



Paulo Linhares Dias

A PATRIMONIALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-
Políticas - Menção em Direito Administrativo
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Paulo Joaquim Borges Linhares Dias

A PATRIMONIALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

THE PROPERTY OF THE ADMINISTRATIVE ACT

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito conducente ao grau de Mestre, em Ciências Jurídico-Políticas – Menção em Direito Administrativo.

Orientador

Professor Doutor Pedro Gonçalves

Coimbra, 2016

“Que ciência é esta que não faz um balanço dos seus pontos obscuros, das suas terras virgens, e repete impunemente erros sobre erros, ao longo dos anos, mesmo nas áreas que se supõem exploradas? Que ciência é esta em que uma teoria dominante, ainda que contestada e contestável, se faz razão e direito só porque a rotina, a conveniência ou o desânimo militam em seu favor?”

Orlando de Carvalho, “ao leitor” in *Escritos*

AGRADECIMENTOS

A elaboração do presente trabalho não teria sido possível sem a colaboração de diversas pessoas, às quais, o meu agradecimento é da mais elementar justiça, e que faço questão de, reconhecido, o aqui fazer.

Ao Professor Doutor Pedro Gonçalves, meu orientador, devo a mestria de um vasto conhecimento e uma forma muito singular e moderna de pensar o direito administrativo, que esteve sempre presente nos conselhos e referências dadas ao longo de todo o trabalho. Agradeço ainda o incentivo ao estudo do direito administrativo, para além deste trabalho, tendo-me sempre incentivado à investigação, noutros fóruns e projetos para que me amavelmente me convidou e que, penhoradamente, agradeço.

Aos meus colegas de escritório, desde logo, ao meu sócio Victor Borges da Ponte, e a toda a equipa, à Ana Cunha, ao Francisco Abreu dos Santos, ao José da Silva Andrade, ao Leonardo Ponte, à Ana Ferreira Pimentel, ao João Furtado Sousa, à Rute Machado, à Elga Nunes Pereira e à Maria Costa por todas as – muitas – tarefas que cumpriram por mim, por forma a libertarem-me para esta árdua tarefa, sobretudo na fase da escrita. Uma palavra especial à Beatriz Andrade, que muitas vezes, me auxiliou na recolha de legislação, jurisprudência e outro material que se revelou essencial ao longo da investigação.

À Lena, agradeço a revisão do texto, mas acima de tudo os vinte e quatro anos de companheirismo, que começaram justamente em Coimbra, no início da licenciatura. Aos nossos filhos, Inês e Ivo, mais de que um agradecimento, um pedido de desculpas pelas ausências que estes momentos necessariamente provocam.

Ao meu pai, recentemente desaparecido, agradeço todos os sacrifícios que me tornaram possível chegar aqui, mas acima de tudo o carinho e os valores que me ensinou, o maior dos quais o amor pela vida e pelas pessoas. À minha mãe, agradeço igualmente os sacrifícios e o

carinho, tendo sido a maior das vítimas das minhas ausências, privada que ficou nesta fase tardia e solitária da sua vida, das minhas visitas quinzenais à ilha Terceira.

RESUMO

O presente trabalho versa a patrimonialidade do ato administrativo, isto é, o estudo do fenómeno de apropriação e do comércio dos atos administrativos.

O ato administrativo era concebido como um ato pessoal e precário cujos efeitos se produziam exclusivamente na relação entre o Estado – dotado de autoridade - e o particular. Pretende-se com este estudo demonstrar que os atos administrativos são passíveis de apropriação e que criam um valor económico, traduzido numa vantagem distintiva para o seu titular, o que constitui essa patrimonialidade do ato administrativo. Demonstrar-se-á ainda que o valor económico variará na proporção direta da *transmissibilidade* do ato administrativo e na proporção inversa da sua *escassez*.

O estudo incide sobre as autorizações administrativas por se entender ser esta a subcategoria de atos administrativos, por definição, criadora de direitos suscetíveis de apropriação e, conseqüentemente, transmissão.

Dedica-se ainda um capítulo à análise de certos tipos de autorizações administrativas que, em função da sua complexidade, relevância jurídica ou social, ou que pelas suas especificidades, entendeu-se serem objeto de tratamento autónomo, nomeadamente: em matéria ambiental, em matéria regulatória, ao nível do regime das quotas de produção de leite e das licenças de emissão de gases com efeito estufa.

Palavras-chave: Ato administrativo; Autorização administrativa; Valor económico do ato; Patrimonialidade; Regulação; Quotas leiteiras; Licenças de emissões de gases com efeito estufa; Licenças ambientais

ABSTRACT

The present study is about the property of the administrative act, i.e., the study of the condition of ownership and trade of administrative acts.

The administrative act was intended as a personal and precarious act whose effects were produced exclusively in the relationship between the State - endowed with authority - and the private. The aim of this study is to demonstrate that administrative acts are subject to appropriation and that create an economic value, translated into a distinct advantage to its holder. This is the property of the administrative act.

This study will also demonstrate that the economic value will vary in direct proportion to the *transferability* of the administrative act and in inverse proportion to its *scarcity*.

The study focuses on administrative authorizations because it is understood that this is the sub-category of administrative acts that generates rights that are susceptible of ownership and, consequently, of transmission.

It is also developed a chapter that focuses on the analysis of certain types of administrative authorizations which, depending on its complexity, legal or social relevance, or because of its specificities, was understood that should be object of an autonomous exploration, namely: on environmental matters, on regulatory matters, on the system of milk production quotas and on the greenhouse gas emission allowance.

Keywords: Administrative act; Administrative authorizations; Economic value of the act; Property; Regulation Milk production quotas; Greenhouse gas emission allowance; Environmental licences.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ac - Acórdão

AJDA – Actualité Juridique de Droit Administratif

APA – Agência Portuguesa do Ambiente

ARN – Autoridade Reguladora Nacional

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CC – Código Civil

CCP - Código dos Contratos Públicos

CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Publico e Regulação

CEDOUA – Centro de Estudos de Direito do Urbanismo e Ambiente

CELE - Comércio de Licenças de Emissão de Gases com Efeito de Estufa

cfr. – conferir

CJ – Colectânea de Jurisprudência

coord. – Coordenação

CPA - Código do Procedimento Administrativo

CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP - Constituição da República Portuguesa

DJAP – Dicionário Jurídico da Administração Pública

DLR – Decreto Legislativo Regional

DR – Diário da República

EGE – Emissão de Gases de Efeito Estufa

IMTT- Instituto da Mobilidade e Transportes Terrestres

JOUE – Jornal Oficial da União Europeia

QR – Quota de Referência

RAP – Revista de Ammistracion Pública

RFDA - Revue Française de Droit Administratif

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RMP – Revista do Ministério Público

ROA - Revista da Ordem dos Advogados

RJUA - Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente

RJUE - Regime Jurídico da Urbanização e Edificação

STA - Supremo Tribunal Administrativo

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TCAN – Tribunal Central Administrativo do Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo do Sul

TEEGE – Título de Emissão de Gases de Efeito Estufa

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

v.g. - *Verbi Gracia*

ÍNDICE

Resumo	1
Abstract	2
Lista de Siglas e Abreviaturas	3
INTRODUÇÃO	5
Delimitação do Objeto de Estudo	6
Estrutura do Trabalho	8
CAPÍTULO I. A DOCTRINA CLÁSSICA DO ATO ADMINISTRATIVO	11
1.1. Noção de Ato Administrativo.	11
1.2. Elementos Essenciais do Ato Administrativo.	12
1.3. Atos Administrativos Permissivos.....	14
1.4. A Individualidade, Intransmissibilidade e Precariedade do Ato Administrativo. 16	
1.4.1. A individualidade.....	17
1.4.2. A intransmissibilidade	19
1.4.3. A <i>precariedade</i>	22
CAPÍTULO II. A PATRIMONIALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO	33
2.1. Estrutura Conceptual da Patrimonialidade do Ato Administrativo. ...	33
2.2. Fundamentos Jurídicos:.....	37
2.2.1. Aspectos Gerais das Autorizações Administrativas.	37
2.2.2. A Autorização Administrativa - Questão Terminológica.....	38
2.2.3. A Natureza Jurídica das Autorizações Administrativas.....	42
2.3. Natureza Jurídica das Autorizações Administrativas.....	48
2.3.1. A natureza declarativa <i>versus</i> constitutiva da autorização administrativa.	48
2.3.2. O grau de vinculação da autorização administrativa.....	52
2.3.3. A precarização da autorização administrativa?.....	58
CAPÍTULO III. COMERCIALIZAÇÃO DAS AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS 60	
3.1. A comercialização das autorizações administrativas.	60
3.1.1. A distinção entre autorizações pessoais e autorizações reais como elemento de apropriação 61	
3.2. A Comercialização entre Particulares.....	63
3.2.1. A Transmissibilidade Autônoma.....	64
3.2.2. A Transmissibilidade Acessória.....	65
3.2.3. A Intervenção da Entidade Administrativa na Transmissão.....	67
3.3. A Comercialização Pelas Entidades Administrativas	72
3.3.1. Fundamento da contingentação	72
3.3.2. A garantia do princípio da igualdade por via da atribuição concorrencial de autorizações administrativas.	73
3.3.3. A mercantilização da atividade administrativa	74
CAPÍTULO IV. DOMÍNIOS ESPECÍFICOS DO COMÉRCIO JURÍDICO DE ATOS ADMINISTRATIVOS	76
4. 1. A patrimonialidade dos atos administrativos em matéria ambiental .76	
4.1.1. A autorização administrativa ambiental (reinventada?).....	77
4.2. A patrimonialidade dos atos administrativos em matéria regulatória. 82	
4.3. As quotas de produção de leite	86
4.4. As licenças de emissão de gases com efeito de estufa	88
CONCLUSÕES	93
BIBLIOGRAFIA	96
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA	106

INTRODUÇÃO

A patrimonialidade do ato administrativo surge aqui numa perspectiva de abordagem de um fenómeno, que não sendo novo, só muito recentemente tem merecido a atenção da doutrina juspublicista: o comércio de atos administrativos e o seu valor venal.

A noção de ato administrativo remonta aos finais do Séc. XIX e a sua teoria foi objeto de grandes discussões doutrinárias, quase sempre associadas ao próprio modelo de Estado. Aliás, a mudança de paradigma de administração é apontada por muitos autores como a causa da presente crise da teoria do ato administrativo. Ou seja, o ato administrativo como o concebia a doutrina clássica, deixou de ser o modo de atuação por excelência da administração, quer no plano prático, onde o contrato administrativo emergiu, quer no plano teórico, onde a teoria da relação jurídica administrativa tende a ocupar a centralidade do direito administrativo.

Pese embora o ato tenda a perder a centralidade da dogmática do direito administrativo, tal não significa a perda em definitivo da sua relevância, nem mesmo na prática quotidiana da atividade da administração. Assim sendo, a nossa abordagem focar-se-à apenas no ato administrativo, mas desta feita na perspectiva da sua transmissibilidade através de negócios jurídicos e na existência de uma "patrimonialidade", que, em nosso entender, passará a constituir um efeito do ato administrativo.

Até ao início dos anos 90 do século passado, a doutrina concebia o ato administrativo, como pessoal, intransmissível e precário. Essa conceção predominante tem sido questionada por vários autores que se debruçaram sobre o comércio dos atos administrativos, sobretudo das chamadas "autorizações administrativas".

Nos negócios quotidianos abundam os casos em que o bem transacionado é acompanhado de uma autorização administrativa, ou esta faz parte da sua estrutura, sendo que, não raras vezes, será determinante para o próprio negócio a existência dessa autorização, e consequentemente para o seu valor. Esta realidade abrange uma multiplicidade de negócios jurídicos, que vai desde o trespasse do estabelecimento comercial, que na sua estrutura integra as autorizações administrativas necessárias ao seu funcionamento, passando pela

compra e venda de imóveis, sobretudo prédios com ou sem autorização administrativa urbanística, chegando aos casos mais sofisticados em que a própria administração “comercializa” as referidas autorizações. Pense-se por exemplo, nos casos das licenças de emissão de gases com efeito de estufa, ou das quotas de produção de leiteira ou licenças de operação de comunicações.

O ato administrativo, *rectius* as autorizações administrativas, deixaram de ser vistas exclusivamente enquanto manifestação do exercício do *ius imperium*, com todos os seus elementos e corolários, para também passarem a ser objeto de atenção enquanto suscetíveis de transmissão/apropriação, tendo por isso um valor venal, que constitui justamente a sua patrimonialidade.

Temos consciência de que este é um tema inovador e fraturante, cujo tratamento pela doutrina ainda dá os primeiros passos, o que reforça a nossa responsabilidade na sua abordagem.

A escolha de um tema surge, na grande maioria dos casos, pela necessidade de resolução de questões que nos inquietam do ponto de vista dogmático, ou, não raras vezes, pelas sugestões dos orientadores nos casos das teses académicas. No caso concreto, o tema parou-me às mãos, em sentido literal, quando, em 2009, folheava o então “fresquíssimo” nº 1 daquele ano (XXV), da *Revue Française de Droit Administratif*, que trazia um dossier especial sobre “La patrimonialité des actes administratifs”, tendo de imediato suscitado o maior interesse.

Delimitação do Objeto de Estudo

O presente estudo centrar-se-á na patrimonialidade do ato administrativo, e o valor venal das autorizações administrativas, aqui entendidas em sentido lato, enquanto expressão dos atos administrativos permissivos, valor esse, criado ou diminuído pela vantagem em que coloca o seu titular face aos demais, bem como a possibilidades ou restrições à sua transmissibilidade, quer no comércio entre particulares, quer no comércio pela própria administração. Pelo que fica desde logo excluído o tratamento do valor gerado pelos contratos administrativos e instrumentos de regulação urbanística. Desde logo, e no que aos contratos toca, em particular

os contratos públicos, a sua adjudicação advém, em regra, de um procedimento pré-contratual, pelo que a vantagem patrimonial conferida por esse contrato, é fruto dos atributos da proposta do co-contratante. Por seu turno, também excluimos da presente análise, as inegáveis vantagens decorrentes dos instrumentos de planeamento urbanístico, em primeiro lugar, por estes terem natureza regulamentar e o presente trabalho versar o ato administrativo. Em segundo, porque cremos que a racionalidade subjacente e aquilo que determina “ a patrimonialidade” dos atos de licenciamento urbanístico, ter outra lógica que não a subjacente às autorizações administrativas, tema central deste estudo.

Para cumprimento de tal desiderato, far-se-á uma breve referência à doutrina clássica do ato administrativo e à evolução da sua noção, destacando a categoria dos atos permissivos. O estudo será feito com especial incidência na componente jurídica, ou seja, na análise da estrutura do ato administrativo como meio de perceção e delimitação daqueles que poderão determinar uma especial vantagem para o seu titular, ou ser objeto de transmissão, em que condições e consequentemente a determinação do seu valor.

A patrimonialidade do ato administrativo será, assim, determinada por dois elementos essenciais, e indissociáveis, sendo que o segundo será determinado, entre outros fatores, pelo primeiro: o elemento jurídico determina o elemento económico. A determinação do valor económico não será aqui tratada, desde logo por exorbitar da nossa esfera de conhecimento, sendo apenas referida enquanto elemento da patrimonialidade do ato.

A análise de transmissibilidade das autorizações administrativas será feita quer na ótica da transmissão no âmbito de negócios mais amplos, em que o ato administrativo integra uma universalidade de bens e direitos, quer a transmissibilidade da autorização administrativa *de per si*, distinguindo-se a transmissão entre particulares e a transmissão entre a administração e particulares e ainda a comercialização pela própria administração. Por último, faremos uma análise de regimes específicos, em domínios que elegemos como sendo sensíveis, nalguns casos pela sua relevância jurídica e social, como o caso das licenças de emissão de gases com efeito estufa. Noutros por serem temas que nos são caros, como é o caso das quotas de produção leiteira.

Uma última questão prende-se com a utilização, aparentemente indiscriminada, da terminologia “ato administrativo” e “autorizações administrativas”. Na introdução e ao longo do trabalho, referimo-nos ora ao ato administrativo, ora às autorizações administrativas, de uma forma que poderá gerar uma sensação de imprecisão dos conceitos e até de utilização ambivalente dos mesmos.

Na nossa ótica, o alcance do tema coloca-se ao nível do próprio ato administrativo, enquanto conceito amplo e cuja questão dogmática se colocará também ao nível da teoria do ato administrativo. Todavia, a vertente mais prática e a incidência efetiva da questão aqui estudada incidirá exclusivamente na subcategoria dos atos administrativos permissivos, e de entre estes das licenças e autorizações que passamos a designar por “autorizações administrativas”.

Por outro lado, entendemos que o problema se coloca efetivamente quanto “à patrimonialidade dos atos administrativos”, e que esta será uma característica, ainda que extrínseca, ficando assim justificada a opção terminológica, quer no título, quer ao longo do trabalho.

Estrutura do Trabalho

Numa breve descrição sobre a forma como se organiza a exposição do estudo desenvolvido, com apresentação da estrutura e conteúdos dos capítulos do presente trabalho, diremos que:

- A Introdução apresenta uma breve reflexão sobre a pertinência e enquadramento do tema no contexto jurídico, sendo sistematizados os principais objetivos e o âmbito do estudo;
- O Capítulo I caracteriza a doutrina tradicional do ato administrativo, a sua noção, elementos e características, com especial incidência naqueles que eram tradicionalmente vistos como obstáculo à transmissibilidade do ato administrativo e, conseqüentemente, à sua patrimonialidade;
- O Capítulo II apresenta a estrutura conceptual da patrimonialidade do ato administrativo, ou seja, o que é que fundamenta essa patrimonialidade, quer no plano jurídico, quer no plano fáctico - *transmissibilidade e escassez* -, correlacionando-os sempre com as características do ato, *rectius* a autorização administrativa. Explica-se ainda a opção pela autorização

administrativa como figura central do estudo, bem como se procede ao seu estudo, designadamente a análise da natureza jurídica, da questão terminológica e outros elementos deste tipo de ato autorizativo;

- No Capítulo III inicia-se a descrição e análise da comercialização das autorizações, enquanto fundamento da sua patrimonialidade, dividindo em dois pontos principais: a transmissão entre particulares, distinguindo e caracterizando os casos de transmissão autónoma (ponto 3.2.1.) da transmissão acessória (ponto 3.2.2.), relacionando com o papel que a administração terá em cada momento e um segundo ponto (3.3.) que analisa a comercialização de autorizações administrativas pela própria autorização, com destaque para a problemática da contingência de autorizações administrativas.

- No Capítulo IV analisamos regimes concretos de autorizações administrativas, que pela sua complexidade jurídica para o tema em análise, ou pela sua relevância socioeconómica, entendemos merecerem uma análise específica. Neste caso, as autorizações ambientais (ponto 4.1.), tendo em conta a sua complexidade e sobretudo a discussão doutrinal em seu torno, no nosso país, ao que se alia a relevância do direito do ambiente, sendo a autorização ambiental o mecanismo por excelência de prevenção de riscos. De igual modo se aludiu às autorizações administrativas do direito regulatório (ponto 4.2.), atenta a sua relevância socioeconómica, mas também a complexidade jurídica do direito da regulação. Optou-se ainda pela análise das quotas de produção de leite, pese embora a sua recente abolição, por serem um paradigma importante da patrimonialidade do ato administrativo (cfr. Ponto 4.3.), assim como as licenças de emissão de gases com efeito de estufa (ponto 4.4.), que também são paradigmáticas da tese que se pretende apresentar da patrimonialidade do ato administrativo, bem como, à semelhança das quotas de produção de leite, são instrumentos interessantes de proteção dos interesses que visam acautelar;

- Ao nível das Conclusões são descritas as respostas que encontramos às principais questões analisadas;

- Por fim, é apresentada a Bibliografia da qual se extraíram as fundamentações e o Índice de Jurisprudência, sendo de realçar, quanto a este último, uma grande ausência de jurisprudência nacional com incidência sobre a matéria – ao contrário da jurisprudência

européia – sendo que só reflexamente encontramos decisões jurisprudenciais com pertinência para o tema em análise.

NOTA DE LEITURA

No presente trabalho adotaram-se as regras do novo acordo ortográfico, excetuando-se as citações e indicações bibliográficas, em que se mantêm as referências conforme nos originais.

CAPÍTULO I. A DOCTRINA CLÁSSICA DO ATO ADMINISTRATIVO

1.1. Noção de Ato Administrativo.

Para compreensão do fenómeno da patrimonialidade do ato administrativo, é importante, ainda que de forma breve, determo-nos sobre a sua evolução. Não obstante atualmente a teoria do ato administrativo estar em profunda crise¹, deixando de ser o pilar central da forma de atuação da administração, certo é que até finais do século passado, o direito administrativo era praticamente subsumível à teoria do ato administrativo. Ou seja, direito administrativo e ato administrativo eram facilmente confundíveis.²

A teoria do ato administrativo, desde logo a sua noção, foi muito discutida na doutrina nacional, durante o século passado, opondo as então duas principais escolas jus publicistas de Lisboa e Coimbra, na noção que veio a ser positivada no CPA de 1991³, e a sua compatibilização com o princípio da tutela jurisdicional efetiva previsto na CRP, sobretudo na delimitação dos pressupostos para a abertura de via de impugnação contenciosa⁴.

A primeira noção de ato administrativo na doutrina nacional⁵, e aquela que terá servido de base para o desenvolvimento da respetiva teoria em Portugal, deve-se a MARCELLO CAETANO⁶, para quem o ato administrativo é *uma conduta voluntária de um órgão da Administração que, no exercício de um poder público e para a prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto*.

¹ Todavia afastaremos-nos da temática da perda de importância prática e dogmática da teoria do ato administrativo, há muito debatida entre nós, vide: VASCO PEREIRA da SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Almedina, 2ª edição, p. 12 a 145; Luis S. CABRAL de MONCADA, *A Relação Jurídica Administrativa*, Coimbra Editora, 2009, pp.50-60; JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, Âncora, 10ª Edição, p. 227; «Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de “ato administrativo” no nosso tempo» in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra 2001, pp. 1189-1220.

² Neste sentido VASCO PEREIRA da SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 64.

³ No então artigo 120.º

⁴ Sobre esta questão, por todos vide: Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol II, p.236 e ROGÉRIO EHRARDT SOARES, *Direito Administrativo*, Lições Policopiadas, Coimbra, 1958, p .51.

⁵ A primeira noção de ato administrativo remonta a 1810, atribui-se a Merlin no *Repertoire de Jurisprudence Guyot*, segundo GIANINNI, "Atto Amministrativo" in *Enciclopedia del Dirrito*, Vol. IV, Giuffrè, Varese, 1959.

⁶ O próprio autor atribui a si próprio o desenvolvimento da noção de ato administrativo e o desenvolvimento da sua teoria, no seu primeiro *Manual de Direito Administrativo* de 1937 e posteriormente no *Tratado Elementar de Direito Administrativo* de 1944. Sobre as referências à noção de ato administrativo anteriores a Caetano, vide as referências feitas pelo próprio no *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, p. 427.

Não obstante as várias noções que vieram a ser desenvolvidas, e as conceções subjacentes⁷, o novo CPA⁸, no seu artigo 148.º define os atos administrativos como *as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta.*

1.2. Elementos Essenciais do Ato Administrativo.

Esta noção, embora perscrutada pela doutrina nacional⁹ é ainda hoje a base essencial da teoria do ato administrativo de onde se retiram as suas características principais:

a) é um **ato jurídico** - aqui entendido enquanto conduta voluntária destinada à produção de efeitos jurídicos.¹⁰

b) é um ato **unilateral** - no sentido de que não carece de qualquer declaração de vontade do seu destinatário, para que produza efeitos jurídicos, desde logo, por oposição ao contrato que é um negócio jurídico bilateral.

c) é um ato adotado **no exercício de poderes jurídico-administrativos** - Este é um dos elementos essenciais do ato administrativo, é um dos que mais discutidos entre a nossa doutrina, sobretudo na formulação do artigo 120.º do CPA de 1991, porquanto se discutia se estaríamos na presença do elemento orgânico (no sentido de que praticado por órgão da administração pública)¹¹, havendo já na altura quem defendesse uma perspetiva material - ou seja, ato resultante de uma atividade materialmente administrativa.¹² Atualmente, face à

⁷ Para uma síntese da noção de ato administrativo na doutrina portuguesa vide: VASCO PEREIRA da SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 613 a 629.

⁸ Aprovado pelo Decreto-lei nº 4/2015, de 7 de janeiro.

⁹ Numa perspetiva mais moderna, designadamente no que toca à noção plasmada no novo CPA vide: PEDRO GONÇALVES “Algumas alterações e inovações científicas no novo Código do Procedimento Administrativo”, in AAVV, coordenação de CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO *Comentário ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, 2015, p. 47. Na perspetiva tradicional: FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol II, p.238. Vide ainda: JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10ª Edição, âncora, pp. 226-234.

¹⁰ Com mais detalhe: MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, p.422 e 432; JOÃO CAUPERS, *ob. cit.* p. 229.

¹¹ É este o entendimento de MARCELLO CAETANO, *ob. cit.* p. 429 e FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.* p. 245, que vêm neste elemento do ato administrativo como o elemento orgânico, ou seja, o ato administrativo nesta perspetiva será-o, quando proveniente de uma entidade administrativa.

¹² Neste sentido: JOÃO CAUPERS, *ob. cit.* p. 231. Este autor defende que, por um lado, há órgãos do poder judicial e do poder legislativo que praticam atos administrativos e como tal essa noção beliscaria o princípio da separação de poderes. Por outro lado, nem todos os atos emanados da administração são atos administrativos. Acrescentaríamos ainda os atos materialmente administrativos praticados por particulares, como por exemplo os concessionários de bens ou serviços públicos.

noção do artigo 148.º do novo CPA, é inequívoco que o legislador deixou cair o referencial orgânico, como sustenta PEDRO GONÇALVES¹³, o legislador intencionalmente omitiu a referencia a estas decisões serem adotadas por órgãos da administração pública, ficando-se pelo elemento material.¹⁴

d) Produtor de efeitos externos numa situação **individual e concreta** - É este elemento que tradicionalmente surge como delimitador entre as normas (abstratas) e os atos (concretos), mais concretamente entre os regulamentos e os atos administrativos. Para a matéria em apreço, reveste-se de especial importância, na medida em que é a partir deste elemento que a doutrina tradicional retira o carácter individual e intransmissível dos atos administrativos¹⁵.

e) Que consubstancia uma **decisão** - No sentido de que se trata de um comando imperativo que se projeta na esfera jurídica dos seus destinatários.

