administrativo devia apenas julgar-se incompetente para conhecer da questão perante ele levantada", diz o autor, uma vez que a demanda versava sobre domínio e posse do caminho, o que competia aos tribunais comuns decidir. Mas "não procedeu assim, e foi anular a deliberação da câmara municipal e a intimação realizada por efeito da deliberação"[32].

3.2.5. Questões de direito privado, ainda que qualquer das partes seja pessoa de direito público

Entende-se estarem excluídas da jurisdição administrativa as questões decorrentes da atividade de direito privado da Administração Pública, tais como[33]:

1) exercício de capacidade privada (administração de patrimônio, gestão de estabelecimentos econômicos em concorrência etc.);

2) atividades funcionalmente administrativas, desenvolvidas através de meios privatísticos (subvenções, fornecimento de bens e serviços, gestão de estabelecimentos públicos e certas intervenções no mercado).

Considera-se excluída, assim, a responsabilidade civil decorrente de atos de "*gestão privada*" (art. 1°., *contrario sensu*, do Decreto-Lei 48.051, de 21.11.67 e art. 501° do Código Civil).

Registre-se, no entanto, ser o art. 2°. do Código de Procedimento Administrativo – CPA, erigido principalmente na distinção entre atos de gestão pública e gestão privada. Além dele, o art. 51° do ETAF estabelece a competência dos tribunais administrativos de círculo, tendo em vista, principalmente, a autoridade de onde provém o ato administrativo.

31 Idem, acórdão citado.

32 MAGALHÃES, António Leite Ribeiro de. *Estudos administrativos*. Coimbra: França Amado Ed., 1905, pp. 75-77.

33 Cfr. VIEIRA DE ANDRADE. *A Justiça* ... op. cit., p. 9.

Essa disposição legal não impede que os tribunais administrativos apreciem as *questões prejudiciais* de direito privado, nos termos do art. 4°, n. 2, do ETAF e art. 7° da LPTA.

Por outro lado, quanto aos tribunais judiciais, quando confrontados com questões de Direito Administrativo, três situações podem ocorrer: 1) poderá o juiz sobrestar o processo, até que o tribunal competente se manifeste sobre a questão da qual depende o seu julgamento (art. 97°, n.1, do CPC); 2) poderá decidi-las como *questões prejudiciais*, mas sem autoridade de caso julgado material (art. 97°, n. 2 do CPC); 3) poderá declinar o conhecimento do processo aos tribunais administrativos, por incompetência absoluta (art. 101° e ss. do CPC).

3.2.6. Atos de gestão pública e de gestão privada

No âmbito da distinção entre atos de gestão pública e gestão privada, a questão se complica. Em regra, pelos danos causados no desempenho de atividades de gestão privada, a Administração responde, segundo o direito civil (art. 501° do CC), perante os tribunais judiciais; pelos danos decorrentes de gestão pública, a Administração responde, segundo o Direito Administrativo, perante os tribunais administrativos.

Como a lei não indica o que sejam *atos de gestão pública e de gestão privada*, deve-se buscar os subsídios na doutrina e jurisprudência.

Há um acórdão do Tribunal de Conflitos, de 1981[34], que tem sido considerado o *leading case* e com base no qual os demais acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo e do próprio Tribunal de Conflitos têm feito a distinção entre atos de gestão pública e privada. Segundo ele, para a definição do regime de responsabilidade extracontratual do Estado e das restantes pessoas coletivas de direito público, consideram-se:

1) *Atos de gestão privada — " os que se compreendem numa actividade em que a pessoa colectiva, despida do poder público, se encontra e actua numa posição de paridade com os particulares a que os actos respeitam, e, portanto, nas mesmas condições e no mesmo regime em que poderia proceder um particular, com submissão às normas de direito privado*";

2) *Atos de gestão pública — "os que se compreendem no exercício de um poder público, integrando, eles mesmos, a realização de uma função pública da pessoa colectiva, independentemente de envolverem ou não o exercício de meios de coerção e independentemente, ainda, das regras, técnicas ou de outra natureza, que na prática dos actos devam ser observadas*".

Desse modo, o Tribunal de Conflitos considerou que a atividade dos médicos de um hospital militar, ao cuidarem dos doentes, são considerados *atos de gestão pública.* São também assim considerados os atos de ensino, praticado por um professor em uma escola pública. Tomou-se em conta, desse modo, o aspecto institucional ou orgânico, pois um mesmo ato pode ser público ou privado, conforme a pessoa o realize em um estabelecimento ou outro.

Esse critério tem gerado muitas dúvidas, como comprova a própria oscilação jurisprudencial:

34 Acórdão do Tribunal de Conflitos de 05.11.1981, *BMJ*, n. 311, pp. 195-216, 1981.

1. O corte e abate de árvores, mesmo em parque público, executado por empregados da Câmara Municipal e por ordem desta, não é ato de gestão pública.
2. Para apreciação dos danos resultantes desse abate é competente o tribunal comum".
Ac. Relação do Porto, de 7.1.1986, Colectânea Jurídica, 1986, 1°, p.157.

"'A conservação e vigilância do patrimônio arbóreo municipal' integra o exercício de uma atividade pública, pelo que são competentes os tribunais administrativos para conhecer de um pedido de indenização formulado contra uma câmara municipal pelos danos decorrentes da queda de uma árvore sobre uma viatura automóvel, originada na omissão dos deveres de vigilância daquele patrimônio.
2. A culpa por deficiência no funcionamento do serviço não depende do apuramento de comportamento censurável de certo e determinado funcionário".
Ac. STA, 20.02.90, BMJ n. 394, p. 307, 1990.

Acima podemos ver dois acórdãos discordantes, da Relação do Porto e do Supremo Tribunal Administrativo. No primeiro, considerou-se como *gestão privada* o corte e abate de árvores, por empregados da Câmara, em um parque municipal. O segundo entendeu o contrário, considerando que a conservação do patrimônio arbóreo municipal representa exercício de atividade pública, sendo competentes os tribunais administrativos para apreciação do respectivo pedido de indenização.

"1. Não são os tribunais comuns os competentes, mas sim os administrativos, para conhecer de uma ação de indenização respeitante a um acidente estradal alegadamente causado pela existência na via de um monte de gravilha de consideráveis proporções, não sinalizado e ali colocado por pessoal ao serviço de uma câmara municipal para beneficiação daquela.
2. É que estamos perante um ato de gestão pública".
Ac. Relação de Lisboa, de 06.10.87, BMJ n. 370, p. 602, 1987.

"1. Os obstáculos eventuais nas vias públicas devem ser sinalizados por aquele que lhes der causa.
2. Compete à câmara municipal sinalizar as obras a que procediam os respectivos serviços municipalizados, implicando obstáculo ocasional em estrada nacional. Essa sinalização não constitui ato de gestão pública.
3. Os tribunais comuns são os competentes para ação de responsabilidade civil com fundamento em danos ocorridos em acidente de viação causado pela não sinalização daquele obstáculo ocasional".
Ac. Relação de Lisboa, de 25.06.91, BMJ n. 408, p. 635, 1991.

"1. A conduta de um cantoneiro da JAE que ateou uma fogueira para queimar folhas, cascas e pastos secos na berma da estrada nacional, cons-

titui uma atividade de gestão privada na medida em que tal conduta, para além de falta pessoal do seu autor, representa a violação de um elementar preceito de prudência e da lei que, expressamente, proíbe tal prática — art.4°., g, do DL 13/71, de 23 de janeiro.
2. Tratando-se de ato de pura gestão privada, é ao tribunal comum que compete julgá-lo bem como as respectivas conseqüências — art. 66° do CPC e 815°, § 1°, b, do CPA".
Ac. STJ, de 26.03.87, BMJ n. 365, p. 588, 1987.

Pelos exemplos acima citados verifica-se haver dois acórdãos da Relação de Lisboa, divergentes entre si, um de 1987 e outro de 1991. Em um deles se considerou como *ato de gestão pública* a colocação pelo pessoal da Câmara municipal de obstáculos na auto-estrada, para sinalização, ao passo que o outro considerou o mesmo ato como *gestão privada*. A mesma linha seguiu o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, ao considerar como gestão privada o ato de um funcionário da Junta Autônoma de Estradas, ao atear uma fogueira no acostamento de uma estrada nacional .

3.2.7. Os contratos de direito privado

Esse é, sem dúvida, o "*calcanhar de aquiles*" da repartição de competências entre as duas ordens jurisdicionais: a distinção entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado, firmados pela Administração Pública.

As questões referentes aos contratos administrativos estarão submetidas à jurisdição administrativa, uma vez que é o ETAF que define: "*para efeitos de competência contenciosa, considera-se como contrato administrativo o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica de direito administrativo*" (art.9°, 1)[35].

No entanto, a interpretação jurisprudencial traz algumas surpresas, como a colocada no acórdão do Tribunal de Conflitos de 14.01.97, Conflito n. 307[36], em que a competência entre as duas jurisdições ficou por se definir em virtude de se considerar um contrato firmado pelo Município de Vagos como contrato administrativo ou como contrato privado da Administração Pública.

