

O político e o normativo

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

(1.ª Secção) de 9.12.2010, P. 855/10

Acto político. Acto normativo. Acto administrativo. Lei. Execução. Orçamento.

I – A função política consiste na definição e prossecução do interesse geral da colectividade e na correspondente escolha das opções destinadas à melhoria, preservação e desenvolvimento do modelo económico e social escolhido, por forma a que os cidadãos se possam sentir seguros e possam alcançar os bens materiais e espirituais que o mesmo é susceptível de lhes proporcionar.

II – A actividade administrativa funciona a jussante da função política, revestindo, no essencial, natureza executiva e complementar visto se destinar a pôr em prática as orientações gerais traçadas pela política com vista a assegurar em concreto a satisfação das necessidades colectivas de segurança e de bem-estar das pessoas.

III – Deste modo, e porque o Governo tem competências política e administrativa e porque esta última se materializa em actos administrativos que podem estar inclusos em diploma legislativo – pese embora não ser essa a regra –, é fundamental apurar se uma determinada decisão decorre da sua função política ou da sua actividade administrativa, pois que só esta é susceptível de controlo judicial.

IV – A imposição contida numa norma de execução orçamental de transferência de determinadas verbas das autarquias locais para o SNS constitui uma decisão política e, porque assim, a mesma não é contenciosamente sindicável.

Acordam na Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo:

I. Relatório

O Município de Oeiras veio deduzir a presente providência cautelar contra o Conselho de Ministros, pedindo a suspensão de eficácia de um acto administrativo praticado sob forma legislativa, constante do art. 78.º do DL n.º 72-A/2010, de 18/6, e do seu Anexo II e dos actos de execução que identifica, que impôs a “transferência financeira para o orçamento do Serviço Nacional de Saúde da Administração Central do Sistema de Saúde, IP (SNS), concretizada e fixada relativamente ao Município de Oeiras no Anexo II do mesmo diploma, mediante retenção nas respectivas transferências do Orçamento do Estado”, determinação que importava, durante o segundo semestre do ano de 2010, a transferência directamente para o orçamento do Serviço Nacional de Saúde (SNS) do valor correspondente aos encargos suportados pelo respectivo orçamento próprio com despesas pagas à ADSE [Direcção-Geral de Protecção Social aos Funcionários e Agentes da Administração Pública] em 2009 respeitantes a serviços prestados por estabelecimentos do SNS.

Alegou, resumidamente, que aquela imposição implicava a retenção, automática e unilateral, das transferências do Orçamento do Estado para o Município de Oeiras sem prever qualquer mecanismo de acerto de contas entre o valor a transferir e os cuidados prestados pelo SNS aos seus trabalhadores no ano de 2010, o que, para além de injusto – visto tratar-se de um verda-

deiro adiantamento ao Estado de quantias que poderiam não corresponder à efectiva prestação de cuidados daquele Serviço –, agravaria as sérias dificuldades financeiras e de tesouraria com que se debate, as quais, na presente crise, o impedirão de satisfazer as necessidades colectivas a seu cargo. Acrescentou que tal imposição constituía um acto administrativo ilegal, ferido por vícios que afectavam a sua validade, tornando-o nulo, que a sua imediata execução causaria ao requerente prejuízos de difícil reparação e que a suspensão solicitada não determinaria grave prejuízo para o interesse público.

A autoridade requerida contestou dizendo que o art. 78.º, n.ºs 1 e 2, do invocado DL n.º 72-A/2010 era uma norma jurídica de execução orçamental – de execução do disposto no art. 154.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28/4, que aprovou o Orçamento do Estado – referente ao estatuto jurídico de todas as autarquias locais e à sua relação com o regime financeiro do SNS e que, por ser assim, era impossível vislumbrar nela qualquer acto administrativo. O que, por si só, impunha o indeferimento da requerida providência cautelar. Mas, ainda que assim se não entendesse, certo era que essa medida também tinha de ser indeferida por uma outra ordem de razões; porque não estava ferida por qualquer ilegalidade, uma vez que o requerente não tinha concretizado factos susceptíveis de integrar um risco sério de facto consumado – não indicando, sequer, os serviços que deixaria de prestar por causa das transferências para o SNS –, e, finalmente, por serem graves e sérios os prejuízos causados ao interesse público com a suspensão das contestadas transferências.

Apresentou, ainda, a resolução fundamentada a que alude o art. 128.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

II. Nos termos do art. 112.º do CPTA, “quem possua legitimidade para intentar um processo junto dos tribunais administrativos pode solicitar a adopção da providência ou providências

cautelares ... que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir nesse processo (n.º 1), designadamente a “suspensão da eficácia de um acto administrativo ou de uma norma (norma administrativa)” [n.º 2, alínea a)]. No caso em apreço, o requerente veio indicar como objecto da providência um acto administrativo.