Esta doutrina é tributária da concepção clássica da atividade administrativa centrada no ato, em que este consubstancia a imperatividade da vontade da administração, ainda que conferindo direitos e garantias aos administrados. Como já aqui referimos, esta concepção, atravessa atualmente uma profunda crise, bem mais vasta do que a dogmática jurídica, associada a concepções do próprio estado, desde logo opondo o Estado Liberal ao Estado Social.¹⁶ Não só o ato administrativo perdeu a hegemonia para outras formas de atuação da administração, onde o contrato administrativo deixou de ser o parente pobre¹⁷, como a própria teoria da atuação administrativa fundada no ato e cede terreno para a teoria fundada na relação jurídica administrativa.¹⁸

¹³ “Algumas alterações e inovações científicas no novo Código do Procedimento Administrativo”, in *Comentário ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAVV coordenação de CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, AAFDL, 2015, p. 48.

¹⁴ O autor faz ainda referência ao facto do legislador ter adotado esta concepção material (por oposição à material) no que toca ao ato e aos regulamentos administrativos, mas já não aos contratos. Do mesmo passo, PEDRO GONÇALVES chama à atenção para o potencial de alargamento do conceito de atos administrativos que poderiam emergir desta noção, para depois concluir, que tratar-se-ia de uma questão teórica, na medida em que, para o citado autor, é bem claro quem pode praticar atos administrativos.

¹⁵ Note-se que para ilustrar o carácter concreto do ato administrativo e reforçando o seu carácter individual, MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 436, dá mesmo o exemplo de uma licença.

¹⁶ Sobre esta questão vide: VASCO PEREIRA da SILVA, *ob. cit.* pp.10-144.

¹⁷ vide: PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo - uma Instituição do Direito Administrativo do nosso Tempo*, Coimbra, 2003.

¹⁸ Neste sentido, VASCO PEREIRA da SILVA, *ob. cit.* pp. 150 e segs. e Luis CABRAL de MONCADA, *A Relação Jurídica Administrativa*, Coimbra Editora, 2009.

1.3. Atos Administrativos Permissivos.

A doutrina tradicional pátria, tem definido os atos administrativos permissivos, enquanto atos que possibilitam ao seu destinatário a adoção ou omissão de um comportamento que de outra forma lhes estaria vedado ou que possibilitam a concessão ou ampliação de vantagens ao seu destinatário¹⁹. Vantagem essa, que como desenvolveremos, a par da possibilidade de comercialização, constituirá justamente a patrimonialidade do ato administrativo.

Não curaremos aqui de definir o elenco dos atos administrativos permissivos²⁰, sendo que, de entre este, entendemos que a questão que é objeto da presente dissertação, centrar-se-à nas autorizações administrativas. De resto, na senda da doutrina gaulesa, que sendo pioneira no estudo da patrimonialidade do ato administrativo, tem-no feito com enfoque nas autorizações administrativas²¹. Entre nós o tema foi abordado por PEDRO GONÇALVES²², ainda que num conceito distinto do da patrimonialidade do ato administrativo - o de “coisificação dos direitos constituídos por ato administrativo” - que retomaremos adiante, mas também com o enfoque nos atos administrativos permissivos.

Ao contrário da doutrina estrangeira que de há muito tempo a esta parte dedica uma especial atenção aos atos administrativos permissivos, em particular às autorizações administrativas, cujo tema é objeto de verdadeiros tratados²³, a doutrina nacional, só muito recentemente

¹⁹ Vide: MARCELLO CAETANO, in ob. Cit. p. 459, FREITAS DO AMARAL, ob. Cit. p. 288, JOÃO CAUPERS, ob. Cit. p. 242.

²⁰ MARCELLO CAETANO, in ob. Cit. p. 459, elencando os atos administrativos permissivos como podendo revestir a forma de: *autorização; licença; concessão; admissão e subvenção*. Com algumas nuances esse elenco é seguido por FREITAS DO AMARAL, ob. Cit. p. 288 e ainda JOÃO CAUPERS, ob. Cit. p. 242.

²¹ Emmanuel Baudel, *La Patrimonialité de(s) Autorization(s) Administrative(s)*, ANRT, Lille, 1999, ALAIN BERNARD, *L'Autorisation Administrative et le Contrat de Droit Privé*, Paris II, 1985 e "*L'Autorisation Administrative et le Contrat de Droit Privé*" in RDT, 1987; Gabriel Eckert, *Droit Administratif e Commercialité*, Strasbourg, 1994; Henri LAULHÉ, "*La Vénalité des Actes Administratives*" in AJDA, 1961; THIBALUT SOLEILHAC, "*Vers une Commercialité des Autorisations Administratives*" in AJDA, 2007, p. 2178; Marianne MOULINER-DUBOST, "*Requiem pour le Principe d'Incessibilité des Autorisations Administratives*" in AJDA, 2004, p. 2141; Yves JÉGOUZO, "*Les Autorisations Administratives vont-elles Devenir des Biens Meubles?*" in AJDA, 2004, P.945

²² Ob. Cit. pp. 238-239.

²³ Na Alemanha: OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Aleman*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1959; no Brasil: Hely LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2004 e Cid Tomanik Pompeu, *Autorização Administrativa*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo; em Espanha: José Carlos LAGUNA DE PAZ, *La Autorización Administrativa*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2006 e García de Enterría/Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I e II, respetivamente 12ª e 9ª edição, Thomson-Civitas, Madrid, 2004; em França: EMMANUEL BAUDEL, *La Patrimonialité de(s) Autorisation(s) Administrative(s)*, ANRT, Lille, 1999, Brenet, "*La patrimonialisation des autorisations administratives – réalités et implications*", *Droit Administratif*, 2007; em Itália a doutrina sobre as autorizações administrativas é particularmente profícua: Oreste Ranalletti, "*Teoria generale delle autorizzazioni*"

revelou especial apetência pelo tema das autorizações administrativas. Isto é, enquanto que na doutrina estrangeira, desde o século IX²⁴ que as autorizações administrativas, enquanto subcategoria dos atos administrativos permissivos, se disserta sobre o conceito, natureza jurídica, tipologia, efeitos e até a questão terminológica em volta das autorizações administrativas, na doutrina tradicional portuguesa esta subcategoria dos atos administrativos nunca ganhou a relevância dogmática que lhe foi conferida noutros países.²⁵ Só já no século XXI começamos a assistir a um verdadeiro despertar da doutrina nacional para a complexidade dogmática das autorizações administrativas, ainda que, curiosamente, por via do direito do ambiente, mercê das especificidades muito próprias das autorizações administrativas em matéria ambiental²⁶, mas também por via do direito da regulação.²⁷

e concessioni amministrative. Parte I: concetto e natura delle autorizzazione amministrative” *Giurisprudenza italiana*, XLVI, 1894, “Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II: concetto e natura delle autorizzazione amministrative”, *Riv it scienze giur.*, XVII, 1894 p.3-100 e 315-372 , “Teoria generale delle autorizzazione amministrative”, Parte III: Facoltà create dalle autorizzazione e concessione amministrative, *Riv it scienze giur.*, XIX, 1895, p. 3-107, XX, 1895, p. 255-337, XXI, 1896, p. 77-172 e 350-379; XXII, p. 177-277, *Teoria dalle atti amministrative speciali*, 7ª ed., riveduta e integrata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1945; SANTI ROMANO , *Corso di Diritto Amministrativo – Principi Generali*, 3ª ed. Riveduta, Cedam, Padova, 1937, Aldo Sandulli, “Abilitazioni – Autorizzazioni – Licenze”, in AAVV, in *Studi in Onore di Francesco Messineo per il suo XXXV Anno D’insegnamento*, Vol. 3, Dott. A Giuffrè Editore, Milano 1959, FRANCHINI, *Le Autorizzazioni Amministrative Constitutive di Rapporti Giuridici fra l’Amministrazione e i Privati* , Giuffrè, Milano, 1957 e Fabrizio Fracchia, *Autorizzazione Amministrativa e Situazioni Giuridiche Soggettive*, Casa Editrice Jovene, Napoli, 1996.

²⁴ Sobretudo se tomarmos por referência a doutrina italiana, e a obra de referência de Ranelletti.

²⁵ Entre nós, MARCELLO CAETANO, in ob. Cit. p. 459, define os atos permissivos, por oposição aos atos impositivos, elencando-os como podendo revestir a forma de: *autorização, licença, concessão, admissão e subvenção*, distinguindo a licença da autorização, mas sem que a questão assumia especial relevância, desde logo ao nível da natureza jurídica. Com algumas nuances esse elenco é seguido por FREITAS DO AMARAL, ob. Cit. p. 288 e ainda JOÃO CAUPERS, ob. Cit. p. 242. Por seu turno ROGÉRIO EHRARDT SOARES, in *Direito Administrativo – Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano de 1977/78*, Coimbra, 1978 (policoop) p. 111 a 122 e José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, in *Lições de Direito Administrativo*, 2ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 145., distinguem entre autorizações constitutivas ou licenças e autorizações propriamente ditas ou permissivas. A esta questão voltaremos infra no Capítulo II.

²⁶ Tema que abordaremos infra no capítulo V, destacando porém desde já as obras de CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007 e de José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, *A Reinvenção da Autorização Administrativa no Direito do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

²⁷ PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, P. 144-157 e 196-244.

1.4. A Individualidade, Intransmissibilidade e Precariedade do Ato Administrativo.

Este breve périplo pela teoria do ato administrativo, visou justamente demonstrar a conceção tradicional que impedia o tratamento, pelo menos, no plano da dogmática juspublicista²⁸ da patrimonialidade do ato administrativo. Ressalva-se porém, que esta conceção não é exclusiva da doutrina portuguesa, pese embora não termos recenseado estudos nacionais sobre o fenómeno da patrimonialidade dos atos administrativos²⁹, o que se estende à generalidade das ordens jurídicas que comungam da matriz do contencioso administrativo francês.

Para início da abordagem desta questão, e porque cremos que sintetiza a problemática dos obstáculos da doutrina tradicional ao comércio dos atos administrativos, ao mesmo tempo que abre caminho à sua discussão, transcrevemos a intervenção de Maxence Cormier, nas jornadas de estudo sobre a Patrimonialidade dos Atos Administrativos³⁰,

*Assim, os autores do fim do Séc. XIX e do Séc. XX, pelo menos até meados da década de 90, maioritariamente concebiam o ato administrativo como **individual** (autorizações, contratos, licenças, carteiras profissionais, quotas, direitos de produção...) tendo as seguintes características: **pessoal, precário e revogável**, tendo como corolários a **não cedência e a intransmissibilidade**, obstáculos tradicionais à patrimonialidade. Os regimes jurídicos, e principalmente as práticas, que permitem o comércio dos atos administrativos são denunciadas como sendo contrárias à moral administrativa. Portanto, durante este longo período, poucos autores se dedicaram à investigação dos fundamentos jurídicos deste fenómeno da patrimonialização. E dos que o fizeram, foram mais os que se apressaram em demonstrar a ausência da patrimonialidade dos atos administrativos e poucos os que estudaram os fundamentos da sua patrimonialidade.*

²⁸ Dizemos no plano da dogmática, porque na prática ao longo dos tempos foram inúmeros os negócios jurídicos em que foram comercializados atos administrativos, com ou sem a consciência jurídica do seu valor venal, mas com a certeza porém de que a possibilidade de transmissão dessas autorizações administrativas (*lato sensu*) influenciaram a formação do preço do negócio, bem como inúmeros foram os casos em que as autorizações foram elas próprias, isoladamente, o objeto de negócio.

²⁹ Mais recentemente recenseamos a reflexão de PEDRO GONÇALVES, numa perspetiva de “coisificação dos direitos constituídos por ato administrativo”, in *ob. cit.* p. 238-244.

³⁰ Organizadas pelo Centro de Investigação de Direito Administrativo da Universidade de Panthéon- Assas, Paris II, em 21 de Outubro de 2008 e que deu origem ao artigo "Fondements de La Patrimonialité des Actes Administratifs" in RFDA, année 25, n° 1 p. 1 (tradução e sublinhados nossos).

A conceção tradicional do ato administrativo definia como características deste³¹: a *individualidade, intransmissibilidade e precariedade* que obstaculizavam o seu comércio e consequentemente a patrimonialidade.

1.4.1. A individualidade

O carácter individual ou pessoal do ato administrativo, resulta desde logo da noção clássica, adotada pela generalidade da doutrina dos países de sistema de direito administrativo de matriz francesa ou alemã, adaptada em Portugal por MARCELLO CAETANO e ainda hoje mais ou menos comumente aceite na formulação que considera *um ato produtor de efeitos jurídicos numa situação individual e concreta*.³²

É claro que a consequência imediata, do ponto de vista dogmático, é a distinção do ato administrativo, individual e concreto, por oposição aos regulamentos administrativos, gerais e abstratos³³. Contudo, a individualidade do ato administrativo, não se resume a esta questão doutrinária, sendo intrínseca ao próprio ato que visa a produção de efeitos na esfera jurídica

³¹ Reforçamos que se tratam de características, porquanto no que toca à teoria do ato administrativo, e para a sua compreensão, como bem refere FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.* p. 278 é essencial que saibamos distinguir o que são *elementos, requisitos e pressupostos*, ao que aqui acrescentamos as *espécies*, para caracterização da tipologia dos atos e as *características*, enquanto corolários dos restantes.

³² Sendo certo que a generalidade da doutrina desenvolveu o conceito de ato administrativo arraigado no artigo 120.º do CPA de 1991, por todos vide: MARCELLO CAETANO, *ob. cit.* p. 436, o carácter individual do ato, enquanto produtor de efeitos jurídicos numa situação concreta, é também defendido por FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, Vol. III. P. 66 e por VIEIRA DE ANDRADE, “Algumas reflexões sobre a sobrevivência do conceito de ato administrativo no nosso tempo” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 1220, sendo que também ROGÉRIO EHRARDT SOARES, *Direito Administrativo, lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78*, p. 76, definiu o ato administrativo como “*uma estatuição autoritária, relativa a um caso individual, manifestada por um agente da Administração no uso de poderes de direito administrativo, pela qual se produzem efeitos externos, positivos ou negativos*”. Certo é que na atual versão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 4/2015 de 7 de janeiro, o artigo 148.º mantém a mesma referência à situação individual e concreta. Sobre o conceito de ato administrativo no novo CPA, em particular à queda do referencial orgânico, vide: PEDRO GONÇALVES, “Algumas alterações e inovações científicas no Novo Código do Procedimento Administrativo”, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAVV. Coordenação de CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, AAFDL, 2015, p. 45.

³³ Sobre a distinção entre o que se considera ser geral e abstrato e o que se considera ser individual e concreto, seguimos o critério do Ac. STA de 31-03-2016, relator Conselheiro Oliveira Mendes, Procº 128/15.2YFLSB, in www.dsi.pt, e as referências bibliográficas aí referidas e que se transcrevem: Rogério Soares, *ob. cit.*, p. 79 e ss., e FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2001, pp. 226 e ss) vem clarificando que os conceitos de geral e individual reconduzem-se à questão de se saber se os destinatários dos comandos normativos são (individual) ou não (gerais) determinados ou determináveis, enquanto que os conceitos de abstrato e concreto traduzem a de esgotamentos dos efeitos das *situações da vida* que se pretende regular (se o efeito do comando normativo se esgota com a produção do comando diremos que se trata de um ato; se o comando subsiste no mundo jurídico e não se esgota para e na situação de determinados sujeitos, então assume a forma de regulamento).

de um indivíduo, ou indivíduos (ato administrativo plural) ainda que seja(m) pessoa(s) coletiva(s).

Aliás, pese embora se tenha adotado a noção de FREITAS DO AMARAL, pelo facto deste autor se assumir como cultor da primitiva noção de seu mestre, e por termos partido sempre desta para toda a análise da doutrina tradicional do ato administrativo, o carácter individual do ato administrativo perpassa toda a doutrina, com ecos na jurisprudência³⁴, portuguesa que de modo mais ou menos acentuado não deixa de conceber o ato administrativo como um ato individual.³⁵

Refira-se ainda que esta característica da individualidade também passou para a noção de ato administrativo comunitário. Como bem salienta Fausto Quadros³⁶, não existe nos tratados, nem na doutrina e jurisprudência comunitária, uma teoria geral do ato administrativo comunitário, pese embora a crescente relevância deste. Tem cabido à jurisprudência a sua densificação tendo o definido como *um ato jurídico que emana dos Órgãos das Comunidades, no exercício das suas competências administrativas e que visa produzir efeitos jurídicos num caso concreto.*³⁷

³⁴ Ac. STA de 31-03-2016, relator Conselheiro Oliveira Mendes, Procº 128/15.2YFLSB, in www.dsi.pt, cujo sumário se transcreve: I - O acto administrativo (art. 120.º do CPA pré-vigente e art. 148.º do actual CPA) é definível como um acto proferido por um órgão da Administração pública, no exercício de um poder de autoridade regulado por normas de direito público, de natureza reguladora, que visa a criação, modificação ou extinção de um direito ou de um dever, ou seja, a criação, modificação ou extinção de uma determinada relação jurídica, com eficácia externa, isto é, produtor de efeitos jurídicos externos, atingindo a esfera jurídica de terceiros. O acto destina-se a regular um caso ou situação concreta através da aplicação do ordenamento jurídico.

II - Ao invés de um regulamento administrativo – que tem uma dimensão normativa, geral e abstracta -, o acto administrativo é uma decisão individual e concreta, sendo que a generalidade de um e a individualidade do outro têm a ver com os destinatários dos comandos jurídicos; por outro lado, o carácter abstracto ou concreto tem a ver com a abrangência de um e de outro, o âmbito de aplicação de cada um deles, as realidades que visam regular.

III - Existem, contudo, actos administrativos colectivos, plurais e gerais, caracterizando-se os primeiros por terem como destinatários um conjunto unificado de pessoas, os segundos por a decisão da administração ser igualmente aplicável a várias pessoas diferentes (actos plurais) e os terceiros por se aplicarem de imediato a um grupo inorgânico de pessoas, todas elas determinadas ou determináveis, razão pela qual a delimitação entre o individual e o geral não se faz a partir de um critério numérico.

³⁵ Para uma síntese das noções de ato administrativo na doutrina nacional vide: VASCO PEREIRA da SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, p. 613-620.

³⁶ "O Ato Administrativo Comunitário" in *O Ato no Contencioso Administrativo*, Actas do Colóquio Luso-Espanhol, AAVV. coordenação de COLAÇO ANTUNES e Sains Moreno, Almedina, Coimbra, p. 65.

³⁷ Ac. *Zuckerfabrick*, Processo 6/68. Col. 1968 p. 595 e Ac. TJCE *TWD Textilwerke Deggendorf*, 9 de Março de 1994 - C 188/92.

Entre nós a concepção individualista do ato está bem patente na noção que veio a ser plasmada no artº 148.º do novo CPA, sob a epígrafe de "conceito de ato administrativo": *Para efeitos do disposto no presente código, consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de uma de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta.*

No direito administrativo português, a individualidade do ato, além da consagração expressa no conceito positivado no CPA, foi elevada à categoria de elemento formal essencial, cuja preterição gera a invalidade do ato por vício de procedimento³⁸, o legislador na al. b) do n.º 1 do artº 151.º do CPA consagrou como menção obrigatória do ato: *a identificação adequada do destinatário ou destinatários*. A doutrina, também veio reforçar que as menções obrigatórias são justamente os elementos essenciais do ato. Tais considerações mantêm-se atuais pois, a al. b) do n.º 1 do artigo 151º do novo CPA, corresponde *ipsis verbis* à al. b) do n.º 1 do artigo 123.º do CPA de 1991, e na vigência do qual foram produzidas tais considerações doutrinárias e jurisprudenciais.³⁹

1.4.2. A intransmissibilidade

A doutrina gaulesa, caracteriza o ato administrativo, na sua aceção tradicional como *personnel, précaire et révocable* tendo como corolários "*l'incessibilité et l'intransmissibilité*"⁴⁰. Aliás, é justamente a partir destas considerações de Maxence Cormier,

³⁸ O STA em acórdão de 28-11-2007, relator Conselheiro Cândido de Pinho, in www.dgsi.pt consagrou mesmo a nulidade, como se sumaria: I – A Secção I, do Capítulo II, da Parte IV do Código de Procedimento Administrativo constitui o espaço dedicado somente à “*validade do ato administrativo*”, no qual se abriga o art. 123º (com a epígrafe “*menções obrigatórias*”) e em cuja alínea b) do nº1 está consignada a obrigatoriedade de o ato conter a “*identificação adequada do destinatário ou destinatários*”. II – Quando nesse preceito se impõe que a “*identificação do destinatário*” seja “*adequada*” isso não significa simplesmente uma exigência de identificação a processar de modo útil e eficaz - que permita reconhecer a pessoa a quem o ato se dirige – mas também uma exigência de identificação correcta – que permita que o ato se dirija à pessoa certa. Por isso, porque não basta identificar o destinatário, é preciso concomitantemente que essa *identificação* seja *adequada*, no sentido da sua *suficiência* (os elementos fornecidos hão-de bastar para se lograr o objetivo), e no sentido da sua *exactidão* (os elementos indicados terão que ser apropriados e corretos em vista da produção efetiva dos desejados resultados), de modo a que os efeitos do ato se externem em relação a ele. III – O ato que não menciona a “*identificação adequada*” acerca do verdadeiro destinatário do ato é considerado nulo, nos termos do art. 133º, nº1, do CPA.

³⁹ Neste sentido: Diogo FREITAS DO AMARAL, JOÃO CAUPERS, João Martins Claro, João Raposo, MARIA da GLÓRIA DIAS GARCIA, PEDRO SIZA VIEIRA, VASCO PEREIRA da SILVA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Almedina, Coimbra, 3ª Edição. p. 227.

⁴⁰ MAXENCE CORMIER, "La Patrimonialité des Actes Administratifs", ob. cit. p. 1 e 3.

que PEDRO GONÇALVES⁴¹ escreve “Numa visão simplificada, da compreensão clássica sobre o sentido da referida distinção⁴² resultava o seguinte: quando seja o caso, os atos pessoais criam situações jurídicas de vantagem, mas não transmissíveis. O carácter *intuitu personae* – pessoal – impunha a intransmissibilidade. Por sua vez os atos reais criavam situações jurídicas de vantagem não transmissíveis *autonomamente*: a transmissão destas situações jurídicas revela-se possível, mas tão-somente de uma forma secundária ou acessória em relação à transmissão da coisa”.

Na verdade, sendo vasta a literatura já aqui referida sobre os elementos do ato administrativo, de onde destacamos a individualidade, certo é que a doutrina clássica não associa expressamente a individualidade à intransmissibilidade do ato administrativo ou vice-versa. A ausência de referência expressa à intransmissibilidade como característica do ato administrativo, não significa que não seja concebido como tal.

Aliás, a doutrina tradicional comunga da mesma conceção de ato administrativo dos sistemas de matriz francesa e alemã⁴³, ou seja, uma conceção arraigada na lógica da atuação minimalista da administração autoritária do Estado Liberal, em que o ato administrativo se caracteriza pela possibilidade do uso de poderes exorbitantes relativamente ao direito privado. Daqui decorre uma conceção unilateral de ato, em que o emissor - a todo-poderosa administração - emana atos que sendo individuais e destinados a produzir efeitos jurídicos numa situação concreta, não podem extravasar da esfera jurídica do destinatário.

Certo é que, como bem refere Vasco Pereira da Silva,⁴⁴ esta é uma conceção que, para além de todas as críticas à teoria do ato administrativo de que este autor vem defendendo há muito⁴⁵, parte de uma conceção "superficial" de ato administrativo unilateral, ela própria cingindo essa unilateralidade a uma relação de poder. Ou seja, no que à intransmissibilidade toca, esta questão nunca se levantou nem se questiona, porque a unilateralidade do ato e sua individualidade encerravam em si próprias a intransmissibilidade.

⁴¹ Ob. Cit. p. 240.

⁴² A distinção em causa é entre atos administrativos (autorizativos) *intuitu personae* ou *intuitu rei*. Ob. Cit. p. 239-240.

⁴³ Sendo certo que estes modelos apenas divergem na sua construção enquanto pressuposto de impugnação contenciosa.

⁴⁴ ob. cit. p. 556-557.

⁴⁵ A que agora se junta Luis CABRAL de MONCADA, *A Relação Jurídica Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

Também partilhamos de outra crítica que o citado autor faz à teoria do ato administrativo e que se prende com uma perda de poder fáctico do ato administrativo, quer ultrapassada pelas múltiplas formas de atuação administrativa em que o ato deixou de ter a hegemonia, a par da mutação da própria organização administrativa, ao que acrescentamos a evolução da realidade social.

Nesta particular questão, não podemos ignorar que a transmissibilidade de atos administrativos já há muito que ocorre, quer integrada em negócios jurídicos de conteúdo mais amplo (desde logo nos trespasses), quer no comércio direto (como por exemplo nos casos de quotas de produção ou de licenças de emissão de gases com efeito estufa), sem que a administração, nem o direito administrativo se tenham debruçado sobre tal questão. Em defesa desta nossa tese citamos a jurisprudência nacional que ora considera determinados atos intransmissíveis⁴⁶, ora considera transmissíveis⁴⁷, não havendo na citada jurisprudência uma aplicação da teoria do ato, mas antes uma decisão *in caso* em função da situação que lhe é colocada, sendo que tal intransmissibilidade nalguns dos casos decorre do efeito direto da lei.

Ainda em reforço da nossa tese da incapacidade da teoria tradicional do ato administrativo, para dar resposta à evolução da realidade social, está o fato de noutros países há muito se ter autonomizado o estudo da "autorização administrativa"⁴⁸, por ser a propósito destes atos administrativos permissivos que se coloca a questão da transmissibilidade.