O caso é o seguinte, em linhas gerais:

O Município de Vagos ajuizou uma ação, com processo ordinário, perante a Justiça comum, pedindo, dentre outras coisas, que se declarasse válida uma cláusula

35 ETAF, Art.9°, n.2: "*São designadamente contratos administrativos os contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de concessão de uso privativo do domínio público e de exploração de jogos de fortuna ou de azar e os de fornecimento contínuo e de prestação de serviços celebrados pela Administração para fins de imediata utilidade pública*". (Com a mesma redação o art. 178 do CPA).

36 Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 14.01.97, p.307, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 2, março/abril 1997, pp. 9-17.

de resgate de um contrato de concessão de exploração do Parque de Campismo da Vagueira, firmado com uma empresa de turismo. A empresa-ré alegou a incompetência da Justiça comum e o Município *(!)*, por sua vez, alegava tratar-se de um contrato de locação de imóvel, regido pelas normas do direito privado.

Esse acórdão traz pelo menos duas situações bastante curiosas: 1) em primeiro lugar, o fato de a própria Câmara ter se dirigido aos tribunais comuns, para que fizessem valer uma cláusula contratual inserida em um contrato que era tipicamente administrativo; 2) Em segundo lugar, o Tribunal de Conflitos, ao decidir, ao invés de considerar, como era de se supor, tratar-se de um contrato administrativo, preferiu adotar o critério de "*ambiência de Direito Público*", para justificar a competência do Tribunal Administrativo.

Maria João ESTORNINHO, ao comentar o acórdão, disse parecer-lhe *espantoso* o fato de a própria Câmara ter se dirigido aos Tribunais comuns, no caso em foco. Por mais que se esforce, diz a autora, só consegue "encontrar duas explicações plausíveis para uma tal escolha dos tribunais comuns: ou um desconhecimento das regras de repartição de competência jurisdicional em matéria de atividade contratual da Administração Pública, ou uma adesão a um movimento, infelizmente generalizado, de *fuga para o direito privado*"[37].

A opção pelo critério de "*ambiência de Direito Público*"[38], para justificar a competência do Tribunal Administrativo, utilizada pelo Tribunal de Conflitos — com arrimo inclusive em doutrina da lavra da própria Maria João ESTORNINHO —, revelou-se inusitada, uma vez que os elementos do contrato já bastariam para atender aos critérios de se classificá-lo como de direito administrativo: o objeto era a concessão da exploração de um bem pertencente a entidade pública, em que se atribuía à concessionária obrigações como participação no programa de promoção turística do município e, além disso, outorgava poderes à Câmara Municipal que são tradicionalmente considerados como "prerrogativas exorbitantes" — fiscalização, interferência no regulamento interno do parque de campismo, aplicação de sanções e resgate.

Sem adentrarmos na discussão sobre se, sendo a atividade da Administração toda informada por princípios de direito público, ainda subsistiria espaço para os contratos privados por ela firmados, não se entende, de fato, a opção do Tribunal de

37 Critério da ambiência de direito pública: esforço inglório para salvar o contrato administrativo? — acórdão do Tribunal de 14.01.97 anotado. Cadernos de Justiça Administrativa, Lisboa, n. 2, p.16, mar./abr. 1997.

38 "Este critério do "ambiente", "clima" ou "ambiência" de direito público surgiu na doutrina como uma última tentativa (diria eu, um esforço inglório) de "salvar" o contrato administrativo. Na verdade, pretendendo manter a dicotomia "contratos administrativos-contratos de direito privado da Administração", certos autores passaram a afirmar que, *quando não seja possível qualificar determinado contrato como administrativo, em função dos critérios tradicionais,* ainda assim ele pode ser considerado como tal, por se inserir numa "ambiência de direito público". PROSPER WEIL leva esta idéia às últimas consequências e afirma mesmo que se chegou a uma situação na qual "um contrato é administrativo porque não se pode deixar de ter a impressão de que ele o deve ser. ESTORNINHO, Maria João. Critério da ambiência... op. cit., p. 16.

Conflitos pelo critério da "ambiência de direito público", quando era clara a configuração do contrato administrativo. Isso, sem dúvida, constitui-se em mais um elemento de insegurança para o particular, que procura a jurisdição competente para resolver as suas pendências com a Administração Pública.

Há, ainda nessa seara, a questão dos *atos administrativos destacáveis* (art. 9°, 3, do ETAF).

São eles sindicáveis perante a jurisdição administrativa, permanecendo o contrato de direito privado, no qual se inserem, sob a tutela da justiça comum.

Tal disposição normativa significa, ao menos para o particular, um impasse: deve ajuizar a sua demanda perante as duas jurisdições, fracionando o objeto do seu litígio, ou ajuizar apenas perante uma delas, e aguardar que o juiz da causa se posicione? Isso sem contar o custo da demanda, aumentado em razão da duplicidade de ações, e o tempo de espera pela solução em ambas.

3.2.8. Atos cuja apreciação pertença por lei à competência de outros tribunais

Esse último item do art. 4°, 1, do ETAF, leva à segunda pergunta formulada: só os tribunais administrativos poderiam julgar os litígios decorrentes das relações jurídico-administrativas?

Nesse caso, as opiniões estão um pouco divididas.

Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o legislador não poderá atribuir aos tribunais comuns o julgamento de litígios materialmente administrativos, só sendo legítimas, nessa matéria, as devoluções de competências em matéria administrativa para outros tribunais que forem previstas ao nível da própria Constituição (por exemplo, a atribuição à jurisdição constitucional do contencioso eleitoral).

Para GOMES CANOTILHO "estão em causa apenas os litígios emergentes de *relações jurídico-administrativas* (ou fiscais). Esta qualificação transporta a duas dimensões caracterizadoras: 1) as ações e recursos incidem sobre relações jurídicas em que, pelo menos, um dos sujeitos é o titular, funcionário ou agente de um órgão de poder público (especialmente da administração); 2) as relações jurídicas controvertidas são reguladas, sob o ponto de vista material, pelo direito administrativo e fiscal. Em termos negativos, isto significa que não estão aqui em causa litígios de natureza "privada" ou jurídico civil". Em termos positivos, um litígio emergente de relações jurídico-administrativas e fiscais será uma controvérsia sobre relações jurídicas disciplinados por normas de Direito Administrativo e/ou fiscal"[39].

Outros autores admitem a remissão do legislador, para a jurisdição comum, de questões emergentes de relações jurídicas administrativas, quando estejam em causa

39 *Constituição da República Portuguesa anotada.* op.cit., p. 815. Segundo MARCELLO CAETANO, o que caracteriza as relações jurídico-administrativas é: "o *caráter colectivo dos interesses* a que servem de instrumento, a *iniciativa* dos órgãos encarregados da respectiva prossecução e sobretudo, como manifestação típica de autoridade, o *privilégio da execução prévia* dos direitos afirmados pela Administração". *Manual...*, op. cit., v.1, p. 45.

direitos fundamentais dos cidadãos, pretendendo, assim, assegurar uma proteção processual mais intensa desses direitos[40].

Vale registrar a posição do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, que distingue entre o contencioso por natureza (recurso contra atos administrativos), que seria exclusivo dos tribunais administrativos e o contencioso por atribuição ou acidental, que seria suscetível de ser conferido aos tribunais comuns, porque "tais matérias ainda se prendem com a problemática das garantias dos particulares contra a Administração"[41].

VIEIRA DE ANDRADE, a seu turno, vê no preceito constitucional não uma proibição absoluta, mas uma regra definidora de um *modelo típico*, suscetível de adaptações ou desvios, pelo legislador ordinário, em casos especiais, desde que não fique descaracterizado o núcleo central[42].

Nesse sentido já se posicionou o Tribunal Constitucional em alguns acórdãos, entendendo que esta cláusula deve ser interpretada como estivesse a constituir *um "núcleo caracterizador do modelo"*, acolhendo a idéia de que os tribunais administrativos e fiscais não teriam, em absoluto, jurisdição exclusiva no tocante às relações administrativas e fiscais.

Assim, com relação ao processo de expropriação por utilidade pública, considerou o Tribunal Constitucional não haver nenhuma inconstitucionalidade na norma que atribuiu o julgamento das ações respectivas aos tribunais comuns, fundando o seu entendimento na *tradição jurídica* existente de intervenção dos tribunais judiciais nesse domínio: "*em síntese: sem se tomar posição quanto à consagração ou não aí de uma reserva material absoluta de jurisdição, o certo é que o sentido do n. 3 do artigo 214º da Constituição é o de que ele foi pensado para a fase declarativa da apreciação de acções e recursos administrativos, sendo este o 'núcleo caracterizador do modelo', na expressão de Vieira de Andrade*"[43].

Também no tocante ao Estatuto dos Magistrados Judiciais, o Tribunal Constitucional entendeu que o seu artigo 168º, n. 1 (que atribui competência ao Supremo Tribunal de Justiça para conhecer dos recursos contenciosos interpostos de deliberações do Conselho Superior da Magistratura) não violava o art. 214º, n. 3 — atual 212º, n. 3 —, da CRP. Isso porque considerou que o artigo 214º, n. 3 consagra "*a criação de uma jurisdição administrativa ordinária*, ou seja, dá forma a uma jurisdição administrativa autônoma. Porém, isso *não significa necessariamente que todos os litígios emergentes de qualquer relação jurídica administrativa devam ser diri-*

40 Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça...*, op. cit., p. 15, onde consigna que esta é a posição de FREITAS DO AMARAL.

