

REVISTA DA FACUL-
DADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



VOL. XVII

1964

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

COMISSÃO DE REDACÇÃO

RAUL VENTURA

Director da Secção de Ciências Históricas

COSTA LEITE (LUMBRALES)

Director da Secção de Ciências Económicas

MARCELLO CAETANO

Director da Secção de Ciências Políticas

PAULO CUNHA

Director da Secção de Ciências Jurídicas

ÍNDICE

O Cinquentenário da Faculdade — As cerimónias de 20 de Dezembro de 1963 e de 10 de Janeiro de 1964, pelo Prof. MARCELLO CAETANO	5
---	---

DOCTRINA

<i>A responsabilidade pelo pagamento dos cheques falsos</i> , pelo Prof. WALDEMAR FERREIRA	57
<i>O conceito de concorrência desleal</i> , pelo Prof. JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO	79
<i>As garantias jurisdicionais dos administrados no Direito Comparado de Portugal e do Brasil</i> , pelo Prof. MARCELLO CAETANO.....	95
<i>Esboço de uma concepção personalista do Direito — Reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos</i> , pelo Prof. MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA	139
<i>A dinâmica da lei</i> , pelo Doutor PIRES DA CRUZ.....	227
<i>O contrato comercial de dinheiro a ganho, no antigo Direito português</i> , pelo Lic. FAUSTO DE FIGUEIREDO	249

CONFERÊNCIAS

<i>Les inégalités de développement entre nations</i> , por ANDRÉ MARCHAL	285
--	-----

TRABALHOS DE ALUNOS

<i>Portugal e a «Iurisdictio Imperii»</i> , por MARTIM DE ALBUQUERQUE	303
---	-----

VIDA INTERNA

<i>Prémios escolares do ano lectivo de 1963-1964</i>	357
--	-----

AS GARANTIAS JURISDICIONAIS DOS ADMINISTRADOS NO DIREITO COMPARADO DE PORTUGAL E DO BRASIL (1)

A)

NOÇÕES PRELIMINARES PERÍODO DA UNIDADE LUSO-BRASILEIRA A INDEPENDÊNCIA

I. *Razão da escolha do tema* — A escolha do tema do presente curso obedeceu ao propósito de aplicar o método comparativo ao estudo da resolução de certo problema fundamental de Direito Público nos sistemas de dois países de origem comum e com grandes afinidades culturais.

O método jurídico-comparativo não consiste na simples descrição das legislações vigentes em países diversos. Tão-pouco se esgota em agrupar essas legislações em sistemas ou tipos, de acordo com as afinidades exteriores que elas apresentem.

A comparação em Direito só realiza plenamente o seu objetivo quando nos revele as razões das semelhanças e as causas das diferenças notadas nos sistemas dos países comparados.

(1) Curso professado em língua francesa na sessão de Lisboa da Faculdade Internacional de Direito Comparado, em Agosto de 1964.

A explicação de tais semelhanças e diferenças encontra-se em muitas fontes: na história, na sociologia, nas ideologias ... Mas para poder pesquisar a explicação justa, não convém alargar demasiado o âmbito da investigação. Daí a importância que revestem estes estudos comparativos de sistemas jurídicos de dois países, apenas.

Só nesta «micro-análise» se pode aplicar e apurar convenientemente o método de pesquisa e colher resultados seguros que sirvam de material para operar depois as sínteses comparativas de mais larga amplitude.

Os países escolhidos foram Portugal e o Brasil. O ponto sobre que vai incidir a nossa investigação será concretamente o das garantias jurisdicionais do administrado contra os actos ilegais das autoridades administrativas. Entende-se que serão estudados apenas os remédios processuais específicos destas garantias, deixando de lado aqueles meios comuns de que o administrado pode lançar mão contra a Administração exactamente como nas relações correntes entre particulares.

2. *Portugal e o Brasil, de 1500 ao início do século XIX*
— Foram navegadores portugueses, sob o comando do Almirante Pedro Álvares Cabral, que no ano de 1500 descobriram o Brasil.

Logo a Coroa de Portugal iniciou as providências conducentes à ocupação dos pontos principais do litoral e depois à colonização das terras escassamente habitadas por uma população que vivia em estilo primitivo.

Três séculos depois do descobrimento, o Brasil, governado por um governador-geral a que por vezes era dado o título de *vice-rei*, constituía vastíssima colónia que os portugueses haviam pacientemente reconhecido na sua dilatada área e ocupado com o auxílio das populações autóctones e da mão-de-obra africana.

Em 1807, como Portugal se recusasse a acatar o bloqueio continental decretado por Napoleão para ferir os interesses britânicos, os exércitos franceses invadiram o território português na Europa. O Imperador da França esquecera, porém, que Portugal constituía uma enorme nação pluricontinental, com territórios na África, na América do Sul, na Ásia e na Oceânia. O rei de Portugal, vendo-se impossibilitado de resistir eficazmente na Europa ao mais poderoso exército então existente, resolveu, quando a invasão principiou, transferir a sede do governo português para o Brasil.

O rei, com o governo e a corte, embarcou em Lisboa numa frota que chegou em fins de Janeiro de 1808 à cidade do Salvador da Baía. Em Março seguinte a capital de Portugal era estabelecida na cidade do Rio de Janeiro.

A presença do soberano com a sua corte no território brasileiro deu grande impulso económico e administrativo ao País. Em 1815 o Brasil foi erguido à categoria de reino, formando com Portugal um *reino unido*.

Em 1821 o rei regressou a Lisboa. Mas deixou a governar o reino do Brasil com o título de *regente*, seu filho primogénito, o Príncipe-herdeiro do reino unido, D. Pedro.

Logo surgiram, porém, desentendimentos entre os governos de Lisboa e do Rio, e em 1822 um forte movimento de independência se desenhou no Brasil. D. Pedro acedeu a chefiar esse movimento. Em Setembro de 1822 o mesmo Príncipe proclamou o Brasil monarquia independente sob a forma de «Império Constitucional».

3. *As instituições portuguesas no Brasil* — Desde 1500 a 1822, por conseguinte, o Brasil regeu-se pelas leis portuguesas e teve instituições portuguesas.

A administração era, tanto em Portugal como no Brasil, fundamentalmente *municipal* como se usara na época do povoamento do próprio território europeu. Assim, quando o poder tomava a iniciativa de fundar uma povoação, esta recebia o domínio das terras circundantes mediante um *foral* concedido pelo rei ou senhor do território. E no município, assim constituído, eram os próprios habitantes que administravam os assuntos de interesse local, elegendo um órgão colegial (*câmara municipal*) a que presidia um magistrado electivo também (*juiz ordinário*) ou de nomeação régia (*juiz de fora*).

A inspecção da administração municipal e da justiça local era exercida por *corregedores* (substituídos nos territórios senhoriais por ouvidores). Estes magistrados eram itinerantes, devendo visitar periodicamente todas as vilas do território da sua comarca. Aí examinavam os processos, recebiam queixas e julgavam algumas questões de maior importância, podendo anular certos actos ilegais dos órgãos municipais (*as posturas*).

Quanto às sentenças proferidas pelos juizes, cabia delas recurso para os Tribunais superiores. Na Europa havia a Casa da Suplicação e a Relação do Porto. No Brasil foi criado em 1609 o primeiro tribunal central de recurso — a Relação da Baía —, mais tarde seguida das Relações do Rio de Janeiro, do Maranhão e de Pernambuco.

Mas, além destes tribunais de justiça, que se ocupavam das questões civis e criminaes, havia na Corte vários conselhos, — de Estado, da Guerra, do Ultramar, da Fazenda ... — que tinham a seu cargo decidir, em nome do Rei, as questões, referentes a vastos sectores da administração ou submeter ao Soberano a proposta de decisão.

Nesses Conselhos reuniam-se a jurisdição graciosa e contenciosa, quer dizer: não só tomavam a iniciativa de propor ou dar providências, e despachavam solicitações de particulares,

como, através de juizes privativos neles integrados, resolviam as contestações que as decisões tomadas porventura suscitassem.

No Direito português do século XVIII estavam assim misturadas nos mesmos órgãos atribuições administrativas e judiciais. A execução da lei proveniente da autoridade do Príncipe não se analisava claramente em administração e justiça. Era na vida local que ressaltava mais a actividade que hoje diríamos administrativa mas, assim mesmo, sem que do poder municipal estivesse ausente a faculdade de julgar.

4. *O Direito português no Brasil* — Os primeiros portugueses que se estabeleceram no Brasil levaram consigo as leis do reino de Portugal. Naturalmente, tiveram de respeitar os usos e costumes dos nativos em tudo quanto não fosse considerado lesivo dos interesses da humanidade (a antropofagia, por exemplo). Mas juntamente com a política de fusão racial, desde início praticada pelos colonos e aconselhada pelas autoridades, ia-se desenvolvendo a assimilação cultural e jurídica da população.