⁴⁶ Neste sentido Ac. STA de 09.04.2003, relator Conselheiro Victor Gomes, Proc° 116/2003 e Ac. STA de 19.09.2006, relator Conselheiro João Belchior, Proc° 2016/03 e ainda Ac. STA de 22.04.2004, relator Conselheiro João Cordeiro, Proc° 647/03 (neste último a intransmissibilidade prende-se sobretudo com uma questão exterior ao ato administrativo, mas nem por isso deixa de ser pertinente) e ainda Ac. TCA-Sul de 13.01.2011, relator Desembargador Paulo Pereira Gouveia, Proc° 865/05 todos in www.dgsi.pt; ainda que sobre um ato tributário vide: Ac. STA de 11-03-2015, relator conselheiro Delgado, Proc° 1035/12, in www.dgsi.pt

⁴⁷ No sentido da transmissibilidade: Ac. STA de 06.03.2002, relator Conselheiro Costa Reis, Proc° 46143,

⁴⁸ Em França: Emmanuel Baudel, *La Patrimonialité de(s) Autorization(s) Administrative(s)*, ANRT, Lille, 1999, ALAIN BERNARD, *L'Autorisation Administrative et le Contrat de Droit Privé*, Paris II, 1985 e "*L'Autorisation Administrative et le Contrat de Droit Privé*" in RDT, 1987; Gabriel Eckert, *Droit Administratif e Commercialité*, Strasbourg, 1994; Henri LAULHÉ, "La Vénalité des Actes Administratives" in AJDA, 1961; THIBALUT SOLEILHAC, "Vers une Commercialité des Autorisations Administratives" in AJDA, 2007, p. 2178; Marianne MOULINER-DUBOST, "Requiem pour le Principe d'Incessibilité des Autorisations Administratives" in AJDA, 2004, p. 2141; Ives JÉGOUZO, "Les Autorisations Administratives vont-elles Devenir des Biens Meubles?" in AJDA, 2004, P.945; em Espanha: José Carlos LAGUNA DE PAZ, *La Autorización Administrativa*, Civitas, Madrid, 2006; em Itália: FRANCHINI, *Le Autorizzazioni Amministrative*

Concluindo, pese embora a doutrina tradicional não elencar a intransmissibilidade entre as características ou corolários do ato administrativo, certo é que a pela unilateralidade do ato e pela sua individualidade, no quadro de uma conceção de ato administrativo autoritário, a intransmissibilidade estava subjacente ao ato. Razão pela qual, em nosso entender, nunca se colocou a autonomização da autorização administrativa, pelo menos no plano dogmático, assim como a patrimonialidade, que decorrerá necessariamente da primeira. Do mesmo passo, a jurisprudência nacional, que pende claramente para a intransmissibilidade dos atos administrativos, fá-lo em função do ato concreto, não se vislumbrando em nenhum dos arestos pesquisados o desenvolvimento de uma teoria da comercialização ou da patrimonialidade do ato administrativo.⁴⁹ Note-se que na maioria dos casos, o STA fundamenta a intransmissibilidade dos atos no carácter *intuite personae* dos mesmos. Não que tal esteja errado, pelo menos para alguns dos arestos citados, em que a intransmissibilidade decorre diretamente da lei, mas o que se critica é que esta seja a regra e não a exceção à comercialização dos atos administrativos.

1.4.3. A precariedade

A precariedade do ato administrativo, na conceção tradicional, advém da sua livre revogabilidade. Isto é, partindo da conceção de que os atos são pessoais, precários e revogáveis⁵⁰, a precariedade seria consequência da revogabilidade.

Na doutrina portuguesa, a precariedade enquanto característica do ato administrativo foi primeiro utilizada por, MARCELLO CAETANO, na sua classificação dos atos administrativos quanto aos seus efeitos, distinguia entre atos constitutivos de direitos e atos

Constitutive di Rapporti Giuridici fra l'Amministrazione e i Privati, Giuffrè, Milano, 1957 ;No Brasil: CID TOMANIK POMPEU, *Autorização Administrativa*, 3ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

⁴⁹ Ao referir-se que a jurisprudência decide conforme o caso concreto, não se pretende de modo algum aludir a uma qualquer casuística desprovida de rigor jurídico, mas antes sim, fazer referência à ausência de uma doutrina sobre a patrimonialidade ou comercialização dos atos administrativos. Na nossa opinião, consequência do arreigamento à teoria do ato administrativo, que não obstante as críticas e a sua decadência natural, marcou de forma indelével o direito administrativo que só agora dá os primeiros passos rumo á teoria da relação jurídica administrativa, aliás hoje consagrada no novo CPA na parte III, ao introduzir-se o conceito de relação jurídica procedimental, o que na opinião de PEDRO GONÇALVES «Algumas alterações e inovações “científicas” no novo Código do Procedimento Administrativo» in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAVV, coordenação de CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, AAFDL, Lisboa, 2015 p. 52, é justamente uma visão mais moderna do direito administrativo, ainda que, nesta sede apenas no direito administrativo adjetivo.

⁵⁰ Livet, *L'Autorisation Administrative Préable et les Libertés Publiques*", Bibliothèque de Droit Public, 1972 p. 262.

não constitutivos⁵¹. Definindo os atos precários como atos que criam situações jurídicas a todo o tempo modificáveis pela vontade da administração, porquanto o poder em que o particular foi investido só existe porque tolerado pela administração. Este autor, equipara os atos precários aos atos não constitutivos de direitos, ou seja, aqueles de que não resulta alteração na esfera jurídica de outrem⁵².

FREITAS DO AMARAL⁵³, por seu turno, abandona a doutrina dos atos precários, quer enquanto classificação dos atos, quer como característica ou corolários do mesmo. Contudo, como bem denota JOÃO CAUPERS⁵⁴, o regime da revogação dos atos administrativos no CPA de 1991 teria muito do pensamento do Prof. Freitas Amaral, justamente “era seu entendimento, designadamente, que o regime da revogação haveria ser capaz de resolver de forma adequada, um problema reconhecidamente muito complexo, que consiste na procura do equilíbrio – necessariamente instável e precário - entre os interesses da administração e dos particulares”.

No início da elaboração da presente dissertação, a nossa posição, relativamente à precariedade do ato administrativo era de afastamento da doutrina tradicional, sobretudo da precariedade absoluta defendida por MARCELLO CAETANO. Isto é, pugnávamos pela justaposição dos interesses conflitantes entre a modificação dos atos, por razões de interesse público, e a proteção da confiança dos particulares, num horizonte temporal que permitisse a segurança destes últimos - de resto como resultava da solução plasmada pelo legislador no CPA de 1991⁵⁵. Como muito bem sintetizava JOÃO CAUPERS, o legislador tinha conseguido a otimização dos interesses conflitantes (interesse público, por um lado, e proteção da certeza e confiança jurídica dos particulares, pelo outro) mediante as regras

⁵¹ ob. cit. p. 453.

⁵² Por oposição aos atos constitutivos que criariam, alterariam ou modificariam a situação jurídica do particular, quer de modo positivo (atos constitutivos de direitos), quer de modo negativo (atos constitutivos de deveres).

⁵³ ob. cit. p. 281 a 321.

⁵⁴ “O regime da revogação no CPA: uma revisão conveniente” in *CJA*, nº 82, julho-agosto 2010, p. 69.

⁵⁵ Sobre a revogação de atos constitutivos de direitos por razões de interesse público e sobretudo de modificação das circunstâncias: José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, “Revogação do Acto Administrativo” in *Direito e Justiça*, 1992, p. 53 e 61 e ss. e PEDRO GONÇALVES, “Revogação (de actos administrativos), in *DJAP*, VII, Lisboa, 1996, p. 303 e CARLA AMADO GOMES, in *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 652.

então vigentes no CPA de 1991⁵⁶ naquilo a que o citado autor chamava uma “revogabilidade limitada”.

Contudo a publicação do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, com a entrada em vigor a 8 de abril do mesmo ano, veio introduzir grandes alterações à disciplina da revogação dos atos administrativos, com a solução plasmada na Secção IV, do Capítulo II da Parte IV do novo CPA, fazendo-nos, antecipadamente, aderir à tese de PAULO OTERO da “precarização do regime dos atos constitutivos de direitos”⁵⁷.

1.4.3.1. A revogação do ato administrativo

A nova disciplina da revogação do ato administrativo, assente na “opção binária”⁵⁸ entre a revogação por mérito, ou revogação propriamente dita (cfr. artigo 165.º n.º 1 CPA) e a revogação com base em invalidade – anulação - (cfr. artigo 165.º n.º 2 CPA), reveste-se de especial importância. Para PEDRO GONÇALVES⁵⁹, a distinção entre revogação e anulação administrativa, constitui a alteração de maior vulto científico no novo CPA⁶⁰. I. é, a distinção entre o regime da revogação, enquanto a prática de ato de segundo grau que visa eliminar o anterior por razões de mérito, conveniência ou oportunidade, por oposição ao da anulação,

⁵⁶ 1- Os atos administrativos válidos constitutivos de direitos são irrevogáveis. (exceto se forem desfavoráveis aos interessados ou se estes expressamente o consentirem, desde que não estejam em causa direitos indisponíveis);

2 - Os atos administrativos válidos não constitutivos de direitos são revogáveis. (exceto quando praticados no exercício de poderes vinculados ou quando deles resultem para a administração obrigações legais ou direitos irrenunciáveis);

3 - Os atos inválidos são revogáveis (mas apenas com base fundamento nessa invalidade e dentro do prazo mais longo para impugnação judicial ou até à apresentação das alegações finais em processo judicial já intentado).

Pelo que éramos da opinião, que a precariedade associada a livre revogabilidade do ato, como regra, não fazia sentido no direito administrativo constituído à luz do CPA de 1991, que consagrava expressamente a distinção entre a revogabilidade de atos válidos (artº 140.º CPA de 1991) e dos atos inválidos (artº 141.º CPA 1991) estabelecendo os limites para cada uma delas, justamente em homenagem aos princípios da certeza e segurança jurídica dos cidadãos, enquanto princípios informadores do Estado de Direito.

⁵⁷ “Problemas constitucionais do novo Código do Procedimento Administrativo – uma introdução”, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAVV coord. de CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, AAFDL, Lisboa 2015, p. 31.

⁵⁸ A expressão é de CARLA AMADO GOMES, «A “revogação” de acto administrativo: uma noção pequena”, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAVV coord. de CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, AAFDL, Lisboa 2015, p. 613.

⁵⁹ in «Algumas alterações e inovações “científicas” no novo Código do Procedimento Administrativo» ob. Cit. p. 50.

⁶⁰ Também TIAGO DUARTE e MIGUEL NEIVA DE OLIVEIRA, A Revogação e a anulação numa primeira impressão” in *Direito e & Política*, nº 4, julho-outubro 2013, p. 179, entendem que esta distinção não é meramente terminológica, sendo relevante na medida em que são introduzidas alterações em ambos os regimes. Em sentido contrário, de que se trata de uma questão meramente dogmática, sem qualquer relevância prática, Diogo FREITAS DO AMARAL, “Breves notas sobre o Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo”, *Direito e & Política*, nº 4, julho-outubro 2013, p. 150-151

enquanto eliminação dos efeitos de um ato administrativo com base na sua desconformidade com a legalidade vigente – invalidade, é uma solução que há muito se impunha, pondo termo a um erro histórico da ciência jurídico do Direito Administrativo Português. Questão diversa, e que o citado autor salienta, é a da operacionalização desses regimes, e que será objeto da nossa análise. Mais concretamente analisaremos o “regime labiríntico”⁶¹ dos artigos 167.º, 168.º e 172.º do novo CPA, para avaliar da precariedade dos atos administrativos, na medida em que, nalguns aspetos, se afasta bastante do regime anterior da revogação (*lacto sensu*) de atos, ainda que a doutrina divirja quanto ao seu alcance.

No que concerne à revogação, enquanto ato administrativo que determina a cessação dos efeitos de outro ato, por razões de mérito, conveniência ou oportunidade (artigo 165.º n.º 1 do CPA), a mesma não pode ocorrer quando a sua irrevogabilidade resulte de vinculação legal ou quando deles resultem, para a Administração, obrigações legais ou direitos irrenunciáveis. Trata-se pois de uma das mais simples das situações em análise, na medida em que a administração não poderá revogar o ato, com base no interesse público, quando a sua irrevogabilidade resulta diretamente da lei⁶².

Todavia, os atos administrativos ainda que constitutivos de direitos podem ser revogados:

- a) Na parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos beneficiários;
- b) Quando todos os beneficiários manifestem a sua concordância e não estejam em causa direitos indisponíveis;
- c) Com fundamento na superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou em alteração objetiva das circunstâncias de facto, em face das quais, num ou noutro caso, não poderiam ter sido praticados;

⁶¹ A expressão é de PEDRO GONÇALVES in «Algumas alterações e inovações “científicas” no novo Código do Procedimento Administrativo» ob. Cit. p. 50.

⁶² Não obstante a clareza do preceito, e no nosso modesto entender, a justeza da solução, mais que não seja em homenagem ao princípio da separação dos poderes, CARLA AMADO GOMES in «A “revogação” do ato administrativo: uma noção pequena», ob. Cit. p. 620, não se conforma com esta solução. A citada autora chega mesmo a defender a possibilidade da administração não se sentir coagida a respeitar a lei no caso de obsolescência desta, considerando que o interesse público não pode ficar refém de uma lei obsoleta.

d) Com fundamento em reserva de revogação, na medida em que o quadro normativo aplicável consinta a precarização do ato em causa e se verifique o circunstancialismo específico previsto na própria cláusula.

As soluções das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 167.º correspondem *grosso modo* ao já então previsto no n.º 2 do artigo 140º do CPA de 1991, sendo um corolário da justa ponderação entre o interesse público e os direitos adquiridos dos particulares, mais concretamente o princípio da certeza e segurança jurídica⁶³.

Por seu turno já a alínea c) do n.º 2 do artigo 167.º do novo CPA, constitui uma novidade absoluta, por sinal polémica. Permite-se agora a revogação de atos constitutivos de direitos sempre que a superveniência de conhecimentos técnicos ou científicos, o mesmo será dizer uma alteração “do estado da arte”, assim como uma alteração objetiva das circunstâncias impediriam que o ato revogado fosse agora praticado. Ora, esta questão levanta-nos sérias dúvidas, por um lado quanto aos seus fundamentos objetivos, mas sobretudo se concatenada com o disposto no n.º 4 do mesmo preceito. I. é, a revogação deve ser proferida no prazo de um ano, a contar da data do conhecimento da superveniência ou da alteração das circunstâncias, podendo esse prazo ser prorrogado, por mais dois anos, por razões fundamentadas. Ao ler o regime do artigo 167.º n.º 2 al. c) do novo CPA, desde logo levantaram-se-nos sérias dúvidas quanto à superveniência de conhecimentos técnicos e científicos e a alteração objetiva das circunstâncias de facto – que impediam que o ato a revogar fosse praticado – como fundamento para a revogação de um ato constitutivo de direitos. O que aliado à possibilidade da administração ter um ano, prorrogável por mais dois, a contar da data da superveniência das circunstâncias, tornava a posição dos particulares particularmente frágil. Encontramos em PAULO OTERO⁶⁴ amparo para a nossa preocupação. Este autor, sob o título da “precarização do regime de atos constitutivos de direitos”, critica seriamente a solução encontrada pelo legislador do novo CPA, referindo que

⁶³ Sendo vasta a doutrina sobre o regime da revogação na vigência do CPA de 1991, por todos vide MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1997, p. 666. Note-se porém que, CARLA AMADO GOMES, in «A “revogação” do acto administrativo: uma noção pequena», ob. Cit. p. 613 e segs., mantém a sua posição crítica quanto à solução do novo CPA em matéria de revogação dos atos administrativos, referindo-se a propósito das als. a) e b) do n.º 2 do artigo 167.º, que os mesmos não são conciliáveis com as necessidades de modificação dos atos administrativos por razões de interesse público, ficando a administração refém dos interesses dos particulares.

⁶⁴ In “Problemas constitucionais no novo Código do Procedimento Administrativo – uma introdução” ob. Cit. p. 31.

“(…) o novo regime consubstancia uma redução das garantias de estabilidade, segurança e confiança dos cidadãos perante atos constitutivos de direitos, sendo isso aferível quando tais são válidos ou, em alternativa, inválidos.”, mais adianta no que concerne em concreto à al. c) do n.º 2 do artigo 167.º que “ Em conclusão, o novo Código do Procedimento Administrativo vem agora permitir que , durante três anos, a contar da data do conhecimento da superveniência de conhecimentos técnico-científicos e da alteração das circunstâncias (e não, note-se, da prática do próprio ato), os atos constitutivos de direitos possam ser revogados – precariza-se , deste modo, o regime de tais atos válidos”. Por seu turno, CARLA AMADO GOMES⁶⁵, a propósito desta mesma norma, também se lhe levantam “sérias dúvidas”, mas desta feita quanto a estarmos perante uma situação reconduzível à figura da revogação. I. é, para esta autora, a superveniência dos conhecimentos técnico-científicos, aquilo a que nós designamos o avanço do “estado da arte”, constituiria uma necessidade natural de reponderação do interesse público, o que seria natural na atuação administrativa e não propriamente uma causa de eliminação dos efeitos de um ato jurídico anterior.

Uma última nota quanto a tutela indemnizatória prevista no n.º 5 do artigo 167.º do novo CPA que preceitua que : Na situação prevista na alínea c) do n.º 2, os beneficiários de boa-fé do ato revogado têm direito a ser indemnizados, nos termos do regime geral aplicável às situações de indemnização pelo sacrifício, mas quando a afetação do direito, pela sua gravidade ou intensidade, elimine ou restrinja o conteúdo essencial desse direito, o beneficiário de boa-fé do ato revogado tem direito a uma indemnização correspondente ao valor económico do direito eliminado ou da parte do direito que tiver sido restringida⁶⁶. Ora, esta questão revela-se de singular importância para o tema que nos propomos analisar, na medida em que, o legislador ao consagrar que à revogação de um ato administrativo (válido) constitutivo de direitos, com os fundamentos previstos na al. c) do n.º 2 do artigo 167.º, correspondesse uma indemnização nos termos do regime da indemnização pelo sacrifício⁶⁷,

⁶⁵ in «A “revogação” do acto administrativo: uma noção pequena», ob. Cit. p. 625.

⁶⁶ Por seu turno o n.º 6.º do artigo 167.º refere que: Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se de boa-fé os beneficiários que, à data da prática do ato revogado, desconheciam sem culpa a existência de fundamentos passíveis de determinar a revogação do ato.

⁶⁷ Dispõe o artigo 16.º da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, sob a epígrafe – Indemnização por sacrifício que: *O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.*

está a reconhecer a patrimonialidade do ato administrativo. Isto é, existe um valor venal criado pelo ato, passível de uma compensação, que poderá ser plena, ou seja, correspondente ao valor económico do direito eliminado, ou parcial, correspondente à parte do direito.

Ainda a este propósito, do regime indemnizatório previsto no n.º 5 do artigo 167.º do novo CPA, com o esclarecimento previsto no n.º 6, somos forçados a concordar com CARLA AMADO GOMES⁶⁸, que neste particular a norma precisará de maior “arrumação”. Em primeiro lugar subscrevemos que não pode, quer no plano fáctico, quer no jurídico, o particular estar de boa (ou má)-fé, relativamente à superveniência de conhecimentos técnico-científicos ou da modificação objetiva de circunstâncias de facto, na medida em que para as mesmas apontam para a sua imprevisibilidade no momento da prática do ato constitutivo de direitos. Isto é, se as circunstâncias técnico-científicas, ou de facto, que agora sustentam a revogação, era imprevisíveis à data da prática do ato, para o seu autor, por maioria de razão, também o seriam para o seu destinatário, pelo que nos parece desprovido de sentido o requisito de boa-fé.⁶⁹ Contudo e ponto assente, é que a indemnização pelo sacrifício, nos termos do disposto no artigo 16.º da Lei 67/2007, de 31 de dezembro, no nosso entender, reforça a patrimonialidade do ato administrativo, posição que nos parece reforçada por CARLA AMADO GOMES⁷⁰ ao referir que “Já quanto à compensação do particular, admitimos que ela possa ser ponderada à luz do artigo 16.º do regime aprovado pela Lei 67/2007, em atenção à utilidade social da atividade desenvolvida ao abrigo do ato cujo conteúdo teve que sofrer modificações (...)”.

Uma última referência à alínea d) do n.º 2 do artigo 167.º do novo CPA, começando desde logo por notar que é a própria norma que fala de “precarização” do ato, ao estabelecer a previsibilidade legal dessa precarização como um dos requisitos para a revogação de ato constitutivo de direitos. Sendo uma das inovações do regime da revogação previsto no novo CPA(*strictu sensu*), os atos administrativos constitutivos de direitos podem ser revogados, nos termos deste preceito quando: a) se verifique à posteriori o circunstancialismo previsto; b) em cláusula acessória; c) que seja admitida pela lei à data da prática do ato.

⁶⁸ Ob. Cit. p. 629.

⁶⁹ E por maioria de razão o esclarecimento – densificação - do conceito de boa fé, conforme plasmado no n.º 6 do artigo 167.º do CPA. Quando muito, aplicar-se-iam as regras gerais do direito, designadamente o abuso de direito, se fosse caso disso.

⁷⁰ Ainda que involuntariamente, porquanto não era sobre esta questão que a autora se debruçava ao proferir tal afirmação, in ob. Cit. p. 630.

Temos assim um triplo requisito, que por ordem cronológica e de ordenação normativa, começaria pela admissibilidade legal da “precarização do ato”, o mesmo será dizer que a lei admita a inserção de cláusula acessória com reserva de revogação, quer em termos formais, quer em termos materiais. Em segundo lugar, na hierarquização normativa, tal reserva de revogação terá de constar do ato administrativo, com previsão das circunstâncias concretas para que tal ocorra⁷¹. Por último, para que a revogação ocorra, é necessário que as circunstâncias de facto sejam perfeitamente subsumíveis às da cláusula de reserva de revogação⁷². Coloca-se também aqui, e com relevância para a patrimonialidade do ato administrativo, a questão de saber e a revogação de atos constitutivos de direitos nos termos do artigo 167.º n.º 2 al. d) do CPA é passível de indemnização. A questão é controversa na doutrina, na medida em que o legislador, no artigo 167.º n.º 5, referiu-se exclusiva e expressamente à al. c) do mesmo artigo, excluindo da letra lei, a al. d). Razão pela qual a doutrina divide-se havendo quem, como TIAGO DUARTE e Miguel NEIVA DE OLIVEIRA, questionem tal possibilidade⁷³, ou quem como FILIPA URBANO CALVÃO⁷⁴ e CARLA AMADO GOMES,⁷⁵ defendem que deverá haver sempre lugar à indemnização nos termos do artigo 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. Apesar da nossa convicção garantística a favor da tutela da certeza e segurança jurídica dos particulares, no que toca a este aspeto, sustentamos que, o particular ao aceitar o ato com cláusula modal e desde que preenchidos todos os requisitos enunciados na al. d) do n.º 2 do artigo 167º do CPA, partilhou do risco das circunstância incluídas na cláusula de revogação virem a ocorrer. Ou melhor dizendo, aceitou o ato com esse risco, se usarmos a figura paralela do reequilíbrio financeiro do contrato, diríamos que a modificação está dentro do risco próprio, neste caso, do ato. Pelo que entendemos, que a não inclusão da al. d) do n.º 2 do artigo 167.º na previsão do n.º 5 do mesmo artigo não se tratou de um lapso do legislador, mas antes de uma opção clara pela sua exclusão da tutela indemnizatória.

⁷¹ Saliente-se que o novo CPA, ao contrário do artigo 121.º do CPA de 1991, admite expressamente – cfr. Art.º 149.º n.º 2 – a reserva de revogação como cláusula acessória, claro está verificados os requisitos e respeitados os limites do n.º 1 do artigo 149.º

⁷² Com maior exatidão sobre a revogação com fundamento na al. d) do n.º 2 do artigo 167.º do novo CPA, vide: CARLA AMADO GOMES, ob. Cit. p. 631-637.

⁷³ In “A Revogação e a anulação numa primeira impressão” in *Direito e Política*, nº 4, julho-outubro 2013, p. 180.

⁷⁴ In “A Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código do Procedimento Administrativo”, *CJA*, N.º 54, novembro-dezembro 2012, p. 41.

⁷⁵ Ob. Cit. p. 634.

1.4.3.2. A anulação do ato administrativo.

Como vimos, uma das principais inovações do novo CPA em matéria do ato administrativo, foi a dicotomia revogação/anulação, nos termos do artigo 165.º do CPA. Perscrutada a revogação do ato administrativo - válido - constitutivo de direitos, passaremos então à anulação do ato administrativo. I. é, o ato que determina a destruição de efeitos de outro ato, com fundamento na invalidade daquele – cfr. Artigo 165.º n.º 2 do CPA, mas apenas na ótica da precariedade do ato administrativo⁷⁶.