41 Parecer de 30.03.92, homologado por despacho do PGR, de 09.04.92.

42 "*De facto, o preceito constitucional, introduzido na revisão de 1989, explica-se historicamente pela intenção de consagrar a ordem judicial administrativa como uma jurisdição própria, ordinária, e não como uma jurisdição especial ou excepcional em face dos tribunais judiciais, na linha da alteração do art. 211º (actual 209º), que deixou de considerar os tribunais administrativos como tribunais facultativos*". *A justiça...* op. cit., p. 1.

43 Acórdão n. 965/96, DR II série, n. 296, de 23.12.1996.

midos pelos tribunais administrativos. Com efeito, o que se pretendeu foi o estabelecimento de uma competência comum, genérica, dos tribunais administrativos para apreciar os litígios jurídico-administrativos, não uma reserva absoluta de competência"[44].

Desse modo, não estará vedada a atribuição (desde que *pontual e fundamentada*), pelo legislador, de questões administrativas à competência de tribunais de outras ordens, como é o caso, por exemplo, dos recursos de atos do Conselho Superior da Magistratura Judicial, atribuídos ao Supremo Tribunal de Justiça (art.168°, n.1, do Estatuto dos Magistrados Judiciais); a maioria das questões em matéria de expropriações por utilidade pública (art. 37° e ss. e 73 do Decreto-Lei n. 438/91 de 09 de novembro); dos recursos de determinadas decisões administrativas no domínio da propriedade industrial (art. 2°, Código da Propriedade Industrial); todos de competência dos tribunais judiciais[45].

Na mesma linha decidiu o Supremo Tribunal Administrativo, considerando que "o art.214°., n.3, (atual 212) da CRP, ao conferir aos tribunais administrativos e fiscais competência para o julgamento das ações e recursos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais, *não consagrou uma reserva absoluta material de jurisdição*", pelo que foram mantidas "as limitações à jurisdição administrativa consignadas no art. 4°. do ETAF, cuja alínea *e*) exclui dessa jurisdição os atos cuja apreciação pertença, por lei, a outros tribunais"[46].

Essa questão leva a outra, que é a de se saber se a jurisdição administrativa é especial em relação aos tribunais judiciais. Ao anotar o preceito constitucional contido então no art. 214°, n. 3, da CRP (atual 212°, 3), GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA afirmam ter deixado a competência dos tribunais administrativos e fiscais de ser especial ou excepcional em face dos tribunais judiciais — "aqueles são agora os *tribunais ordinários* da justiça administrativa"[47].

44 Acórdão n. 347/97, *DR* II série, n. 170, de 25.07.1997, p. 8.957. No mesmo sentido o Acórdão do Tribunal Constitucional n. 253/98, *DR* II série, n. 256, de 05.11.1998, que entendeu que "*não existe impedimento constitucional à atribuição 'pontual e fundamentada' da competência ao Tribunal de Contas para apreciação — enquanto órgão jurisdicional independente e imparcial — do contencioso administrativo respeitante às deliberações do júri de recrutamento dos seus juízes*" (p. 15.595).

45 "Dessa definição do âmbito-regra deriva para o legislador ordinário (AR, salvo autorização ao Governo) tão-somente a obrigação de respeitar o *núcleo esssencial* da organização material das jurisdições", não ficando proibida a "atribuição pontual a outros tribunais do julgamento (por outros processos) de questões substancialmente administrativas, sendo certo que essas "remissões" orgânico-processuais (muitas delas tradicionais) podem ter justificações diversas, devendo, por isso, incluir-se na margem de escolha política e, portanto, de liberdade constitutiva própria do poder legislativo". ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça...* op. cit., p. 16.

46 1ª. Seção, Acórdão de 25.02.97, processo n. 41487. Trata-se de orientação que vem sendo acolhida no STA, cfr. Ac. do Pleno de 3.10.96, p. 36.969, AD, n. 420, p. 1461 e Acs. De 10.10.96, p. 41.003, e de 01.04.97, p. 41 895, citados no *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 2, março/abril 1997, p.65.

47 op. cit., p. 814.

Pela leitura do art.212°, 3 c/c art. 211°, 1, CRP, deve-se entender que uma questão de natureza administrativa passará à ordem judicial administrativa quando não esteja expressamente atribuída a outra jurisdição. São os tribunais administrativos, desse modo, tribunais comuns, em matéria administrativa.

3.3. Outros casos geradores de dúvida em matéria de repartição de competência

Também aqui, sem pretendermos ser exaustivos, vamos destacar alguns problemas considerados *zona de fronteira* e que também têm causado perplexidades no tocante à jurisdição responsável pela sua solução.

3.3.1. Os casos relativos ao direito ambiental e "relações jurídicas poligonais"

Tendo em conta os arts. 42° e 45°, n. 1 e 2, da Lei n. 11/87, de 7 de abril, seria de se questionar se os tribunais comuns ainda são competentes para decidir embargos de atividades ou obras administrativas e conhecer questões de responsabilidade civil por atos de gestão pública em matérias ambientais, considerando o disposto no art. 212°, 3, da CRP.

GOMES CANOTILHO diz que se os litígios relativos ao direito ambiental envolverem *relações administrativas públicas e externas,* a competência será do juiz dos tribunais administrativos, que é o *juiz comum* dos litígios administrativos-ambientais[48].

No mesmo sentido é a opinião de VIEIRA DE ANDRADE, para quem "tendo em consideração a reserva constitucional de jurisdição dos tribunais administrativos, fixada pela revisão constitucional de 1989, será de exigir uma manifestação expressa ou inequívoca do legislador para que se altere a ordem normal de competências, sendo que tal não acontece com os preceitos referidos, que podem ser (e, por isso, devem ser) interpretados como referidos apenas a entes e actividades privadas, não valendo para as relações jurídicas de direito administrativo"[49].

Mas nessa seara também a jurisprudência é oscilante, como se verifica dos seguintes julgados, cujas ementas se transcreve:

48 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente.* Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra, n. 3858 e 3859, p. 265. O autor lamenta que enquanto algumas leis, como a do ambiente, das associações de defesa do ambiente e do direito de participação procedimental e de ação popular revelam avanço para soluções dos problemas, "as leis processuais gerais — reguladoras do contencioso administrativo e do processo civil — continuam a ser repertórios de cristalizações adjectivas pouco operacionais num mundo jurídico de complexidade crescente". Idem, p. 265.

49 "De resto, a expressão "tribunais comuns" (e não "tribunais judiciais") poderia hoje, à luz da Constituição da Justiça, ser entendida como uma referência aos tribunais comuns de cada jurisdição, isto é, aos tribunais judiciais em matéria cível e criminal (art. 211°, n. 1, da CRP) e aos tribunais administrativos em matéria administrativa (art. 212°, n. 3)". *A justiça...* op. cit., p. 22-23.

"1. São os tribunais comuns os competentes para a acção proposta por um cidadão contra certa câmara municipal, em que peticiona a remoção de uma lixeira onde se incineram detritos, atentos os 'prejuízos ambientais' que provoca e que se repercutem na sua casa de habitação, bem como indemnização por danos materiais e não materiais daí derivados.
2. É que, peses embora o facto de estarmos perante actos de gestão pública, a acção acaba por ter como referenciais o art. 66º da CR e o DL n. 11/87, de 07 de abril, relevando especialmente o seu art. 45º, ns. 1 e 2" (Ac. Relação de Lisboa 12.12.91, Boletim do Ministério da Justiça, 412-539).

"1. São de gestão pública os procedimentos concernentes aos aterros sanitários levados a cabo pelas câmaras municipais.
2. É da competência do foro administrativo a acção em que um particular peticiona se decrete que certa câmara cesse determinados trabalhos num aterro, que ofendem alegados direitos do autor, e o indemnize pelos prejuízos sofridos.
3. Não são, assim, os tribunais comuns competentes para procedimento cautelar (embargo de obras), que daquela dependa" (Ac. Relação de Lisboa 21.10.93, Boletim do Ministério da Justiça, 430-499).

Os dois acórdãos são do Tribunal da Relação de Lisboa, pelo que se constata que no âmbito do mesmo Tribunal há entendimentos divergentes quanto aos casos que envolvem questões ambientais, ora considerados como de gestão pública, ora como de gestão privada.

Não se pode olvidar, ainda, a complexidade das chamadas "*relações jurídicas poligonais*", onde há vários interesses diferentes e contrapostos, não existindo um esquema referencial binário — de um lado os poderes públicos administrativos e do outro lado o cidadão ou grupos de cidadãos. Antes se perfila, como diz CANOTILHO, do lado dos particulares, "um complexo multipolar de interesses diferentes ou até contrapostos"[50]. São relações que se desenvolveram principalmente nos tempos atuais e que assumem particular relevo no âmbito do direito ambiental e urbanístico (v.g. as ações e recursos de vizinhança).

Essas relações exigem mais do juiz na ponderação dos valores envolvidos do que as relações jurídicas tradicionais e mesmo naquelas em que está presente o interesse público. Segundo CANOTILHO, a ponderação judicial dos interesses nas relações jurídicas poligonais somente será materialmente justa "quando tomar em *consideração* todos os interesses públicos e todos os interesses privados e, além disso, no âmbito específico do direito do ambiente, fazer pesar na ponderação os interesses ecológico-ambientais"[51].

50 CANOTILHO, J.J. Gomes. Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo. *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, Coimbra, n. 1, p. 57, jun./1994.