A legislação portuguesa foi codificada no meado do século XV sob a designação de *Ordenações*. Nos primeiros anos do século XVI fez-se nova versão dessa codificação que foi divulgada pela imprensa e passou a ser conhecida pelo nome de Monarca (Manuel) em cujo reinado se completou: *Ordenações Manuelinas*.

Neste código estavam recolhidas numerosas leis que correspondiam à necessidade de colonização do território português europeu. Efectivamente, uma das grandes preocupações dos primeiros reis portugueses havia sido a de povoar o seu reino e de desbravar as terras incultas. De modo que, ao defrontarem-se com problemas análogos nas ilhas do Atlântico, na África ou na

América, os portugueses recorreram às leis metropolitanas onde se continha a lição de uma velha e comprovada experiência.

Todavia, como se tornava necessário adaptar essas leis às circunstâncias dos novos territórios, o Rei, ao nomear as autoridades encarregadas de os governar, outorgava-lhes um estatuto denominado *regimento* no qual fazia e autorizava essas adaptações.

Repete-se que a tendência natural dos portugueses era para a assimilação jurídica das colônias à metrópole. O desenvolvimento da população portuguesa no Brasil foi radicando no território usos, costumes, tradições com as quais se casava a legislação secular das Ordenações.

Em 1603 a codificação teve nova versão conhecida por *Ordenações Filipinas*, por ter sido promulgada sob o reinado de um rei chamado Filipe. E era este código que estava em vigor em todo o território português à data da independência brasileira. A lei de 20 de Outubro de 1823 determinou que as Ordenações e toda a demais legislação portuguesa vigente no Brasil em 1821 continuassem a ser aplicadas enquanto não fossem substituídas.

Daí resultou que certas leis das Ordenações, contendo o Direito Civil, só deixaram de ser observadas no Brasil no ano de 1916, em que entrou em vigor o Código Civil brasileiro.

Em Portugal já em 1867 o Código Civil substituíra o que restava da compilação filipina.

5. *A independência do Brasil e a primeira constituição do Império (1824)* — Como atrás ficou dito, o amadurecimento político do Brasil operou-se com a transferência para o Rio de Janeiro da capital da Monarquia Portuguesa. Em Lisboa ficou em 1808 uma simples regência, enquanto o Soberano reconstituía nos seus domínios brasileiros todos os órgãos do governo

supremo, localizando no Rio o centro donde eram regidos e defendidos os interesses americanos, europeus, africanos e asiáticos de Portugal.

E também já ficou recordado que a independência do Brasil foi proclamada em 1822 pelo próprio Príncipe-herdeiro da coroa portuguesa. Diferentemente do que ocorreu no resto do continente americano, o Brasil era já um reino quando quebrou os laços da união real que o vinculavam a Portugal e continuou, depois de independente, a ser uma Monarquia unitária até 1889, data da proclamação da República.

Após a declaração da independência, realizaram-se eleições para a Assembleia Constituinte que veio a reunir-se em Maio de 1823. As discussões acerca do texto constitucional do Império arrastaram-se num ambiente apaixonado que levou o Imperador a dissolver a Assembleia (Novembro de 1823) e a nomear uma comissão redactora da lei fundamental que ele veio a outorgar em 25 de Março de 1824 com a designação de *Constituição Política do Império do Brasil*.

Nesta Constituição reflectem-se, naturalmente, as tradições do Direito Público Português e as lições da experiência brasileira, a par das aspirações liberais do novo Estado.

A influência doutrinal que mais se fez sentir na elaboração desse texto, em que o próprio Imperador interveio, pertence aos escritores europeus, nomeadamente de língua francesa. E entre estes destaca-se o suíço Benjamin Constant, autor do projecto do Acto Adicional às Constituições do Império promulgado por Napoleão em 1815, durante os Cem Dias, e que posteriormente publicara, em 1818, um *Esquisse de Constitution*.

Benjamin Constant procurara adaptar aos países do continente europeu o sistema parlamentar britânico e um dos pontos em que insistia era na conveniência de destacar nas monarquias o *poder real* como um dos poderes soberanos.

A Constituição do Império brasileiro admite, assim, quatro poderes do Estado — o legislativo, o executivo, o judicial e o poder moderador, correspondente à função arbitral do Monarca. Este, para a desempenhar, era assistido de um *Conselho de Estado*.

6. *Outorga no Brasil da Carta Constitucional de Portugal (1826)* — O rei de Portugal reconheceu a independência do Brasil pelo Tratado de 29 de Agosto de 1825 negociado entre as duas potências pela mediação da Grã-Bretanha.

Mas o soberano português não desistiu da ideia de que Portugal e Brasil voltassem a formar ao menos uma *união pessoal*, graças a um Monarca comum. E, por isso, aprovado o Tratado, restabeleceu os direitos do Imperador do Brasil à sucessão da coroa portuguesa, que lhe cabiam como primogénito.

O rei D. João VI faleceu em 10 de Março de 1826 deixando o reino entregue a uma regência que aclamou D. Pedro, Imperador do Brasil, legítimo soberano de Portugal.

Logo partiu uma deputação para o Rio de Janeiro a dar a notícia ao novo monarca. Mas no Brasil o facto suscitou intensa reacção. Temia-se que a união pessoal conduzisse à perda efectiva da independência conquistada. O Imperador foi instantemente solicitado a repudiar a Coroa portuguesa.

Não houve, porém, repúdio. D. Pedro, no exercício da sua soberania, elaborou primeiro, em poucos dias, uma *Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa* que outorgou em 29 de Abril de 1826. E só depois abdicou em sua filha, preterindo assim seu irmão mais novo, Miguel.

A Carta Constitucional outorgada a Portugal foi decalcada na Constituição do Império brasileiro, embora procurasse ter quanto possível em atenção as tradições do país a que se destinava.

Não deve haver outro caso no Mundo de uma Nação se ter regido durante quase um século (1826-1910) por uma Constituição promulgada na capital doutro país, sua antiga colónia.

Mas o que interessa agora é acentuar que Portugal e o Brasil, cujo Direito fora um só desde 1500 a 1822, ficavam depois de separados a reger-se por textos constitucionais provenientes da mesma origem (outorga pelo Imperador e Rei, D. Pedro) e ditados pela mesma inspiração.

B)

EVOLUÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EM PORTUGAL

7. *Adaptação a Portugal do sistema administrativo francês* — Após a outorga da Carta Constitucional desencadeou-se em Portugal a guerra civil que só cessou, em 1834, pelo triunfo do partido liberal. No comando das tropas vencedoras achava-se D. Pedro, que em 1831 fora forçado pelos brasileiros a abdicar da Coroa imperial em seu filho, também Pedro, e que por isso passara à Europa para defender a causa de sua filha, D. Maria, como rainha de Portugal.

O regime constitucional que então se estabeleceu em Portugal assentava na separação dos poderes do Estado e tinha como dogma fundamental a diferenciação dos órgãos administrativos e judiciais e das respectivas funções.

Procurando conservar o mais possível a tradição municipalista que confiava as tarefas da administração a órgãos locais autónomos eleitos pelos vizinhos de cada povoação, os governantes liberais estavam no entanto influenciados pelas doutrinas dominantes em França, após a revolução de 1830 e a ascensão de Luís Filipe ao trono (a monarquia burguesa). Era à organização

administrativa francesa que iam buscar resposta para as suas dúvidas na construção da nova ordem de coisas.

Após uma série de leis, como tentativas de ajustamento, foi publicado em 1836 o primeiro *Código Administrativo* português. Trata-se de uma extensa lei sobre os poderes locais e sua coordenação pelo Governo do Estado, que teve em 1842 nova versão largamente corrigida.

Neste Código (e vamos agora referir-nos à versão de 1842) determina-se que o país será dividido em *distritos*, cada um dos quais compreenderia certo número de *concelhos* (os municípios).

A frente de cada distrito estava (como hoje) um *governador civil* nomeado pelo Governo, assistido por uma *junta geral*, assembleia eleita pelos concelhos.

Mas o órgão preponderante na Administração distrital era o *conselho de distrito* formado pelo governador civil e por quatro vogais, eleitos pela junta geral.

Esse conselho funcionava como órgão consultivo do governador, órgão deliberativo em certas matérias de jurisdição graciosa e tribunal administrativo.

O contencioso administrativo da administração municipal competia em 1.ª instância aos conselhos do distrito, de cujos acórdãos cabia recurso para o Rei, em Conselho de Estado.