Sobre esta mesma questão e com base em peças substancialmente idênticas pronunciou-se já este STA em acórdão de 21/10/2010, proferido no proc. 713/10, desta Subsecção, em termos que merecem a nossa concordância e que ora se reiteram aqui, e que, de resto, também segue um outro de 12/11/2009, proferido no proc. 390/09, que relatámos e que mereceu o assentimento do Pleno do Tribunal. Ali se diz o seguinte: “É visível que requerente e requerida não se entendem quanto à qualificação jurídica que se deve atribuir à determinação objecto da pretendida providência. E, porque assim, e antes de tudo o mais, importa apurar se, de facto, os n.ºs 1 e 2 do art. 78.º do DL n.º 72-A/2010, de 18/6, contêm o acto administrativo que o Município ... nele vislumbra ou se, pelo contrário, como sustenta a entidade requerida, aquela norma é, apenas e tão-só, uma norma jurídica de execução do Orçamento do Estado para o ano de 2010. Questão cuja relevância é indiscutível uma vez que, por força do disposto no n.º 2, alínea a), do art. 4.º do ETAF, a apreciação da legalidade dos actos praticados pelos órgãos do Estado quando essa prática se insere no exercício da função política ou da função legislativa está excluída do âmbito da jurisdição deste Tribunal. Ou seja, e dito de forma diferente, cumpre decidir, desde já, se o apontado normativo contém um verdadeiro acto administrativo cuja execução pode ser judicialmente suspensa, como sustenta a requerente, ou se, pelo contrário, aquela norma mais não é que uma norma jurídica decorrente do exercício da função política do Governo e, por isso, insusceptível de ser contenciosamente sindicada.

O diploma onde se encontra o alegado acto administrativo cuja execução se quer ver sus-

pensa é da autoria do Conselho de Ministros. A Constituição da República Portuguesa, no capítulo em que se debruça sobre a competência do Governo, estabelece que este tem competências políticas (art. 197.º), legislativas (art. 198.º) e administrativas (art. 199.º) sem, contudo, definir em que consiste cada uma delas, já que se limita, sem preocupações exaustivas, a indicar alguns dos actos ou medidas em que as mesmas se podem traduzir, indicação que, não resolvendo a dificuldade de saber, com rigor e exactidão, quais são as competências do Governo, é, no entanto, útil para, conjuntamente com as leis ordinárias de atribuição de competências, se poder saber em que consistem e que poderes abrangem. Questão que, como decorre do que vem dito, é essencial para se decidir a natureza – política ou administrativa – do acto suspendendo.

Pode afirmar-se que a função política consiste na definição e prossecução do interesse geral da colectividade e na correspondente escolha das opções destinadas à melhoria, preservação e desenvolvimento do modelo económico e social escolhido, por forma a que os cidadãos se possam sentir seguros e possam alcançar os bens materiais e espirituais que o mesmo é susceptível de lhes proporcionar. E que a função administrativa se traduz na materialização dessas opções. Por ser assim, só os órgãos superiores do Estado – entre eles o Governo – podem exercer a função política pois só eles têm competência para definir, em termos gerais, os fins que a sociedade deve almejar, os meios que cabe utilizar para os alcançar e os caminhos que para o efeito será necessário percorrer. É, assim, evidente que a actividade administrativa funciona a jusante da função política e que a mesma, no essencial, reveste natureza executiva e complementar, visto se destinar a pôr em prática as orientações gerais traçadas pela função política com vista a assegurar em concreto a satisfação das necessidades colectivas de segurança e de bem-estar das pessoas. *Vd. M. CAETANO, Manual de Direito*

Administrativo, 10.ª ed., vol. I, pp. 8 a 10, S. CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, pp. 29/30, e F. AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, p. 45, e acórdãos deste STA de 22/4/1993 (rec. 29 790), de 9/6/1994 (rec. 33 975), de 5/3/1998 (rec. 43 438), e de 9/5/2001 (rec. 28 775). Tudo seria simples se na organização do Estado existissem órgãos com funções exclusivamente políticas e órgãos com funções apenas administrativas, pois, se assim fosse, tudo estaria rigorosamente pré-definido e seria impossível verificar-se qualquer confusão entre tais funções. Todavia, não é isso acontece, visto, por ex., o Governo e os seus membros terem, simultaneamente, funções políticas e funções administrativas, o que, muitas vezes, dificulta a questão de saber onde acaba uma e começa a outra, o que se traduz, ou pode traduzir, na dificuldade de saber se uma determinada decisão decorre da função política ou da função administrativa. Assim, e por exemplo, o mesmo tipo de acto – *vd.*, uma nacionalização – tanto pode constituir uma decisão política – se estiver integrada na política económica geral que o Governo traçou e pretende implementar – como uma mera decisão administrativa e, por conseguinte, ser impugnável – se estiver em causa o gesto isolado da nacionalização de uma empresa que, por razões estritamente económicas, irrepetíveis, se entende conveniente integrar o sector empresarial do Estado. Questão essencial visto só as decisões administrativas serem susceptíveis de controlo judicial.

É esta dificuldade em traçar com clareza a fronteira entre a função política e a função administrativa que tem potenciado a perigosa e nefasta tendência, hoje infelizmente cada vez mais comum, de, na tentativa de se obterem ganhos imediatos, se procurar judicializar a função política e legislativa do Governo e dos restantes órgãos de soberania. Deste modo, e porque a função administrativa do Governo e dos seus membros se materializa em actos administrativos que podem estar inclusos em diploma le-

gislativo – muito embora não seja essa a regra – regressamos ao ponto de partida que é saber se o citado art. 78.º do DL n.º 72-A/2010, de 18/6, contém qualquer acto administrativo ou se, ao invés, o que dele se retira é uma medida de política geral, inserida na prossecução do interesse público, destinada a possibilitar a concretização dos interesses essenciais da sociedade.