51 "A *Daseinsvorsorge* ou "procura existencial" acaba por significar a dependência do indivíduo carente ou necessitado e a administração. E sobre esse conceito de relação jurídica tem se tentando

Além disso, pode-se acrescentar às palavras de GOMES CANOTILHO, há que se pesar ainda o interesse das gerações futuras, a quem, ao final, se dirigem as maiores preocupações em termos de preservação ambiental.

3.3.2. As sanções disciplinares das federações desportivas

No âmbito do próprio Supremo Tribunal Administrativo surgiu uma polêmica a respeito de serem ou não as sanções disciplinares aplicadas pelas federações desportivas atos administrativos e, desse modo, sujeita a ação de responsabilidade dele decorrente à jurisdição dos tribunais administrativos.

Um acórdão proferido pelo Pleno daquele Tribunal, datado de 30.04.97[52], decidiu que a deliberação do Conselho Jurisdicional da Federação Eqüestre Portuguesa, que havia aplicado uma pena disciplinar de um ano de suspensão, era um ato materialmente administrativo, cujo conhecimento competia aos tribunais administrativos de círculo, nos termos do art. 3°. e da alínea *j*, do n. 1 do art. 51° do ETAF.

Muito embora aquela Federação fosse uma pessoa coletiva de direito privado, entendeu o Tribunal que os respectivos órgãos federativos, ao punirem uma infração, no uso da competência que lhes foi concedida pelo DL n. 32.946, de 03.08.43 (em vigor ao tempo do ato contenciosamente impugnado), baseavam-se em norma estabelecida, não no quadro da sua autonomia privada, mas em preceito dimanado de um poder normativo público[53].

3.3.3. As contravenções e contra-ordenações

Em 1995, a título apenas exemplificativo, o Tribunal de Conflitos julgou 11 (onze) casos. Cinco deles eram relativos à mesma questão entre o Tribunal do Trabalho e a Inspeção Geral do Trabalho de Figueira da Foz. Fez-se a distinção entre contravenção e contra-ordenação, para atribuir a competência, no caso, aos tribunais judiciais.

Em todos os conflitos a polêmica centrava-se na lavratura de um auto de notícia pela Inspeção Geral do Trabalho de Figueira da Foz, contra um empregador que não pagara os salários dos seus empregados. Foi o mesmo notificado a pagar a dívida e

articular o Direito Administrativo, a qual pode aglutinar um conjunto variado de relações, o que representará um avanço na própria teoria do ato administrativo. Por ela se pode explicar relações complexas hoje usuais, como as que se chamam "relações poligonais ou multipolares", assim como os atos com efeitos para terceiros". Idem, op. cit., p. 66.

52 Processo 27 407 — confirmando o Ac. da Subseção de 13.11.90, DR de 22.03.95, p. 6.668.

53 Em sentido divergente haviam decidido os acórdãos de 31.01.89, processo n. 26.670 (AP-DR, de 14.11.94, p. 693, e BMJ, n. 383, p.388), de 28.09.89, processo n. 27.317 (AP-DR, de 18. 11.94, p. 5.344), e de 18.01.90, processo n. 25.853 (AP-DR, de 12.01.95, p. 322). *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 3, maio/junho 1997, p.55.

a multa. O ponto central do conflito era definir a natureza do ilícito — se penal (contravenção), ou administrativo (contra-ordenação). Sendo contravenção, consistente no não-pagamento atempado dos salários, a competência seria do Tribunal do Trabalho. Prolongando-se a situação por mais de um mês, a conduta passaria a ser contra-ordenacional e a competência seria do Tribunal administrativo. No caso, considerou-se competente o Tribunal do Trabalho[54].

Por aí se vê que esse critério temporal é, no mínimo, curioso: basta passar-se um dia do calendário, além do mês, para que seja diverso o tribunal competente para a demanda.

Em outro caso julgado pelo Tribunal de Conflitos, relativo à aplicação, pela autoridade administrativa, de coimas (sanção pecuniária aplicada pelas autoridades administrativas à contra-ordenação — arts. 1°, n. 1, 17°, n. 1 e 33°, do Dec. 433/82) a um parque de turismo[55], a constitucionalidade da situação já foi definida.

Embora se tratasse de uma contra-ordenação (todo fato ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima), sendo de competência, em regra, dos tribunais administrativos, houve uma opção legislativa (art. 61° do Decreto-Lei n 433/82, de 27 de outubro) pela competência dos tribunais comuns, cuja constitucionalidade em face do atual art. 212°, n. 3, da CRP, foi declarada pelo Tribunal Constitucional[56].

3.3.4. As questões julgadas pelos tribunais arbitrais

Inclui-se na justiça administrativa, além das questões submetidas aos tribunais permanentes, a resolução de litígios por *tribunais arbitrais voluntários*, que julgam segundo o direito e só excepcionalmente por juízos de eqüidade — art. 22° da Lei n. 31/86, de 29 de agosto[57].

Pertinente é, então, o questionamento sobre se através do recurso à arbitragem não estaria a Administração Pública, na realidade, fugindo às duas ordens jurisdicionais e, portanto, aos seus conflitos.

54 *Acórdão de 16 de março de 1995, conflito n. 268.* Recorrente o Magistrado do Ministério Público junto da 1ª. Seção do Supremo Tribunal Administrativo e Requeridos (conflito negativo) o Tribunal do Trabalho da Figueira da Foz e a Inspeção Geral do Trabalho. *No mesmo sentido,* foram os seguintes acórdãos: Acórdão de 04 de maio de 1995, conflito n. 282; Acórdão de 09 de maio de 1995, conflito n. 272; Acórdão de 29 de junho de 1995, conflito n. 279; Acórdão de 7 de novembro de 1995, conflito n. 281; Acórdão de 09 de novembro de 1995, conflito s. n. *Publicada no apêndice do Diário da República de 17 de março de 1997.*

55 Acórdão de 7 de novembro de 1995, conflito n. 286. Requerente o Magistrado do Ministério Público, junto da 1a. Seção do Supremo Tribunal Administrativo e requeridos o Tribunal de Pequena Instância Criminal de Almada e o Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa.

56 Cfr. Acórdão n. 347/97, citado, p. 8.957.

57 Embora o art. 229°, n. 2, do Decreto-Lei n. 405/93, de 10 de dezembro, imponha o juízo de eqüidade nas questões relativas ao contrato de empreitada de obras públicas submetidas pelas partes a tribunal arbitral.

O Tribunal Constitucional tem considerado os tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais, inclusive não questionando a característica de formar caso julgado as suas decisões[58]. Desse modo, por exemplo, no caso das expropriações, os tribunais arbitrais "compõem um conflito entre entidades privadas e públicas ao decidirem sobre o valor do montante indemnizatorio da expropriação, sendo que tal decisão visa tornar certos um direito ou uma obrigação, não constituindo um simples arbitramento"[59].

Parece claro, desse modo, que praticando os tribunais arbitrais atos verdadeiramente jurisdicionais, a opção por eles acaba em redundar, para a Administração Pública, ainda que contraditoriamente à justificativa da especialização da justiça administrativa, em uma fuga à dualidade de jurisdições e aos problemas daí decorrentes[60].

3.4. A escolha da jurisdição competente — uma verdadeira "loteria judiciária"

Em resumo, pode-se dizer que hoje em dia, para ajuizar uma determinada demanda contra o Estado português, é necessário fazer-se a seguinte operação:

1) verificar se o caso se trata de relação jurídico-administrativa e/ou se insere no âmbito da gestão pública;

2) caso positivo, deve verificar se há alguma norma que, a despeito de se tratar de relação jurídico-administrativa, remete a competência para os tribunais comuns; nesse caso, deverá ainda ponderar sobre a sua constitucionalidade, em face do art. 212°, 3, da CRP;

3) não se tratando de relação jurídico-administrativa típica, o litigante deverá avaliar se dela pode ser destacado algum ato administrativo;

4) deve ainda o autor da demanda ter o cuidado, após feita essa pesquisa, de verificar se a jurisprudência do tribunal a que pretende se dirigir também tem o mesmo entendimento que o seu, a respeito da competência;

5) se ainda assim não chegar a nenhuma conclusão, resta-lhe tentar a sorte.

Gestão pública, gestão privada, "ambiência de direito público", o particular fica com o seu direito ou interesse nas mãos, à espera de quem lhe resolva o problema. Pode, por um lado, optar por ingressar nas duas ordens, com pretensões idênticas mas fundamentos diferentes e ver em qual delas consegue a solução do seu caso — como é difícil o controle sobre situações de litispendência, ele pode tentar ver qual

58 Ac. 506/96, Processo n. 137/93, DR — II série, n. 154, p. 9.055-6, 5.07.96; Ac. 757/95, Processo n. 128/94, DR — II série, n. 74, p. 4190-4, 27.03.96.

59 Ac. 757/95, do Tribunal Constitucional, citado, p. 4.193.

60 Ver, a propósito: CORREIA, José Manuel Sérvulo. *A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos. In: Estudos em homenagem do Professor Doutor João de Castro Mendes.* Lisboa: Lex, s.d., p. 229-263.

o resultado que lhe será mais favorável. Poder-se-ia bem chamar a todo esse procedimento de loteria judiciária[61].