Pelo prisma da precariedade, é possível constatar que, à semelhança dos condicionalismos à revogação (sobretudo as als. c) e d) do artigo 167.º do CPA), os condicionalismos aplicáveis à anulação administrativa, previstos no artigo 168.º, permitem uma maior subsistência do ato administrativo inválido com a conseqüente diminuição das garantias dos particulares. Ou seja, como veremos, ao serem aumentados os prazos e condições em que a administração poderá destruir os efeitos jurídicos do ato administrativo inválido, mais precário este se torna. Atentemos, pois, no complexo regime do artigo 168.º do CPA, podendo o ato administrativo inválido ser anulado:

- a) Em regra no prazo de seis meses, a contar da data do conhecimento pelo órgão competente da causa de invalidade; (cfr. artigo 168.º n.º 1 CPA)

- b) No caso do ato ser constitutivo de direitos só pode ser objeto de anulação administrativa dentro do prazo de um ano, a contar da data da respetiva emissão, salvo se tiver sido objeto de impugnação jurisdicional, a anulação administrativa só pode ter lugar até ao encerramento da discussão; (cfr. artigo 168.º ns. 2 e 3)

Tal prazo de um ano pode no entanto ser ampliado para cinco anos, nos casos em que:

- i) o beneficiário induziu a administração em erro ou usou de artifício fraudulento para obter a prática do ato; (cfr. artigo 168.º n.º 4 al. a) do CPA)

⁷⁶ Sobre a anulação administrativa no novo CPA vide: Marco Caldeira, «A figura da “Anulação Administrativa, no novo Código de Procedimento Administrativo de 2015, in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, AAVV coord. de CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, AAFDL, Lisboa 2015, p. 641.

ii) no âmbito de uma relação continuada, em que estão em causa prestações pecuniárias periódicas, sempre que a lei imponha um dever de fiscalização superior a um ano e comine a obrigação de restituição das prestações indevidamente recebidas. (cfr. artigo 168.º n.º 4 al. c) do CPA)

c) Saliente-se porém, que pode contudo nem haver prazo, sempre que existir uma sentença de um tribunal da EU, com uma diferente interpretação de Direito da União, vinculativa para o Estado Português, e que inclusivamente se sobrepõe a sentença de tribunal administrativo nacional já transitada em julgado⁷⁷. (cfr. artigo 168.º n.º 7 do CPA)

Do regime dos condicionalismos à anulação administrativa dos atos inválidos, previsto no artigo 168.º do CPA, registamos desde logo uma forte adequação⁷⁸ ao Direito Europeu. Em nosso entender, o legislador procurou por via do novo CPA, harmonizar querelas que há muito se vêm debatendo sobre os prazos para a revogação de atos administrativos inválidos, sobretudo nos casos de prestações pecuniárias com base em fundos comunitários⁷⁹. Não podemos esquecer, ainda que nem sempre se concorde com a solução encontrada no artigo 168.º do CPA, que a administração nacional é cada vez mais o elo entre os particulares e a administração da UE, sobretudo nessa crescente área da atuação administrativa que é a “administração subventiva”. Do mesmo passo registre-se que os mecanismos de anulação administrativa previstos no citado preceito, são muito mais complexos dos que os previstos no CPA de 1991, o que faz antever amplas discussões doutrinárias e dificuldades para a administração aplicadora-interpretar do direito.

Mas no que releva para efeitos desta dissertação, à semelhança do que vimos quanto ao regime de anulação, estamos perante um aumento da precariedade do ato administrativo no novo CPA, ao alargar os prazos de possibilidade de eliminação dos atos administrativos

⁷⁷ A propósito desta norma, PAULO OTERO, defende que a mesma viola o princípio da intangibilidade do caso julgado, padecendo por isso de inconstitucionalidade material por violação do artigo 205.º n.º 2 da CRP. Cfr. Ob. Cit. p. 21-25.

⁷⁸ A que alguns autores, como ANDRÉ SALGADO MATOS, chamam “submissão” ao direito europeu in “O projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: uma revolução legislativa anunciada e as consequências”, in *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo – Colóquio*, AAVV., coord. RUI CHANCERELE DE MACHETE, LUIS SOUSA FÁBRICA e ANDRÉ SALGADO MATOS.

⁷⁹ Com muita propriedade sobre esta questão vide: RAVI AFONSO PEREIRA, “o direito comunitário posto ao serviço do direito administrativo – uma leitura da jurisprudência do STA sobre reposição de ajudas comunitárias” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXI, Coimbra 2005, p. 673 a 725.

constitutivos de direitos, bem como as possibilidades dessa eliminação mesmo para além de sentenças transitadas em julgado que validaram o ato (cfr. artigo 168.º n.º 7 do CPA). Alinhamos assim com MARCO CALDEIRA⁸⁰ quando refere que “Uma crítica a assinalar – *oitava ilação* – prende-se com a (incontornável) conclusão de que a tónica subjacente ao regime de anulação administrativa do novo CPA reside na **maior dificuldade na consolidação dos atos administrativos, mesmo os constitutivos de direito**, traduzindo-se isso num claro **reforço da Administração dita “agressiva”** e na consequente **precarização da esfera jurídica dos interessados**”. Posição também assumida por PAULO OTERO⁸¹, para quem, além de subscrever a tese de precarização dos atos administrativos, quer em sede de revogação, quer de anulação, sustenta ainda a inconstitucionalidade do artigo 168.º n.º 7 do CPA, por violar a intangibilidade do caso julgado, prevista no artigo 205.º n.º 2 da CRP.

Não se oferecem pois dúvidas, que precariedade, enquanto corolário do ato administrativo que obstaculiza a sua comercialização e consequentemente a sua patrimonialidade, é agora mais premente no CPA de 2015.

⁸⁰ Ob. Cit. p. 669.

⁸¹ Ob. Cit. p. 31-33.

CAPÍTULO II. A PATRIMONIALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

2.1. Estrutura Conceptual da Patrimonialidade do Ato Administrativo.

A questão da patrimonialidade do ato administrativo, por mais complexa ou polémica que seja do ponto de vista doutrinário, na prática resume-se ao fato das autorizações administrativas permitirem ao seu titular o acesso a uma atividade ou bem do domínio público.⁸² Esta titularidade coloca o beneficiário numa situação de vantagem face à concorrência, o que se traduz num valor económico, tanto mais elevado quanto a maior for a raridade. Como bem refere PEDRO GONÇALVES⁸³ “Sucedo, porém, que, *em regra*, a situação de vantagem criada pela autorização não representa um *valor económico* (de mercado) que suscite um interesse específico para terceiros. Isto é assim porque quaisquer interessados em exercer a atividade autorizada poderão apresentar à Administração Pública um pedido com essa finalidade. Quer dizer, em regra, a autorização administrativa não cria uma situação de vantagem com valor económico autónomo, pois qualquer pessoa que cumpra os requisitos pode alcançar essa situação vantajosa”. Porém o citado administrativista adianta “Mas esta situação transforma-se no caso de escassez de autorizações (...) a contingência ou *numerus clausus* está na origem de um valor económico das situações criadas pelos atos de autorização”.

Se por um lado temos atos que permitem o acesso à atividade mediante a simples verificação das condições previstas na lei (conceito tradicional de autorização), sendo que a atividade por si só não está vedada ou sujeita a contingência. Por outro, temos atos que permitem o acesso a atividades relativamente proibidas (conceito tradicional de licença), quer por razões de ordem social (como por exemplo as licenças ambientais), quer por razões de ordem económica (como por exemplo as quotas de produção leiteira), e que por isso mesmo se tornam em bens raros e dotados de valor patrimonial (por exemplo as “licenças” de abertura de farmácias, de redes de telemóveis ou de canais de televisão).

⁸² Não referimos propositadamente o acesso a bens do domínio público, por um lado porque esse acesso visa geralmente o exercício de atividades económicas (por exemplo as concessões de exploração de praias), por outro lado, como referimos da delimitação do tema, as concessões de bens do domínio público, por via de contratos administrativos estão excluídas do âmbito deste estudo.

⁸³ In *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 241

É claro que a patrimonialidade do ato administrativo assentará sobretudo no binómio titularidade e transmissibilidade (elemento jurídico) e raridade ou escassez (elemento económico), para a doutrina francesa a transmissibilidade é o fundamento da patrimonialidade, não só enquanto questão jurídica relevante, mas também fator determinante do valor económico. Desta feita variando na razão inversa à escassez, ou seja, quanto maior forem as possibilidades de transmissão da autorização administrativa, maior será o seu valor patrimonial, na medida em que confere “liquidez” à atividade exercida. Isto é, a impossibilidade ou restrição à livre transmissibilidade da autorização administrativa, será sinónimo de falta de liquidez do bem ou empresa, na medida em que a sua transmissão desacompanhada da autorização administrativa que lhe permite o acesso à atividade económica, impossibilitará o exercício e conseqüentemente a diminuição do valor patrimonial. Questão que se colocará com especial acuidade nos casos de transmissão acessória. Salvo a comparação, até porque esta é uma questão de direito privado, mas pense-se por exemplo na controvertida limitação à transmissão, por via de trespasse, das lojas situadas em centros comerciais, sujeitos aos “contratos de lojista”. Estes estabelecimentos, por oposição aos situados fora de centros comerciais, têm uma diminuição de valor, resultante justamente da ausência da sua livre transmissibilidade.⁸⁴

Ainda a propósito da patrimonialidade do ato administrativo, PEDRO GONÇALVES⁸⁵, aborda a questão do valor económico criado pelos atos autorizativos, mas numa perspetiva ligeiramente diferente da doutrina francesa designadamente dos fundamentos da patrimonialidade do ato administrativo de MAXENCE CORMIER,⁸⁶ ou da patrimonialidade das autorizações administrativas de EMMANUEL BAUDEL⁸⁷, embora este último também defenda que a patrimonialidade do ato administrativo pressupõe a

⁸⁴ Esta questão foi amplamente debatida na doutrina: ANTUNES VARELA, *Centros Comerciais (shopping centers) – Natureza Jurídica dos Contratos de Instalação dos Lojistas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995 e “Os Centros Comerciais (shopping centers)”, *BFD, Estudos em homenagem ao Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Volume II, Coimbra, 1989, p. 43-70; Ana Isabel da Costa Afonso, *Os Contratos de Instalação de Lojistas em Centros Comerciais – Qualificação e Regime Jurídico*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003 e na jurisprudência: vejam-se, por exemplo, os Acs. STJ de 4.5.2000, revista n.º 289/00, 7.ª secção; de 19.2.2002, revista n.º 4359/01, 6.ª sec.; de 11.4.2002, revista n.º 862/02, 7.ª sec.; de 14.5.02, revista n.º 1154/02, 6.ª sec.; de 3.4.2003, revista n.º 673/03, 7.ª sec.; de 6.5.2003, revista n.º 995/03, 6.ª sec.; de 3.9.2003, revista n.º 1169/03, 1.ª sec.; de 23.9.2004, revista n.º 2571/04, 2.ª sec.; de 10.5.2005, revista n.º 198/05, 1.ª sec.; de 21.12.2005, revista n.º 3536/05, 2.ª sec.; de 12.10.2006, 7.ª sec.

⁸⁵ Ob. Cit. 239.

⁸⁶ *Fondements de la patrimonialité des actes administratifs* in RFDA, Dalloz, n° 1, janvier-février, 2009, p. p. 1-7

⁸⁷ In *La Patrimonialité de(s) autorisation(s) administratives(s)*, ANRT, p. 15 e 27.

apropriação de um bem pelo detentor da autorização ou dos direitos conferidos pela autorização administrativa. Para a sobre a patrimonialidade, entendida como o valor económico da vantagem criada, decorre diretamente do ato autorizativo, aliás a este propósito EMMANUEL BAUDEL⁸⁸ defende que a autorização administrativa é, neste domínio, ela própria um *bem incorpóreo*, e deter um bem é deter os direitos a ele inerentes. Já PEDRO GONÇALVES, naquela que é a primeira referência a este tema que recenseamos na doutrina nacional, embora referindo-se à mesma realidade, fá-lo numa perspetiva diferente. Isto é, para o citado autor o que está em causa é também o valor económico resultante da atribuição de autorizações em número limitado (contingentação ou *numerus clausus*), mas desta feita esse valor não decorreria diretamente do ato autorizativo, mas antes daquilo a que o autor designa por “coisificação dos direitos constituídos pelo ato administrativo”. Na verdade, o autor identifica os mesmos elementos definidores do valor económico: a escassez, a transmissibilidade (ainda que direta ou secundária), mas considerando que «o resultado do processo traduz-se em esses direitos se converterem em “objetos do domínio do seu titular”, e, assim, em bens ou coisas que podem ser deslocados, transferidos, para o domínio de outra pessoa»⁸⁹.

Aliás PEDRO GONÇALVES, à semelhança de alguma doutrina francesa⁹⁰, critica a teoria da “patrimonialização” do ato administrativo, por ignorar a distinção entre o tempo decisório – prática do ato administrativo – e a situação jurídica criada por aquela, esta sim geradora de um valor económico. Embora o autor defenda que possamos estar perante uma questão de detalhe jurídico, no que toca à mercantilização de atos administrativos, considera que estaríamos a “coisificar” o ato administrativo, que, na opinião do reconhecido juspublicista, é uma decisão administrativa e não uma coisa, ou, um “bem móvel” como questiona JEGOUZO. Esta discussão afigura-se particularmente interessante, não sendo de mero detalhe jurídico, ainda que, entendamos que a mesma não terá qualquer influência do ponto de vista jurídico, sobretudo na teoria do ato administrativo. Ou seja, a patrimonialidade do

⁸⁸ Ob. cit. p. 28.

⁸⁹ PEDRO GONÇALVES, ob. cit. p. 239, nota de rodapé 428, recorre ainda ao conceito de “coisificação” de ORLANDO de CARVALHO, in *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 139, para explicar a sua perspetiva de que o valor está no direito constituído a partir do ato, podendo ser “coisificado” e por isso transmitido.

⁹⁰ ALAIN BERNARD, *L'Autorisation Administrative e le Contrat de Droit Privé*, Paris II, 1985, p. 17 e JEGOUZO, "Les Autorisations Administratives vont-elles Devenir de Biens Meubles?" in *AJDA*, 2004, p. 945.

ato administrativo, não influenciará os elementos do ato administrativo, antes pelo contrário serão estes a influenciar a patrimonialidade. Concordamos com PEDRO GONÇALVES, que a questão poderá ser de detalhe jurídico⁹¹, mas apenas na perspectiva da teoria do ato administrativo, ou seja, a questão da “patrimonialização” ou da “coisificação”, consoante as perspectivas, não se colocará no momento da marcha do procedimento administrativo⁹², nem no momento decisório. Por isso consideramos que esta é uma questão de fenomenologia jurídica, de apreensão e compreensão desta nova realidade, à qual a doutrina francesa se vem dedicando há algumas décadas, que entre nós encontrou a primeira reflexão com o citado escrito de PEDRO GONÇALVES e para a qual, modestamente, procuramos contribuir.

Se é certo que nalguns casos o valor económico criado pela vantagem proporcionada pelo ato administrativo é transmitida enquanto um direito associado a um bem, ou são uma “coisificação” dos direitos adquiridos na esfera do particular, certo é que noutros casos é a própria autorização administrativa que será comercializada e transmitida autonomamente, muitas vezes até numa transmissão originária e depois num mercado secundário, como é o caso das licenças de emissão de gases com efeito de estufa, ou das quotas de produção leiteira, que analisaremos adiante. Entendemos por isso que a “patrimonialidade do ato administrativo” não é, por si só, uma coisificação do ato administrativo, mas antes a apreensão fenomenológica de uma realidade, que é um valor económico, não que é justamente criado pela vantagem conferida pelo ato administrativo. Sendo certo que não é intrínseco e não integra os elementos do ato administrativo, certo é que esse valor dependerá, em muito, das características desse ato.

⁹¹ Ob. cit. p. 243.

⁹² Sendo certo que não colocará na marcha do procedimento, nem no momento decisório na ótica da administração, o mesmo já não se poderá dizer quanto ao particular -requerente, que sobretudo nos casos de autorizações de acesso a atividades económicas, certamente que o valor económico a gerar pelo ato, será decisiva para a decisão de investimento. Pense-se por exemplo num investimento industrial, sujeito a autorização ambiental, das condições dessa decisão, designadamente das suas maiores ou menores exigências, poderá condicionar o investimento (sem prejuízo dos condicionalismos específicos dos atos autorizativos em matéria ambiental a que aludiremos adiante). Isto para não falar no caso da obtenção e um licença de operação de comunicações móveis, de cuja obtenção depende todo o exercício da atividade da empresa naquela circunscrição territorial, no nosso caso, em todo o país.

2.2. Fundamentos Jurídicos:

2.2.1. Aspetos Gerais das Autorizações Administrativas.

O fundamento jurídico da patrimonialidade do ato administrativo, enquanto a capacidade desse ato em criar uma vantagem, para o seu beneficiário, criadora de um valor económico, residirá, como vimos, sobretudo nos atos administrativos autorizativos. A doutrina francesa pioneira deste tema⁹³, tem-no enquadrado sempre em sede das autorizações administrativas. Aliás a referência à *patrimonialidade do ato administrativo* na doutrina gaulesa, surge mais recentemente com a organização, em Paris, em 2008⁹⁴, do colóquio com aquela designação, que deu origem ao dossier especial do n.º 1 da RFDA⁹⁵ e que nos despertou o interesse por este tema. Também entre nós, PEDRO GONÇALVES, ao falar da “mercantilização da atividade administrativa”⁹⁶ fá-lo essencialmente em relação às autorizações administrativas limitadas, sendo que a referência à mercantilização da atividade administrativa e à coisificação dos direitos constituídos por ato administrativo, surgem como reflexões conclusivas sobre *a atribuição concorrencial de autorizações administrativas* a que o autor dedica todo o IV da obra citada. Pelo que, tendo em conta que a patrimonialidade dos atos administrativos, advém dos fundamentos jurídicos destes, e de entre os atos administrativos em geral, destacam-se os autorizativos, impõe-se por isso uma análise, ainda que profícua, das autorizações administrativas. Com destaque desde logo, para os elementos que lhes conferem a possibilidade de criarem um valor económico: a escassez e a transmissibilidade.

Uma última referência ao facto de certa doutrina, designadamente LAGUNA DE PAZ⁹⁷ e EMMANUEL BAUDEL⁹⁸, fazerem a análise das autorizações administrativas distinguindo entre *pessoais* e *dominiais*, para abarcar a distinção entre atos autorizativos *intuite personae* e atos autorizativos *intuite rei*. As considerações que se seguem sobre a autorização

⁹³ Emmanuel Baudel, *La Patrimonialité de(s) Autorization(s) Administrative(s)*, ANRT, Lille, 1999, ALAIN BERNARD, *L'Autorisation Administrative et le Contrat de Droit Privé*, Paris II, 1985 e "*L'Autorisation Administrative et le Contrat de Droit Privé*" in RDT, 1987;; THIBALUT SOLEILHAC, "*Vers une Commercialité des Autorisations Administratives*" in AJDA, 2007, p. 2178; Marianne MOULINER-DUBOST, "*Requiem pour le Principe d'Incessibilité des Autorisations Administratives*" in AJDA, 2004, p. 2141; Ives JÉGOUZO, "*Les Autorisations Administratives vont-elles Devenir des Biens Meubles?*" in AJDA, 2004, P.945

⁹⁴ Sem prejuízo de, na segunda metade do século passado haver já uma referência ao “ato administrativo”, vide: Henri LAULHÉ, "*La Véralité des Actes Administratives*" in AJDA, 1961.

⁹⁵ Dalloz, Paris, n.º 1, janvier-février 2009, p. 1-44.

⁹⁶ Ob. cit. p. 336.

⁹⁷ *La Autorización Administrativa*, Civitas, Madrid, 2006.

⁹⁸ *La Patrimonialité de(s) Autorisation(s) Administrative(s)*, ANRT, Lille, 1999.

administrativa, são feitas com uma conceção única de autorização administrativa, não curando de tal distinção.

2.2.2. A Autorização Administrativa - Questão Terminológica.

Impõe-se desde logo clarificar que a questão terminológica não estará dissociada da conceção doutrinal da autorização administrativa, inclusivamente naquilo a que vários autores designam sobre a sua “a natureza jurídica”⁹⁹. Ao longo desta e outras obras aqui citadas, são feitas referências ao ato administrativo, à autorização administrativa e outras formas de atos administrativos permissivos, de uma forma aparentemente equivalente, criando uma confusão de conceitos, ou no mínimo, terminológica.

Tal confusão não é nova, nem exclusiva da doutrina nacional. Em França, a questão da distinção terminológica entre os diversos tipos de atos administrativos permissivos, e até mesmo conceptual, também se colocou¹⁰⁰, sendo que neste caso não se cingia à diferença entre licenças e autorizações, sendo mais vasto o cardápio de atos administrativos permissivos considerados pelos autores franceses¹⁰¹. A este propósito, ALAIN BERNARD¹⁰² recenseou e tentou distinguir os diversos tipos de atos administrativos permissivos. Todavia, esta distinção terminológica nunca foi questão essencial para a doutrina francesa, até porque à semelhança do legislador nacional, em França, o legislador também terá feito tábua rasa da distinção, utilizando de forma indiscriminada os vários conceitos, o que, segundo EMMANUEL BAUDEL, terá contribuído para que a doutrina tenha abandonado esta discussão, ou pelo menos a mesma deixou de ter um papel primordial na discussão das temáticas dedicadas aos atos administrativos permissivos de onde sobreleva a "autorisation administrative".

Também na vizinha Espanha a questão terminológica tem sido discutida, naquilo a que LAGUNA DE PAZ¹⁰³ chama uma "hemorragia terminológica", mas com a discussão a centrar-se entre *autorización, permiso e licencia*.

⁹⁹ A que nos dedicaremos infra no ponto 2.2.3.

¹⁰⁰ A este propósito EMMANUEL BAUDEL, ob. cit. p. 6 e 7.

¹⁰¹ A doutrina gaulesa considera ainda outros atos administrativos permissivos como as “cartes professionnelles, licence, permis, visa e droits de produire”.

¹⁰² *L'Autorisation Administrative et le Contrat de Droit Privé*, Thèse, Paris 2, 1985, p. 30 e ss.

¹⁰³ in *La Autorización Administrativa*, Civitas, Madrid, 2006, p. 32.

Entre nós¹⁰⁴ a questão coloca-se essencialmente na distinção entre *autorização* e *licença*, na medida em que através da primeira a administração permitiria ao particular o gozo ou exercício de um direito ou poder que já existia na sua esfera jurídica (desde logo as autorizações urbanísticas, licenças de abertura de estabelecimentos comerciais de livre acesso) enquanto que no segundo caso a licença seria o ato administrativo permissivo mediante o qual a administração permitiria o acesso a atividades relativamente proibidas, por razões de ordem pública, que poderão ser de vária ordem como a prevenção sanitária, ambiental ou até de regulação de mercado. Na licença, é o próprio ato que concede o direito, só assim se transferindo para a esfera do particular¹⁰⁵. Não obstante na doutrina, a distinção ser praticamente pacífica, o mesmo não se poderá dizer quanto ao legislador nacional, onde a utilização imprópria dos conceitos é vulgar.¹⁰⁶

Curiosamente a doutrina brasileira, para quem a questão terminológica também é relevante¹⁰⁷, distingue a *Autorização Administrativa* da *Licença*, mas desta feita em sentido exatamente oposto ao da doutrina nacional. Para a doutrina brasileira a autorização não pressupõe um direito pré-existente ao ato administrativo e trata-se de um ato administrativo discricionário concedido por razões de conveniência ou de mera liberalidade da

¹⁰⁴ Não podemos deixar de fazer uma referência ao artigo 8.º ns. 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, na transposição da Diretiva Serviços e que define *atos administrativos permissivos* como: os Atos administrativos que possibilitam a alguém a adoção de uma conduta ou a omissão de um comportamento que, de outro modo, não poderia ser prestado livremente.” “Atos que desencadeiam benefícios...ou que provocam situações de vantagem.”. sobre a transposição da Diretiva Serviços vide: PEDRO GONÇALVES E LÍCÍNIO LOPES a La ejecución y la transposición de la «directiva de servicios» – el caso portugués”, Revista de Estudios Locales (Aranzadi), n.º 122, 2009, 52-61

¹⁰⁵ Entre nós, MARCELLO CAETANO, in ob. Cit. p. 459, define os atos permissivos, por oposição aos atos impositivos, elencando-os como podendo revestir a forma de: autorização, licença, concessão, admissão e subvenção, distinguindo a licença da autorização, mas sem que a questão assumira especial relevância, desde logo ao nível da natureza jurídica. Com algumas nuances esse elenco é seguido por FREITAS DO AMARAL, ob. Cit. p. 288 e ainda JOÃO CAUPERS, ob. Cit. p. 242. Por seu turno ROGÉRIO EHRARDT SOARES, in Direito Administrativo – Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano de 1977/78, Coimbra, 1978 (policoop) p. 111 a 122 e José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, in Lições de Direito Administrativo, 2ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 145., distinguem entre autorizações constitutivas ou licenças e autorizações propriamente ditas ou permissivas.

¹⁰⁶ V.g. a permissão administrativa para atividade de construção denomina-se “alvará”, mas é uma autorização (artigo 3.º-j), 4.º e 7.º e segs. do DL n.º 12/2004, de 9/1, sucessivamente alterado; a “Autorização” de introdução de medicamento no mercado é uma verdadeira licença (artigos 14.º e segs., 23.º-A e 25.º do DL n.º 176/2006, de 30/8, sucessivamente alterado).

¹⁰⁷ Por todos vide: CID TOMANIK POMPEU, *Autorização Administrativa*, 3ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

administração, sendo por isso precário e revogável a qualquer tempo e através deste que o direito se cria na esfera do particular.

Para Cid Tomanik Pompeu¹⁰⁸, a autorização (*lato sensu*) é a outorga que o agente público, na esfera da sua competência, faz a outro agente público, a entidade da administração ou a particular, para o desempenho de ato ou atividade material que a lei declara, salvo essa anuência, proibida, adianta ainda este autor que a autorização (*stricto sensu*) é a outorga removedora de óbice que, por motivos de ordem pública, a lei impôs ao desenvolvimento da atividade individual. No mesmo sentido HELY LOPES MEIRELLES¹⁰⁹ refere que a autorização envolve a salvaguarda do interesse público, sendo por isso um ato discricionário e precário. Por seu turno a licença, na definição deste último autor, resulta de um direito subjectivo do interessado, razão pela qual a administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para a sua obtenção e uma vez emitida goza de uma presunção de definitividade. Pese embora a terminologia ser exatamente oposta, ou seja, a doutrina brasileira designa por licença aquilo a que os autores nacionais chamam autorização e vice-versa, ponto assente é que, com terminologia diversa pretendem distinguir a mesma realidade.

Põe-se então a questão de saber se faz sentido manter a distinção terminológica entre autorizações e licenças¹¹⁰, sendo certo que há muito que o legislador fez tábua rasa desta distinção¹¹¹, assim como a diferença conceptual, em nosso entender, só excepcionalmente se apresenta dicotomicamente cindido entre vinculado e definitivo, por um lado, e discricionário e precário, por outro. Basta atentar nos casos das licenças para redes de comunicações móveis ou para emissão de televisão (licenças no sentido da doutrina europeia), não estamos perante atos discricionários, na medida a que a sua atribuição é feita por concurso público, cujas regras estão previamente definidas nos respetivos programas de

¹⁰⁸ Ob. cit.