O referido diploma – no dizer do seu preâmbulo – procurou fixar “as disposições necessárias à execução do Orçamento do Estado para 2010, aprovado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril” e contribuir para a “plena execução do Programa de Estabilidade e Crescimento 2010-2013, antecipando desde já regras em matéria de redução da despesa pública”. O que torna claro que o mesmo teve em vista não só providenciar a execução do Orçamento para 2010 como, dentro desta, criar mecanismos que conduzissem à contracção da despesa pública para, dessa forma, se cumprir o objectivo político fixado de redução da despesa e diminuição do défice.

E, nesse desiderato, o mencionado art. 78.º, executando o estatuído no art. 154.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28/4 [“(Artigo 154.º/Transferências das autarquias locais para o SNS: As autarquias locais transferem directamente para o orçamento do Serviço Nacional de Saúde da Administração Central do Sistema de Saúde, I. P., o valor correspondente aos encargos suportados pelos respectivos orçamentos próprios com despesas pagas à ADSE em 2009 respeitantes a serviços prestados por estabelecimentos do SNS.”), (que aprovou o Orçamento do Estado para 2010), estabeleceu o seguinte:

“[Artigo 78.º]

Transferências das entidades municipais para o SNS

1 – No cumprimento do previsto no artigo 154.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, é publicado no anexo II ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante, o montante a transferir por cada entidade para o SNS.

2 – O montante referido no número anterior é retido nas transferências do Orçamento do

Estado para as entidades previstas na Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril.

3 – Os municípios são a entidade responsável por receber das empresas municipais os montantes que lhes competem e entregá-los ao Serviço Nacional de Saúde.”

E no Anexo II referido no transcrito n.º 2 encontram-se identificadas centenas de entidades (freguesias e municípios) que têm de transferir verbas para o SNS, entre elas o aqui requerente. O que quer dizer que não só a publicação daquele DL n.º 72-A/2010 se inseriu no conjunto de diplomas legislativos publicados com vista a promover a execução da Lei do Orçamento, constituindo, por isso, um diploma complementar da sua execução, como também que aquele art. 78.º se dirige ao universo global das autarquias locais, ainda que estas tenham sido especificamente nomeadas. Sendo assim, e sendo que o Orçamento do Estado é muito provavelmente o mais importante e decisivo instrumento do exercício da sua função política, o requerente só poderia ver sufragado o seu entendimento se fosse visivelmente claro que aquele normativo, afastando-se das características de generalidade e abstracção próprias das leis, continha um verdadeiro acto administrativo. Ora, pelas razões que se irão expor, é manifesto que tal não acontece.

Com efeito, “consideram-se actos administrativos as decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo das normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta” – *vd.* arts. 120.º do CPA e 51.º do CPTA. O que quer dizer que só se pode afirmar que um determinado acto é um acto administrativo quando ele (1) se traduzir na conduta de um órgão ou agente da Administração, (2) proferido a coberto de normas de direito público, (3) se destinar a prosseguir os interesses postos na lei a seu cargo e (4) produzir efeitos jurídicos num caso concreto, afectando os direitos ou interesses legitimamente protegidos do seu destinatário (M. CAETANO, *Manual de*

Direito Administrativo, 10.º ed., pp. 429 e segs.). E, *a contrario*, pode afirmar-se que não são actos administrativos os que, apesar de provirem de um órgão da Administração, *maxime* do Governo, não tiveram por finalidade a prossecução do interesse público, não foram praticados a coberto de normas de direito público ou que se não destinaram a produzir efeitos num caso concreto. *Vd.* acórdão de 26/9/2001 (rec. 43 832). O que quer dizer que entre os elementos essenciais do acto administrativo se encontra o facto de ter um destinatário concreto, perfeitamente identificado, cuja situação individual visa regular. Características que o distinguem dos actos normativos, já que estes se destinam a regulamentar a situação de um universo geral e abstracto de destinatários e se inserem na função legislativa do Estado. E, porque assim, isto é, porque a generalidade e abstracção dos seus destinatários foi erigida como elemento essencial do conceito de acto normativo, ter-se-á de concluir que sempre que uma norma se dirige a um grupo genérico e indeterminado de pessoas, ainda que determináveis, mas sem definição das suas situações individuais, o comando deve considerar-se como acto normativo e não como acto administrativo. Neste sentido, *vd.* FREITAS DO AMARAL, in *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, pp. 170 e segs., e, entre muitos outros, os acórdãos deste STA de 3/11/2004 (rec. 678/04), e de 29/3/2006 (rec. 1105/05) e diversa jurisprudência neles citada. Ora, não se pode duvidar de que a imposição decorrente do transcrito normativo se dirige ao universo global das autarquias locais, ainda que identificadas no Anexo II, o que significa que o mesmo contém as características da generalidade e abstracção que faz com que só possa ser qualificado como um acto normativo. Em conclusão: quer porque o citado preceito legal se integra na função política do Governo quer porque a determinação nele contida não se destina a resolver um caso concreto, é forçoso concluir que o mesmo não contém qualquer acto administrativo. *Vd.*, a propósito, os acórdãos deste STA de 12/11/

/2009 (Secção) e de 20/5/2010 (Pleno) no proc. 390/09. O que tem como consequência, clara e inequívoca, a impossibilidade do decretamento da requerida providência” (no mesmo sentido, veja-se o acórdão de 25/11/2010, proferido no recurso 762/10).