OLIVEIRA ASCENSÃO, no campo *do direito do urbanismo*, assim destaca as opções que se abrem ao particular:

1. Ou invoca o próprio direito de propriedade, e tem opção entre impugnar o ato administrativo ou defender diretamente a propriedade perante os tribunais comuns;

2. Ou invoca um direito ou interesse legítimo, criado pela lei administrativa, para além do conteúdo da propriedade. O caminho que se lhe abre é então o da ação administrativa.

E só nesses termos, prossegue o autor *"a ampliação do domínio das acções não representa, afinal, uma diminuição das garantias dos particulares, pela restrição da competência dos tribunais comuns"*[62].

Proposta a ação, os problemas estão longe ainda de terminar, ou melhor, estão apenas começando.

Segundo os dados estatísticos fornecidos pelo Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça[63], uma ação ou recurso administrativo pode demorar mais de cinco anos para acabar[64]. Isso se tudo corre bem.

Se é suscitado um conflito, a situação se torna um pouco mais complicada — o Tribunal de Conflitos tem levado em média 12 (doze) meses (em alguns casos, mais de dois anos)[65] para resolvê-lo, com sobrestamento, em regra, do processo principal. E o tempo, que nunca é neutro, trabalha em geral contra o administrado.

Mas porque esses conflitos demoram tanto a ser solucionados?

Porque a estrutura é pesada, inadequada, antiquada e não atende à demanda. Muito certamente será por conta disso que está sendo pouco utilizada — inobstante as demandas terem aumentado absurdamente, o Tribunal dos Conflitos tem julgado uma média de 8 (oito) casos por ano[66] — o que leva à seguinte conclusão: além de não estar sendo o Tribunal muito acionado, há uma acomodação das partes em uma ou outra jurisdição.

Vejamos qual é essa estrutura.

61 PROSPER WEIL já advertia, no início dos anos 60 que o contencioso administrativo "se convertia em uma loteria e os seus especialistas em adivinhos, nos quais não se podia confiar com demasiada certeza". Tratava-se, dizia ele, "de um terreno onde se precisava entrar, mas do qual não se tinha a chave nem se conhecia os seus contornos". Derecho... op. cit., p.57/8.

62 ASCENSÃO, J. Oliveira. *O urbanismo e o direito de propriedade. In*: AMARAL, Diogo Freitas do (Coord.) Direito do urbanismo. Lisboa: INA, 1989. p. 342.

63 PORTUGAL. *Estatísticas da Justiça e Movimento de Processos nos Tribunais.* Ministério da Justiça. Gabinete de Estudos e Planeamento. Dados provisórios. 1997.

64 O Conselheiro MARIO TORRES, do STA, em matéria publicada no *jornal "Diário de Notícias"* do dia 05.04.99, já alerta que, com apenas um ano e meio de existência, o Tribunal Central Administrativo "está afundado": em 1998, para um total de 11 juízes, foram distribuídos 1668 processos e findaram somente 453.

65 PORTUGAL. *Estatísticas...* doc. cit.

66 Idem, idem.

4. *Tribunal de Conflitos*[67]

4.1. *O que é o Tribunal de Conflitos*

Em linhas gerais, poder-se-ia dizer que o *Tribunal de Conflitos* é o órgão encarregado de fazer a articulação entre as duas jurisdições, através da resolução dos conflitos que se apresentem entre elas — ou seja, dirime os conflitos de jurisdição, positivos ou negativos, entre os tribunais administrativos e os tribunais judiciais[68]. É um tribunal "ad hoc", que só funciona quando há um conflito de jurisdição[69].

O art.209°, 3, da Constituição da República Portuguesa deixou em aberto a possibilidade da constituição de um ou mais tribunais de conflitos e, além do que aqui se examina, há também a previsão legal de criação de um tribunal para os conflitos entre o Tribunal de Contas e os Tribunais administrativos[70].

O estabelecimento de sistemas para solução de conflitos, segundo SÉRVULO CORREIA, tem dois propósitos: 1) por um lado, evitar a denegação da justiça e com ela a violação de um direito fundamental de acesso aos tribunais (conflito negativo); 2) por outro, evitar-se decisões dúplices ou contraditórias a respeito da mesma questão (conflito positivo)[71].

4.2. *Outros modelos de solução de conflitos de jurisdição*

Convém esclarecer que a adoção de um Tribunal de Conflitos, do tipo arbitral, à semelhança do sistema francês, não é o único modelo possível.

Na França, o Tribunal de Conflitos[72] encontra-se criado desde 1872, sendo composto por magistrados da Corte de Cassação e Conselheiros de Estado, em

67 *Tribunal de Conflitos ou Tribunal dos Conflitos?* A Constituição portuguesa utiliza a expressão "tribunais de conflitos"(art. 209°, n.3). O Regulamento do Supremo Conselho de Administração Pública (Decreto n. 19.243/31, de 16 de janeiro), o denominou Tribunal dos Conflitos (Título II). O CPA(Decreto-Lei n.442/91, de 15 de novembro, adota a expressão constitucional (art. 42°, n.1); O CPC, mesmo após a reforma processual ocorrida em 1995 (DL n. 329-A/95), continuou a adotar a terminologia "Tribunal dos Conflitos" (art. 116°). A jurisprudência usa, indistintamente, ambas as denominações. Preferimos utilizar a expressão "Tribunal de Conflitos", por ser a adotada na CRP.

68 Os conflitos de "jurisdição" entre as autoridades administrativas e os tribunais administrativos são dirimidos pelo STA, em plenário ou pleno (arts. 22°, al. c) e 26°, al. f) ETAF).

69 ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA dá a seguinte definição" *Tribunal de Conflitos é um órgão jurisdicional cujo papel primordial é o de indicar entre duas ordens de jurisdição, qual delas tem competência efectiva para julgar determinada matéria". Tribunal de Conflitos.* Coimbra: Almedina, 1987, p. 12.

70 Já previsto na Lei n. 86/89, de 8 de setembro.

71 Cfr. SERVULO CORREIA. *Contencioso administrativo.* op. cit., p. 177.

72 FÉZÀS VITAL considera o Tribunal de Conflitos um *traço essencial* do sistema francês, permitindo *"à autoridade administrativa reivindicar, como próprio da sua jurisdição, o conheci-*

paridade de número, competindo a presidência ao Ministro da Justiça. *Guardião do princípio da separação dos Poderes,* como disse PROSPER WEIL, o Tribunal de Conflitos tem uma missão não só *política*, como *técnica*. *Política*, pelo próprio procedimento do conflito positivo de atribuição, permitindo que a Administração suspenda o conhecimento do direito até que o Tribunal de Conflitos haja decidido sobre a competência do tribunal — procedimento que tende a proteger a administração contra o juiz. *Técnica,* pelo procedimento do conflito negativo, levando a que o Tribunal nomeie um juiz quando o demandante tenha se deparado com decisões de incompetência em cada uma das jurisdições. Garantindo a não-submissão da administração ao juiz ordinário, "o Tribunal de Conflitos converteu-se basicamente em órgão regulador da divisão do controle da ação administrativa entre as duas jurisdições"[73].

Na Itália[74], a Constituição reconhece a supremacia hierárquica da Corte de Cassação (*Cassazione)*, equivalente ao Supremo Tribunal de Justiça, sobre o Conselho de Estado (*Consiglio di Stato)*. Isso se dá somente para efeito do julgamento de recursos de decisões deste último, no tocante à competência em razão da matéria dos tribunais administrativos.

Deve-se registrar, no entanto, que a Itália possui um sistema de repartição das jurisdições em que mantém o Conselho de Estado como "órgão de consulta jurídica administrativa e de tutela da justiça na administração" (art. 100° da Constituição de 1947). Por outro lado, prescreve que " contra os atos da administração pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos perante os órgãos da *jurisdição ordinária ou administrativa*" (art. 113°, Constituição de 1947). Isso que tem sido fonte de infindáveis controvérsias sobre o que é matéria de uma jurisdição ou outra. A doutrina italiana tem se debruçado sobre a resolução dos conflitos de jurisdição entre as duas ordens, considerando que o sistema atual não tem conseguido resolver satisfatoriamente os problemas[75].

A situação posta no direito italiano sobre a solução dos conflitos de jurisdição, atribuídos a um órgão do Poder Judicial, embora à primeira vista possa parecer de início mais simples, na realidade não o é. A pluralidade de órgãos jurisdicionais na Itália, como escreve RUI MACHETE, " alguns deles com competência aparentemen-

mento de qualquer litígio levado indevidamente para a autoridade judiciária". *Garantias jurisdicionais da legalidade na Administração Pública.* Coimbra: Coimbra Ed., 1938. p. 28.

73 WEIL, Prosper. *Derecho Administrativo.* op. cit. pp. 148-9.

74 Cfr. SERVULO CORREIA. *Contencioso administrativo.* op. cit., pp. 178-9. Ver também: CASSARINO, Sebastiano. Il sistema di giustizia amministrativa in Italia e i suoi attuali problemi. *Diritto processuale amministrativo,* Milano, Giuffrè ed. anno XV, fasc. I, marzo 1997, pp. 45-63.