Todo aquele que se considerasse agravado pela deliberação dos órgãos municipais tomada com violação da lei ou ofensa dos direitos adquiridos, poderia recorrer para o Conselho de Distrito que resolvia depois de corrido o processo com audiência contraditória dos interessados.

Esta orgânica dos conselhos de distrito durou até 1886.

8. *O Conselho de Estado em Portugal e a «jurisdição reservada» ao Governo* — A Carta Constitucional de 1826 pre-

via, tal como no Brasil, que o Rei, no exercício do Poder Moderador, fosse auxiliado por um Conselho de Estado formado por pessoas independentes e experientes, nomeadas a título vitalício.

A tradição portuguesa admitia a possibilidade de recurso à Coroa das sentenças dos tribunais ou das decisões das autoridades do reino. E, naturalmente, em matéria administrativa estava indicado que se permitisse o apelo para o Rei quando alguém quisesse defender um direito violado por decisão de alguma das autoridades subalternas da administração.

Portanto o sistema administrativo instaurado pelo regime liberal previu desde logo que dos acórdãos dos conselhos de distrito, como tribunais do contencioso, se pudesse recorrer para o Rei.

Mas a tradição era também que tais recursos fossem examinados e instruídos perante um órgão especializado da Corte. Essa tradição, observada durante a Monarquia absoluta, impunha-se num sistema parlamentar em que o Rei, irresponsável politicamente, tinha de agir sempre com a referenda dos seus ministros responsáveis.

Assim, a instrução dos recursos contenciosos interpostos para a Coroa foi entregue ao Conselho de Estado, que emitia sobre eles o seu parecer.

Esse parecer era enviado ao Governo que o converteria em Decreto e o submetia dessa forma à assinatura do Rei. O Governo podia, porém, não concordar com a opinião do Conselho de Estado: devia, nesse caso, fundamentar juridicamente o decreto com a solução contrária.

Para adaptar o Conselho de Estado, concebido na Carta Constitucional como órgão exclusivamente político, a esta função contenciosa, foi feita a sua reorganização em 1845, regulamentada com a ordem do processo em 1850.

O Conselho de Estado passou a compreender a assembleia geral (política) restrita aos conselheiros de Estado efectivos, e duas secções, uma administrativa, para assistir consultivamente o Governo e a outra contenciosa. Nas secções os conselheiros efectivos eram coadjuvados por conselheiros extraordinários (não vitalícios) e por auditores.

Na secção do Contencioso o Conselho examinava não só os recursos vindos dos conselhos de distrito como outros que as leis permitiam directamente para ele das autoridades administrativas dependentes do Governo. Todavia os actos dos Ministros eram irrecorríveis, salva alguma excepção contemplada por lei especial.

Pensava-se então que a responsabilidade dos Ministros se deveria efectivar perante o Parlamento (as *Cortes*).

A fiscalização dos actos ministeriais pela imprensa e pela discussão parlamentar parecia suficiente.

9. *Criação do Supremo Tribunal Administrativo e sua competência* — Durou até 1870 esta organização do Conselho de Estado. Nesse ano operou-se importante reforma com o objectivo de reduzir o Conselho à sua específica função política. Assim tudo o que respeitava à competência das suas secções administrativa e contenciosa transitou para outro órgão denominado *Supremo Tribunal Administrativo*.

Deve notar-se que, apesar do nome, este órgão continuou a emitir simples *consultas* que o Governo convertia ou não em decretos (*Decreto sob consulta do Supremo Tribunal Administrativo*, ou *contra consulta*).

Mas por via de regra o Governo homologava os projectos do Supremo, como já acontecera com os do Conselho de Estado. Como decretos eram publicados no jornal oficial (*Diário do*

Governo) o que lhes assegurava larga audiência. E para facilidade de estudo da jurisprudência administrativa, foram organizadas colecções particulares ou oficiais.

Em 1886 dá-se um importante progresso: é permitido o recurso dos actos de quaisquer autoridades administrativas (incluindo os Ministros) desde que fosse alegada incompetência, excesso de poder, violação de lei ou ofensa de direitos adquiridos. Esta faculdade foi restringida a certos actos dos Ministros em 1896, mas em 1908 o recurso em termos amplos foi restabelecido.

Em 1896 o Supremo Tribunal Administrativo recebeu jurisdição própria no julgamento dos recursos eleitorais, fiscais e noutros expressamente indicados na lei, mas a jurisdição reservada permaneceu em todo o resto até 1931.

Veremos adiante a organização e regime actuais deste tribunal.

10. *Tribunais administrativos de 1.ª instância* — Regressemos à 1.ª instância cuja história abandonáramos em 1886.

Nesse ano uma importante reforma substituiu os conselhos de distrito por *tribunais administrativos distritais* cada um deles composto por três juizes nomeados pelo Governo de entre magistrados judiciais, ou diplomados em direito que reunissem os requisitos para ingressar nessa magistratura. Ao mesmo tempo era organizada a Magistratura do Ministério Público junto desses tribunais e regulado minuciosamente o processo de recurso dos actos das autoridades locais interposto por incompetência, excesso de poder, violação de lei ou ofensa de direitos adquiridos.

Estes tribunais, porém, eram lentos e dispendiosos, razões por que em 1896 foram substituídos por tribunais singulares,

constituídos por um só juiz (*auditor administrativo*) com o seu agente do Ministério Público.

A existência de tribunais do contencioso administrativo radicou-se, pois, no sistema português. A proclamação da República em 1910 e a adopção da primeira Constituição republicana (1911) não trouxeram alteração à organização e competência desses tribunais.

Só mais tarde, em momentos de crise financeira, se tentou confiar o contencioso administrativo aos tribunais judiciais. Mas a experiência desses dois curtos períodos foi sempre desfavorável à inovação: a Administração ressentiu-se da incerteza da jurisprudência e da falta de preparação dos juizes, os administrados queixaram-se da demora nos processos e da tendência dos tribunais para dar primazia a outras matérias.

Por isso a última dessas tentativas, que durou apenas quatro anos, terminou em 1930 pela restauração dos tribunais administrativos, desta vez dotados de jurisdição própria.

Mas em vez de um tribunal de 1.^a instância por cada distrito, passou a haver dois tribunais de 1.^a instância para todo o País, — um com jurisdição no Norte e outro no Sul.

E tal é a situação que a Constituição de 1933, actualmente vigente, encontrou e confirmou.

C)

EVOLUÇÃO DAS GARANTIAS JURISDICIONAIS NO BRASIL

II. *A organização administrativa do Império e as garantias dos direitos individuais* — Encerrada a parte histórica pelo que respeita a Portugal, vejamos o que sucedeu na evolução do Brasil.

Com a sua superfície superior a 8 500 000 km², o Brasil é o quarto país do Mundo em extensão, a seguir à U. R. S. S., à China e ao Canadá; o seu território equivale a quase 95 vezes o de Portugal e é pouco inferior ao de todo o continente europeu (10 000 000 km²).

Para manter a unidade deste gigantesco país no momento da sua independência contribuiu decisivamente o espírito de fidelidade monárquica que os portugueses transmitiram ao Império, e o sistema centralizador que a Constituição de 1824 instaurou.

A Constituição imperial dividia o território brasileiro em grandes *províncias* à frente de cada uma das quais estava um *presidente* nomeado pelo Imperador, assistido por um *conselho geral* electivo, com atribuições deliberativas.

Logo em 1834 uma lei constitucional transformou esses conselhos gerais em *assembleias legislativas provinciais* dando-lhes competência para legislar sobre grande número de matérias de interesse local, mas ficando as leis provinciais sujeitas à sanção dos respectivos presidentes e ao «contrôle» da *assembleia geral* do Império.

O Conselho de Estado, previsto pela Constituição de 1824 foi suprimido pela lei de 1834, em consequência de ser imputada pela opinião pública aos conselheiros vitalícios a responsabilidade da conduta que levava à abdicação do primeiro Imperador.

Mas uma nova lei constitucional, em 1841, restaurou o Conselho, ao qual foi dado *regimento* em 1842.

Neste regulamento de 1842 estabeleceu-se que os Presidentes das províncias poderiam tomar decisões em questões contenciosas, ficando aos interessados o direito de recorrer para o Conselho de Estado.

E admitiu-se mais que se pudesse reclamar contenciosamente dos actos dos Ministros do Estado, reclamação que seria resolvida por Decreto imperial, podendo ser ouvido, ou não, o Conselho de Estado.

Deste modo os verdadeiros juizes do contencioso administrativo eram os presidentes das províncias e os Ministros de Estado que referendavam os decretos imperiais. Mas esse contencioso caracterizava-se unicamente pelo facto de dizer respeito aos casos em que se alegasse violação de direitos individuais: não estava regulado o processo nem assegurada a discussão contraditória, sendo a intervenção do Conselho de Estado não só consultiva como, na maior parte dos casos, facultativa.