III. Decisão

Nos termos e com os fundamentos expostos acordam em indeferir o pedido de suspensão de eficácia formulado.

Custas pelo requerente.

Lisboa, 9 de Dezembro de 2010.

Rui Manuel Pires Ferreira Botelho (*Relator*)
– José Manuel da Silva Santos Botelho – Adérito da Conceição Salvador dos Santos (*vencido, com a declaração que junto*)

Declaração de voto

Como entende a generalidade da doutrina (sobre a definição de acto administrativo, na doutrina, veja-se J. M. SANTOS BOTELHO/A. PIRES ESTEVES/J. CÂNDIDO DE PINHO, *Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, 5.ª ed., 2002, pp. 546/547), actos administrativos são decisões concretas e individuais tomadas pela Administração Pública, em aplicação das leis e dos regulamentos administrativos, e que definem a situação jurídica dos administrados (JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, 2.ª ed., Almedina, p. 209). Este é, também, o conceito de acto administrativo definido no Código do Procedimento Administrativo, para cujos efeitos se consideram «actos administrativos as decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta» (art. 120.º). E é esta definição legal de acto administrativo que está pressuposta no conceito de acto contenciosamente impugnável, constante do art. 51.º do CPTA (neste sentido, M. AROSO DE ALMEIDA/A. FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de*

Processo nos Tribunais Administrativos, 2.^a edição revista, 2007, p. 307).

Assim, os actos administrativos enquadram-se na função administrativa, secundária ou complementar em relação à vontade primária da lei, que «compreende o conjunto de actos de execução de actos legislativos, traduzida na produção de bens e na prestação de serviços destinados a satisfazer necessidades colectivas que, por virtude de prévia opção legislativa, se tenha entendido que incumbem ao poder político do Estado-colectividade» (MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa, 1999, p. 12).

Nesta perspectiva, e a nosso ver, se impõe reconhecer a existência de um acto administrativo na imposição contida no questionado art. 78.º do DL n.º 72-A/2010, de 18/6.

Com efeito, nele se determina – por referência ao Anexo II, que é parte integrante deste diploma – o montante a transferir, para o SNS, pelas entidades (freguesias e municípios) que, nesse Anexo II, são também identificadas.

Assim, e como é próprio dos actos administrativos, ele define a situação jurídica das entidades suas destinatárias, dando execução – como salienta o preâmbulo do diploma legal em que se integra e, expressamente, refere o respectivo n.º 1 – ao Orçamento do Estado para o ano de 2010 (aprovado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28/4). Este, sim, correspondente a acto normativo, por emergente do exercício «daquela função livre e criativa que é a função legislativa estadual» (MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, 1988, p. 293).

Este foi, aliás, o entendimento em que se baseou o Pleno desta 1.^a Secção, no referido acórdão de 20/5/2010 (P. 390/09), para afastar a existência de acto administrativo (omissivo) na Lei n.º 64-A/2008, de 31/12, que aprovou o Orçamento Geral do Estado para o ano de 2009.

Conheceria, pois, do pedido de suspensão de eficácia.

Adérito da Conceição Salvador dos Santos.

Anotação

1. O acórdão sob anotação incide sobre a importante questão da definição do âmbito e limites da jurisdição administrativa.

A este propósito, costumam-se apontar dois grupos de matérias que não cabem na jurisdição administrativa: por um lado, os actos praticados no exercício da função política e legislativa; por outro lado, os actos que dizem respeito à gestão privada desenvolvida pelos órgãos da Administração. O espaço que fica entre estas duas fronteiras delimita a matéria própria do direito administrativo.

A própria possibilidade de um direito administrativo, e de um direito do contencioso administrativo, pressupõe, pois, a possibilidade de proceder de forma clara a esta delimitação de fronteiras. Assim, no art. 4.º, n.º 2, alínea a), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) consigna-se que está excluída do âmbito da jurisdição administrativa a apreciação de litígios que tenham por objecto a impugnação de actos praticados no exercício da função política e legislativa. Por outro lado, o art. 212.º, n.º 3, da Constituição estabelece que cabe aos tribunais administrativos o conhecimento dos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas. Esta disposição constitucional tem sido interpretada no sentido de excluir o conhecimento, por parte dos tribunais administrativos, dos litígios emergentes das relações jurídico-privadas. Simplesmente, esse pressuposto está cada vez mais posto em causa. E posto em causa nas duas fronteiras apontadas.

No aresto objecto da presente anotação não se trata a delimitação da jurisdição administrativa em face das relações jurídico-privadas⁽¹⁾, mas tão-só em face dos actos da função política e legislativa.

⁽¹⁾ Em relação à actividade privada da Administração Pública importa, desde logo, considerar o disposto no art. 2.º, n.º 5, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), nos termos do qual as disposições do mesmo Código relativas à organização e à actividade administrativas são aplicáveis a qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou

2. Na decisão em causa, o Município de Oeiras veio impugnar um acto do Conselho de Ministros praticado sob forma legislativa, constante do art. 78.º do DL n.º 72-A/2010, de 18/6, e do seu Anexo II e dos actos de execução que identifica, que impôs a «transferência financeira para o orçamento do Serviço Nacional de Saúde da Administração Central do Sistema de Saúde, IP (SNS), concretizada e fixada relativamente ao Município de Oeiras no Anexo II do mesmo diploma, mediante retenção nas respectivas transferências do Orçamento do Estado».