75 Ver, a propósito: ROEHRSSEN, Guglielmo. Considerazioni sui conflitti di giurisdizione. *RTDPC,* a. XL, n. 4, p. 1095-1132, dic./1986 : "*Il cittadino il quale si rivolge fiducioso al giudice e ne attende il responso no deve trovarsi, infatti, dinanzi a discussioni lunghe e defatiganti in ordine alla individuazione dell'organo che deve esaminare il suo caso e decidere, di chi gli dovrà poi dire se ha torto o se ha ragione e talvolta, poi, si sente addirittura dire 'tu non hai alcun giudice, non hai diritto ad un giudice', anche se egli sente di avere subìto qualche danno, morale, o materiale, magari consistente. E ciò per soprappiù, dopo tempi notevolmente lunghi*" (pp. 1.122-1.123).

te concorrente, redunda em desvantagem para o cidadão *pela incerteza quanto ao tribunal a que deve recorrer*"[76].

No Direito alemão[77] a solução é diversa: se um tribunal admitiu a sua competência para apreciar determinado caso, esta decisão, transitada em julgado, vincula absolutamente aos demais. É a aplicação do chamado "princípio da prioridade". Se, por outro lado, o tribunal declarar-se incompetente, também os outros ficam impedidos de se considerarem incompetentes com fundamento em a competência pertencer àquele primeiro tribunal. Esse sistema procura, na realidade, prevenir a formação do conflito, através da vinculação absoluta ou relativa do tribunal que foi abordado em segundo lugar.

A opção pelo Tribunal de Conflitos revela-se, a nosso ver, no sistema português, mais adequada (embora nem por isso menos problemática), exatamente por causa dessa articulação que faz entre as duas ordens jurisdicionais[78], diante da inexistência de um juízo ou tribunal que lhes seja superior.

Ademais, como ponderou SERVULO CORREIA, "se o sistema assenta na existência de ordens jurisdicionais separadas, faz pouco sentido subordinar uma delas à outra na questão mais delicada que entre elas se poderá suscitar, que é a definição dos limites das respectivas competências materiais"[79].

No caso alemão, essa fixação da competência acaba ficando um pouco ao "sabor do acaso"[80]. No sistema italiano, registra-se, em alguns casos, ter a Corte de Cassação confundido a sua posição de órgão regulador das jurisdições com a de órgão supremo da magistratura judicial[81].

4.3. Os conflitos

O art. 115, n. 1, do Código de Processo Civil português diz haver conflito de jurisdição "*quando duas ou mais autoridades, pertencentes a diversas actividades do Estado, ou dois ou mais tribunais, integrados em ordens jurisdicionais diferentes, se arrogam ou declinam o poder de conhecer da mesma questão: o conflito diz-se positivo no primeiro caso e negativo no segundo*".

O art. 116, n. 1, do mesmo Código, remete a resolução do conflito de jurisdição para o Supremo Tribunal de Justiça ou para o Tribunal dos Conflitos, conforme for o caso.

76 MACHETE, Rui. Contencioso administrativo. op. cit., p. 757.

77 Cfr. SERVULO CORREIA. *Contencioso administrativo.* op. cit., pp. 179-180. Ver também : MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán.* Buenos Aires: Depalma, t. I, pp. 27-85.

78 No sistema da Constituição de 1933 MARCELLO CAETANO dizia que "esse tribunal não é nem administrativo, nem judicial: é um órgão que está acima dos dois poderes em conflito..." . *Manual...* op. cit., p. 37.

79 Cfr. SERVULO CORREIA. *Contencioso administrativo.* op. cit., p. 180.

80 Idem, idem.

81 Cfr. ROEHRSSEN, Guglielmo. Considerazioni sui conflitti..., op. cit, p. 1.121.

A exclusão da competência do Supremo Tribunal de Justiça para dirimir os conflitos entre as jurisdições administrativa e judicial é expressamente referendada pela Lei n. 3/99, pois ao fixar a competência da secções do Supremo Tribunal de Justiça, alinhou: "conhecer dos conflitos de jurisdição cuja apreciação não pertença ao tribunal de conflitos" (art. 36°, d).

O próprio Supremo Tribunal de Justiça — STJ já decidiu, interpretando a norma do art. 107°, n.2, do CPC, que do acórdão do Tribunal da Relação que julgar incompetente o tribunal cível, por ser a matéria respeitante ao contencioso administrativo, não cabe recurso para o próprio STJ, mas para o Tribunal de Conflitos[82].

4.4. Legislação relativa ao Tribunal de Conflitos

Conquanto a importância atribuída ao órgão, como delimitador da jurisdições, a legislação portuguesa relativa ao Tribunal de Conflitos é esparsa e antiquada. De fato, para se entender o que significa e como funciona esse tribunal é preciso algum esforço de pesquisa para se localizar os diplomas que o regulam — vai-se do Código de Processo Civil até à legislação de 1930 e 1931, nos alfarrábios do "Regulamento do Supremo Conselho de Administração Pública", que foi a primeira nomenclatura do Tribunal.

Somente após a 1ª. Revisão é que o tribunal de conflitos teve previsão constitucional. Após a 2ª Revisão, encontra-se no art. 211°, 3, da CRP.

Nos termos do art. 116°, 2, do CPC, o processo a seguir no julgamento pelo Tribunal de Conflitos é o estabelecido na respectiva legislação.

Essa legislação é a constituída, basicamente, pelos seguintes diplomas:

1) *Decreto n. 18.017/30*, de 28 de fevereiro, que cria o Supremo Conselho da Administração Pública;

2) *Decreto n. 19.243/31*, de 16 de janeiro, que aprova o Regulamento do Supremo Conselho;

3) *Decreto-Lei n. 23.185/33*, de 30 de outubro, que extingue o Supremo Conselho da Administração Pública e cria, em sua substituição, o Supremo Tribunal Administrativo — Supremo Tribunal Administrativo.

4) *Decreto-Lei n. 267/85*, de 16 de julho, Lei de Processo nos Tribunais Administrativos — LPTA, faz a remissão do julgamento dos conflitos para o CPC, embora traga algumas disposições sobre a solução.

O Código de Procedimento Administrativo — Decreto-Lei n. 442/91, de 15 de novembro, no seu art. 42°, 1, diz que os conflitos de jurisdição são resolvidos pelo Tribunal de Conflitos, nos termos da legislação respectiva.

82 Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 02.12.87, *Boletim do Ministério da Justiça*, 172, pp. 390-397, 1988.

Não há nenhuma lei ou regulamento só para o Tribunal de Conflitos. O que há são disposições específicas dele, no interior dos diplomas referidos, que exigem algum cuidado de interpretação, pois integram-se em leis cujos dispositivos estão, em sua maioria, revogados.

4.5. Procedimento do conflito

O conflito de jurisdição é regulado pelos seguintes diplomas: aplica-se o CPC (art. 97° da LPTA), a LPTA (art. 97° a 101°, o ETAF (art. 4°, 2) e, naquilo que não foi ainda revogado, os artigos 61° a 101° do Decreto n. 19.243, de 16.01.31.

Em linhas gerais, prevê-se que a decisão do conflito poderá ser requerida por qualquer das partes ou pelo Ministério Público (partes legitimadas) sendo de se supor que o Ministério Público atue, nesse caso, como "custos legis". As partes legitimadas requererão ao Presidente do Tribunal competente a solução do conflito (art.117°, n.1), o que pode ser imediatamente indeferido, caso o juiz ou o relator entendam não existir conflito a ser solucionado (art. 118°, n.1). Em caso contrário, o juiz ou relator mandará notificar as autoridades em conflito para suspenderem o andamento dos respectivos processos, marcando prazo para a resposta (art.118°, n.1).

Poderá o juiz sobrestar a sua decisão, até que o tribunal competente se pronuncie (o Tribunal de Conflitos, no caso de a questão prejudicial de competência envolver as duas ordens) — art. 4°, n.2, ETAF. A LPTA, no seu art. 100°, estabelece que o Relator do processo de conflito poderá designar autoridade provisória para exercer a competência, se da inação puder resultar grave prejuízo.

O conflito pode ser suscitado a qualquer tempo, antes da decisão final (art. 65° do Dec. 19.243).

Como se vê, as normas são esparsas, dificultam e tornam morosa a solução dos conflitos, porque aplicam disposições próprias do conflito existente no processo civil, que é diferente do conflito entre duas ordens jurisdicionais distintas. Isso torna o procedimento lento, sendo necessário estabelecer um mecanismo mais rápido e adequado.

4.6. A força dos seus julgados: a quem obriga?

Os acórdãos do Tribunal de Conflitos são irrevogáveis e irrecorríveis (art.101° /107° do Dec.19.243), determinando a invalidade dos atos praticados pela autoridade declarada incompetente (art.101° LPTA).

O que fazer no caso de uma decisão do Tribunal de Conflitos ser contrária a uma jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça? Considerando a atribuição do Tribunal de Conflitos, a sua jurisprudência deve prevalecer sobre a dos tribunais administrativos e judiciais, em matéria de fixação de competência.

No entanto, isso levanta uma delicada questão, que é a da composição do Tribunal de Conflitos.

4.7. Composição do Tribunal de Conflitos

Segundo o art. 17° do Decreto-Lei n. 23.185, de 30.10.33, o Tribunal de Conflitos é composto pela Seção do Contencioso Administrativo mais 3 (três) juízes conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça (tirados à sorte), sendo Presidente o do Supremo Tribunal Administrativo, que somente votará em caso de empate. O *quorum* é de 5 (cinco) juízes, sendo 2 (dois) obrigatoriamente do Supremo Tribunal de Justiça.