Por isso escrevia em 1862 no seu *Ensaio sobre Direito Administrativo* o Visconde do Uruguay que «excluído o que é exclusivo do Ministério da Fazenda ... é o contencioso administrativo, pelo que respeita aos outros Ministérios e às Presidências (das províncias) um verdadeiro caos no qual ainda não penetrou um só raio de luz». (*Ob. cit.*, vol. I, pág. 157).

12. *A primeira Constituição republicana e o «judicialismo»* — Em Novembro de 1889 uma revolução depôs o Imperador D. Pedro II e proclamou a República federal, transformando em Estados federados as províncias então existentes.

O governo provisório promoveu a eleição de um Congresso Constituinte e nomeou uma comissão para elaborar o projecto de Constituição a submeter a essa assembleia.

Nasceu daí a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de Fevereiro de 1891, profundamente inspirada nas instituições da democracia norte-americana.

O Brasil passou a ser a união federal de vinte Estados, fazendo-se a partilha das atribuições entre os órgãos federais e os órgãos estaduais. O sistema de governo adoptado na União foi

a república presidencialista. A par da justiça dos Estados criaram-se os tribunais federais em cuja cúpula se achava o Supremo Tribunal Federal ao qual foi confiada a vigilância da constitucionalidade das leis e dos actos das autoridades e a resolução das questões entre a União e os Estados ou destes entre si.

Nesta orgânica entendeu-se que não havia mais lugar a falar em tribunais administrativos: adoptara-se o *judicialismo*, isto é, entendia-se que a função de julgar só deveria pertencer aos órgãos do poder judicial instituído pela Constituição.

Efectivamente, pelo art.º 60.º, alínea b), competia aos tribunais federais processar e julgar

«todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do poder executivo ou em contratos celebrados com o mesmo governo».

A Lei n.º 221, de 20 de Novembro de 1894, desenvolveu este preceito, criando uma acção sumária especial para anulação dos actos das autoridades administrativas da União que, com violação da lei, lesassem direitos individuais. Essa acção teria de ser proposta no prazo de um ano a contar da prática do acto impugnado e destinava-se exclusivamente ao exame da legalidade desse acto para efeitos de eventual anulação por sentença.

Análogas acções foram adoptadas então nas leis estaduais que regulavam o processo civil.

13. *Insuficiência da acção anulatória e necessidade de utilização dos remédios judiciais extraordinários. O exemplo norte-americano* — O «contrôle» dos actos administrativos pelos tribunais comuns mediante acção proposta segundo o rito do pro-

cesso civil embora sumário revelou-se insuficiente, na medida em que, na maioria dos casos, não podia impedir a consumação da ilegalidade ou fazer desaparecer prontamente as suas consequências prejudiciais. Obtida a sentença definitiva de anulação só havia então a possibilidade de pedir a indemnização dos danos causados pelo acto anulado.

Por outro lado — dizia-se — sendo a anulação operante unicamente quanto a actos jurídicos, a acção especial não podia ser eficaz quanto aos factos ofensivos dos direitos individuais por detrás dos quais não apparecesse um acto impugnável.

A intervenção dos tribunais judiciais para disciplinar a acção administrativa tem de ser oportuna, rápida e eficaz.

Por isso no Direito anglo-saxão surgiram, na *Common Law*, a par das acções ordinárias destinadas a efectivar a responsabilidade dos agentes, os chamados *remédios extraordinários* empregados quando não é possível utilizar outros meios adequados de reparação.

Esses remédios extraordinários têm a sua origem no recurso à Coroa que, na Inglaterra como em todos os outros países monárquicos, era permitida aos súbditos contra os actos das autoridades subordinadas ao Rei. Vimos que a Coroa agia através da sua Corte, onde funcionavam vários tribunais. Em Inglaterra estes emitiam decisões fundadas na prerrogativa da Coroa (*prerogative writs*) através dos quais se repunha a legalidade violada. O *Act of Settlement* de 1701 tornou os juizes independentes do poder real, mas manteve a competência que até aí exerciam em nome do Rei. Deste modo os tribunais continuaram a conhecer dos recursos dos particulares contra os abusos da autoridade administrativa.

Os remédios extraordinários da *Common Law* eram usados nas colónias americanas e passaram, após a independência, a fazer parte do Direito norte-americano.

O mais conhecido desses remédios é o *writ of habeas corpus* pelo qual o juiz ordena a comparência na sua presença de pessoa que haja sido privada da liberdade, a fim de apreciar os motivos da prisão ou detenção e poder pôr termo a estas quando as reconheça ilegais.

Os restantes *writs* (hoje denominados *orders* na Grã-Bretanha) são: *mandamus*, que se destina a obrigar a Administração a praticar um acto vinculado (*ministerial act*), isto é, correspondente ao exercício de um dever legal, preciso e imperativo que não esteja a ser acatado; *quo warranto* que, a pedido do Attorney General, tem por objecto examinar a legalidade dos títulos com que certo funcionário ocupa um cargo público; *prohibition* expedido a um tribunal inferior (incluindo os órgãos administrativos que actuem jurisdicionalmente) a vedar-lhe o conhecimento de certa questão e o *certiorari*, pelo qual o tribunal superior, atendendo à queixa do particular, avoca o processo julgado pelo tribunal inferior, a fim de rever a respectiva decisão.

No Direito norte-americano têm também grande importância os *writs of injunction*, fundados na *equity* e que consistem em ordens dadas pelo tribunal a qualquer pessoa para praticar (*mandatory injunction*) ou não praticar (*preventive injunction*) certo acto. O emprego deste recurso é particularmente útil quando se trata de evitar a prática de acto donde possa resultar prejuízo irreparável. Nesse caso, desde que o recorrente demonstre sumariamente no tribunal a iminência do prejuízo, o juiz pode emitir uma *temporary restraining order*, a suspender a decisão até que o processo seja resolvido.

A recapitulação deste sistema era necessária para avaliarmos da influência da *Common Law* no Direito brasileiro.

14. *A concepção brasileira do «habeas corpus»* — Já no tempo do Império, o Código de Processo Criminal, publicado em 1832, dispunha que

«todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor» (art.º 340.º).

Assim, tratava-se de impedir as detenções ou prisões arbitrárias, ainda que a actuação ilegal não passasse de simples ameaça.

Na Constituição republicana de 1891 esta garantia foi incluída na declaração de direitos constante do seu art.º 72.º, onde figura no § 22.º:

«Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coacção por ilegalidade ou abuso de poder».

Os termos amplos desta disposição constitucional permitiram ao insigne juriconsulto Rui Barbosa defender a tese de que, no Direito republicano brasileiro, o *habeas corpus* não conservava o seu carácter restrito de providência defensiva da liberdade de locomoção, podendo ser pedido e concedido em todos os casos de ilegalidade ou abuso de poder de que resultasse para as pessoas qualquer violência ou uma coacção ainda que meramente moral.

E como essa tese foi encontrando acolhimento no Supremo Tribunal Federal, nasceu a *doutrina brasileira do «habeas corpus»*.

Fundando-se em que, não havendo sido acolhidos no Direito brasileiro os outros *writs* usados pela justiça americana, não

se justificava que o *habeas corpus* mantivesse o carácter específico que o caracteriza na *Common Law*, os tribunais do Brasil interpretaram o § 22.º do art.º 72.º da Constituição de 1891 de modo a transformar o instituto num amplo meio de «contrôle» da legalidade da Administração.

A inviolabilidade do domicílio, o segredo da escrita comercial, a liberdade de exercício da profissão, a prática de culto religioso, o direito de reunião, a situação do funcionário, entre outros institutos, foram então garantidos pela concessão judicial do *habeas corpus*.

Bastava que o impetrante demonstrasse que o direito constringido pela violência ou coacção do Poder possuía um grau de certeza superior a qualquer *dúvida razoável*, ou que era *inquestionável*.

Todavia, como sucede em geral nas construções jurisprudenciais, este alargamento do âmbito do *habeas corpus* não foi isento de hesitações, de dúvidas, de retrocessos, que criavam um estado de incerteza na prática jurídica.

E a doutrina dividia-se entre os que condenavam o afastamento da concepção tradicional do *habeas corpus* e os partidários da nova fórmula, cuja ampliação sucessiva preconizavam.

Os adversários da *concepção brasileira do «habeas corpus»* alegavam sobretudo que através de um processo nascido por motivos e com finalidades muito diferentes, estavam a ser resolvidas, com simples audiência das autoridades mas sem possibilidade de intervenção de eventuais interessados, questões de fundo da maior importância.