¹⁰⁹ In *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª ed., Malheiro Editores, São Paulo, 2003, p. 184.

¹¹⁰ E outros atos permissivos, contudo uma vez que a discussão essencial se centra entre as autorizações e licenças, sobretudo entre nós, optamos por não alargar aos outros atos afins.

¹¹¹ Desde logo e de forma paradigmática o diploma estruturante das operações urbanísticas, o RJUE, constante da Lei nº 60/2007, de 4 de Setembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei nº 26/2010, de 30 de Março, no seu artigo 4º que estabelece o regime do controlo prévio, ai definindo que o mesmo está sujeito às modalidades de comunicação prévia, licença ou autorização de uso. Ora se analisarmos o procedimento e conteúdo da operação de licenciamento, vemos que a mesma mais não é do que uma *autorização*, na medida em que visa apenas verificar se o particular reúne as condições previstas na lei ou regulamento para o exercício de um direito existente, neste caso o *ius edificandi* incito no direito de propriedade.

procedimento¹¹², pelo que a emissão de licenças estará sujeita à subsunção da candidatura às regras definidas naquelas peças, e por isso mesmo estamos perante um ato vinculado.¹¹³

Todavia, continua por resolver a questão terminológica que, como muito bem sintetiza LAGUNA DE PAZ,¹¹⁴ se circunscreve a saber se todos os conceitos ("vocablos", nas palavras do citado autor) correspondem a uma única categoria unitária ou a diferentes referências dogmáticas. Por seu turno também EMMANUEL BAUDEL não coloca o assento tónico nas diferenças terminológicas dos diferentes atos permissivos, para antes enfatizar que a resposta a esta problemática se coloca na natureza jurídica daquilo a que designa os "procédés permissifs". Na mesma esteira Cid Tomanik Pompeu, desvaloriza a questão terminológica, e centraliza a questão na natureza jurídica.

Entre nós a doutrina mais recente que se tem debruçado sobre as autorizações administrativas, mais concretamente A. DIAS GARCIA¹¹⁵, defende que não há critério distintivo eficaz e que não há sequer interesse em distinguir autorizações de licenças, para colocar o assento tónico no binómio direito do particular/necessidade de controlo prévio. Por seu turno CARLA AMADO GOMES¹¹⁶, desvaloriza a questão terminológica, referindo mesmo “a opção entre autorização e licença não é o mais importante, ambas acabam por ser, no limite por reflexo, noções equívocas”, também centrando a discussão entre os direitos pré-existentes e a (des)necessidade de controlo prévio do exercício da atividade. Mais recentemente e também versando as autorizações administrativas ambientais J. E. FIGUEIREDO DIAS¹¹⁷, embora faça a distinção entre licenças e autorizações com referência a essa distinção na doutrina nacional e estrangeira, acaba por concluir possível adotar um conceito de *autorização em sentido amplo*. Noutra perspetiva, a “da atribuição

¹¹² Sendo hoje pacífico que as peças dos procedimentos concursais são regulamentos administrativos.

¹¹³ Poder-se-á dizer que na apreciação das candidaturas haverá margem para uma certa discricionariedade técnica, o que se admite, mas que ficará dentro dos limites típicos da discricionariedade administrativa, desta feita da discricionariedade técnica, que não se compadece com uma total discricionariedade atribuída pela doutrina às licenças, ao ponto de se considerar um ato precário e livremente revogável.

¹¹⁴ Ob. cit. p. 32.

¹¹⁵ “A Autorização Administrativa”, in *BMJ*, nº 425, 1995, p. 5 e segs.

¹¹⁶ In *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 542.

¹¹⁷ Ob. cit. p. 439-449.

concorrencial de autorizações administrativas”, desta feita aquilo a que a doutrina clássica designaria por “licenças”, PEDRO GONÇALVES¹¹⁸, opta por uma definição de autorização em sentido lato, mais adiantando que apesar das múltiplas designações legais de atos autorizativos, “a designação legal não deve contudo iludir o intérprete”.

Todos estes autores, que nos respetivos países desenvolveram uma verdadeira teoria da autorização administrativa, concordam em reconduzir os atos administrativos permissivos à categoria de "autorizações administrativas", quer estas constituam uma forma de legitimar o exercício de um direito pré-existente, quer permitam o acesso a uma atividade relativamente proibida ou bens do domínio público. Entre nós a doutrina mais recente supra citada, também desvaloriza a distinção clássica, optando antes pela noção unitária de autorização, de resto, como J.E. FIGUEIREDO DIAS¹¹⁹ enfatizando a erosão do conceito italiano (clássico) da autorização administrativa. Temos assim como matriz comum aos citados autores, a subsunção dos atos permissivos ao chapéu das autorizações administrativas, como uma subespécie do ato administrativo, melhor dizendo, unificando os atos administrativos permissivos sob a forma de autorizações administrativas, ainda que com elementos distintos. A questão terminológica, tal como referida pelos citados autores¹²⁰ não se afigura essencial, sendo que, subscrevemos a noção de J. E. FIGUEIREDO DIAS¹²¹, que define autorização administrativa, em sentido amplo, como qualquer ato administrativo destinado a possibilitar o exercício de atividades ou direitos que correspondam ao exercício da liberdade de iniciativa económica privada

2.2.3. A Natureza Jurídica das Autorizações Administrativas.

A reflexão sobre os fundamentos jurídicos da patrimonialidade do ato administrativo emergente dos atos autorizativos, não poderá ser dissociada da discussão da natureza jurídica das autorizações administrativas. A discussão doutrinária centra-se, ou ter-se-á centrado historicamente, no efeito declarativo ou constitutivo das autorizações administrativas. Isto é,

¹¹⁸ in *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 149.

¹¹⁹ Ob. cit. p. 439.

¹²⁰ Com particular exaustão sobre a evolução do conceito de autorização administrativa na doutrina vide: Laguna Paz, Ob. cit. p. 127 a 144.

¹²¹ Ob. cit. p. 397.

saber se o direito do particular pré-existe à autorização administrativa ou se é por ela constituído, o mesmo será dizer colocar o centro da gravidade do ato autorizativo entre o particular ou a administração. Contudo, e no que toca ao tema da nossa dissertação, a análise da natureza jurídica da autorização administrativa, não se cingirá à questão da natureza declarativa ou constitutiva, centrando-se antes noutros corolários da conceção da autorização administrativa, quais sejam o grau de discricionariedade ou o regime de revogação (grau de precariedade) ambos importantes para o fundamento jurídico da patrimonialidade do ato administrativo.

2.2.3.1. Enquadramento Histórico.

A autorização administrativa surge no quadro da administração-polícia, ou seja, ligada a uma conceção do direito administrativo de polícia, em que cabia à administração o controlo prévio do exercício das atividades, como forma de acautelar os interesses públicos, quer estes fossem de ordem sanitária, urbanística, ambiental ou outra. Ao estado caberia a assegurar o interesse público, num primeiro momento, ao nível do poder legislativo, definindo as regras, num segundo momento, ao nível administrativo, mediante o controlo prévio de cumprimento dessas mesmas regras.

Os institutos jurídicos em geral, mas sobretudo os de direito administrativo, são tributários de um modelo de estado, não sendo a autorização administrativa exceção a essa regra. Assim sendo, durante o século XIX, no Estado Liberal, esta figura assumia uma relevância muito reduzida, na medida em que estávamos perante uma administração repressiva, sendo os direitos dos particulares condicionados ao levantamento dos limites legais ao seu exercício. Como referia GARRIDO FALLA¹²², “na verdade, o modelo subjacente aos atos autorizativos, pelo menos em parte, repugnava ao Estado Liberal, que mostrava preferência pela via repressiva”. Só com o final do século e o advento do Estado de Direito Social, com a consequente maior intervenção da administração na economia, é que a figura da autorização administrativa começa a ganhar alguma relevância, mercê da mudança de conceção de administração e da atividade administrativa.

¹²² “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, *RAP*, ano X, 1959, nº 28, p. 25.

2.2.3.1.1. A doutrina clássica da autorização administrativa.

No plano dogmático, é à doutrina italiana que devemos os primeiros estudos, e atualmente ainda grande parte da doutrina sobre a *autorização administrativa*¹²³, em particular depois da última década do século XIX com a obra de RANELLETI¹²⁴. Deve-se ao cardeal Oreste Ranelletti, a deslocação do direito emergente do ato autorizativo da esfera da administração para a esfera do particular. Até então, a doutrina transalpina era tributária de uma conceção da autorização administrativa como sendo constitutiva do direito. I. é, o simples facto de ser necessária uma autorização era entendido como a negação da pré-existência desse direito¹²⁵. RANELLETI, vem inverter esta conceção, considerando que o direito existe em potência na esfera do particular, todavia o ordenamento jurídico, impõe limites ao livre exercício desse direito, o qual é “removido” pela autorização. Assim, *a autorização é o ato que permite a remoção de um limite ao exercício de um direito pré-existente do particular, com a finalidade de controlar a sua compatibilidade com a ordem pública*. Pelo que, o conceito transalpino de autorização é o de um ato declarativo, adiantando desde já que o cardeal também concebia como *vinculado e irrevogável*. Aderimos aqui à síntese que FIGUEIREDO DIAS¹²⁶ faz “em face da titularidade prévia do direito, é com naturalidade que, de acordo com a conceção ranelletiana, o ato autorizativo assume carácter ou *natureza declarativa*, uma vez que ele está pré-ordenado à remoção dos obstáculos ao exercício da atividade a que o particular tem direito mas que a lei, por razões de interesse público, submete ao controlo prévio titulado num ato administrativo”. Com muito ligeiras *nuances*, a doutrina italiana até

¹²³ em Itália a doutrina sobre as autorizações administrativas é particularmente profícua: ORESTE RANELLETI, “Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: concetto e natura delle autorizzazioni amministrative” *Giurisprudenza italiana*, XLVI, 1894, “Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II: concetto e natura delle autorizzazioni amministrative”, *Riv it scienze giur.*, XVII, 1894 p.3-100 e 315-372, “Teoria generale delle autorizzazioni amministrative”, Parte III: *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *Riv it scienze giur.*, XIX, 1895, p. 3-107, XX, 1895, p. 255-337, XXI, 1896, p. 77-172 e 350-379; XXII, p. 177-277, *Teoria dalle atti amministrative speciali*, 7ª ed., riveduta e integrata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1945; SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo – Principi Generali*, 3ª ed. Riveduta, Cedam, Padova, 1937, Aldo Sandulli, “Abilitazioni – Autorizzazioni – Licenze”, in AAVV, in *Studi in Onore di Francesco Messineo per il suo XXXV Anno D’insegnamento*, Vol. 3, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1959, FRANCHINI, *Le Autorizzazioni Amministrative Constitutive di Rapporti Giuridici fra l’Amministrazione e i Privati*, Giuffrè, Milano, 1957 e Fabrizio Fracchia, *Autorizzazione Amministrativa e Situazioni Giuridiche Soggettive*, Casa Editrice Jovene, Napoli, 1996; FABRIZIO FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa e Situazioni Giuridiche Soggettive*, Casa Editrice Jovena, Napoli, 1996.

¹²⁴ Citada na nota anterior.

¹²⁵ Note-se porém, que esta era uma construção jurisprudencial, porque como nota FABRIZIO FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa e Situazioni Giuridiche Soggettive*, Casa Editrice Jovena, Napoli, 1996, p. 35-52, até à obra de RANELLETI, a doutrina italiana era pouco sensível à teoria do ato administrativo.

¹²⁶ Ob. cit. p. 404.

meados do século XX, foi fiel ao conceito de *autorização administrativa* de RANELLETI,¹²⁷ aliás cuja matriz ainda está presente em muitos dos conceitos de *autorização administrativa*.

Na Alemanha, igualmente em finais do século XIX, inícios do século XX, atribui-se a OTTO MAYER¹²⁸, a copaternidade (com RANELLETI) da investigação teórica sobre a *autorização administrativa* em termos, segundo alguns autores,¹²⁹ não muito distintos do conceito clássico do seu congénere jurisconsulto italiano. OTTO MAYER, concebia a autorização administrativa como “proibição policial com reserva de autorização”. O autor alemão, também concebia a autorização administrativa associada à necessidade de controlo prévio pela administração, mas desta feita colocando o assento tónico não no direito do particular (o qual também era pré-existente), mas antes no ato administrativo como remoção da proibição do exercício¹³⁰.

Temos pois uma conceção global assente na existência de um direito latente, cujo exercício depende de autorização administrativa, quer por sinal positivo, enquanto ato declarativo desse direito (conceção italiana), ou por sinal negativo, enquanto removedora de uma proibição ou impedimento de exercício desse direito (conceção alemã), sendo ponto assente que estamos perante um ato de polícia, ou seja, em que a administração atua na defesa da *ordem pública*, na sua tripla dimensão de tranquilidade, segurança e salubridade públicas, como assinala FIGUEIREDO DIAS¹³¹.

2.2.3.1.2. A crise do conceito da autorização administrativa.

Não obstante o importantíssimo contributo das doutrinas italiana e alemã, a partir das citadas conceções da RANELLETI e OTTO MAYER, e dos seus cultores, com todo o mérito para o desenvolvimento da doutrina da autorização administrativa, certo é que a autorização era

¹²⁷ Designadamente FRANCHINI *Le Autorizzazioni Amministrative Constitutive di Rapporti Giuridici fra l'Amministrazione e i Privati*, Giuffrè, Milano, 1957; SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo – Principi Generali*, 3ª ed. Riveduta, Cedam, Padova, 1937; GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 1936, Vol I. Alias, como refere ORTOLANI, “Autorizzazioni e approvazione” in *Scritti Giuridici in onore di Santi Romano*, Vol. II, CEDAM, Pádova, 1940, p. 249, até à data da publicação do seu escrito (1940) todos os autores que se dedicavam ao estudo da autorização administrativa eram fieis à conceção de RANELLETI.

¹²⁸ OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Aleman*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1959.

¹²⁹ Neste sentido FIGUEIREDO DIAS, *Ob. cit.* p. 408-409 e LAGUNA DE PAZ, *ob. cit.* 112-120.

¹³⁰ Entre nós para o desenvolvimento do conceito de autorização administrativa em OTTO MAYER, vide FIGUEIREDO DIAS, *Ob. cit.* p. 407-417.

¹³¹ *Ob. cit.* p. 419.

concebida como um ato de polícia, portanto como um ato de controlo preventivo de direitos, mais concretamente da sua conformidade com o interesse público, como tal insuscetível de explicar determinados fenómenos¹³².

A evolução social com a viragem do século e uma nova conceção de Estado, acentuada na segunda metade do século XX, com o aumento do papel regulador do Estado, colocou à doutrina clássica algumas limitações, naquilo a que a doutrina chamou “a crise da autorização administrativa”. Isto é, o aumento do papel da administração, de sobremaneira o papel regulador do Estado, cria à doutrina clássica a dificuldade em explicar certos tipos de autorizações administrativas, sobretudo nos casos de restrição ou contingentação, em que o direito alegadamente pré-existente só é reconhecido a alguns, em certos casos a muito poucos, com um elevado reflexo na patrimonialidade desses atos administrativos.

No fundo, uma vez mais está em causa a própria conceção da administração. Enquanto que no Estado de Polícia, incubador da doutrina tradicional, de fato a autorização removia uma proibição ou permitia exercitar um direito potencial, traduzindo-se num ato de declarativo de reconhecimento e por isso mesmo vinculado. Tal conceção coloca hoje dificuldades dogmáticas com uma conceção distinta de administração, em que o papel regulador desta, e a contingentação do acesso a atividade económicas desloca, em muitos casos, as autorizações administrativas da esfera dos atos administrativos declarativos para o dos atos administrativos constitutivos.

Porém, como bem salienta LAGUNA DE PAZ¹³³, as novas correntes doutrinárias surgidas já na segunda metade do século XX, não são unânimes entre si, nem tão pouco, todas, são diametralmente opostas à doutrina clássica. Aquele autor chama à atenção para a existência de correntes mitigadas, a que chama “posturas intermédias”, que partem da conceção clássica do direito pré-existente na esfera do particular, tendo a autorização um efeito declarativo, só que desta feita corrigido pela existência de um poder discricionário. Isto é, enquanto que a doutrina clássica defendia que a autorização era um ato *declarativo, vinculado e revogável*. Estas posições ditas “intermédias” ou mitigadas, também defendem o carácter declarativo da

¹³² Sobre as críticas da doutrina italiana, de matriz ranelletiana, à doutrina do próprio mestre, embora fieis à sua matriz, em particular de SANTI ROMANO, UGO FORTI, ALDO SANDULLI, FABRIZIO FRANCHINI, e numa toada mais dissidente GIOVANNI ORTOLANI e RICARDO VILLATA, vide: FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. p. 419-429.

¹³³ Ob cit. p. 130.

autorização, sendo que o direito pré-existe na esfera do particular, mas desta feita só para os casos em que a autorização fosse vinculada. É o caso de GARCIA DE ENTERRÍA e FERNANDÉZ¹³⁴ que definem a autorização em sentido clássico, porém essa autorização só terá efeito declarativo nos casos em que o poder da administração é vinculado, dando mesmo o exemplo das autorizações urbanísticas. Já nos casos em que a administração age discricionariamente não estaríamos perante uma autorização com efeitos declarativos. Mais complexa é a formulação GARRIDO FALLA¹³⁵, que distingue entre o direito a realizar a atividade e o direito a obter a autorização. Este autor parte da definição de FRANCHINI, e considera que o direito ao exercício da atividade privada decorre da garantia constitucional do princípio da “liberdade de empresa” e do princípio do “desenvolvimento da personalidade”. Contudo, ressalva que sendo certo o direito ao exercício da atividade, o direito a obter a autorização é só para os casos em que esta é vinculada, ou seja, só para os casos em que o particular, face à recusa da administração possa exigir judicialmente o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido, pelo que ficariam excluídas as autorizações discricionárias. Posição próxima deste tem ALFONSO PAREJO,¹³⁶ este autor também reconhece que o exercício da atividade privada é um direito (pré-existente) na esfera do particular, contudo o direito à obtenção da autorização só existe nos casos desta ser vinculada, o mesmo já não acontecendo se esta for discricionária.

Ainda na senda da “crise da autorização”, existem doutrinas mais críticas e defensoras do efeitos constitutivo da autorização, isto é, enquanto direito subjetivo público, não estando ou pré-existindo na esfera do particular, apenas passando para este pelo efeito constitutivo da ato autorizativo. Como bem assinala LAGUNA DA PAZ,¹³⁷ não são correntes doutrinárias sobre a teoria da autorização administrativa, como foi a doutrina clássica, mas antes são posições que vão sendo assumidas em função de direito positivado, e quase todo ele sobre legislação ambiental¹³⁸. Curiosamente também entre nós, foi justamente a propósito do

¹³⁴ GÁRCIA DE ENTERRÍA e FERNANDÉZ RODRIGUEZ, -Curso de Derecho Administrativo, Vol II, 9ª Edição, Thomson-Civitas, Madrid, 2004. p. 137 ,

¹³⁵ Ob. cit. 570-573

¹³⁶ Derecho Administrativo, Ariel, Barcelona, 2003, p. 650-654.

¹³⁷ Ob. cit. p. 134-137.

¹³⁸ Destacando-se a posição de SANZ RUBIALES, em matéria de licenças de emissão de gases com efeito estufa, que retomaremos adiante no capítulo IV.

direito do ambiente, e da autorização administrativa ambiental¹³⁹ como forma de preservação daquele, que se recenseamos, pela primeira vez, na doutrina nacional, estudos mais aprofundados sobre a teoria da autorização administrativa, ambos caminhando no sentido da sua reformulação, ou seja abandonando a doutrina clássica da autorização *declarativa, vinculada e irrevogável*, para partir para uma conceção de autorização *constitutiva, discricionária e precária*¹⁴⁰.

2.3. Natureza Jurídica das Autorizações Administrativas.

A questão afigura-se complexa, ou citando LAGUNA DE PAZ, “es un tema espinoso”¹⁴¹.

A problemática da natureza jurídica das autorizações administrativas centrar-se-à na relação dialética entre os direitos subjetivos dos particulares e a função da administração de prossecução do interesse público, desta feita traduzida na limitação ao exercício de atividades económicas ou do acesso a bens do domínio público.

Na discussão doutrinal sobre o carácter declarativo ou constitutivo das autorizações administrativas, a questão coloca-se naquilo a que designamos o “centro de gravidade do reito”, quer estejamos perante uma doutrina tributária de um pendor mais subjetivista, como é o caso da doutrina clássica, ou de um pendor mais objetivista. Ou como bem sintetiza CARLA AMADO GOMES¹⁴², “em última análise tudo se reconduz a saber se o Estado deve respeitar a liberdade dos cidadãos, ou se pode – e deve – introduzir limites a esta liberdade e em que medida”, e tal como refere a autora a Constituição será o referente da validade destas opções.

2.3.1. A natureza declarativa *versus* constitutiva da autorização administrativa.

Numa primeira análise aproximamo-nos da doutrina clássica, sufragando uma conceção subjetiva, na medida em que o direito existe na esfera do particular, estando desde logo constitucionalmente consagrado. Retomando o referencial constitucional a que alude

¹³⁹ Sendo de resto curioso, e de notar a própria emergência da etimologia de “autorização administrativa ambiental”, como específica, por oposição às autorizações administrativas em geral para abranger os atos administrativos autorizativos, nas mais diversas áreas do direito.

¹⁴⁰ Falamos claro de CARLA AMADO GOMES, ob. cit. p. 529-554 e J. E. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. p. 601, 980.

¹⁴¹ Ob. cit. p. 105, mais adiantando “como lo prueban discrepancias doctrinales mantenidas durante décadas e recurrentes incertidumbres jurisprudenciales.”

¹⁴² Ob. cit. p. 548.

CARLA AMADO GOMES¹⁴³, em nosso entender, bastaria o princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da CRP, para que aos cidadãos devesse ser garantido, em condições de igualdade, o acesso a qualquer atividade ou bem público, quer na vertente positiva da sua igualdade perante a lei, quer na vertente negativa (ou defensiva) da proibição de qualquer discriminação¹⁴⁴. Enquanto princípio estruturante do Estado-de-Direito o princípio da igualdade, como escrevem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁴⁵, tem uma dimensão *democrática, liberal e social*, que garantem a igualdade dos portugueses entre si e perante o Estado, e é justamente no quadro dessa dimensão *social*, destinada a eliminar as desigualdades factivas que surgem os direitos económicos, sociais e culturais, de onde destacamos os direitos à *ao livre exercício de profissão, iniciativa privada e à propriedade privada*, respetivamente consagrados nos artigos 59.º n.º 1, 61.º e 62.º da CRP. Segundo os citados autores,¹⁴⁶ não obstante não serem direitos fundamentais, os direitos à iniciativa privada e à propriedade privada, gozam, por via do disposto no artigo 17.º da nossa lei fundamental, por serem de natureza análoga aos direitos, liberdade e garantias, de onde decorrem três corolários importantes para a nossa tese: a aplicabilidade direta (cfr. artigo 18.º n.º 1 da CRP); a vinculação dos Estados e dos particulares (cfr. artigo 18.º n. 1, *in fine*, CRP) e a sua limitação só pode ocorrer nos casos previstos na CRP, o mesmo será dizer sujeita a reserva de lei e ao princípio da proporcionalidade¹⁴⁷.

Se por um lado temos os direitos à exercício de profissão, à iniciativa privada e à propriedade privada como direitos de natureza análoga aos direitos fundamentais, como constitucionalmente legitimadores da pré existência de um direito do particular, no plano constitucional, por outro não podemos ignorar que existem outros tantos direitos económicos, sociais e culturais que legitimam o controlo prévio do Estado, quer na sua função organizadora e de polícia (esta já no plano administrativo) quer para tutela dos

¹⁴³ Ainda que, na conclusão nos afastaremos da citada autora.

¹⁴⁴ Aliás, neste sentido a propósito das autorizações contingentes, PEDRO GONÇALVES, ob. cit. p. 200, disserta sobre o princípio constitucional da igualdade na alocação de recursos escassos, indo no sentido acima exposto.

¹⁴⁵ In *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. Revista, Coimbra Editora, p. 337.

¹⁴⁶ Ob. cit. p. 771, 789 e 800.

¹⁴⁷ Sobre a aplicabilidade direta a limitação aos direitos fundamentais vide: VIEIRA de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2001, p. 197; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, 2004, p. 437; REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

direitos subjetivos dos outros cidadãos, desde logo o direito à saúde (cfr. artigo 64.º CRP); direito à habitação e urbanismo (cfr. artigo 65.º CRP) e o direito ao ambiente e qualidade de vida (cfr. artigo 66.º CRP). Não há dúvida que estamos perante um conflito de direitos, a que a doutrina constitucionalista manda aplicar a justa ponderação de interesses, de modo a que nenhum dos direitos seja sacrificado pelo outro. Daqui ressalta, desde logo e nos termos do n.º 2 do artigo 18.º da CRP que essa justa ponderação de interesses só pode ser feita por lei, enquanto limitação de um direito fundamental, ou de natureza análogo a este, como é o caso dos direitos ao exercício de profissão, à iniciativa e à propriedade privada, respetivamente consagrados nos artigos 59.º 61.º e 62.º da Constituição de 1976.

Face ao enquadramento constitucional citado, parece-nos ser de sufragar a doutrina tradicional¹⁴⁸ que o direito pré-existe na esfera do particular, cabendo ao Estado, num primeiro momento, através do legislador, e num segundo, de controlo prévio, através da administração, garantir a compatibilidade dos direitos à iniciativa privada e à propriedade privada, com o interesse público, desde logo, com a tutela reflexa de outros direitos fundamentais (ou de natureza análogo). De onde ressalta o direito ao ambiente e à qualidade de vida, que tem assumido entre nós, como vimos, um papel fundamental no desenvolvimento da dogmática das autorizações administrativas. Caberia assim ao Estado, através do controlo prévio, a declaração de conformidade para o exercício desse direito nos moldes requeridos e legalmente previstos.¹⁴⁹

No reforço da nossa tese convocamos o Direito Europeu. Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁵⁰, a liberdade de iniciativa económica privada exige uma leitura conforme a *constituição económica da UE*, designadamente com as liberdades fundamentais, em especial, a liberdade de circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento em todo o território comunitário. E neste sentido, como escreve PEDRO GONÇALVES¹⁵¹, “o direito da União Europeia tem constituído um fator decisivo de dinamização do processo de abolição de controlos públicos prévios”. Como salienta o citado autor, o controlo público e as autorizações administrativas constituíam meios de institucionalizar obstáculos e impor

¹⁴⁸ Pese embora na formulação de RANELLETI e OTTO MAYER e as doutrinas que se lhes seguiram, o enquadramento da questão nunca ser feito ao nível constitucional, mas quase exclusivamente do direito administrativo.