No entanto, se naquela época o sistema era paritário, pois havia 3 (três) membros de cada área, hoje em dia a paridade fica comprometida, pois a Seção do Contencioso Administrativo atualmente tem 26 (vinte e seis) membros. Foi necessário fazer-se um esforço de interpretação em prol da igualdade, para que no julgamento dos conflitos participassem apenas 3 (três) membros do Supremo Tribunal Administrativo, mais o seu Presidente.

A questão torna-se complicada, quando há empate entre os seus membros e o *voto de minerva* cabe ao Presidente do Supremo Tribunal Administrativo.

Isso ocorreu, especificamente num julgado de 1994, em que o pedido versava sobre a responsabilidade do Estado quanto à irregularidade de um mandado de captura para cumprimento de pena prisional, decretada à revelia. Decidiu o Tribunal de Conflitos que a competência para conhecer e julgar da responsabilidade civil extra-contratual proposta contra o Estado, seria dos tribunais administrativos de círculo.

Sintomaticamente ou não, os três juízes oriundos do Supremo Tribunal de Justiça votaram num sentido, os outros três, da Seção do Contencioso Administrativo votaram em outro, e o Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, utilizando-se do poder-dever que o art. 17 lhe dá, votou com esses últimos[83].

Não se querendo lançar ilações acerca de se teria sido outro o resultado, caso o presidente do Tribunal de Conflitos fosse o do Supremo Tribunal de Justiça, forçoso é questionar se é justificável que o Presidente do Tribunal de Conflitos seja o do Supremo Tribunal Administrativo, ou mesmo que o seja sempre[84].

O preceito em análise, de um tempo em que o contencioso administrativo se inseria na própria Administração, em que o Conselho era presidido pelo Ministro da Justiça e quem suscitava os conflitos eram os governadores civis, não pode continuar a reger um conflito que hoje em dia se desencadeia entre tribunais. A propósito, foi ele o prolongamento de disposições essencialmente análogas, exceto quanto ao

83 Deve-se registrar que a matéria versada no acórdão, relativa à competência para julgar a ação de responsabilidade por ato decorrente de prisão preventiva ilegal é, como já se viu linhas atrás, bastante polêmica. Conflito n° 266 Acórdão de 12 de maio de 1994. Tribunal de Conflitos. Relator: Exmo. Cons° DIMAS DE LACERDA.

84 SERVULO CORREIA considera, no entanto, ser tal solução a preferível, "visto que a delimitação das competências jurisdicionais se faz em regra na base de institutos e conceitos do Direito Administrativo, com os quais aquele tem, por força das funções, maior familiaridade". *Contencioso...* op. cit., pp. 183-184.

número de juízes integrantes, que existiam no art. 8°, § 2°, do Decreto n. 18.017 e no art. 61° do Dec. 19.243, respeitantes ao Supremo Conselho de Administração Pública, que era presidido pelos Ministros do Interior ou da Justiça — art. 10° do Decreto 18.017, art. 2° do Dec. 19.243.

Se o Supremo Tribunal de Justiça não é de categoria inferior ao Supremo Tribunal Administrativo[85], não se compreende que em conflitos que envolvam ou possam envolver tribunais das duas categorias, o desempate, quando exista, fique invariavelmente reservado ao presidente de um deles, no caso, o Supremo Tribunal Administrativo[86]. Ainda que quem escolha o Presidente do Supremo Tribunal Administrativo sejam os seus próprios juízes (art. 16°, 1, do ETAF e 212°, 2, da CRP), o que o faz ser também oriundo da classe judicial.

A solução francesa de atribuir ao Ministro da Justiça a Presidência e, desse modo, o voto de desempate na resolução dos conflitos entre as duas ordens, não pode ser aceita, pois a Constituição portuguesa declara serem os tribunais independentes e soberanos, em relação à Administração Pública. Embora já não se possa falar, aqui, como se suscitou em França, que estaria havendo uma ofensa ao princípio da separação de poderes, alguma solução há que se encontrar.

Escolher-se o Presidente do Tribunal Constitucional, ou o Presidente do Conselho Superior da Magistratura, em caso de haver a unificação entre os dois Conselhos (judicial e administrativo), o fato é que se trata de uma opção política. Deve ser a solução deferida a um tribunal superior aos dois outros, a não ser que se estabeleça um sistema de rodízio na Presidência, o que não parece muito viável, pela possibilidade de se transformar em mais um motivo de polêmica.

No caso dos conflitos entre o Supremo Tribunal Administrativo e o Tribunal de Contas, adotou-se uma solução satisfatória. Segundo o art. 5°, da Lei n. 86, de 8.09.89:

> *"(...)*
> *2. Sempre que se verifique conflito de jurisdição entre o Tribunal de Contas e o Supremo Tribunal Administrativo, compete ao Tribunal dos Conflitos dirimir o referido conflito.*
> *3. O Tribunal de Conflitos é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e o integra dois juízes do Tribunal de Contas e dois juízes do Supremo Tribunal Administrativo, designados pelos respectivos presidentes".*

85 *"Não existindo um sistema unitário e integrado, e sendo cada categoria de tribunais independente e autônoma das demais, não existe qualquer relação de hierarquia entre as várias categorias de tribunais. O que existe é apenas uma determinada ordenação constitucional dos tribunais, dando lugar a* relações de precedência *de umas categorias em relações às outras, ordenação que, todavia, não tem grande relevo prático (para além de eventuais efeitos protocolares e semelhantes)".* CANOTILHO, J.J.Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* 3ª ed. rev. Coimbra, 1993. p. 805.

86 No mesmo sentido a opinião de Alberto Augusto Andrade de Oliveira, Tribunal de Conflitos, uma observação. *Revista do MP*, ano 15, julho-set. 1994, n. 59, pp. 133-138.

É fácil concluir, neste caso, ter optado a lei por designar o Presidente de um terceiro tribunal, que encima a ordem constitucionalmente estabelecida dos tribunais com cláusula geral de competência.

5. Balanço e conclusões

Como disse RIVERO, a propósito da busca de um *critério único* para o Direito Administrativo, mas podendo suas palavras serem perfeitamente aplicadas à resolução dos conflitos entre as duas ordens jurisdicionais, "... se não se pode, depois de tantos esforços, chegar a um acordo sobre o critério buscado, não se deverá, simplesmente, dizer que ele não existe..., que a esperança de um critério único é uma ilusão..., em uma palavra, que o critério do Direito Administrativo não existe"[87]

A verdade é que, para o particular não interessa se quem vai julgar o seu caso será o juiz A ou B, desde que ele seja imparcial e justo. É à Administração Pública que interessa seja mantida uma justiça especializada para que os princípios que norteiam a sua atividade possam ser melhor aplicados.

No entanto, analisando os sistemas de controle e, principalmente, o adotado pelo direito português, vê-se que a dualidade de jurisdições, conquanto viável, apresenta confusões[88] que tornam a simples questão de se saber a que tribunal recorrer para a defesa dos direitos, um verdadeiro ritual esotérico e iniciático. Um ritual onde, ao contrário do que deveria ser, a Justiça se torna uma bela estrutura, para o jurista, mas não para o jurisdicionado[89].

Ademais, não levaria vantagem aquele que toma a iniciativa processual, por ter a possibilidade de escolher a ordem dos tribunais onde quer ver os seus litígios resolvidos, de acordo com o conhecimento prévio do tipo de jurisprudência que mais o favorecer? Não estaria esse sistema, a bem da verdade, constituindo-se em óbice ao direito de amplo acesso à justiça, para o cidadão?

Os defeitos do sistema são patentes. A importância dos problemas de fronteira, a complexidade da repartição das competências[90], a falta de sentido e o paradoxo

87 RIVERO, Jean. *Direito Administrativo.* Coimbra: Almedina, 1981, pp. 290-1.

88 "O controle da atividade administrativa passou a constituir objeto de um direito fundamental dos particulares: o direito de recurso contencioso. Apesar de tudo, importa alertar, o controlo da actividade administrativa pelos tribunais é passível de gerar pontos de tensão ou conflito entre a linha separadora do poder administrativo e do poder judicial, enquanto afirmação de esferas de serva de administração perante os tribunais e de reserva do juiz em face da Administração. A evolução recente do contencioso adminsitrativo permite conformar esta observação, sendo ainda excepcionais as situações de contencioso de plena jurisdição". OTERO, Paulo. *Ensaio...*, op. cit, p. 25.

89 Como diz PROSPER WEIL, "direito secreto e esotérico, *imperatoria brevitas* das sentenças". *Derecho...*, op. cit., p.52.

90 Ver: BAENA Del ALCÁZAR, Mariano. *Para una reconstruccion de los limites formales del derecho administrativo. In: Actualidad y perspectivas del derecho publico a fines del siglo XX. Homenaje al profesor GARRIDO FALLA.* v. 1. Madrid: Editorial Complutense, [s.d.]. pp. 29-53.

que representa criar uma estrutura judiciária visando à especialização e no entanto abandonar ao juiz ordinário o que há de mais atual na atividade do Estado em termos de gestão privada.

E exatamente na especialização, coloca-se um outro ponto de estrangulamento do sistema.

Quanto ao recrutamento de magistrados, o Centro de Estudos Judiciários — CEJ[91], nunca implementou os cursos e estágios de formação de juízes para os tribunais administrativos e fiscais, que se encontram previstos no ETAF desde 1984. Os juízes administrativos continuam a ser recrutados dentre os juízes comuns, sem nenhuma especialização que não seja a vinda do seu esforço pessoal.