O que o tribunal foi chamado a decidir foi a questão de saber se estava aqui em causa um acto administrativo verdadeiramente dito, ainda que praticado sob forma legislativa, ou, pelo contrário, um acto inserido na função política ou legislativa. O problema, como bem intuiu o STA, reside em que o Governo tem, à luz da Constituição portuguesa, competências políticas (art. 197.º), mas também competências legislativas (art. 198.º) e competências propriamente administrativas (art. 199.º).

Como apurar se um determinado acto se integra no âmbito de cada uma daquelas competências? Como se afirma no acórdão do STA, reflectindo a clara consciência da crescente flexibilização do princípio da separação de poderes ⁽²⁾, «Tudo seria simples se na organização do Estado existissem órgãos com funções exclusivamente políticas e órgãos com funções apenas administrativas pois, se assim fosse, tudo estaria rigorosamente pré-definido e seria impossível verificar-se qualquer confusão entre tais funções. Todavia, não é isso que acontece, visto, por ex., o Governo e os seus

membros terem, simultaneamente, funções políticas e funções administrativas, o que, muitas vezes, dificulta a questão de saber onde acaba uma e começa a outra, o que se traduz, ou pode traduzir, na dificuldade de saber se uma determinada decisão decorre da função política ou da função administrativa».

Mais ainda, a decisão judicial em causa sustenta que «É esta dificuldade em traçar com clareza a fronteira entre a função política e a função administrativa que tem potenciado a perigosa e nefasta tendência, hoje infelizmente cada vez mais comum, de, na tentativa de se obterem ganhos imediatos, se procurar judicializar a função política e legislativa do Governo e dos restantes órgãos de soberania».

No caso discutido no acórdão do STA, sustentou-se que a medida do Conselho de Ministros revestia a natureza de acto político, uma vez que «teve em vista não só providenciar a execução do Orçamento para 2010 como, dentro desta, criar mecanismos que conduzissem à contracção da despesa pública para, dessa forma, se cumprir o objectivo político fixado de redução da despesa e diminuição do défice».

Para além disso, e ocupando um lugar central na economia da argumentação desenvolvida no acórdão, sustenta-se que o acto em causa não reveste carácter de acto administrativo, mas sim de acto normativo. Com efeito, segundo o acórdão, o art. 78.º dirige-se «ao universo global das autarquias locais, ainda que estas tenham sido especificamente nomeadas. Sendo assim, e sendo que o Orçamento do Estado é muito provavelmente o mais importante e decisivo instrumento do exercício da sua função política, o requerente só poderia ver sufragado o seu entendimento se fosse visível-

de gestão privada. Sobre o ponto, cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, Fuga para o Direito Privado: Contributo para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 121-137 e 167 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, Direito Administrativo Geral, tomo I, Dom Quixote, Lisboa, 2004, p. 82.

⁽²⁾ Sobre isto, cf. NUNO PIÇARRA, «A Separação de Poderes na Constituição de 76. Alguns Aspectos», in Jorge Miranda (org.), Nos Dez Anos da Constituição, INCM, Lisboa, 1987, pp. 155-156. O fenómeno a que se refere a «flexibilidade»

mencionada no texto pode ser encarado em termos mais radicais. Assim, GIORGIO AGAMBEN sustenta que o «princípio democrático da divisão de poderes está hoje enfraquecido e que o poder executivo absorveu de facto, pelo menos em parte, o poder legislativo. (...) Em sentido técnico, a República não é mais parlamentar, mas governamental» (cf. Estado de Excepção, tradução do italiano, Edições 70, Lisboa, 2010, p. 35).

mente claro que aquele normativo, afastando-se das características de generalidade e abstracção próprias das leis, continha um verdadeiro acto administrativo».

Apoiando-se na doutrina de MARCELLO CAETANO, o acórdão defende que um acto apenas reveste natureza de acto administrativo quando: (1) se traduzir na conduta de um órgão ou agente da Administração, (2) proferido a coberto de normas de direito público, (3) se destinar a prosseguir os interesses postos na lei a seu cargo e (4) produzir efeitos jurídicos num caso concreto, afectando os direitos ou interesses legitimamente protegidos do seu destinatário⁽³⁾. Desta formulação retira o STA, na sequência de outras decisões suas, que entre os elementos essenciais do acto administrativo se encontra o facto de ter um destinatário concreto, perfeitamente identificado, cuja situação individual visa regular, o que permitirá distingui-lo dos actos normativos, já que estes se destinam a regulamentar a situação de um universo geral e abstracto de destinatários e se inserem na função legislativa do Estado.

Assim, porque o citado art. 78.º do DL n.º 72-A/2010, de 18/6, se integra na função política do Governo e a determinação nele contida não se destina a resolver um caso concreto, tem de concluir-se, segundo o STA, que o mesmo não contém qualquer acto administrativo, pelo que não pode ser sindicado pelos tribunais administrativos.

3. Todavia, existe uma passagem no acórdão que evidencia uma dificuldade, quando aí se refere que «não se pode duvidar de que a imposição decorrente do transcrito normativo se dirige ao universo global das autarquias locais, ainda que identificadas no Anexo II, o que significa que o mesmo contém as características da generalidade e abstracção que faz com que só possa ser qualificado como um acto normativo».