¹⁴⁹ De onde se retira o carácter vinculado das autorizações administrativas.

¹⁵⁰ Ob. cit. p. 792.

¹⁵¹ *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, ob. cit. p. 152.

restrições ao acesso dos operadores económicos às atividades, pelo que, o direito europeu, numa primeira fase ao nível da jurisprudência¹⁵² e posteriormente ao nível legislativo – com a Diretiva 2006/123/CE – Diretiva Serviços, expressamente assumiu a intenção de limitar e até excepcionar os regimes nacionais das autorizações administrativas. Pelo que, a autorização administrativa estará de novo em crise, mas desta feita não meramente dogmática, mas uma crise efetiva de perda da sua relevância a título de controlo prévio¹⁵³.

A doutrina Francesa, com destaque para EMMANUEL BAUDEL¹⁵⁴, também coloca o assento tónico na discussão da natureza jurídica das autorizações administrativas, não tanto no seu efeito declarativo ou constitutivo, mas antes, justamente no binómio supra referido, sobretudo a propósito do sistema da “*autorisation administrative préalable*”, ou seja, o sistema de controlo prévio por parte da administração. É curioso notar que entre nós e até mesmo naquilo que foi possível apreender da doutrina estrangeira, a questão da natureza jurídica das autorizações administrativas tem uma relevância dogmática, mas em França a questão assume contornos mais expressivos, e a um nível mais pragmático de defesa do que consideram um ataque inaceitável à livre iniciativa e propriedade privada, ao estarem sujeitos ao sistema de licenciamento prévio. A questão foi inclusivamente levada ao TJUE, a propósito da legislação sobre a abertura e fecho de grandes superfícies comerciais, por se considerar que a sujeição ao sistema de licenciamento prévio atentava contra o art.º 52º do Tratado de Roma que estabelecia o princípio da liberdade de estabelecimento¹⁵⁵.

¹⁵² Ac. TJUE de 24/3/2011, *Comissão c. Espanha*, Procº C-400/08, neste aresto firma-se a proteção do direito de estabelecimento e da livre prestação de serviços, e concebe a subordinação ao controlo prévio da administração, mediante autorização administrativa, como uma restrição ao livre acesso ao exercício de uma atividade económica.

¹⁵³ O facto de se reduzir o papel do Estado no controlo prévio não quer dizer que este se demita do seu papel de guardião do interesse público. O que se assiste, na opinião de PEDRO GONÇALVES, ob. cit. p. 157 é a uma passagem do controlo *ex ante*, para um controlo *a posteriori*, naquilo a que o autor designa como a passagem para um *estado vigilante*. Apesar da atualidade e importância do tema, por todos vide: PEDRO GONÇALVES, ob. cit. p. 144-157; PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO LOPES *La ejecución y la transposición de la «directiva de servicios» – el caso portugués*”, *Revista de Estudios Locales (Aranzadi)*, n.º 122, 2009, 52-61

¹⁵⁴ Ob. cit. p. 8-14.

¹⁵⁵ No Ac. TJUE, processo 20/87, *Ministério Público vs. André Gauchard*, de 8 de Dezembro de 1987, *Recueil*, p. 4879. Tendo este aresto consagrado a doutrina de que nenhum nacional poderá invocar o direito comunitário para obstar ao cumprimento do direito interno. Noutras circunstâncias, no Ac. TJUE, processo 221/85, *Comissão vs. Reino da Bélgica*, de 12 de Fevereiro de 1987, o mesmo tribunal adiantou que o princípio do livre estabelecimento previsto no art.º 52º do Tratado de Roma, visa garantir a não discriminação dos cidadãos perante outros estados membros evitando assim que possam ser discriminados. Mais recentemente Ac. TJUE de 24/3/2011, *Comissão c. Espanha*, Procº C-400/08, neste aresto firma-se a proteção do direito de estabelecimento e da livre prestação de serviços, e concebe a subordinação ao controlo prévio da administração, mediante

Assim sendo, tendemos para a doutrina clássica, ou seja, a da pré-existência do direito na esfera do particular, para cujo exercício carece que esse direito seja reconhecido pela autorização administrativa, a título de controlo prévio do estado. O que nos remete de imediato para a questão seguinte.

2.3.2. O grau de vinculação da autorização administrativa.

Outra questão que se discute, a propósito da natureza jurídica das autorizações administrativas, é o seu grau de vinculação. O mesmo será apurar se estas serão atos *vinculados* ou *precários*. Recorde-se que, salvo as doutrinas mitigadas a que alude LAGUNA DE PAZ,¹⁵⁶ regra geral a doutrina tem concebido as autorizações administrativas num universo dicotomicamente cindido. Assim teríamos:

Autorização Administrativa

Declarativa	Constitutiva
Vinculada	Discricionária
Irrevogável	Precária

Como referimos no ponto anterior, é nosso entendimento que as autorizações administrativas têm natureza declarativa, ou seja, o direito fundado nos direitos constitucionais ao livre acesso à profissão, à livre iniciativa privada e à propriedade privada (respetivamente previstos nos artigos 59.º n.º 1, 61.º e 62.º da CRP), por gozarem de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, só podem ser restringidos por via da lei¹⁵⁷. De onde decorre que o controlo prévio da administração será delimitado desde logo, em termos de requisitos materiais, pela lei, pelo que o poder de conformação da administração, nestes casos, é reduzido, ou seja é vinculado. Ou seja, em regra, as autorizações administrativas serão vinculadas.

autorização administrativa, como uma restrição ao livre acesso ao exercício de uma atividade económica, posição esta que foi importante para a solução consagrada na Diretiva Serviços - Diretiva 2006/123/CE.

¹⁵⁶ Ob. cit. p. 130.

¹⁵⁷ Com os três requisitos referidos por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in ob. cit. p. 388: i) a lei deve revestir carácter geral e abstracto; ii) a lei não pode ter efeito retroativo; iii) reserva relativa da AR. Ou seja, a restrição só pode ocorrer mediante Lei da AR, ou por DL autorizado por aquela. Isto, claro está, apenas no aspeto formal, porquanto haverá sempre que respeitar os limites materiais, sobre os quais os autores se debruçam, cfr. p. 388-399, pontos VI e VII da anotação ao artigo 18.º

Dizemos em regra, porque existem três situações que nos merecem alguma atenção:

- a) Os casos da utilização de conceitos vagos e imprecisos.
- b) As autorizações sujeitas a contingência.
- c) o poder de conformação da administração na emissão da autorização.

a) A situação da utilização de conceito vagos e imprecisos é referida por LAGUNA DE PAZ,¹⁵⁸ que embora defendendo, como grande parte da doutrina, que as autorizações têm carácter declarativo e que o poder da administração se limita à comprovação de circunstâncias pré-determinadas, sendo por isso vinculadas. Contudo o autor vem alertar para o facto de haver autorizações administrativas vinculadas que se fundam em conceitos vagos e imprecisos, conferindo, não raras vezes, um amplo poder de conformação à administração. Ora o problema aqui em presença, não é específico das autorizações administrativas, quer sejam declarativas, quer se admita serem constitutivas. Na verdade estamos perante uma *vexata questio* do direito administrativo e que se prende justamente com a discricionariedade administrativa¹⁵⁹, sobretudo no que toca ao preenchimento dos conceitos vagos e imprecisos utilizados na lei ou nos regulamentos autorizados. Contudo, salvo o devido respeito, não nos parece que o facto da administração, em matéria de atos autorizativos, não raras vezes, ser chamada ao preenchimento de conceitos vagos e imprecisos¹⁶⁰, retire o seu carácter vinculado, de resto como toda a demais atividade administrativa, em particular através do ato administrativo. Curiosamente, o próprio LAGUNA DE PAZ, duas páginas adiante de

¹⁵⁸ Ob. cit. p. 139.

¹⁵⁹ O tema da discricionariedade administrativa, sendo assaz interessante, extravasa claramente desta dissertação pelo que, sobre a evolução da teoria da discricionariedade na doutrina clássica nacional vide: MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 22-28 e 213-216; sobre a noção do princípio da legalidade e discricionariedade administrativa vide: ROGÉRIO E. SOARES, “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LVII, 1981, p. 168 e segs. ; sobre os conceitos vagos e imprecisos: ROGÉRIO E. SOARES, - “Administração Pública e Controlo Judicial”, *Revista da Legislação e Jurisprudência*, ano 127. , n.º 3845, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, P. 228; por último para uma teoria mais moderna da erosão do princípio da legalidade e da atuação administrativa em tempo de crise, versando a discricionariedade administrativa vide: ANTÓNIO AUGUSTO COSTA, *A erosão do princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*, CEDIPRE on line, nº 12, http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public_12.pdf.

¹⁶⁰ Sobretudo em matéria de urbanismo, a este propósito veja-se a recomendação do Provedor de Justiça nº R3/00, sobre a primeira versão do RJEU, aprovado pelo Decreto Lei nº 555/99, de 16 de dezembro, que apela à redução da utilização de conceitos vagos e imprecisos na lei - <http://www.provedor-jus.pt/?action=5&idc=67&idi=2340>

levantar a questão da discricionariedade com base em conceitos vagos e imprecisos, e a propósito da discricionariedade propriamente dita vem referir que “a discricionariedade não deixa de ser aplicação da lei, que num sistema de liberdades é o único instrumento capaz de definir os direitos dos cidadãos”.¹⁶¹

b) Já no que toca às autorizações jurídicas sujeitas a contingentação, vários autores, entre os quais MAXENCE CORMIER¹⁶² e FRANCHINI¹⁶³, sustentam que as mesmas são discricionárias. Na doutrina lusa, PEDRO GONÇALVES¹⁶⁴ sufraga a mesma posição referindo que “o preenchimento destes requisitos legais pode revelar-se mais ou menos exigente, sucedendo até, em certas situações, que a atribuição da autorização depende de um juízo administrativo discricionário”. Ora, como sustenta o próprio autor, está em causa a atribuição de autorizações limitadas, aquilo que designa por “administração da escassez”, quer por conferirem o direito ao acesso a bens naturalmente escassos (escassez natural), desde logo o aproveitamento de recursos hídricos¹⁶⁵, quer por razões de interesse público, designadamente proteção da saúde como por exemplo a contingentação de abertura de farmácias¹⁶⁶, quer para proteção do ambiente, como por exemplo as quotas de captura de pescado, ou de regulação económica do mercado, como por exemplo as autorizações para operadores de comunicações móveis ou as quotas de produção leiteira¹⁶⁷. PEDRO GONÇALVES salienta que ao contrário das autorizações destinadas ao controlo preventivo, em que a administração se limita a verificar se o requerente reúne as condições legal e regulamentarmente previstas para o exercício da atividade, nos casos das autorizações contingentadas há uma atribuição de uma autorização limitada, colocando o seu beneficiário numa situação de vantagem perante os seus concorrentes. Numa formulação muito sugestiva, o autor distingue as *autorizações livres*, como uma relação bipolar, entre o particular e a administração, das *autorizações contingentadas*, como uma relação multipolar, na medida em que são vários os pretendentes à mesma autorização escassa.

¹⁶¹ Ob. cit. p. 141, tradução nossa.

¹⁶² “La patrimonialité des actes administratifs”, ob. cit. p. 3

¹⁶³ Ob. cit. p. 42.

¹⁶⁴ Ob. cit. p. 195.

¹⁶⁵ Cujos regime de utilização dos recursos hídricos consta do Decreto Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, cuja análise retomaremos.

¹⁶⁶ Como é o caso do regime jurídico das farmácias de oficina, constante do Decreto Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto.

¹⁶⁷ Que retomaremos infra ponto 4.3.

Ora, no que tange à questão do grau de vinculação das autorizações administrativas, de que nos ocupa este ponto, e em particular no que toca às autorizações contingentadas, questionamo-nos em que medida é que as mesmas são discricionárias. Sendo certo que as autorizações limitadas ou sujeitas a *numerus clausus* suscitam várias questões, desde logo quanto à sua atribuição¹⁶⁸ num contexto de escassez, isto é em que os recursos ou direitos disponíveis são limitados e por isso inferiores à procura, já no que tange ao grau de vinculação dessas autorizações não vemos onde pode residir a dúvida. Mais uma vez socorremo-nos dos ensinamentos de PEDRO GONÇALVES¹⁶⁹, que dissertando sobre o conflito entre a atribuição de bens escassos e o princípio constitucional da igualdade, que conferiria a todos igual direito de acesso a esses mesmos bens ou atividades, escreve: “ Neste cenário, a “solução” que permite conciliar a limitação de autorizações com o princípio da igualdade passa – além dos limites quanto à instituição da limitação – por uma *transformação* da igualdade quanto ao acesso à atividade autorizada na igualdade de participação no procedimento de atribuição da autorização.” Não poderíamos estar mais de acordo, contudo, subsiste-nos a dúvida em que medida é reduzido o grau de vinculação da administração.

Desde logo, e na linha do que defendemos anteriormente quanto aos fundamentos da natureza jurídica da autorização administrativa no plano constitucional, o princípio constitucional da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP, garante a todos a igualdade de acesso, em iguais circunstâncias, pelo que a sua restrição só poderá acontecer em obediência ao disposto no artigo 18.º da CRP. Ou seja, havendo que respeitar os limites materiais¹⁷⁰ e os requisitos formais de que já falamos, desde logo que só poder ocorrer por lei ou decreto-lei autorizado. De onde decorre que a contingentação ou estabelecimento de *numerus clausus* só poderá acontecer, num primeiro momento, por via legislativa¹⁷¹. Isto é, o legislador define o regime de contingentação, ou melhor dizendo, limita o livre acesso à

¹⁶⁸ É de que se ocupa PEDRO GONÇALVES, in *Reflexões sobre o Estado Regulador...* ob. cit. p. 195-244, exatamente sobre a atribuição concorrencial das autorizações administrativas.

¹⁶⁹ Ob. cit. p. 200-201.

¹⁷⁰ Além das referências bibliográficas citadas no ponto 2.3.1. sobre os limites materiais do artigo 18.º da CRP, vide: JORGE BACELAR GOUVEIA, “Regulação e limites dos Direitos Fundamentais”, *DJAP*, 2º suplemento, Lisboa, 2001, p. 950 e segs.

¹⁷¹ É o que acontece com os direitos individuais de utilização de frequências, nos termos dos artigos 16º . nº 1, 19º nº 3 , 30º. e 31.º da Lei das Comunicações Eletrónicas - Lei 5/2004, de 10 de fevereiro; o mesmo se sucedendo com o regime das farmácias de oficina cfr. artigo 25.º da Decreto Lei nº 307/2007, de 31 de agosto.

atividade¹⁷², como constitucionalmente não poderia deixar de ser, definindo igualmente o procedimento de atribuição¹⁷³ - que terá de ser concorrencial – ainda que possa relegar a real contingentação – definição do número de autorizações a emitir - para um ato regulador ou para um regulamento.

Admitimos que poderá haver alguma discricionariedade, sobretudo quanto à definição do número de autorizações a emitir, mas temos dúvidas que neste particular estejamos perante um ato administrativo, desde logo porque não visa a produção de efeitos num caso concreto, configurando-se como um ato político. Retomemos os exemplos aqui referidos das comunicações eletrónicas e das farmácias de oficina. No primeiro caso a lei confere à entidade reguladora a competência para definir o número de frequências suscetíveis de autorização individual (cfr. artigo 16.º n.º 1 al. b) da Lei nº 5/2004); no segundo caso, a lei remete para portaria a definição do procedimento¹⁷⁴. (cfr. nº 3 do artigo 25.º do Decreto-Lei nº 307/2007). Ora, ainda que exista aqui uma grande liberdade de decisão – desde logo política – com grande influência na patrimonialidade da autorização administrativa¹⁷⁵, certo é que não estamos perante um ato administrativo, pelo que a questão da discricionariedade não se coloca a este nível. Ainda que a lei apele a critérios e princípios para a definição dos *numerus clausus*, certo é que podemos sempre questionar *politicamente* o número de autorizações para operadoras de comunicações móveis, o número de autorizações para o exercício da atividade de televisão e da rádio, ou o contingente para licenças de táxis,¹⁷⁶ mas

¹⁷² É curioso notar, que em ambos os casos supra citados da Lei das Comunicações Eletrónicas e do Regime das Farmácias de oficina, em ambos os casos o legislador optou pela técnica – diríamos que hipócrita – de garantir o livre acesso à atividade para depois vir admitir um regime excepcional de contingentação, é assim com o artigo 3.º do Decreto Lei nº 307/2007, de 31 de agosto que dispõe: *Deve ser respeitado o princípio da liberdade de instalação das farmácias, desde que observados os requisitos legalmente previstos*; o mesmo se dizendo quanto ao artigo 19.º n.º 2 da Lei das Comunicações eletrónicas que dispõe: *Sem prejuízo do disposto no número seguinte, a oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas, acessíveis ou não ao público, está apenas sujeita ao regime de autorização geral, o qual consiste no cumprimento das regras previstas na presente lei e nos respectivos regulamentos, não podendo estar dependente de qualquer decisão ou acto prévios da ARN.* A prática tem-nos ensinado que a exceção - a contingentação - tem-se tornado a regra.

¹⁷³ Note-se que no caso do Regime jurídico das Farmácias de Oficina, o n.º 3 do artigo 25.º remete quer o número de farmácias a abrir, quer o procedimento para Portaria do membro do governo com competência em matéria da saúde.

¹⁷⁴ Portaria 1430/2007, de 2 de novembro.

¹⁷⁵ Quanto menor for o número (maior escassez) maior será o valor patrimonial de cada autorização.

¹⁷⁶ Previstos no Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de agosto, competindo às câmaras municipais fixar esse contingente.

nunca poderemos syndicar judicialmente esse critério, salvo se o mesmo resultar numa limitação desproporcional do acesso à atividade¹⁷⁷.

De onde resulta que a fase de intervenção da administração, na atribuição da autorização limitada, sem curar agora de saber se é declarativa ou constitutiva, será a de avaliação dos critérios fixados no procedimento concorrencial¹⁷⁸, pelo que desprovida de qualquer discricionariedade, que não a própria da avaliação de propostas, mas sempre em função dos critérios previamente fixados. Numa visão não muito distante da de FREITA DO AMARAL,¹⁷⁹ diríamos que não há atos puramente vinculados, nem atos puramente discricionários¹⁸⁰, contudo e no que concerne às autorizações contingentadas, rejeitamos que as mesmas sejam totalmente discricionárias, ou mesmo maioritariamente discricionárias, gozarão da margem de discricionariedade própria da *atuação* administrativa.

c) o poder de conformação da administração na emissão da autorização.

Questão distinta é a que se coloca quanto aos poderes de conformação da autorização administrativa. Isto é, quando a administração tem o poder de conformar o modo de exercício da atividade, ainda que com suporte legal, assente em conceitos propositadamente vagos ou imprecisos. Ou nos casos em que, é a própria lei, a conferir a possibilidade da administração inserir cláusulas modais quanto ao exercício da atividade¹⁸¹. Referimo-nos essencialmente às autorizações em matéria ambiental, onde a doutrina lusa, com destaque para CARLA AMADO GOMES e J.E. FIGUEIREDO DIAS, assumem a defesa da discricionariedade da autorização administrativa ambiental, mas também em matéria de regulação, onde não raras vezes o regulador goza de ampla possibilidade de conformação do exercício da atividade, quer nas autorizações administrativas iniciais, mas sobretudo nas

¹⁷⁷ Pense-se por exemplo se uma câmara municipal, findo o período de fixação de contingência, reduz a metade o número de licenças da freguesia, sem que isso corresponde a uma diminuição demográfica na proporção.

¹⁷⁸ Não ignorando que nem todos os procedimentos são necessariamente concursais, e que muitos dos regimes, além dos que veremos infra no Capítulo IV, enfermam de contradições jurídicas. Sobre alguns regimes, e a título exemplificativo (dos regimes) vide: PEDRO GONÇALVES, Ob. cit. p. 204-218.

¹⁷⁹ *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 49 e segs e 84 e segs.

¹⁸⁰ Também MAXENCE CORMIER, "La patrimonialité des actes administratifs", ob. cit. p. 3, sustenta a mesma teoria dizendo «Les plus souvent, ces textes combine dans une même compétence ces deux pouvoirs que sont le pouvoir discrétionnaire e la compétence liée »

¹⁸¹ Neste sentido GARCIA DE ENTERRÍA e FERNANDÉZ-RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, 4ª ed., Madrid, 1993, p. 138 – 140.

transmissões. No que concerne aos poderes de conformação da autorização, e porque cremos que essencialmente se colocam nestes dois domínios – ambiente e regulação – antecipamos que possa existir discricionariedade na conformação da autorização, porém, porque se tratam ambos, de domínios específicos que serão analisados no capítulo IV, remetemos para esta sede a sua apreciação.

2.3.3. A precarização da autorização administrativa?

A precariedade dos atos administrativos é também, como bem assinala MAXENCE CORMIER¹⁸² fundamental para a determinação do valor do mesmo, sendo que quanto maior for a estabilidade do ato, maior será esse valor. Pelo que, para terminar a análise da natureza jurídica das autorizações administrativas, no que releva para efeitos de determinação da patrimonialidade do ato administrativo, falta-nos debruçar sobre a dicotomia clássica entre *irrevogabilidade* v.s. *precariedade*, sendo a primeira associada à doutrina clássica da autorização declarativa (vinculada) e a segunda à doutrina da autorização administrativa constitutiva (discricionária). Ora, a questão não se coloca desta forma dicotomicamente oposta, tanto mais que parte da doutrina, sobretudo a gaulesa, concebe a autorização administrativa como precária¹⁸³.

A questão que agora se coloca, igualmente de grande relevância enquanto fundamento jurídico da patrimonialidade do ato administrativo, porquanto a precariedade retira valor objetivo e sobretudo para o caso de transmissão a terceiros¹⁸⁴, coloca-se ao nível da revogação do ato. Quer a revogação propriamente dita, operada por razões de interesse público, por questões de mérito ou conveniência; quer a anulação, enquanto afastamento dos efeitos jurídicos de um ato ferido de invalidade. Contudo esta questão já foi apontada supra no ponto 4.3., para onde remetemos. Não, sem contudo, deixar uma nota para a precarização “absoluta” defendida por CARLA AMADO GOMES¹⁸⁵, que na sua ótica inversa a toda a doutrina, subverte a livre iniciativa privada a um desmesurado poder da administração de que são exemplo os seguintes trechos da autora: “O reforço do papel da Administração no

¹⁸² Ob. cit. p. 6, referindo-se a “La précarité et le valeur”.

¹⁸³ Neste sentido, embora referindo-se à doutrina clássica: MAXENCE CORMIER, ob. cit. p. 1 e EMMANUEL BAUDEL, ob. cit. p. 45-51. Em França, em sentido contrário, ou seja, da irrevogabilidade da autorização administrativa, ALAIN BERNARD, ob. cit. p. 12.

¹⁸⁴ Ninguém vai investir na aquisição de uma empresa cujo exercício da atividade está sujeita a uma autorização precária, sob pena de perder o investimento realizado.

¹⁸⁵ Ob. cit. p. 532-534.

domínio da regulação das atividades económicas tem o seu contraponto na matização de direitos como a iniciativa económica privada e a propriedade. O intensificar dos níveis de discricionabilidade administrativa na modulação de situações individuais, como incidência económica primeiro; urbanística, ambiental e cultural depois – e hoje, sobretudo por força do combate ao terrorismo, na segurança coletiva – tinha forçosamente que passar por enfraquecimento da força reativa de tais liberdades, que deixaram de ser concebidas como pré-existentes, sendo degradadas, por força do influxo da ponderação administrativa a meros interesses legítimos ou a poderes de facto”. Contudo, a autora vai mais longe ao referir que “se num primeiro momento, a tendência – desde logo dos textos constitucionais – é para aceitar restrições do conteúdo dos direitos em homenagem à salvaguarda dos interesses colectivos, numa segunda fase, a valorização dos bens jurídicos conduz mesmo à imposição de obrigações positivas – *máxime*, deveres fundamentais - arregimentando os particulares para a colaboração com as entidade públicas sempre que, com a sua actividade, social ou económica, possa atravessar-se na realização de tarefas públicas”.

CAPÍTULO III. COMERCIALIZAÇÃO DAS AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS

3.1. A comercialização das autorizações administrativas.

A questão da comercialização das autorizações administrativas constitui um dos elementos fundamentais da sua patrimonialidade, aliás, a doutrina gaulesa, pioneira no estudo deste tema, identifica-o mesmo como sendo o fundamento dessa patrimonialidade. MAXENCE CORMIER, referindo-se ao ato administrativo autorizativo, defende: “com efeito, a patrimonialidade corresponde à possibilidade de determinação de um valor pecuniário e implica a transferibilidade e transmissibilidade. Estudar a patrimonialidade dos atos administrativos, implica necessariamente examinar estes dois elementos, a transferibilidade e o valor pecuniário dos atos administrativos individuais, que por comodidade linguística designaremos por autorizações administrativas”¹⁸⁶. No mesmo sentido, EMMANUEL BAUDEL refere que a patrimonialidade supõe a transferibilidade da autorização administrativa¹⁸⁷.

Ainda que entendamos que este não é o único elemento da determinação da patrimonialidade do ato administrativo – sendo a escassez outro elemento essencial – é sem dúvida determinante do mesmo e portador de alguma complexidade, como atestam os vários estudos na língua de Victor Hugo¹⁸⁸, mas mais recentemente também por outras paragens de que são exemplo MARGHERITA COLANGELO¹⁸⁹, SANZ RUBIALES¹⁹⁰ e ESTEVE PARDO¹⁹¹ se bem que estes últimos, sobre a transmissibilidade de determinados tipos de direitos ou autorizações.