Como bem analisou SÉRVULO CORREIA, os juízes administrativos são recrutados entre os juízes dos tribunais comuns, "sem que, ao mesmo tempo, se dinamizem os mecanismos já disponíveis na lei, ou se criem outros mais indicados, para a sua fixação na magistratura administrativa em termos que lhes proporcionem a necessária especialização. Tal situação reflete-se pesadamente na qualidade das decisões e no tempo de julgamento dos processos. É inevitável que os juízes de passagem gastem uma parte significativa do seu tempo a mergulhar nos princípios e no quadro conceitual próprios do Direito Administrativo sem que, depois, cheguem a ter tempo para fazer florescer a nova preparação, em alguns casos nunca minimamente conseguida, aliás"[92].

E o excesso de serviço é mais um ponto a exigir essa especialização dos magistrados.

Todo o regime da repartição da competência entre as jurisdições, como a resolução dos conflitos que entre elas se estabelece, deveria não só ser clarificado, com enunciação precisa das regras em vigor, como repensado.

É chegado o tempo de voltar a colocar a anatomia antes que a patologia, como bem disse PROSPER WEIL[93].

91 O CEJ foi criado e estruturado, em setembro de 1979, como já se registrou linhas atrás, seguindo muito de perto o modelo da Ecole Nationale de la Magistrature, na dependência do Ministério da Justiça, com sede em Lisboa (Decreto-Lei 374/79, de 10/09, com alterações posteriores).

Com a entrada em vigor da Lei n. 16, de 08 de abril de 1998, iniciou-se um novo sistema de seleção e formação dos magistrados em Portugal, modificando o modelo que permanecia praticamente o mesmo desde a criação do Centro de Estudos Judiciários — CEJ, em setembro de 1979. As mudanças objetivaram, segundo se colheu da palestra proferida pelo Ministro da Justiça, na solenidade de abertura do XVII Curso Normal, realizada nas dependências do CEJ, em 16 de setembro de 1998, introduzir fatores corretivos no sistema anterior, cujas principais críticas se direcionavam ao fato de se privilegiar a formação teórica dos novos magistrados, em prejuízo da prática. Quanto aos magistrados dos tribunais administrativos, no entanto, não houve qualquer alteração no tocante ao seu recrutamento e formação.

92 CORREIA, José Manoel Sérvulo. Linhas de aperfeiçoamento da jurisdição administrativa.*Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 51, abril de 1991, p.186.

93 "Ao mesmo tempo, se abre a perspectiva de acabar com as atuais complexidades do reparto das competências contenciosas graças à unificação do direito que rege a ação administrativa: por cima dos temas da ação e do controle, que constituem, desde sua época clássica, a trama mesma de nossa disciplina, é possível prever hoje em dia a reconstrução da unidade perdida do Direito Administrativo". *Derecho...*, op. cit., pp. 61-2.

No *II Seminário de Justiça Administrativa*, realizado em Guimarães nos dias 16 e 17 de abril do ano de 1999[94], lançou-se um manifesto, onde se considerou urgente realizar a reforma global do contencioso administrativo, no qual se considere, entre outros aspectos:

1. a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa;

2. a superação da dualidade de jurisdições em matéria de responsabilidade da Administração e contratos da Administração Pública;

3. a clarificação do sistema de impugnação jurisdicional de normas administrativas, designadamente no que respeita à desejada unificação dos meios processuais existentes.

Para isso, é preciso dotar a justiça administrativa de melhores condições, sejam procedimentais[95], seja na formação própria e adequada dos seus juízes.

Dos juízes há, portanto, que se exigir uma cuidadosa preparação em relação à Administração Pública[96], sobrepondo-se os interesses gerais aos individuais, estes últimos expressos na clássica concepção da resolução dos conflitos privados e que norteou toda a processualística, até meados do Século XX. O século XXI exige outras posturas, em prol do bem comum.

Bibliografia

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo.* 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. (Coord.) *Direito do urbanismo.* Lisboa: INA, 1989.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa (lições).*Coimbra: Almedina, 1998.

ASCENSÃO, J. Oliveira. *O urbanismo e o direito de propriedade. In*: AMARAL, Diogo Freitas do (Coord.) Direito do urbanismo. Lisboa: INA, 1989. p. 319-344.

BAENA Del ALCÁZAR, Mariano. Para una reconstruccion de los limites formales del derecho administrativo. In: *Actualidad y perspectivas del derecho publico a*

94 Organizado pelo CEJUR, por iniciativa do conselho de redacção dos *Cadernos de Justiça Administrativa.*

95 Ver, na Itália, sobre o tratamento próprio do procedimento administrativo, como disciplina autônoma em relação ao Direito administrativo: CAIANIELLO, Vincenzo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo: suggestioni dal pensiero di Aldo Sandulli. *Diritto processuale amministrativo,* Milano, Giuffrè editore, ano XII, n. II, pp. 193-205, giugno 1994.

96 Segundo STEIN, os juízes deveriam se manter no limite do caso concreto, sob pena de "extrapolarem e emperrarem a Administração". Alega o Autor que a Lei Fundamental na Alemanha, ao mesmo tempo em que desenvolveu consideravelmente os princípios fundamentais do Estado de Direito, " aumentou o perigo de exagerar o aspecto jurídico a custa dos demais aspectos das funções estatais". Os juízes devem conhecer, diz ele, os aspectos políticos e técnicos da função administrativa, de modo a com isso evitar que a atividade judicial venha a paralisar a eficácia do Estado. *Derecho Político.* Madrid: Aguilar, 1973. p.104.

fines del siglo XX. Homenaje al profesor GARRIDO FALLA. v. 1. Madrid: Editorial Complutense, [s.d.]. p. 29-53.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo.* 10ª ed. rev. atualiz. por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 1980.

CAIANIELLO, Vincenzo. *Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo: suggestioni dal pensiero di Aldo Sandulli.* Diritto processuale amministrativo, Milano, Giuffrè editore, ano XII, n. II, p. 193-205, giugno 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 3ª.ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

_____. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Anotação ao Acórdão de 09 de outubro de 1990 do Supremo Tribunal Administrativo. *RLJ,* Coimbra, n. 3804, ano 124°, pp. 77-86, 1992.

_____. Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo. *Revista jurídica do urbanismo e do ambiente,* Coimbra, Almedina, n. 1, pp. 55-66, jun./1994.

CAUPERS, João. O controle jurisdicional da Administração Pública nos Estados lusófonos, *Cadernos de Justiça Administrativa*, Lisboa, n. 3, p.3-11, maio/junho 1997.

CASSARINO, Sebastiano. Il sistema di giustizia amministrativa in Italia e i suoi attuali problemi. *Diritto processuale amministrativo,* Milano, Giuffrè ed. anno XV, fasc. I, marzo 1997, pp. 45-63.

CORREIA, António Damasceno. *Tribunal de Conflitos — organização, competência, poderes e natureza jurídica.* Coimbra: Almedina, 1987.

CORREIA, José Manoel Sérvulo. Linhas de aperfeiçoamento da jurisdição administrativa. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 51, abril de 1991, pp.181-190.

_____. *Contencioso administrativo.* Lições policopiadas. Lisboa: A.A.F.D.L, 1990.

_____. A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos. *In: Estudos em homenagem do Professor Doutor João de Castro Mendes.* Lisboa: Lex, s.d., p. 229-263.

ESTORNINHO, Maria João. Critério da ambiência de direito público: esforço inglório para salvar o contrato administrativo? — Acórdão do Tribunal de 14.01.97 anotado. *Cadernos de Justiça Administrativa,* Lisboa, n. 2, p.16, mar./abr. 1997

MAGALHÃES, António Leite Ribeiro de. *Estudos Administrativos.* Coimbra: França Amado Ed., 1905.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán.* T. 1, 2ª ed. Trad. Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1982. 4v.

MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos.* Coimbra: Almedina, 1992.

MIRANDA, Jorge. *Estudos sobre a Constituição.* Lisboa: Livraria Petrony, 1977, pp.380-384.

_____. *Manual de Direito Constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1997. 5v.

NETO, Abílio. *Código de Processo Civil anotado.* 14ª ed. atual. Lisboa: Ediforum, 1997.

OLIVEIRA, Alberto Augusto Andrade de. *Tribunal de Conflitos, uma observação.* Revista do Ministério Público, ano 15, julho-set. 1994, n. 59, p. 133-138.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional.* Lisboa: Lex, 1993.

REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado.* v. VI. Coimbra: Coimbra Ed., 1981.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo.* Trad. Rogério Ehrnhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROEHRSSEN, Guglielmo. *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione. RTDPC,* a. XL, n. 4, pp. 1095-1132, dic./1986

SOUSA, Miguel Teixeira de. *A competência e a incompetência nos tribunais comuns.* 2ª ed. Lisboa: A.A.F.D.L., 1989.

VARELA, Antunes. Comentários ao Ac. de 18.06.1985, do Supremo Tribunal de Justiça. *RLJ,* Coimbra, ano 123°, n. 3.790-3.081, p. 284-288, 1990/91.

VITAL, Fézas. *Garantias jurisdicionais da legalidade na Administração Pública.* Coimbra: Coimbra Ed., 1938.

WEIL, Prosper. *Derecho Administrativo.* Trad. Luis Rodríguez Zúñiga. Madrid: Civitas, 1986.