⁽³⁾ M. CAETANO, Manual de Direito Administrativo, vol. I, 10.ª ed., Coimbra Editora, pp. 429 e segs.

Foi este aspecto que deu origem ao voto de vencido contido no acórdão. Entendeu-se em tal voto de vencido que, na verdade, a imposição contida no citado art. 78.º configura um acto administrativo. Na argumentação seguida no voto de vencido, o que no citado art. 78.º se determina – por referência ao Anexo II, que é parte integrante do diploma em causa – é o montante a transferir, para o SNS, pelas entidades (freguesias e municípios) que, nesse mesmo Anexo II, são também identificadas. Assim, o acto em causa definiria, como é próprio dos actos administrativos, a situação jurídica das entidades suas destinatárias, dando execução – como salienta o preâmbulo do diploma legal em que se integra e, expressamente, refere o respectivo n.º 1 – ao Orçamento do Estado para o ano de 2010 (aprovado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28/4). Este, sim, seria um verdadeiro e próprio acto normativo, pois só ele seria emergente da «função livre e criativa que é a função legislativa estadual», segundo a expressão de MARIA LÚCIA AMARAL⁽⁴⁾.

Vemos, assim, que a discussão gerada em torno do caso decidido pelo acórdão se centrou verdadeiramente na distinção entre acto normativo e acto individual e concreto, através de uma tendencial identificação entre acto político, acto normativo e acto da função legislativa⁽⁵⁾, e não tanto na distinção substancial entre acto político, acto legislativo e acto administrativo.

Antes de me debruçar sobre esta última distinção, importa aprofundar a discussão em torno de saber se o acto sobre que incidiu o acórdão sob anotação se deve configurar como acto administrativo ou acto normativo. Para o efeito, vale a pena reproduzir aqui na íntegra o texto do art. 78.º do DL n.º 72-A/2010, de 18/6, que, como se afirma no respectivo preâmbulo, «estabelece as disposições necessárias à execução do Orçamento do Estado para 2010, aprovado pela

⁽⁴⁾ Cf. MARIA LÚCIA AMARAL, Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador, Coimbra, 1998, p. 293.

⁽⁵⁾ Neste mesmo sentido, cf. o Ac. do STA de 20/5/2010, proferido no P. 390/09.

Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril». Consigna o citado artigo: «1 – No cumprimento do previsto no artigo 154.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, é publicado no anexo II ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante, o montante a transferir por cada entidade para o SNS. 2 – O montante referido no número anterior é retido nas transferências do Orçamento do Estado para as entidades previstas na Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril. 3 – Os municípios são a entidade responsável por receber das empresas municipais os montantes que lhes competem e entregá-los ao Serviço Nacional de Saúde».

Por seu turno, o art. 154.º da Lei n.º 3-B/2010 estabelece o seguinte: «As autarquias locais transferem directamente para o orçamento do serviço nacional de saúde da Administração Central do Sistema de Saúde, I. P., o valor correspondente aos encargos suportados pelos respectivos orçamentos próprios com despesas pagas à ADSE em 2009 respeitantes a serviços prestados por estabelecimentos do SNS».

Nas palavras do acórdão, o art. 78.º em causa constitui «determinação que importava, durante o segundo semestre do ano de 2010, a transferência directamente para o orçamento do SNS do valor correspondente aos encargos suportados pelo respectivo orçamento próprio com despesas pagas à ADSE em 2009 respeitantes a serviços prestados por estabelecimentos do SNS». Essa mesma determinação resultava também, todavia, já do próprio art. 154.º da Lei n.º 3-B/2010. Vejamos, pois. Do entendimento vertido no acórdão resulta que ambas as determinações, isto é, as constantes do art. 78.º do DL n.º 72-A/2010 e do art. 154.º da Lei n.º 3-B/2010, revestem a natureza de actos normativos. Da declaração de voto ao mesmo acórdão resulta que apenas a determinação constante da Lei do Orçamento do Estado para 2010 reveste natureza normativa, tendo a determinação constante do diploma do Governo natureza de acto administrativo, ainda que praticado sob forma legislativa.

O caso dos autos configura, na verdade, um caso de fronteira, evidenciando a dificuldade em distinguir entre a generalidade e a mera pluralidade de destinatários. A característica da generalidade deve ser entendida não como simples indeterminação fáctica

dos respectivos destinatários, mas como indeterminabilidade desses mesmos destinatários, isto é, como a identificação dos destinatários da determinação através de uma categoria⁽⁶⁾. Afigura-se, nesta conformidade, que, enquanto a determinação legislativa da Lei do Orçamento do Estado para 2010 ainda se pode caracterizar como norma geral, a disposição do art. 78.º do DL n.º 72-A/2010 já se deverá caracterizar como um acto administrativo, ainda que com uma pluralidade de destinatários. Com efeito, enquanto a Lei do Orçamento se reporta claramente à categoria «autarquias locais», já a disposição do art. 78.º tem em vista cada uma das entidades que preenchem tal categoria, como resulta de as mesmas surgirem especificadas no anexo II ao DL n.º 72-A/2010⁽⁷⁾.