Simultâneamente ensaiou-se também a utilização dos *interditos possessórios* para defesa de direitos individuais ofendidos por actos do Poder. Várias decisões dos tribunais admitiram a possibilidade de se protegerem direitos pessoais, inclusive relativos à situação dos funcionários (caso dos professores da Escola

Politécnica do Rio de Janeiro, suspensos em 1896, por três meses, do exercício das suas funções) mediante acções possessórias. Era aplicar ao moderno Direito Público a concepção canónica sobre a posse dos direitos pessoais. Mas esta solução não foi pacificamente adoptada pela jurisprudência nem sancionada pela doutrina que, na sua grande maioria, se mantinha fiel à concepção romanista da restrição da protecção possessória aos direitos reais.

15. *Reforma constitucional de 1926: restrição do «habeas corpus»* — No ano de 1926 o Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil enviou ao Congresso uma mensagem em que tomava a iniciativa de promover a reforma dalguns pontos da Constituição de 1891.

Nessa mensagem aludia, entre outros assuntos, à conveniência de definir o âmbito do *habeas corpus*, restituindo-o à sua figura clássica. O Presidente sugeria que, para os casos não abrangidos na configuração tradicional do instituto, fossem criadas «acções rápidas e seguras».

O Congresso (constituído pelas duas câmaras — Senado e Câmara dos Deputados) procedeu à revisão constitucional e deu nova redacção ao § 22.º do art.º 72.º que passou a ter o seguinte texto:

«Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar em iminente perigo de sofrer, violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção».

A restrição do *habeas corpus* à sua função histórica na reforma constitucional de 1926 tornou urgente a criação de outro remédio judicial que viesse preencher a lacuna deixada pela destruição da obra jurisprudencial até aí realizada.

Bem ou mal, a extensão do *habeas corpus* tinha permitido aos brasileiros a defesa dos seus direitos contra actos ilegais do Poder. Assim nascera uma prática útil, correspondente a necessidades que continuavam a fazer-se sentir.

Eram realidades impossíveis de desconhecer.

16. *Elaboração de novo remédio extraordinário: as fontes utilizadas pelos legisladores brasileiros* — Como deveria ser organizado o novo meio de garantia judiciária dos administrados contra a actuação ilegal das autoridades?

Os juristas brasileiros dispunham já da experiência proporcionada pela jurisprudência que ampliara a esfera de aplicação do *habeas corpus*. Desde que esta providência voltava à função específica correspondente ao *writ* com o mesmo nome existente nos Estados Unidos, era natural que pedissem ao Direito norte-americano a solução para resolver os casos que ficavam agora excluídos: e assim deram especial atenção aos *writs* de *mandamus* e de *injunction*.

Mas houve uma outra experiência nacional que os impressionou: a mexicana.

Desde 1841 que existe no México o *juicio de amparo*. Nesse ano foi consagrada na Constituição do Estado de Yucatan a competência dos tribunais para «amparar no gozo dos seus direitos aqueles que lhes peçam protecção» contra actos violadores da Constituição.

Em 1857 o amparo foi incluído na Constituição Federal, mantendo-se na de 1917, actualmente vigente (art.^{os} 103.^o e 107.^o).

Mediante o *juicio de amparo* o cidadão mexicano pode obter dos tribunais federais uma decisão que impeça a execução dos actos ilegais das autoridades ofensivos dos direitos individuais ou que reponha as coisas no estado anterior à ofensa. A sentença

limita-se a proteger o impetrante no caso especial a que se refere o pedido, sem decretar a anulação da lei ou do acto de que haja resultado a ofensa.

O juiz pode suspender a execução do acto imediatamente após a formulação do pedido de amparo, e até por sua iniciativa, *ex officio*, quando verifique que a decisão favorável se tornará inútil no caso de prosseguir essa execução, por serem irreparáveis os danos causados.

Uma lei de 1935, alterada em 1951, regula o processo sumário da obtenção da protecção judicial ou *amparo*.

Tais foram as fontes que inspiraram a criação brasileira do *mandado de segurança*.

17. *A instituição do «mandado de segurança» na Constituição de 1934 e sua evolução* — O *mandado de segurança*, que resume os vários *writs* norte-americanos destinados a proteger os direitos individuais que não sejam a liberdade de locomoção, foi pela primeira vez consagrado na Constituição brasileira de 1934, cujo art.º 113.º, n.º 33, dizia:

«Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito certo e incontestável ameaçado ou violado por acto manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as acções petitórias competentes».

Este preceito constitucional da Constituição de 1934, veio a ser regulado pela Lei n.º 191, de 16 de Janeiro de 1936.

Suspensa em 1937 a Constituição de 1934 foi em 10 de Novembro de 1937 outorgada nova Constituição que praticamente não chegou a entrar em vigor. Nessa Constituição ne-

nhuma referência existia ao mandado de segurança; mas dias depois o Decreto-Lei n.º 6, de 16 de Novembro, manteve em vigor a Lei n.º 191, apenas com a restrição de não ser admissível o pedido do mandado contra os actos dos governantes.

O Código de Processo Civil de 1939 regulou o processo especial do mandado de segurança. Nele não foi contemplada a acção sumária especial de anulação dos actos administrativos que assim desapareceu, passando a ser usada, para esse fim, a acção civil ordinária.

Na Constituição de 1946 voltou a inscrever-se, entre os direitos e garantias individuais (art.º 141.º), o § 24.º, nos seguintes termos:

«Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* conceder-se-á mandado de segurança seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder».

Este preceito constitucional foi regulado por lei de 1951, que adiante se estudará.

D)

DIREITO BRASILEIRO ACTUAL

18. Vamos agora expor o regime actual nos dois países, de modo a permitir no final tirar as conclusões comparativas. E como estávamos a tratar da evolução histórica no Direito brasileiro, começaremos pelo estudo do Mandado de Segurança neste existente.

a) *Fontes*. — Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de Setembro de 1946, art.º 141.º, § 24.º; Lei n.º 1533,

de 31 de Dezembro de 1951. Jurisprudência recolhida na obra *O Mandado de Segurança e sua jurisprudência*, 2 vols., Rio, 1959.

b) *Tribunais competentes*. — O mandado de segurança pode ser concedido por quaisquer tribunais comuns, estaduais ou federais. Cabe ao Tribunal Federal de Recursos conceder mandado de segurança quando a autoridade coactora seja Ministro de Estado; e ao Supremo Tribunal Federal a concessão de mandados contra actos do Presidente da República. Das decisões dos tribunais estaduais ou federais que denegarem o mandado pode interpor-se recurso até ao Supremo Tribunal Federal. Os juizes deste tribunal são nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado Federal de entre brasileiros «de notável saber jurídico e reputação ilibada». Para o Tribunal Federal de Recursos o Presidente da República tem de escolher dois terços dos juizes entre magistrados judiciais e um terço entre advogados e membros do Ministério Público, também com aprovação do Senado Federal.

Note-se que devendo, nos Estados, pedir-se o mandado de segurança a certos juizes de competência especializada — os «juizes dos feitos da Fazenda» — com recurso, caso a autoridade autora do acto lesivo seja federal, para o Tribunal Federal de Recursos, resulta daí certa tendência para diferenciar uma ordem de tribunais mais adequada ao conhecimento das questões administrativas.

c) *Actos recoráveis*. — O mandado de segurança só pode ser pedido contra actos de autoridade referidos a casos concretos. Não cabe, pois, contra lei ou acto genérico, salvo se a lei formal encobrir, na realidade, um acto administrativo.

O acto, para ser de autoridade, deve ter sido ou poder ser executado sem necessidade de que outro poder intervenha a conferir-lhe executoriedade. E entende-se que é «acto de auto-

ridade» qualquer facto proveniente de alguém que exerça o poder público, mesmo que não se trate de um acto administrativo em sentido técnico ou sequer de acto jurídico.

Esse acto de autoridade deve ser conclusivo, isto é, hão-de estar esgotados os recursos administrativos com efeito suspensivo (Lei, art.º 5.º, n.º 1). Mas o mandado pode ser impetrado por *justo receio* de que venha a verificar-se o acto, isto é, quando exista séria ameaça de violação do direito individual.

Não pode conceder-se mandado contra actos judiciais susceptíveis de recurso previsto nas leis de processo; contra actos disciplinares, salvo quando praticados por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial (cit. art.º 5.º, II e III); e a jurisprudência exclui também os actos do Governo ou do Congresso de natureza essencialmente política.

Se no caso couber *habeas corpus* o mandado constituirá meio processual impróprio.

d) *Autoridades autoras dos actos.* — Segundo a Constituição pode pedir-se o mandado «seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso do poder».

Deste modo ficam abrangidos na competência dos tribunais os actos de quaisquer autoridades federais ou estaduais: a lei diz que o mandado será concedido contra a autoridade claudicante «seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça» (art.º 1.º).