¹⁸⁶ Ob. cit. p. 2., tradução nossa.

¹⁸⁷ Ob. cit. introdução.

¹⁸⁸ Vide : EMMANUEL BAUDEL, *La Patrimonialité de(s) Autorization(s) Administrative(s)*, ANRT, Lille, 1999, ALAIN BERNARD, *L’Autorisation Administrative et le Contrat de Droit Privé*, Paris II, 1985 e “L’Autorisation Administrative et le Contrat de Droit Privé” in RDT, 1987;; THIBALUT SOLEILHAC, “Vers une Commercialité des Autorisations Administratives” in AJDA, 2007, p. 2178; Marianne MOULINER-DUBOST, “Requiem pour le Principe d’Incessibilité des Autorisations Administratives” in AJDA, 2004, p. 2141; Ives JÉGOUZO, “Les Autorisations Administratives vont-elles Devenir des Biens Meubles?” in AJDA, 2004, P.945

e Henri LAULHÉ, “La Vénalité des Actes Administratives” in AJDA, 1961.

¹⁸⁹ *Property rights (law and regulation of secondary trading in the European Union)*, Leiden, Nijhoff Publishers, 2012.

¹⁹⁰ *El Mercado de Derechos a Contaminar – Régimen Jurídico-Público del Mercado Comunitario de Derechos de Emisión en España*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

¹⁹¹ “El mercado de títulos administrativos, Asignación objetiva, reasignación transparente”, in *Estudios de Derecho Público Económico*, Libro Homenaje al Prof. Dr. S. Martín-Retorquillo Baquer, Civitas, Madrid, 2003, p. 743 e segs.

Pressuposto da análise que qualquer meio de transferibilidade ou transmissibilidade das autorizações administrativas, será a sua *apropriação*¹⁹², quer seja a apropriação direta da autorização administrativa enquanto ato que concede benefícios ou cria vantagens, quer seja no sentido da “coisificação” a que alude PEDRO GONÇALVES e, em certa medida, EMMANUEL BAUDEL. Este último defendendo que a autorização administrativa pode ser objeto de apropriação, aliás, para o autor, primeiro indício de que a patrimonialidade da autorização existe, é a sua suscetibilidade de *apropriação*. Sendo o segundo indício dessa patrimonialidade a possibilidade de transmissão¹⁹³. Na verdade, e como bem salientam ambos os autores, ninguém poderá transmitir aquilo que não detém, pelo que aqui também invocamos as lições de direitos reais (na terminologia própria, direito das coisas) de ORLANDO de CARVALHO¹⁹⁴, quando, nos idos anos de 1993 nos ensinava *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

Pelo que a análise da transmissibilidade das autorizações administrativas far-se-á pelo estudo das características que permitirão essa mesma transferibilidade. Se na análise da natureza jurídica das autorizações administrativas optamos pelo tratamento unívoco das autorizações administrativas, para a análise dos elementos que permitirão, ou não, a sua transmissibilidade, teremos necessariamente de distinguir como EMMANUEL BAUDEL e LAGUNA DE PAZ, entre as autorizações ditas pessoais – *intuite personae* e as autorizações ditas reais – *intuite rei*.

3.1.1. A distinção entre autorizações pessoais e autorizações reais como elemento de apropriação

A generalidade da doutrina que se debruça sobre a questão da patrimonialidade dos atos administrativos, faz depender a possibilidade de transmissão do carácter pessoal ou real das autorizações administrativas¹⁹⁵. Isto é, tradicionalmente tem-se distinguido entre autorizações pessoais, ou seja, aquelas que são concedidas a uma pessoa concreta e em

¹⁹² Sobre esta questão da apropriação vide: Ives JÉGOUZO, " Les Autorisations Administratives vont-elles Devenir des Biens Meubles?" in AJDA, 2004, p.945 e PEDRO GONÇALVES, ob. cit. p. 243.

¹⁹³ Ob. cit. p. 58; 120-121.

¹⁹⁴ Carvalho, Orlando de. Direito das coisas (Do direito das coisas em geral). Coimbra: Centelha, 1977.

¹⁹⁵ Neste sentido MAXENCE CORMIER, ob. cit. p. 2-3; EMMANUEL BAUDEL, ob. cit. p. 25 e 59-62; Marianne MOULINER-DUBOST, "Requiem pour le Principe d'Incessibilité des Autorisations Administratives" in AJDA, 2004, p. 2141 ; LAGUNA DE PAZ, ob. cit. p. 83 e PEDRO GONÇALVES, também faz alusão à distinção como fundamento da transmissibilidade das autorizações administrativas, in ob. cit. p. 240.

função de qualidades do requerente¹⁹⁶, e autorizações reais, enquanto as que são concedidas em função de um bem¹⁹⁷ ou empresa¹⁹⁸. A doutrina tradicional, entende que as autorizações *intuite personae* não são transmissíveis na medida em que estão intimamente ligadas à pessoa, ou seja, como refere LAGUNA DE PAZ, “el centro de atención se sitúa en las cualidades personales del peticionario”, posição também seguida por EMMANUEL BAUDEL¹⁹⁹ e que sufragamos, sem prejuízo do que se dirá infra, desde logo porque muitas destas autorizações exigem exames ou outras formas de demonstração de aptidão inerentes à pessoa – características intrinsecamente pessoais - do beneficiário, sendo por isso inequivocamente intransmissíveis. Já no que concerne às autorizações *intuite rei*, as mesmas estariam associadas a um bem ou empresa²⁰⁰, pelo que, não estando dependentes de características intrinsecamente pessoais, a sua transmissão seria possível, nos termos a ver adiante.

Também no que toca a esta questão da distinção entre autorizações pessoais e reais, a doutrina tem levantado algumas questões sobretudo, em função de regimes legais em concreto, e no caso da doutrina francesa em função também do entendimento jurisprudencial, que apontam para uma impossibilidade da distinção absoluta entre autorizações de carácter pessoal e autorizações de carácter real²⁰¹. Também reconhecemos que poderão existir autorizações, que poderão ter características pessoais e reais, isto é que ao mesmo tempo que se liguem ao cumprimento de requisitos do bem, exijam requisitos pessoais do seu proponente. Parece-nos pois que a questão da qualificação formal não será determinante, ou melhor, será o seu regime substantivo, legalmente definido que nos

¹⁹⁶ Desde logo a licença de condução (vulgo carta), a licença de uso e porte de arma.

¹⁹⁷ Como é o caso das autorizações urbanísticas ou de utilização de um bem do domínio público.

¹⁹⁸ Como é o caso das autorizações para o exercício de transporte coletivo de passageiros, autorização para o exercício da atividade de agência de viagens ou o complexo regime da licença para o exercício da atividade bancária.

¹⁹⁹ Ob. cit. p. 60.

²⁰⁰ A doutrina tradicional geralmente só fala de “bem,” a referência a empresa surgiu com LAGUNA DE PAZ, ob. cit. p. 82, e, em nosso entender, com toda a propriedade. Desde logo, porque o acesso a atividades económicas regra geral faz-se por empresas, não aqui entendida como pessoa coletiva, mas pelo conceito jurídico de empresa, que por todo vide: ORLANDO CARVALHO, *Direito das Empresas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

²⁰¹ É o caso de EMMANUEL BAUDEL, ob. cit. p. 65 que refere que o carácter real ou pessoal das autorizações administrativas nem sempre é sistematicamente afirmado. Segundo este autor a natureza de algumas autorizações dão lugar a discussão, apontando desde logo o exemplo das autorizações para utilização dos bens do domínio público. Do mesmo passo, LAGUNA DE PAZ, ob. cit. p. 82 acaba por referir que a maior parte das autorizações têm carácter misto, porquanto reúnem características quer das autorizações pessoais, quer das autorizações reais, acumulando exigências do regime jurídico de ambas como sustenta GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNANDÉZ RODRÍGUEZ, ob. cit. p. 146.

permitirá aferir da transmissibilidade da autorização administrativa²⁰². Somos assim do entendimento que nos casos de autorizações administrativas para o acesso a uma atividade, sempre que lei não vede a transmissão, e sempre que não esteja em causa uma autorização estritamente pessoal, no sentido de que foi outorgada com base em características intrínsecas e infungíveis da pessoa ou empresa a quem foi concedida, a mesma é permitida.

3.2. A Comercialização entre Particulares

A comercialização de autorizações administrativas entre particulares, depois de diabolizada pela doutrina tradicional, chegando mesmo a ser considerada contrária à moralidade administrativa²⁰³, é hoje aceite, naquela a que LAGUNA DE PAZ, designa “su renovada transcendência”.²⁰⁴ A comercialização das autorizações administrativas, é assim possível entre particulares pelas razões anteriormente analisadas, desde logo porque são suscetíveis de apropriação, depois porque, quer pela sua natureza, sobretudo no caso das autorizações reais²⁰⁵, mas acima de tudo pelo regime legal que as regula (quando o permita), podem ser objeto de transmissão.

Questão distinta, é o modo como essa transmissão se opera. I. é, se a transmissão é autónoma, ou seja, se a autorização administrativa é ela própria ou objeto do negócio jurídico ou se incorporada no âmbito de um negócio mais vasto, caso em que estaríamos perante uma transmissibilidade acessória ou, segundo alguns autores, subordinada. Em ambos os casos, importa pois saber se, ainda que tal transmissibilidade seja legalmente admissível, qual o

²⁰² É esta também a posição defendida por EMMANUEL BAUDEL, ob. cit. p. 76, referindo o autor que qualificação dada pela lei ou até mesmo pela jurisprudência não é relevante, o que importa é determinar se o adquirente reúne as condições para o exercício da atividade. Isso claro está, defendemos nós, se a cessão for livre.

²⁰³ Vide: P. DELMAS, citado por MAXENCE CORMIER, ob. cit. p. 1 nota de rodapé 8.

²⁰⁴ Ob. cit. p. 294, sendo de notar que na única referência ao tema “patrimonialização” que o autor faz ao longo de toda a sua dissertação sobre autorizações administrativas, escrevendo: a transmissibilidade das autorizações é um aspeto decisivo do regime jurídico da atividade, especialmente nos casos de autorizações sujeitas a restrições quantitativas. *Até certo ponto permitindo a patrimonialização da autorização.* (tradução e itálico nosso).

²⁰⁵ Dizemos “sobretudo”, porque admitimos a existência quer de autorizações com carácter misto, ou seja, com elementos de natureza real coexistindo com elementos de natureza pessoal, quer porque admitimos a transmissibilidade de autorizações de carácter pessoal, em que não estejam em causa características estritamente pessoais ou intrínsecas à pessoa. Aliás, a este propósito é bem sugestiva a formulação de ISABELE MOINE, *Les choses hors commerce*, Bibliothèque de Droit Privé, LJDJ, 1997, que diz que só ficam excluídas do comércio jurídico as *coisas* que digam respeito ao corpo da própria pessoa, desde logo o intelecto. Pelo que só as autorizações que pressuponha características estritamente pessoais, ficarão excluídas do comércio jurídico.

papel que cabe à administração, e em caso de o ter, em que momento é que o mesmo se coloca.

3.2.1. A Transmissibilidade Autónoma

A transmissibilidade autónoma das autorizações administrativas, ocorre quando o objeto do negócio seja a própria autorização administrativa, enquanto ato administrativo que permite o acesso a um bem ou a uma atividade ou até mesmo removedor de uma proibição. São disso exemplo, desde logo as *licenças para emissão de gases com efeito estufa* (regulada pelo Decreto Lei nº 38/2013, de 15 de março, que transpõe para ordem jurídica nacional a Diretiva 2003/87/CE); as *quotas de produção de leite*, entretanto abolidas (previstas pelo Decreto-Lei nº 240/2002, de 5 de novembro, revogado pelo Decreto-Lei nº 189/2015, de 8 de setembro); bem como todas as autorizações administrativas de acesso a uma atividade, sempre que a lei não vede a sua transmissão, e não esteja em causa uma licença estritamente pessoal.

Ainda no que concerne à transmissão autónoma impõe-se duas ordens de considerações: uma primeira do foro do direito privado, e prende-se com o facto da possibilidade da transmissão autónoma, não exclui a possibilidade de transmissão acessória e vice-versa. Isto é, havendo a possibilidade de transmissão, quer seja livre, ou autorizada pela administração, a mesma tanto poderá ocorrer por transmissão autónoma ou por transmissão acessória, consoante seja a vontade das partes na celebração do negócio.

Outra consideração deriva da comercialização das autorizações pelas próprias entidades administrativas. Este fenómeno recente, quer na prática administrativa, quer no seu tratamento dogmático e sobre o qual nos deteremos adiante no ponto 3.3., por seu turno gera uma nova dinâmica no comércio das autorizações administrativas. Teríamos assim um mercado vertical, em que o particular adquire a autorização à administração (como será o caso das licenças de emissão de gases com efeito estufa, e também seria o caso das abolidas quotas de produção de leite) e depois um mercado horizontal²⁰⁶, onde os particulares transacionam entre si as autorizações adquiridas, naquilo a que alguns autores designam por “mercado secundário”. Aliás, terminologia bem presente nas obras de certos autores, como

²⁰⁶ Desde logo onde essa transmissão pode ser autónoma ou acessória, embora a doutrina que identifica a existência de um mercado secundário, se referir essencialmente às transmissões autónomas.

por exemplo COLANGELO, *Property rights (law and regulation of secondary trading in the European Union)*,²⁰⁷ ESTEVE PARDO²⁰⁸, “El mercado de títulos administrativos, Asignación objetiva, reasignación transparente” e SANZ RUBIALES, *El Mercado de Derechos a Contaminar – Régimen Jurídico-Público del Mercado Comunitario de Derechos de Emisión en España*,²⁰⁹

3.2.2. A Transmissibilidade Acessória

Falamos de transmissibilidade acessória para designar os casos em que o negócio jurídico não tem por objeto a autorização administrativa, sendo esta transmitida uma universalidade bens. É esta também dada por EMMANUEL BAUDEL,²¹⁰ porém o autor acrescenta que se trata de uma venda da autorização administrativa independentemente da vontade das partes. Discordamos do autor nesta parte, sendo certo que haverá uma miríade de situações em que são celebrados negócios jurídicos, em que as autorizações administrativas fazem parte do negócio sem que sejam um elemento essencial do mesmo, outras tantas haverá em que a autorização administrativa é essencial para o negócio, ou, no mínimo, determinante da sua patrimonialidade. Pense-se por exemplo na compra e venda de uma vivenda, não fossem as exigências legais, desde logo a impossibilidade de celebração de escritura de compra e venda sem licença de habitação, esse não seria certamente um elemento essencial, só o é formalmente, até porque não poderia ser transacionada sem tal licença. Já questão totalmente distinta será por exemplo o trespasse de um estabelecimento de diversão noturna, cujo horário de funcionamento é fixado pela autorização. Neste caso, ainda que transacionada acessoriamente, porque incorporada na transmissão da universalidade de bens, a autorização poderá ser essencial no negócio, ou pelo menos na determinação do valor do mesmo²¹¹.

²⁰⁷ *Property rights (law and regulation of secondary trading in the European Union)*, Leiden, Nijhoff Publishers, 2012.

²⁰⁸ (coord. COSCULLUELA MONTANER) “El mercado de títulos administrativos, Asignación objetiva , reasignación transparente”, in *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Prof. Dr. S. Martín-Retorquillo Baquer*, Civitas, Madrid, 2003, p. 743 e segs

²⁰⁹ Íñigo (coord), *El Mercado de Derechos a Contaminar – Régimen Jurídico-Público del Mercado Comunitario de Derechos de Emisión en España*, Lex Nova, Valladolid, 2007

²¹⁰ Ob. cit. p. 101.

²¹¹ Ou seja, na celebração de um negócio para aquisição de uma vivenda, o comprador, na avaliação da mesma vai atender à localização, estética, estado de conservação, dimensões entre outros fatores, não vai contabilizar a licença de habitação, até porque esta é pressuposta. I. é, não cria qualquer vantagem em relação aos demais, que terão que ter igual autorização de carácter real. Questão diferente será, a do trespasário de um bar de diversão noturna que estará atribuirá maior valor ao negócio, quanto mais amplo for o horário de funcionamento fixado

Do mesmo passo, discordamos ainda de EMMANUEL BAUDEL, quanto à questão da transmissão da autorização não estar incluída “na vontade das partes”, na medida em que, não raras vezes a transmissão acessória, visa exclusivamente a aquisição da autorização administrativa. Será o caso da aquisição de uma empresa, quando um dos seus principais ativos for a autorização administrativa. Será assim, sem dúvida, nos casos de autorização contingentada, em que seja permitida a transmissão – caso dos trespases das farmácias (que retomaremos adiante), mas também noutros casos de autorização, sobretudo de carácter real²¹².

A generalidade das transmissões de autorizações administrativas são acessórias, isto é, nos casos em que a autorização faz parte do negócio associado a uma universalidade de bens (caso típico do trespasse) ou uma empresa, sendo a sua transmissão incluída nessa mesma universalidade.²¹³ A doutrina francesa considera por isso que, para que a transmissão seja acessória, é necessário que não careça do consentimento da administração. Isto é, que a sua transmissão seja livre, sem necessidade de intervenção da administração, e só nesses casos estaríamos perante uma verdadeira transmissão acessória. Somos sensíveis a esta argumentação, desde logo porque o que é transmitido é a universalidade de direitos²¹⁴, onde se inclui a autorização, portanto não dependente da intervenção da administração, de resto por analogia com o direito ao arrendamento no trespasse e ainda o regime de transmissão das farmácias de oficina (sobre o qual nos deteremos adiante), ainda que haja uma obrigação de comunicação. Outro argumento utilizado por EMMANUEL BAUDEL, é que a autorização administrativa, nunca poderia ser autonomamente transmitida pelo seu titular dissociada do bem a que está ligada.

na autorização (também esta de carácter real), ainda que esta esteja vinculada a um regulamento municipal. Note-se que há casos em que os regulamentos de funcionamento de estabelecimentos, conferem à câmara poder discricionário dentro de uma moldura definida (a título de exemplo: no sentido da ampliação: cfr. artigo 5.º Regulamento de Funcionamento dos Estabelecimentos Comerciais e de Prestação de Serviços do Município de Cascais; no sentido da possibilidade de restrição cfr. artigo 7.º do Regulamento de Funcionamento dos Estabelecimentos Comerciais e de Prestação de Serviços do Município de Guimarães).

²¹² Como foi o caso de uma empresa de construção civil adquirir outra, apenas porque a segunda tinha uma autorização para exploração de uma pedreira, aliás autorização essa referida no relatório de contas da empresa adquirida como sendo o seu principal ativo, o que demonstra inequivocamente a patrimonialidade da autorização administrativa.

²¹³ EMMANUEL BAUDEL, ob. cit. p. 102 refere “Les autorisations administratives sont généralement attribués pour un fonds de commerce déterminé et restent attachées à ce fonds”.

²¹⁴ Sobre o conceito de universalidade de direitos no trespasse vide: ORLANDO CARVALHO, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, edições Centelha, Coimbra.

3.2.3. A Intervenção da Entidade Administrativa na Transmissão

Na transmissibilidade das autorizações administrativas, será igualmente de capital importância a intervenção da administração. Isto é, analisaremos, na perspectiva do impacto na patrimonialidade do ato administrativo, o grau de intervenção da administração. Primeiro, se esta é vinculativo, o mesmo será dizer se carece do consentimento da entidade que emitiu a decisão autorizativa, ou nos casos em que basta uma comunicação da transmissão.

Reafirmamos porém que, salvo os casos em que pela sua natureza – estritamente pessoal – esteja vedada a transmissibilidade da autorização, nos demais casos, sempre que a lei expressamente não condicione à intervenção da administração, entendemos que a mesma é livre. Uma última nota para o facto de, as considerações que agora se fazem sobre a intervenção da administração no caso da transmissão da autorização, são indistintamente válidas para as transmissões autónomas assim como para as acessórias.

3.2.3.1. Intervenção *a priori* – consentimento

A questão da necessidade de consentimento prévio à transmissão da autorização, colocar-se-á sobretudo nos casos das autorizações contingentadas ou sujeitas a *numerus clausus*, mas não se restringe a estas. No que toca à transmissão de autorizações contingentadas atribuídas por procedimento concorrencial, recenseamos, a título exemplificativo, um exemplo, cujas especificidades abordaremos.

Desde logo *o regime jurídico de acesso e de permanência na actividade de inspecção técnica de veículos a motor e seus reboques e o regime de funcionamento dos centros de inspecção* aprovado pelo Lei n.º 11/2011, de 26 de abril. Trata-se de um regime muito *sui generis*, e que até se afasta um pouco do objeto do presente estudo, na medida em reúne os elementos de outras figuras próximas, que propositadamente deixamos fora do âmbito da presente dissertação, como a concessão e o próprio contrato (de gestão). Contudo, abstendo-nos por ora de todos esses contornos jurídicos, no que toca à transmissão da autorização dispõe o artigo 10.º que “a cessão da posição contratual da entidade gestora e a subcontratação da gestão do centro de inspecção ficam sujeitas a autorização do conselho directivo do IMTT, I. P., a qual depende do cumprimento pelo cessionário ou subcontratado das condições previstas nos artigos 4.º e 5.º” A questão que se coloca desde logo é se

estamos perante uma cessão da posição contratual ou da transmissão (cessão da autorização). Como referimos o regime da gestão dos centros de inspeção técnica de veículos automóveis, é complexa, na medida em que nela confluem a figura da autorização, com elementos típicos da concessão e que culminam no contrato de gestão. Sendo certo que a previsão do artigo 10º da Lei n.º 11/2011, é uma verdadeira cessão da posição contratual, não podemos ignorar que o cumprimento do disposto no artigo 4º são as condições para que seja emitido o ato administrativo autorizativo - descurando por ora a sua classificação – e do qual emergirá o contrato de gestão²¹⁵. Assim sendo, ainda que esteja em causa uma cessão da posição contratual, para que esta aconteça será necessário que a entidade reguladora (IMTT), verifique que o cessionário reúne as condições previstas no artigo 5.º, ou seja, as que foram determinantes da emissão da autorização, pelo que, materialmente estamos perante uma transmissão da autorização administrativa, sujeita a consentimento prévio para verificação das ditas condições.²¹⁶

3.2.3.2. Intervenção *a posteriori* – controlo

Dos casos analisados, constatou-se serem bem mais as situações em que a intervenção da administração é posterior à transmissão, ou seja, são mais os casos em que a administração tem um poder de controlo e não de consentimento prévio à transmissão. Tomemos então alguns exemplos, cujas especificidades entendemos serem dignas de análise.

A primeira das quais diz respeito à *utilização de frequências radioelétricas*. A Lei das Comunicações Electrónicas – Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, prevê que o espaço de propagação de ondas radioelétricas é domínio público do Estado, (cfr. artigo 14º da citada lei), estando nos termos do artigo 19.º n.º 2 sujeita apenas a autorização geral, sem prejuízo do disposto no n.º 3 que estabelece – exceionalmente – a possibilidade de contingentação da atribuição de determinadas frequências, apenas quando seja necessário para garantir uma gestão eficiente das frequências (cfr. artigo 31.º). No caso da atribuição de licenças de utilização de frequências radioelétricas contingentadas, a sua transmissão só pode acontecer nos termos do artigo 34.º da Lei n.º 5/2004, o que nos merece alguns reparos. Desde logo, o

²¹⁵ Estamos no fundo numa relação muito próxima entre a adjudicação e o contrato no Código dos Contratos Públicos. Isto é, o contrato é que conformará a relação do contratual, mas o direito à sua celebração emerge da adjudicação, que por sua vez é o ato final de um procedimento de seleção (no caso dos procedimentos concorrenciais)

²¹⁶ Consentimento esse que dever ser dado no prazo de 45 dias sob pena de indeferimento tácito (cfr. artigo 10.º n.º 2)

n.º 1 do artigo 34.º, que preceitua que podem ser transmitidos os direitos de utilização de licenças de radiofrequências desde que não estejam interditos pela ARN. Ora, tal disposição parece-nos inócua, porquanto a simples interdição teria como consequência a sua intransmissibilidade. Mas no que releva para efeitos da presente apreciação é que, nos termos do n.º 4 do artigo 34.º o titular dos direitos terá que comunicar à ARN a transmissão a qual, nos termos do n.º 6 pronunciar-se-á no prazo máximo de 45 dias sobre o conteúdo da comunicação prevista no n.º 4, podendo fundamentadamente opor-se à transmissão ou locação de direitos de utilização projectada, bem como impor condições necessárias ao cumprimento do disposto no n.º 5²¹⁷ Ora, estamos perante um caso não de consentimento *à priori*, mas de comunicação, sendo que a transmissão só será livre depois de decorrido o prazo de pronuncia da ARN, podendo esta, naquele prazo, opor-se com os fundamentos do n.º 5 do mesmo artigo, ou autorizar impondo condições a essa transmissão. Nesta última situação estamos próximos da figura dos “remédios” do regulador, que vai afetar a patrimonialidade da autorização dos direitos de utilização. A imposição de remédios vai condicionar o exercício dos direitos nos termos quem havia sido adquirido pelo concedente e como tal reduzir o valor dessa mesma autorização.