4. É neste ponto, precisamente, que faz sentido aprofundar a distinção entre actos da função política e legislativa e actos da função administrativa, na medida em que a mesma não coincida com a distinção entre actos normativos e actos individuais e concretos, permitindo, desde logo, conduzir à solução daqueles casos que esta última não esclareça cabalmente. Com efeito, a exclusão do âmbito da jurisdição administrativa dos actos da função política e legislativa não se faz apenas em homenagem à sua eventual natureza normativa, mas também ao seu carácter intrínseco. Como definir este, todavia, quando falte o arrimo confortável (pelo menos aparentemente) do carácter normativo?

(6) Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, O Direito: Introdução e Teoria Geral, 13.ª ed. refundida, Almedina, Coimbra, 2005, p. 506.

(7) Caso se entenda que também a abstracção – isto é, a característica consistente em os factos ou situações regulados não estarem realizados, sendo de verificação futura – deve ser considerada como característica da norma jurídica, teríamos de concluir que nem mesmo a disposição da Lei do Orçamento do Estado para 2010 configura uma norma jurídica, pois as situações visadas pelo respectivo art. 154.º prendem-se apenas com a transferência pelos municípios para o orçamento do SNS do valor correspondente aos encargos suportados pelo respectivo orçamento próprio com despesas pagas à ADSE em 2009 – e só nesse ano – respeitantes a serviços prestados por estabelecimentos do SNS.

Deve entender-se, numa primeira aproximação, que, quando esteja em causa uma escolha política, envolvendo interesses colectivos essenciais, estar-se-á no domínio da função política e legislativa (não distingo, para já, propositadamente os dois conceitos), estando-se no domínio da função administrativa quando se trate de implementar as prévias escolhas políticas⁽⁸⁾. Nesta medida, a disposição legislativa contida na Lei do Orçamento corresponde a uma escolha política e a disposição do art. 78.º do DL n.º 72-A/2010 corresponde já à implementação administrativa de uma escolha política prévia. Ainda que nenhuma das determinações revestisse natureza normativa, só a segunda parece susceptível de ser caracterizada como acto administrativo, pois só ela se integra materialmente na função administrativa. Repare-se que muito embora no caso vertente coincidam os resultados da distinção entre acto normativo e activo individual e concreto, por um lado, e acto da função política e legislativa, por outro, essa convergência poderia não ocorrer. Por outras palavras, poderia a própria disposição contida na Lei do Orçamento não revestir carácter normativo. Com efeito, é hoje pacificamente aceite o carácter sui generis do acto legislativo orçamental, ainda que se considere ultrapassada a distinção entre lei meramente formal e lei material⁽⁹⁾. Em qualquer caso, mostra-se razoável sustentar que o sentido decisório correcto seria o constante do voto de vencido, ainda que com uma fundamentação parcialmente diversa.

5. A lógica argumentativa do acórdão orienta-se no sentido de uma identificação entre função política e legislativa com a sua expressão normativa, não divergindo, neste aspecto, o voto de vencido do sentido da opinião da maioria dos juízes. A decisão do STA adopta, assim, a visão daquele que alguns constitu-

⁽⁸⁾ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, ob. cit., p. 37.

⁽⁹⁾ Cf. GOMES CANOTILHO, "A Lei do Orçamento na Teoria da Lei", in AA.VV., Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, II, Universidade de Coimbra, 1979, p. 553; TIAGO DUARTE, A Lei por Detrás do Orçamento: A Questão Constitucional da Lei do Orçamento, Almedina, Coimbra, 2007, p. 298.

cionalistas americanos designam como o «liberalismo jurídico», isto é, a visão segundo a qual a lei limita efectivamente e deve limitar o poder executivo⁽¹⁰⁾. De acordo com esta visão, como se apontou, verifica-se uma tendencial identificação entre função política e função legislativa e a expressão do art. 4.º, n.º 2, alínea a), do ETAF contém, na realidade, uma redundância. Essa redundância adquire o seu sentido no facto de, segundo essa concepção, as opções políticas serem adoptadas no âmbito da função legislativa e expressas fundamentalmente através de actos normativos ou, pelo menos, actos incluídos numa reserva do Parlamento, como sucede com a lei do orçamento⁽¹¹⁾. No plano dogmático, esta construção seria ainda completada através da possibilidade, actualmente reconhecida no art. 52.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de impugnar os actos administrativos independentemente da respectiva forma, isto é, mesmo na hipótese de estarem contidos em acto legislativo. Por outras palavras, à luz desta concepção um acto do poder é um acto administrativo, contenciosamente sindicável, se for um acto individual e concreto que implementa escolhas políticas prévias, ainda que sob forma legislativa, e será um acto da função política e legislativa, como tal inimugnável perante os tribunais administrativos, se for um acto normativo que dá corpo a essas escolhas políticas. E tertium non datur.

Interessa, todavia, explorar essa terceira hipótese, de acordo com a qual existem actos da função política, praticados ou não sob forma legislativa, que não revestem carácter normativo e, não obstante, devem também ser excluídos do âmbito da jurisdição administrativa à luz do disposto no art. 4.º, n.º 2, alínea a), do ETAF. Por outras palavras, coloca-se o problema de saber se, quando esta disposição refere os «actos praticados no exercício da função política e legislativa», não se deverão entender aqui também incluídos actos da função política que não são verdadeiramente

⁽¹⁰⁾ Cf. ERIC A. POSNER e ADRIAN VERMEULE, The Executive Unbound: After the Madisonian Republic, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 3.