Essa competência abrange os actos materialmente administrativos praticados pelas autoridades judiciais ou pelas mesas das assembleias legislativas, e os dos administradores dos estabelecimentos públicos (*antarquias*) bem como dos concessionários de serviços e doutros delegados do poder.

e) *Fundamento e objecto do pedido.* — O mandado é impetrado para protecção de direito líquido e certo, não amparado

por *habeas corpus*, violado ou ameaçado por ilegalidade ou abuso do poder.

Assim, o fundamento do pedido tem de ser a *ilegalidade* da conduta da autoridade, ou o *abuso do poder* que não pode conceber-se sem violação da lei atributiva ou reguladora do exercício da competência.

Ao tribunal não é lícito indagar da conveniência ou da oportunidade do acto: o seu «contrôle» é de estrita legalidade. Ficam assim excluídos os actos praticados no exercício de poderes discricionários, na medida em que o forem.

O objecto do pedido, isto é, aquilo que se pretende obter é a *protecção de direito líquido e certo* violado ou ameaçado.

O conceito de direito *líquido e certo* tem suscitado natural discussão e hesitações jurisprudenciais. A corrente predominante parece ser a que liga a liquidez e certeza do direito à evidência da prova da sua existência. Se o requerente prova por texto legal ou documento autêntico estar investido num direito, tal direito será líquido e certo. Estes requisitos não se verificarão quando a demonstração do direito dependa de matéria de facto que haja de ser verificada por outros meios de prova (testemunhas, exames periciais, etc.).

Todavia é inevitável que a determinação da certeza e da liquidez do direito invocado fique em larga escala confiada à livre apreciação do juiz.

f) *Legitimidade*. — Pode pedir o mandado de segurança aquele que alegar ser vítima de violação ou ameaça por parte de autoridade pública, de um direito de que se diga titular.

O titular de direito líquido e certo derivado de direito com iguais atributos de que seja titular outra pessoa, poderá pedir o mandado a favor do direito originário se o titular deste o não fizer depois de notificado judicialmente (Lei, art.º 3.º).

g) *Prazo*. — O interessado deve requerer o mandado no prazo de 120 dias a contar da data em que tenha conhecimento do acto impugnado. Decorrido esse prazo extingue-se o direito de recurso (art.º 18.º). Fica, porém, aberto ao interessado o uso da acção civil ordinária.

b) *Processo*. — O processo é sumaríssimo e todo escrito. O interessado, que tem de fazer-se representar por advogado, requer o mandado indicando o direito violado ou ameaçado e a lei em que se estriba, e o respectivo requerimento (inicial) é logo apresentado ao juiz que o indeferirá se faltar algum dos requisitos exigidos por lei ou o meio não for idóneo. Se o pedido dever ter seguimento, o juiz mandará citar a autoridade coactora para informar no prazo de quinze dias do que tiver por conveniente (1). Nesse mesmo despacho o juiz pode ordenar a *suspensão liminar* do acto que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento deste e a execução desse acto possa tornar ineficaz a providência solicitada.

Findos os quinze dias destinados à informação da autoridade e tenha esta informado ou não o pedido, é dada vista por cinco dias ao Ministério Público e a seguir o processo volta ao juiz para decidir também em cinco dias.

Em caso de urgência o pedido do mandado e a consulta à autoridade podem ser feitos por telegrama.

A decisão desfavorável do mandado de segurança não impede que o interessado reivindique os seus direitos e efective a responsabilidade da Administração mediante a acção adequada.

Quer dizer que a decisão judicial que concede o mandado constitui caso julgado quanto à existência do direito individual

(1) O prazo era inicialmente de cinco dias. Foi a Lei n.º 4166, de 4 de Dezembro de 1962, que o ampliou para quinze.

assegurado. Mas a que nega o mandado pode unicamente fazê-lo por reconhecer a carência dos requisitos de certeza e liquidez necessários para a idoneidade da acção sumaríssima, sem embargo de deixar aos interessados a possibilidade de provar o direito e a ofensa pelos meios ordinários.

E)

DIREITO PORTUGUÊS ACTUAL

19. a) *Fontes*: Código Administrativo de 1940, art.^{os} 796.º a 862.º; Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo (8-IX-1956). Regulamento do processo no S. T. A., de 20-VII-1957.

b) *Tribunais competentes*. — Os tribunais comuns do Contencioso administrativo são as Auditorias, a 1.ª secção do Supremo Tribunal Administrativo, e este mesmo Supremo Tribunal funcionando em sessão plena (ou assembleia geral das suas quatro secções).

As *Auditorias* conhecem dos recursos interpostos dos actos das autoridades locais. Para a 1.ª secção do S. T. A. pode recorrer-se directamente dos actos dos membros do governo ou seus delegados, e dos praticados por órgãos dirigentes dos serviços autónomos, conhecendo além disso dos recursos das decisões dos Auditores.

Os Auditores são recrutados por concurso de provas públicas entre magistrados e certos funcionários administrativos com o curso de direito.

Os juizes do Supremo Tribunal Administrativo são nomeados pelo Governo por escolha entre professores das Faculdades de Direito, magistrados judiciais, altos funcionários ou advogados

com mais de 40 anos de idade e 15 anos, pelo menos, de serviço na sua carreira. Na prática os juizes são quase sempre magistrados judiciais, havendo alguns casos de recrutamento entre advogados.

Os juizes do contencioso administrativo são independentes e inamovíveis, e só podem ser punidos disciplinarmente por decisão de um conselho constituído pelo Presidente do Supremo Tribunal Administrativo e dos juizes mais antigos de cada uma das 4 secções que o Tribunal compreende.

c) *Actos recorribeis*. — Têm de ser actos administrativos e, portanto, que hajam afectado casos concretos. Esses actos hão-de ser *definitivos*, isto é, resoluções finais da Administração, (o que implica o esgotamento dos recursos administrativos internos com efeito suspensivo) e que definam situações jurídicas. Além disso devem reunir os requisitos exigidos por lei para serem obrigatórios em termos de poderem ser impostos coercivamente pelas autoridades administrativas em caso de resistência, sem dependência de intervenção dos tribunais (*actos executórios*).

Os tribunais administrativos não podem conhecer dos actos da Assembleia Nacional e dos diplomas legislativos do governo, dos actos da competência própria do Chefe do Estado e dos actos de conteúdo essencialmente político, bem como das matérias próprias da competência de outros tribunais. Mas a propósito dos recursos administrativos são competentes para julgar a excepção de inconstitucionalidade das leis ou para decidir sobre a legalidade dos regulamentos em que se baseiem os actos recorridos.

d) *Autoridades autoras dos actos*. — No Direito Administrativo português têm grande importância os poderes locais (*autarquias locais*) exercidos por órgãos electivos dotados de larga autonomia.

A entidade mais importante é o *concelho*, herdeiro do pri-

mitivo município, e que abrange várias *freguesias* (paróquias). Os concelhos agrupam-se em *distritos*. Em todas estas autarquias existem órgãos com competência para tomar deliberações definitivas e executórias de que cabe recurso contencioso para uma Auditoria Administrativa.

Existem além disso autoridades locais representantes do Governo que exercem poderes desconcentrados (*magistrados administrativos*) e de cujos actos se pode igualmente recorrer.

Para a Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo pode recorrer-se das decisões definitivas e executórias dos membros do governo (Presidente do Conselho, Ministros, Secretários de Estado, Subsecretários de Estado) ou de funcionários que actuem por delegação deles, bem como dos órgãos dirigentes dos serviços personalizados (institutos públicos).

São, pois, susceptíveis de recurso os actos de todas as autoridades administrativas.

e) *Fundamento e objecto do pedido*. — O fundamento do recurso é a ilegalidade do acto administrativo, devendo sempre ser precisamente indicada a norma violada. A jurisprudência e a legislação portuguesas aceitaram a diferenciação das vias de recurso feita pela jurisprudência do Conselho de Estado francês. Assim para recorrer aos tribunais administrativos é necessário arguir o acto de uma ilegalidade típica: usurpação de poder, incompetência, desvio de poder, violação de lei ou vício de forma. Tem-se discutido se o erro de facto acerca dos motivos constituirá um novo vício: mas a jurisprudência dominante considera-o integrado na violação de lei.

Os tribunais só podem conhecer da matéria de facto na medida em que tal seja necessário para averiguar da regularidade dos fundamentos do acto ou para controlar o rigor da qualificação jurídica feita pela autoridade administrativa. Mas a Assembleia

geral do Supremo Tribunal (*Tribunal Pleno*) só exerce a censura do direito aplicado nas decisões dos tribunais inferiores, aceitando os factos estabelecidos por estes.

O objecto do recurso é a anulação do acto recorrido. Verificada a ilegalidade, o tribunal declara nulo o acto ilegal. A Administração deverá em seguida executar a sentença, praticando o que for necessário para reintegração da legalidade.

f) *Legitimidade*. — Em princípio, pode interpor recurso o titular de interesse directo, pessoal e legítimo na anulação do acto recorrido.

A significação dos atributos do interesse tem sido largamente discutida pela doutrina e na jurisprudência.

O interesse significa a utilidade ou a vantagem que o recorrente obterá da anulação. Esse interesse será directo se o acto a anular constituir obstáculo à satisfação de uma pretensão anteriormente formulada à Administração ou for causa imediata de prejuízos.

Será pessoal se essa utilidade se produzir na esfera jurídica ou patrimonial do próprio recorrente.

E será legítimo quando a utilidade não for reprovada pela ordem jurídica (1).

Tradicionalmente a lei permite que dos actos dos órgãos dos poderes locais recorra qualquer contribuinte ou eleitor da respectiva circunscrição no exercício da *acção popular*. Neste caso não se exige a existência de outro interesse, senão do que está implícito na qualidade do recorrente.

Enfim, o Ministério Público junto dos tribunais administrativos pode também recorrer de quaisquer actos ilegais a pedido dos cidadãos ou por ordem do Governo.

(1) Como se disse, estes conceitos são discutidos. Apresento aqueles que defendo e que correspondem a uma importante corrente jurisprudencial.

g) *Prazo*. — Os recursos para os tribunais de 1.^a instância denominados *Auditorias* podem ser interpostos no prazo de três meses a contar da data em que os actos hajam tido começo de execução ou em que os interessados tenham deles conhecimento oficial.

Nestes tribunais admite-se que os actos que o Código Administrativo considera inexistentes sejam atacados sem dependência de prazo.

Os recursos para a 1.^a Secção do Supremo Tribunal Administrativo têm de ser interpostos dentro do prazo de 30 dias. A lei prevê prazos mais largos para a hipótese de o interessado estar a residir nas ilhas, no Ultramar ou no estrangeiro. Os agentes do Ministério Público têm o prazo de um ano para exercerem o seu direito de acção pública.

O Supremo Tribunal, na falta de preceito legal expresso, tem-se recusado a aceitar fora do prazo os recursos de actos cuja inexistência jurídica se alegue.

b) *Processo*. — O processo dos recursos difere na 1.^a instância conforme a autoridade que praticou o acto.

Quando se trata de uma autoridade local a legislação está ainda fortemente influenciada pela concepção tradicional que via no município uma entidade estranha ao Estado. Ainda hoje as autarquias locais são «independentes dentro da órbita da sua jurisdição». Por isso os poderes locais comparecem nos tribunais administrativos como partes num processo cujo rito é sensivelmente o de uma acção civil sumária.

Recorrente e recorrido têm de fazer-se representar por advogados e na acção observa-se rigorosamente o princípio do contraditório.

A acção permite todos os meios de prova e o Ministério Público é um simples assistente para defesa da legalidade e do interesse público.

Tais são as características dos recursos interpostos perante os tribunais da administração local (*Auditorias*).

Quanto à administração central o regime é totalmente diverso.

Aí está-se perante uma organização hierárquica e o recurso contencioso aparece como o termo da evolução do recurso hierárquico jurisdicionalizado.

Desaparecido o Rei, para quem se apelava dos actos dos seus delegados, no regime monárquico, ficou o Supremo Tribunal Administrativo a ocupar o lugar do chefe supremo da hierarquia a quem cabe a vigilância da legalidade e a protecção dos direitos individuais.

O *acto definitivo* da autoridade administrativa está no mesmo plano da sentença judicial e, como esta, possui força executória. Desse acto definitivo pode apelar-se (é o sentido do termo *recurso*) para uma autoridade superior — que é a do Tribunal administrativo.

A autoridade que praticou o acto recorrido não é parte no processo de recurso, não comparece no tribunal como ré para ser julgada. É o próprio acto que está em causa e só ele.

Assim, formulada a petição de recurso pelo advogado do interessado a autoridade recorrida é convidada a remeter ao tribunal o processo burocrático em que foi proferido o acto recorrido, e a explicar as razões por que considera legal este acto.

Após essa intervenção, a autoridade recorrida não tem mais lugar no processo. A legalidade e o interesse público serão daí por diante defendidas pelo Ministério Público que não é obrigado a tomar o partido da Administração e pode reconhecer a razão do recorrente.

Ao contrário, o recorrente terá ainda ocasião de desenvolver por escrito as suas razões de direito, criticando o processo gra-

cioso que lhe é permitido examinar e a justificação produzida pela Administração.

Eis as características do processo nos recursos interpostos para a 1.^a secção do *Supremo Tribunal Administrativo*. O recurso contencioso aparece aqui como continuação da fase graciosa do processo administrativo.

Vejamos agora alguns traços comuns do processo nos dois tribunais.

Em primeiro lugar, em todos os recursos administrativos o recorrente tem de chamar à discussão os particulares a quem a anulação do acto recorrido possa prejudicar.

Assim como o recorrente foi prejudicado pela prática de certo acto, pode este ter beneficiado outras pessoas. A anulação do acto será útil para o recorrente mas irá prejudicar esses beneficiados: estes devem, portanto, poder intervir no processo.

Em segundo lugar, a simples interposição do recurso contencioso não suspende a executoriedade do acto administrativo (ao contrário do que sucede com o recurso hierárquico). Mas o recorrente pode pedir ao Tribunal no momento da interposição do recurso que decrete a suspensão liminar do acto recorrido, quando prove que da execução lhe pode resultar prejuízo irreparável ou de difícil reparação, superior ao benefício colhido pelo interesse público.

Finalmente, vigora no contencioso administrativo português a regra de que a decisão do tribunal que primeiro conhece de um recurso deve sempre poder ser revista por outro tribunal superior. Assim, das sentenças dos auditores cabe recurso para a 1.^a secção do Supremo Tribunal. Quando é a 1.^a secção que julga em 1.^a instância o recurso vai para a assembleia geral do Tribunal (Tribunal Pleno).

Esta formação do Supremo Tribunal, onde se reúnem os juizes das suas quatro secções, receberá também recursos de decisões proferidas sobre sentenças dos auditores, em dois casos: quando se discuta a constitucionalidade da lei aplicada pelo acto administrativo ou à luz da qual os tribunais apreciaram a legalidade deste, e quando se alegue contradição na jurisprudência, por haver opposição entre dois acórdãos das secções proferidos nos últimos três anos no domínio da mesma legislação.

Enfim, todos os acórdãos do Supremo Tribunal, quer proferidos pelas secções quer em assembleia geral, são publicados em apêndice ao jornal oficial (*Diário do Governo*). Esta publicidade destina-se a coagir moralmente a Administração e a permitir a qualquer cidadão comportar-se de acordo com as decisões jurisdicionais cujos efeitos se produzam *erga omnes*.

F).

DIREITO COMPARADO

20. *Síntese comparativa.* — Podemos agora comparar os direitos portuguez e brasileiro no que respeita às garantias jurisdicionais dos administrados.

Em ambos os países se consagra o princípio da legalidade na Administração.

Em Portugal a reintegração da legalidade violada é o objectivo fundamental a atingir mediante o recurso contencioso de anulação do acto ilegal, aberto não só ao titular dos interesses lesados como ao Ministério Público e, em certos casos, ao actor popular.

No Brasil visa-se imediatamente a protecção dos direitos individuais ofendidos por um acto jurídico ou por um facto material ou ameaçados de acção ou omissão violadora.

Portugal adoptou no século XIX o sistema administrativo francês temperado pela larga autonomia municipal proveniente das suas tradições. Os tribunais administrativos apareceram em consequência da evolução do recurso hierárquico jurisdicionalizado. Por isso esses tribunais se integram na Administração onde figuram como órgãos superiores independentes, aos quais está confiado o «contrôle» da legalidade dos actos administrativos. Não são, pois, meros tribunais judiciais de competência especial: mas órgãos jurisdicionais da Administração que se limitam a controlar a legalidade do procedimento das autoridades para manter ou anular os actos recorridos. Todavia a isenção com que julgam e o respeito votado às suas sentenças criaram a confiança na sua justiça e consolidaram a sua existência.

Pelo contrário, no Brasil do tempo da independência a Administração imperial, que era a coluna dorsal do Estado e que defrontava os problemas do desenvolvimento de um vastíssimo território, estava mais preocupada com a eficácia do que com a legalidade. Os recursos administrativos não chegaram a oferecer no século XIX um princípio de garantia contra os actos irregulares das autoridades. Os tribunais judiciais surgiram como os únicos órgãos tutelares dos direitos individuais.