⁽¹¹⁾ Cf. GOMES CANOTILHO, "A Lei do Orçamento na Teoria da Lei", cit., pp. 573-576.

actos normativos mas não deixam de afectar directamente os cidadãos. Em regra, entende-se que os actos da função política não incluídos também na função legislativa são actos que não se dirigem aos cidadãos. Segundo este modo de ver, os «actos políticos não visam projectar-se, de modo directo e imediato, para fora do universo público, muito menos sobre os cidadãos, disciplinando a vida social». Neste contexto, cabe salientar os programas de Governo e planos não transformados em leis como exemplos de actos políticos com projecção indirecta sobre os cidadãos; ou as moções de confiança e censura como actos políticos que respeitam apenas às relações entre órgãos do poder político do Estado; ou actos de relevância jurídica internacional, como a celebração de tratados ou a declaração de guerra ⁽¹²⁾.

Sem pôr em causa esta dimensão dos actos políticos, pode questionar-se se a mesma esgota todos os casos em que um acto da função política não se deixa caracterizar simultaneamente como um acto normativo da função legislativa. Não estamos aqui simplesmente perante os casos em que um acto da função política é também, formalmente, um acto da função legislativa mas não se exprime através de um acto normativo, como sucede com as designadas «leis-medida». Para além desses, temos ainda as declarações dos estados de sítio ou de emergência e ainda o exercício de poderes de emergência no âmbito da política económica, como a nacionalização.

Quanto a este último aspecto, o STA parece dar uma orientação clara, quando afirma, no aresto sob anotação, que «o mesmo tipo de acto – vd. uma nacionalização – tanto pode constituir uma decisão política – se estiver integrada na política económica geral que o Governo traçou e pretende implementar – como pode constituir uma mera decisão administrativa e, por conseguinte, ser impugnável – se estiver em causa o gesto isolado da nacionalização de uma empresa que, por razões estritamente económicas, ir-repetíveis, se entende conveniente integrar o sector empresarial do Estado».

⁽¹²⁾ Cf. M. REBELO DE SOUSA e A. SALGADO DE MATOS, ob. cit., p. 33.

Uma vez mais se procura reduzir à distinção entre acto geral e individual o problema substancial da distinção entre função política e legislativa, por um lado, e função administrativa, por outro. Independentemente de não poder aprofundar aqui esta distinção, e as dificuldades que a mesma conhece actualmente, o certo é que se encontraram, no âmbito do Estado moderno administrativo, outros recursos para obviar à sindicabilidade judicial: trata-se de a própria lei, através da atribuição à Administração de poderes discricionários ou de uma margem de livre apreciação na aplicação de conceitos indeterminados, acabar por criar um efeito análogo ao da exclusão da jurisdição ⁽¹³⁾.

O exemplo da nacionalização é, de resto, bem ilustrativo: nos termos do art. 1.º do Anexo à Lei n.º 62-A/2008, de 11/11, «podem ser objecto de apropriação pública, por via de nacionalização, no todo ou em parte, as participações sociais de pessoas colectivas privadas, quando, por motivos excepcionais e especialmente fundamentados, tal se revele necessário para salvaguardar o interesse público». É evidente a atribuição de uma margem de discricionariedade, bem como a presença de conceitos indeterminados, com o efeito de diminuir o alcance da sindicabilidade contenciosa do acto de nacionalização. Mas o próprio circunstancialismo que rodeou a aprovação do regime jurídico da apropriação pública por via da nacionalização mostra também a fragilidade, ou o artificialismo, da distinção entre as funções política, legislativa e administrativa: o mesmo acto legislativo que aprovou o regime jurídico da nacionalização, nacionalizou, em aplicação desse mesmo regime, todas as acções representativas do capital social do Banco Português de Negócios, S. A. Não só a separação entre decisão política concreta e norma legal surge evidenciada, como ainda a sequência segundo a qual a decisão administrativa individual se segue à norma geral que exprime, por sua vez, uma opção política

⁽¹³⁾ Cf. ERIC A. POSNER e ADRIAN VERMEULE, *The Executive Unbound*, cit., pp. 106-107.

foi claramente subvertida. Tal é, de resto, próprio da prática administrativa da «sociedade pós-parlamentar», em que se assiste a uma tendencial fusão entre as autoridades que fazem as regras gerais e aquelas que as aplicam aos casos concretos ⁽¹⁴⁾. Ainda que essa prática seja de aceitar como uma decorrência inevi-

tável do Estado Social, convém não esquecer que este último, bem como uma das suas implicações, isto é, a possibilidade de apresentar pretensões individuais dirigidas à satisfação de direitos a prestações, assentam em pressupostos de crescimento económico ⁽¹⁵⁾, cuja verificação se afigura cada vez mais duvidosa.

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO

⁽¹⁴⁾ Cf. OTTO KIRCHHEIMER, "The Rechtsstaat as Magic Wall", in William E. Scheuerman (ed.), *The Rule of Law Under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, University of California Press, Berkeley, 1996, p. 249.

⁽¹⁵⁾ Cf. WILLIAM E. SCHEUERMAN, *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*, The MIT Press, Cambridge, 1997, pp. 223-224.