A adopção do sistema federativo, com a proclamação da República, em 1889, levou os brasileiros a olhar com mais atenção as instituições jurídicas norte-americanas. O *judicialismo* da Constituição brasileira de 1891 tinha de evoluir no sentido do «contrôle» da legalidade administrativa pelos tribunais comuns. Mas a única instituição correspondente aos *writs* de prerrogativa da *Common Law* era então o *habeas corpus*. E foi através deste que se ensaiou a intervenção dos tribunais na defesa dos direitos dos indivíduos, ameaçados ou violados por actos ilegais da Administração.

A actual fórmula brasileira do *mandado de segurança* é fruto

da experiência nacional, mas nele se encontram combinadas as sugestões do Direito americano com as do Direito administrativo franco-português.

Dos *writs*, o mandado de segurança reteve o carácter de ordem dada pelo tribunal à autoridade administrativa para fazer ou deixar de fazer qualquer coisa que a lei determina, a fim de proteger ou reintegrar um direito individual violado pela sua acção ou inacção ilegais.

É comum aos *writs* e ao Direito administrativo português o facto do «contrôle» jurisdicional incidir sobre os actos. Não são as pessoas que são julgadas (como nos remédios ordinários da *Common Law*, ou nas acções tendentes a efectivar a responsabilidade civil do Estado ou dos funcionários, existentes no Direito português ou brasileiro): trata-se unicamente de verificar se o acto violador dos direitos é ou não legal.

Esse acto só pode ser submetido aos tribunais portugueses, como aos brasileiros, depois de estarem esgotados os meios gratuitos de discussão administrativa. É a regra que no Direito norte-americano se denomina da *exhaustion of administrative remedies*.

No Direito português o *acto definitivo* que culmina o processo gratuito é um acto jurídico que deve também ser considerado *executório*, isto é, obrigatório coercivamente sem necessidade de decisão de um tribunal, em virtude do privilégio de executoriedade imediata de que goza a Administração (*privilège du préalable*).

No Direito brasileiro, embora em princípio vigore a regra de que a Administração carece de solicitar aos tribunais a execução coerciva das suas decisões, existe todavia uma larga zona onde o privilégio da executoriedade se manifesta, tanto no que respeita ao estatuto dos funcionários como no exercício do poder de polícia. E, na verdade, o pedido do mandado de segurança

só se justifica quando a autoridade administrativa actue sem necessidade de solicitar a intervenção prévia dos tribunais pois, se assim não fosse, era a propósito dessa solicitação que nos próprios tribunais o interessado deveria defender-se.

Em ambos os países os actos legislativos e os de conteúdo essencialmente político escapam à censura dos tribunais como, aliás, sucede nos restantes países, incluindo os Estados Unidos da América (*political questions*).

O processo do mandado de segurança é mais rápido do que o do recurso administrativo em Portugal. Mas o mandado é um remédio expedito contra a violência, que não dispensa a acção judicial comum para decisão da controvérsia porventura existente entre a Administração e os administrados quando os direitos destes não tenham grau de certeza suficiente. Enquanto que o recurso administrativo decide o fundo dessa controvérsia em todos os casos e permite a todos os interessados (e não só à autoridade recorrida) intervir no processo.

Em ambos os Direitos se admite a *suspensão liminar do acto* recorrido ou contra o qual seja impetrado mandado, tratando-se de acto jurídico cuja execução ainda não esteja esgotada. Essa suspensão só pode ser ordenada pelo Tribunal quando da execução do acto recorrido na pendência do processo venha a resultar a «ineficácia da medida» de segurança (Brasil) ou «prejuízo irreparável ou de difícil reparação» (Portugal).

Portanto, em nenhum dos países o recurso aos tribunais produz de per si efeito suspensivo. Só que no Direito brasileiro o juiz pode, como no México, decretar a suspensão *ex-officio*, enquanto no Direito português tem de ser requerida pelo interessado.

Desde que o tribunal julgue existente a ilegalidade do acto administrativo, em Portugal decreta a anulação do acto ilegal, privando-o de eficácia para o futuro e convidando a Adminis-

tração a desfazer os efeitos produzidos no passado. Se não for possível restituir o administrado à situação jurídica anterior, haverá que indemnizá-lo.

No Brasil o tribunal ordena pelo mandado de segurança a imediata reintegração do administrado no direito ameaçado ou violado, sem se pronunciar sobre a validade ou nulidade do acto de administração embora na maior parte dos casos, quando exista acto jurídico, essa pronúncia esteja implícita na concessão ou negação da segurança. Deste modo a sentença traduz uma injunção, um comando que impõe certa conduta imediata aos agentes administrativos.

Em ambos os países aos tribunais é vedada a apreciação da oportunidade ou da conveniência do acto administrativo. E em ambos a sanção existente para o caso do não acatamento das sentenças pela Administração é o procedimento criminal por desobediência contra os agentes responsáveis.

Também quer num, quer no outro direito os administrados podem defender ou sustentar os seus direitos contra as ilegalidades da Administração não só pelos meios especialmente criados para tal efeito (recurso directo de anulação, mandado de segurança) mas também pelos meios ordinários (acções de responsabilidade civil, acções criminais ...).

Assim, existem numerosos pontos de contacto entre os regimes jurídicos adoptados nos dois países. Tais coincidências são resultantes da analogia das situações que em todos os países a Administração moderna suscita. Situações análogas pedem, normalmente, soluções análogas também.

MARCELLO CAETANO

(Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa)

LIVROS CONSULTADOS

- ADAMS (Clarke) — *Aperçu sur le Droit Administratif Americain (Revue Internationale des Sciences Administratives, vol. XXIII, 1957, pág. 453).*
- ALMEIDA (Cândido Mendes de) — *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, Rio, 1870.*
- ALMEIDA (Fernando Mendes de) — *Constituições do Brasil, S. Paulo, 4.^a ed., 1963.*
- BARBALHO (J.) — *Constituição Federal Brasileira (Comentários), 1902.*
- BARBOSA (Ruy) — *Comentários à Constituição Federal (Coligidos e ordenados por Homero Pires), vols. IV e V, 1934.*
— *Obras Completas, vol. XXXIX, 1912, t. I — O Caso da Bahia. Petições de «habeas-corpus».*
- CAETANO (Marcello) — *Manual de Direito Administrativo, 6.^a ed., Lisboa, 1963.*
— *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 4.^a ed., Lisboa, 1963.*
- CAVALCANTI (Temistocles Brandão) — *Do Mandado de Segurança, 1.^a ed., 1934; 4.^a ed., 1958.*
- COLAÇO (João T. Magalhães) — *Contencioso Administrativo, Coimbra, 1921.*
- CRETELLA JR. (J.) — *Direito Administrativo do Brasil, 5 vols., 1956-1962.*
- DURET (M. Lanz) — *Derecho Constitucional Mexicano, 2.^a ed., 1933.*

FAGUNDES (M. Seabra) — *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.^a ed., Rio, 1957.

GELLHORN & BISE — *Administrative Law — Cases and Comments*, 4.^a ed., 1960.

GOODNOW — *Les Principes du Droit Administratif des Etats Unis*, trad. fr., 1907.

O Mandado de Segurança e a sua Jurisprudência — CASA RUY BARBOSA, 2 vols., 1960.

Mexico en la IX Conferencia Internacional Americana, Mexico, 1948.

Mexico ante el Pensamiento Juridico-social de Occidente, México, 1955.

MIRANDA (Pontes de) — *História e Prática do «Habeas corpus»*, 2.^a ed., 1951.

— *Comentários à Constituição de 1946*, 3.^a ed., 7 vols.

— *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., vol. 5.^o.

NETO (Cândido de Oliveira) — *Mandado de Segurança* (in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. XXXII, págs. 252 a 333).

NUNES (J. Castro) — *Do Mandado de Segurança*, 1.^a ed., 1937.

— *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943.

SOUSA (Octávio Tarquínio de) — *Vida de D. Pedro I*.

URUGUAY (Visconde do) — *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, 2 vols., 1862.

VASCONCELOS (J. Matos) — *Direito Administrativo*, 2 vols., 1936.

VIDIGAL (Eulálio Bueno) — *Do Mandado de Segurança*, 1953.

VITAL (Fezas) — *Garantias Jurisdicionais da Legalidade na Administração Pública*, Coimbra, 1938.

REVISTAS. — De Portugal foi sobretudo utilizada a revista *O Direito*, de Lisboa. Quanto ao Brasil, prestou grandíssimo auxílio a *Revista de Direito Administrativo* não só pelo grande número de artigos publicados sobre temas referentes à matéria do curso, como por reproduzir a principal legislação brasileira sobre mandado de segurança e casos de jurisprudência; utilizou-se também a *Revista Forense*, a *Revista dos Tribunais* e a *Revista do Serviço Público*.