Outro exemplo de autorização contingentada sujeita a controlo *à posteriori* é o do *Regime Jurídico das Farmácias de Oficina*, constante do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto. Se bem que desta feita, com efeitos distintos dos referidos no exemplo anterior. Neste caso dispõe o artigo 18.º n.º 1 do Regime Jurídico das Farmácias de Oficina que “as farmácias não podem ser trespassadas nem a respetiva exploração ser cedida antes de decorridos cinco anos, a contar do dia da respetiva abertura ao público, na sequência de concurso público.” Mais dispendo o n.º 7 da mesma norma que os negócios jurídicos que impliquem alteração da propriedade da farmácia ou trespasses, são comunicados ao INFARMED, para efeitos de

²¹⁷ Que dispõe que: 5 - Nos casos de transmissão ou locação de direitos de utilização de frequências a que se refere o número anterior, incumbe à ARN garantir que:

- a) A intenção de transmitir ou locar direitos de utilização bem como a concretização da transmissão ou locação são tornadas públicas;
- b) A transmissão ou a locação não provoca distorções de concorrência, designadamente pela acumulação de direitos de utilização;
- c) As frequências sejam utilizadas de forma efetiva e eficiente;
- d) A utilização a que estão destinadas as frequências é respeitada sempre que a mesma tenha sido harmonizada mediante a aplicação da Decisão n.º 676/2002/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março (decisão espectro de radiofrequências), ou outras medidas comunitárias;
- e) As restrições previstas na lei em matéria de televisão e rádio sejam salvaguardadas.

averbamento no alvará. Ao contrário do exemplo anterior, em que a autoridade reguladora poderia opor-se à transmissão ou consenti-la impondo condições, do disposto no n.º 7 parece-nos que estamos perante uma obrigação meramente declarativa, para efeitos de averbamento do alvará. Isto é, do ponto de vista jurídico, à primeira vista, parece-nos que estamos perante uma condição de eficácia e não de validade da transmissão da autorização administrativa. Todavia, não obstante ser essa a interpretação literal, se conquetanada com o artigo 14.º do mesmo diploma e a proibição de concentração expressa no artigo 15.º (de resto objetivo exposto no preâmbulo do diploma)²¹⁸, parece-nos que a entidade reguladora, poderá obstar à transmissão de autorização no caso de violação do disposto naquelas disposições quanto à proibição de concentração da propriedade. Caso assim fosse, a transmissão da autorização, ainda que acessória, poderia obstar à realização do negócio principal (trespasse ou cessão de exploração).

Um outro exemplo de controlo posterior da transmissão da autorização é o das *quotas de produção de leite*, aprovado pelo Decreto-Lei 240/2002, de 5 de novembro, revogado pelo Decreto-Lei n.º 189/2015, de 8 de setembro.²¹⁹ Neste caso a autorização (cuja natureza é muito discutida e que retomaremos infra em 4.3.) traduz-se na atribuição de uma quota – Quantidade de Referência (QR), que sendo limitada é atribuída por procedimento concorrencial de seleção. Dada a sua especificidade, e relevância desde logo na patrimonialidade dessa autorização, são previstos vários meios de transmissão, desde logo distinguindo-se entre atos voluntários e involuntários. Nestes últimos inclui-se: o caso de requisição ou expropriação ou outro ato ou contrato limitativo de propriedade previsto no

²¹⁸ Do preâmbulo do Decreto Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, pode ler-se: “De facto, com o presente diploma impõe-se a alteração da propriedade das farmácias que actualmente são detidas, designadamente, por instituições particulares de solidariedade social. No futuro, estas terão de constituir sociedades comerciais, em ordem a garantir a igualdade fiscal com as demais farmácias.

Por outro lado, é de salientar que a legislação anterior fomentou, ao longo do tempo, a criação de situações fictícias em relação à propriedade, por força de um regime extraordinariamente restritivo da transmissão da propriedade entre farmacêuticos.

Com a alteração do regime jurídico da propriedade permitir-se-á a regularização dessas situações, desde que observem os requisitos e os limites de titularidade e respeitem as incompatibilidades em relação à propriedade, exploração e gestão de farmácias.

Assim, este novo regime caracteriza-se pela transparência e pelo rigor no que respeita aos negócios jurídicos sobre a titularidade de farmácias, cominando-se com a nulidade aqueles que sejam celebrados contra as regras agora instituídas ou que produzam um efeito prático idêntico ao que o diploma quis proibir”.

²¹⁹ Não obstante o regime de quotas de produção leite ter sido revogado em 2015 e não subsistir no ordenamento jurídico europeu e nacional, vamos manter o seu estudo, dado o seu elevado interesse dogmático, e por constituir um instrumento paradigmático de regulação económica da UE.

Código das Expropriações (cfr. n.º 4 do artigo 10.º); a denúncia do contrato de arrendamento rural (cfr. n.º 5 artigo 10.º), já no que toca aos atos voluntários de transmissão a lei previa:

- A transmissão, total ou parcial, da QR pode ser efectuada com ou sem transmissão da exploração²²⁰.
- A transferência definitiva de QR sem transmissão de exploração apenas será válida nos casos em que resulte algum benefício para a estruturação do sector ou do ponto de vista ambiental, segundo critérios a definir por portaria do Ministro da Agricultura, Desenvolvimento Rural e Pescas.
- Sempre que um produtor não tencione utilizar a sua QR, pode cedê-la temporariamente a outro produtor, por um período mínimo de uma campanha e até ao limite de duas campanhas consecutivas, desde que o comprador do produtor cessionário seja o mesmo do produtor cedente.
- As transferências de QR poderão ser anuladas pelo INGA sempre que se verifique o não cumprimento de qualquer dos requisitos exigidos legalmente.

Ora, deste regime destacamos alguns aspetos, desde logo, e ao contrário dos demais analisados, uma regulação exaustiva do regime da transmissão, o que denuncia estarmos perante uma autorização sujeita a elevada transmissibilidade, o que aliado à elevada escassez dota-a de uma patrimonialidade muito elevada. Do mesmo passo, a própria lei distingue entre a transmissão autónoma e transmissão acessória, isto é sem ou com a exploração respetivamente, bem como limita a QR na proporção de qualquer compressão, desde logo de área de terra, que a exploração viesse a sofrer. Mas mais importante, do ponto de vista da análise deste ponto, é que a cessão poderia ser feita, podendo o INGA a (cfr. artigo 10.º n.º 3) anular as transferências de QR sempre que houvesse incumprimento das disposições legais. Ora, isto levanta-nos várias dúvidas, desde logo o prazo de que dispunha o INGA para proceder a tal anulação, o que, caso ainda estivesse em vigor, e à luz do novo CPA e das regras da anulação (cfr. artigo 163.º n.º 4 CPA), tornaria o ato muito precário, ao não se

²²⁰ O que implicava a transferência definitiva para o novo titular da QR correspondente à superfície objeto de transmissão e afeta à produção leiteira.

limitar um prazo - curto - para que o INGA se pronunciasse, à semelhança do que acontece nos demais casos de intervenção *à posteriori* que aqui analisamos.

3.3. A Comercialização Pelas Entidades Administrativas

A atribuição de autorizações administrativas em número limitado - as autorizações contingenciadas - representam uma nova realidade na atuação administrativa, que comporta vários tipos de reflexões: *i*) em primeiro lugar o fundamento da contingenciamento dessas autorizações; *ii*) a garantia do respeito pelo princípio constitucional da igualdade por via dos procedimentos concorrenciais; *iii*) a “mercantilização da atividade administrativa.

3.3.1. Fundamento da contingenciamento

Retomando a doutrina tradicional defensora da pré-existência do direito na esfera do particular, cujo exercício dependeria do controlo prévio do estado, válida para as autorizações em geral, esse direito sofrerá uma especial compressão nos casos em que a administração restringe o acesso a determinados bens ou atividades a um número limitado. A chamada “administração da escassez”, no que aos atos autorizativos concerne, quer decorra de uma limitação dos recursos naturais envolvidos na atividade autorizada (escassez natural), quer decorra de razões de defesa de outros direitos sociais, económicos e culturais, como o direito ao ambiente e ordenamento do território, do direito à saúde ou defesa dos consumidores, quer decorra da regulação económica²²¹, traduz-se numa restrição - diríamos que acrescida - dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

O facto do acesso a um bem ou atividade económica que é, por natureza, da iniciativa privada e sujeita ao mercado, ao ser limitada, vai tornar a autorização administrativa escassa e por essa via elevar consideravelmente o seu valor venal. Além disso, dessa escassez vai resultar uma maior compressão ao direito fundamental à livre iniciativa privada, porquanto, a atribuição da autorização terá de ser feita por um meio de seleção, que colocará o seu beneficiário numa clara situação de vantagem sobre os demais.

²²¹ A este propósito PEDRO GONÇALVES in ob. cit. p. 197, alude à jurisprudência comunitária que proíbe a fundamentação na regulação económica como fator de limitação das autorizações administrativas. Porém chamamos à atenção que as quotas de produção de leite, tiveram origem no direito europeu, justamente com o propósito assumido de regulação dos excedentes de produção de leite na então CE.

Como se referiu supra no ponto 3.2.1. nos casos analisados de autorizações contingentadas, vimos que a legislação consagra o acesso livre como regra, para excecionalmente, e com os fundamentos constantes desses regimes, permitir a contingentação, que depois, na prática, torna-se regra, vimo-lo quanto aos direitos de utilização de frequências radioelétrica.

Enquanto que nas autorizações administrativas livres, a administração limita-se a verificar se o requerido cumpre com os requisitos legais, podendo todos aqueles que o cumprem ser beneficiários da autorização, naquilo a que PEDRO GONÇALVES chama “uma relação bipolar”, já no caso das autorizações limitadas, teríamos uma relação “multipolar”, na medida em que são vários os interessados num recurso escasso, o que irá provocar a exclusão dos demais, traduzindo-se, antes de mais, numa violação do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado. Impõe-se por isso que essa seleção ocorra através de um procedimento concorrencial, que na impossibilidade de garantir o acesso material de todos ao recurso, possa garantir que todos poderão participar no procedimento, em igualdade de circunstâncias.

3.3.2. A garantia do princípio da igualdade por via da atribuição concorrencial de autorizações administrativas.

A garantia do princípio constitucional da igualdade no acesso aos recursos públicos só pode se conseguida por via de um *situação concorrencial autêntica*, como escreve PEDRO GONÇALVES,²²² “isto é, a presença possível de várias pretensões paralelas incidentes sobre o mesmo objeto num contexto em que não podem ser todas atendidas”. A igualdade formal perante a lei, prevista no artigo 13.º da CRP, é assim garantida por via do acesso, em condições de igualdade de acesso ao procedimento. Substitui-se assim a igualdade substantiva, impossível de alcançar, por força da escassez de recursos ou por imperativos de interesse público, numa igualdade adjetiva de participação procedimental, deixando depois que seja a concorrência a operar a seleção. Impõe-se por isso que, sempre que a lei permita a possibilidade de contingentação das autorizações, que preveja a atribuição das mesmas se faça através de procedimento concorrencial, ainda que remetendo a sua concretização para a via regulamentar.²²³

²²² Ob. cit. p. 201.

²²³ Como acontece com o Regime Jurídico das Farmácias de Oficina.

3.3.3. A mercantilização da atividade administrativa

A contingentação das autorizações administrativas acarreta ainda uma outra dimensão, intimamente ligada à patrimonialidade do ato administrativo que é aquilo a que PEDRO GONÇALVES,²²⁴ chama a “mercantilização da atividade administrativa”. Este fenómeno novo da atuação administrativa em matéria de autorizações comporta uma dupla vertente: por um lado que a administração crie um mercado de “autorizações”; por outro que o valor cobrado por essas autorizações escassas, não integre o conceito tradicional de taxa, ou viole o princípio da gratuitidade dos atos administrativos, sendo os valores das taxas correspondentes a essa escassez. Ou seja, as taxas de emissão da autorização refletem elas próprias a patrimonialidade do ato, ou seja, a sua escassez e o ganho económico do beneficiário de uma autorização escassa.

No primeiro caso abarca não só a emissão de autorizações limitadas, mas referimo-nos sobretudo àquelas que são pura e simplesmente transacionadas, em quantidade, afastando-se bastante do conceito tradicional de autorização, ou mesmo de outros conceitos mais hodiernos, desde logo porque não emergem de um procedimento administrativo. Referimo-nos sobretudo às licenças de emissão de gases com efeito de estufa, ou às quotas de produção de leite. Quer umas, quer outras, têm sido objeto de vasta discussão doutrinal, quanto à sua natureza, não faltando na doutrina, quem não lhes reconheça a natureza de autorização administrativa. Porém, reservamos o aprofundamento desta questão para a sua análise específica (vide infra pontos 4.3. e 4.4). Certo é que, não curando por ora da discussão em torno da natureza jurídica destas “autorizações”, as mesmas criam um mercado de dupla direccionalidade: vertical, entre a administração e o particular, e horizontal, dos particulares entre si, que posteriormente transacionam as autorizações adquiridas, naquilo que alguns autores já designam por “mercado secundário de títulos”²²⁵

No que toca à segunda questão, também constitui um novo desafio às teorias do ato administrativo. Estamos perante casos em que, ao conferir uma autorização limitada (pense-se por exemplo nos direitos limitados de utilização de radiofrequências, das licenças de

²²⁴ In Reflexões sobre o Estado Regulador...ob. cit. p. 236-238.

²²⁵ ESTEVE PARDO (coord. COSCULLUELA MONTANER) “El mercado de títulos administrativos, Asignación objetiva, reasignación transparente”, in Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Prof. Dr. S. Martín-Retorquillo Baquer, Civitas, Madrid, 2003, SANZ RUBIALES, El Mercado de Derechos a Contaminar – Régimen Jurídico-Público del Mercado Comunitario de Derechos de Emisión en España, Lex Nova, Valladolid, 2007.

emissão de televisão, das licenças de operador de comunicações móveis), por vezes bastante limitadas e de âmbito territorial alargado (muitas vezes nacional) a administração, ciente do valor patrimonial dessa autorização, irá cobra-la em função dessa mesma patrimonialidade. Ou seja, afastamo-nos, em muito, do conceito tributário de taxa, em que deverá haver uma correspondência entre o valor pago pelo particular e o custo para administração, a taxa pressupõe, do lado da administração, uma contra-prestação proporcional ao valor pago. Ora, nestes casos, a administração irá valer-se do valor patrimonial da autorização, sobretudo por ser escassa e transmissível, e por possibilitar ao seu beneficiário um elevado valor económico ao poder exercer uma atividade económica com um mercado definido e limitado. A este propósito PEDRO GONÇALVES²²⁶, refere que a atribuição de autorizações transforma-se, assim, num ato praticado com intuito lucrativo, em que, muitas vezes, o Estado se orienta pelo objetivo de maximizar, e, em certos casos, até absolutizar a finalidade de obtenção de receita. Também EMMANUEL BAUDEL, interrogando-se se a administração pode ela própria comercializar atos administrativos, concluindo pela afirmativa, questiona-se sobre a compatibilidade dessa comercialização com o princípio da gratuidade dos atos administrativos. Vindo a concluir, que tal princípio não exclui a possibilidade do pagamento das autorizações²²⁷.

Estamos pois perante um novo domínio da atuação administrativa, refratário à doutrina tradicional do ato administrativo e criadora de toda uma nova realidade. A este propósito MARGHERITA COLANGELO, fala em “new property rights”, a autora referindo-se àquilo que identifica como sendo liberalidades do Estado que criam riqueza para os particulares, enunciando várias dessas “liberalidades”, com destaque para a transferência de riqueza resultante de atos regulatórios, refere-se em particular às autorizações administrativas contingentadas, referindo mesmo que poderão ser geradoras de grandes monopólios²²⁸.

²²⁶ Ob. cit. p. 238.

²²⁷ Ob. cit. p. 168-190.

²²⁸ Ob. cit. p. 4., depois deste desenvolvimento teórico sobre “the new property theory” e sobre o desenvolvimento da regulação, a autora dedica 4 capítulos justamente a autorizações administrativas contingentadas: faixas horárias de transportadoras aéreas (airport slots cap. II); Espectro de frequências radioelétricas (Spectrum rights Cap. III); quotas de produção de leite (milk quotas, Cap. IV) e emissão de gases com efeito estufa (Emission Allowances; Cap. V)

CAPÍTULO IV. DOMÍNIOS ESPECÍFICOS DO COMÉRCIO JURÍDICO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

4. 1. A patrimonialidade dos atos administrativos em matéria ambiental

As autorizações administrativas em matéria ambiental têm suscitado um grande interesse da doutrina, sobretudo na primeira década deste século. Aliás, como já havíamos referido, na doutrina lusa, os atos autorizativos nunca haviam sido objeto de uma autonomização dogmática, como há muito tinha acontecido noutros países. Foi justamente pela mão dos *jusambientalistas* que surgiram as duas primeiras grandes dissertações sobre as autorizações administrativas, quer CARLA AMADO GOMES,²²⁹ quer J. E. FIGUEIREDO DIAS,²³⁰ sob o desígnio do valor essencial da proteção ambiental, ambos os autores vêm na autorização administrativa, o instrumento por excelência, de prevenção do risco ambiental. É pois neste contexto, que procederam ao estudo exaustivo da figura da autorização administrativa, descrevendo as posições clássicas, que ambos, em moldes não muito distintos, desconstroem, para proceder à sua “reinvenção”, atribuindo à figura da autorização administrativa ambiental um carácter *sui generis*, e sobre o qual nos deteremos adiante. De igual modo, na doutrina estrangeira, o tema das autorizações administrativas ambientais ganhou relevância²³¹.

Como já tivemos oportunidade de assinalar supra, a relevância dogmática das autorizações administrativas em matéria de ambiente, inclusivamente leva a que se “autonomize” este tipo de autorizações. Isto é, não se fala de autorizações administrativas comerciais, ou industriais ou agrárias, ou referentes a outro qualquer setor, mas a doutrina, não só a *jusambientalista*, fala de “autorizações administrativas ambientais”. Mas a questão que agora se nos coloca é a de saber qual a relevância das autorizações administrativas ambientais para o estudo da patrimonialidade do ato administrativo. As autorizações administrativas ambientais têm uma relevância própria, em sede da patrimonialidade do ato administrativo. Desde logo pelo seu impacto nos investimentos, quer em sede de autorizações sobre o uso de bens do domínio

²²⁹ Risco e Modificação do Ato Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

²³⁰ ., Coimbra Editora, Coimbra, 2014

²³¹ Vide: SANZ RUBIALES, - (coord), *El Mercado de Derechos a Contaminar – Régimen Jurídico-Público del Mercado Comunitario de Derechos de Emisión en España*, Lex Nova, Valladolid, 2007 e (director) *El mercado europeo de derechos de emisión. Balance de su aplicación desde una perspectiva jurídico-pública* (2008-2012), Lex Nova, Valladolid 2010; GAUDEMAR, Hervé, "Les quotas d'émission de gaz à effet de serre" in *Revue Française de Droit Administratif*, n° 1, Janvier-Février 2009.

público do Estado, como o aproveitamento de recursos geológicos, de recursos hídricos ou do uso privativo do mar. Mas também em matéria de licenciamento de grandes instalações industriais²³², onde a questão da patrimonialidade do ato administrativo se coloca de sobremaneira, no que concerne aos avultados investimentos, sobretudo tendo em conta as tendências, desde logo da doutrina nacional, da crescente precariedade, havendo mesmo quem defenda absoluta precariedade do ato administrativo autorizativo em matéria ambiental.

4.1.1. A autorização administrativa ambiental (reinventada?)

A questão que se coloca em sede da autorização administrativa ambiental, já foi abordada, quer quanto à natureza das autorizações administrativas, quer quanto à precariedade dos atos, em sede da análise das autorizações administrativas em geral (cfr. supra pontos 2.2. e 2.2.3). Pelo que, nos cingiremos aos aspetos relevantes dos atos administrativos em matéria ambiental, que se revestem de especial complexidade quanto à precariedade, na medida em que as condições naturais do local onde se desenvolve a atividade e a evolução do estado da arte, podem demandar uma modificação senão mesmo uma revogação da autorização concedida.

A problemática subjacente às *autorizações administrativas ambientais*, à semelhança da discussão em torno da natureza jurídica das autorizações administrativas em geral, residirá em torno do conflito de direitos fundamentais entre os supra citados princípio da igualdade plasmando no artigo 13.º da CRP, e os direitos económicos, sociais e culturais com natureza análoga aos direitos fundamentais, do livre acesso à profissão (cfr. artigo 59.º CRP), do livre acesso à iniciativa privada (cfr. artigo 61.º CRP) e da propriedade privada (cfr. artigo 62.º CRP), desta feita em confronto com o direito ao ambiente e qualidade de vida, consagrado no artigo 66.º da CRP.²³³ A questão, como bem sintetiza, J.E. FIGUEIREDO DIAS,²³⁴ e que transcrevemos “(...) para procurar definir de forma mais precisa o que está em jogo: a tensão

²³² Questão também colocada em Espanha, por GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNANDÉZ RODRÍGUEZ, ob. cit. e VERA JURADO, *La disciplina ambiental das las actividades industriales*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 136.

²³³ Que GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit. p. 845, também considera, sobretudo na sua dimensão “negativa” ou seja de proibição de violação pelo Estado ou por terceiros, um direito de natureza análoga aos direitos fundamentais, nos termos do artigo 17.º n.º 1 da CRP, disso não se distinguindo dos direitos consigo conflituantes.

²³⁴ Ob. cit. p. 981-982.

entre estabilidade e flexibilidade que o ato autorizativo ambiental pretende de alguma forma pacificar reflete não só o choque entre liberdade e segurança, mas também entre outros valores fundamentais do princípio do Estado de Direito, como a proteção da confiança, por um lado, e os interesses públicos inerentes ao novo Estado de Direito ou da Justiça ambiental, por outro; entre a certeza jurídica e proteção do investimento, de uma parte, e proteção dinâmica do ambiente, da outra; entre caso decidido, de um lado, e adaptabilidade, do outro; entre prevenção e precaução de perigos ambientais, de uma banda, e celeridade e agilidade do procedimento da outra; entre os interesses da continuidade, titulados pelo requerente, e os da flexibilidade, assumidos pela Administração, que não pode ficar totalmente vinculada às suas decisões”. Todas estas tensões colocam-se desde logo ao nível constitucional e têm subjacente uma conceção mais objetivista ou subjetivista da intervenção do Estado, o mesmo será dizer de um pendor mais favorável à intervenção do Estado em defesa do interesse público ou de maior proteção dos direitos subjetivos e constitucionalmente garantidos. Do mesmo passo, também estarão em presença, as conceções próprias e relativas a cada um dos direitos conflituantes, as quais de resto estão vincadamente assumidas nas teses de CARLA AMADO GOMES e J.E. FIGUEIREDO DIAS, com um pendor assumidamente *jusambientalista*. Ambos os autores não escondem a defesa indefetível do direito do ambiente, de resto bem patente no esforço despendido em ambas as teses²³⁵, ainda que se discorde das soluções encontradas, sobretudo no que toca à

²³⁵ Ao que se alia outros trabalhos sobre direito do ambiente. No caso de CARLA AMADO GOMES vide: “A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o regime instituído pelo Decreto Lei nº 147/2008, de 29 de julho, *O Direito*, ano 141, vol. I, 2009, p. 127-161; “o Direito ao Ambiente no Brasil: um olhar português”, (coord.) *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, AAFDL, Lisboa, 2005, p. 271-291; “O licenciamento ambiental – Panorâmica geral e detecção de alguns nódulos problemáticos decorrentes da articulação necessária com outros procedimentos autorizativos”, in *Textos dispersos do direito do ambiente e matérias relacionadas*, Vol. II, AFDL, Lisboa, 2008, p. 301-341; “O procedimento de licenciamento ambiental revisitado”, *o Direito*, ano 140, nº 5, 2008, p. 1053-1085; “Princípios Jurídico-Ambientais e Protecção da Floresta: considerações assumidamente vagas”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, nº 9, 2006, p. 141-167; “Direito Administrativo do Ambiente”, coord. PAULO OTERO e PEDRO GONÇALVES, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2009, p. 159-279; “O Ambiente como Objecto e os Objectos do Direito do Ambiente”, *RJUA*, nº 11/12, junho/dezembro, 1999, p. 43-68; no caso de J. E. FIGUEIREDO DIAS vide: “A estabilidade jurídica da autorização administrativa no direito do ambiente alemão, in *Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, *Studia Iuridica*, nº 95, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 751-781; “A Licença Ambiental no Novo Regime Jurídico do PCIP, *CEDOUA*, nº 7, Coimbra, 2001 p. 65-82; “Aspectos contenciosos da efectivação da responsabilidade ambiental – A questão da legitimidade em especial”, *BFDUC*, vol. 85, 2009, p. 531-564; “O diferimento tácito da DIA – mais um repto à alteração do regime vigente”, *Revista CEDOUA*, nº 8, ano IV, 2001, p. 67-77; «Que Estratégia para o Direito Ambiental Norte-Americano do Século XXI: o “cacete” ou a “cenoura”?», *BFDUC*, Vol. LXXVII, 2001, p. 291-375; *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, *Cadernos do CEDOUA*, 2ª ed.; Almedina, Coimbra, 2007; *Tutela Ambiental e*

submissão - quase total - dos direitos à livre iniciativa privada e à propriedade privada ao direito do ambiente. Sobretudo a primeira autora, defende de forma assumidamente polémica que a autorização ambiental é a concretização de um direito subjetivo público, perante o qual estão enfraquecidos os direitos constitucionalmente previstos à livre iniciativa económica privada e à propriedade privada.

A tensão entre os direitos fundamentais em presença, no plano constitucional, é uma consequência da emergência do direito do ambiente e da sua elevação à categoria de direito fundamental, com a revisão constitucional de 1982, onde inclusivamente passou a constar do elenco das tarefas fundamentais do Estado previstas no artigo 9.º da CRP.²³⁶ A partir da última década do século passado, em Portugal, assistimos à emergência do direito do ambiente, não só enquanto objeto de ciência jurídica,²³⁷ inclusivamente com a sua integração nos planos de cursos de algumas faculdades de direito, com o inevitável reflexo na doutrina e jurisprudência. Porém, trata-se de matéria que exorbita do propósito deste estudo, identificados que estão os direitos fundamentais (de natureza análoga) conflituantes, e das conceções sobre a resolução desses mesmo conflito, com reflexo direto nas doutrinas sobre a autorização administrativa ambiental.

Também no plano infra-constitucional a autorização ambiental, assumiu-se como o instrumento privilegiado para fazer a síntese e a harmonização dos interesses e direitos em conflito. Razão pela qual houve que proceder à desconstrução da doutrina tradicional das autorizações administrativas, e àquilo a que os jusambientalistas designam por “reinvenção”, no caso de J. E. FIGUEIREDO DIAS,²³⁸ ou “refundação”, na formulação de CARLA AMADO GOMES,²³⁹ do conceito de autorização administrativa, em particular da dita *autorização ambiental*. Sintetizando a nova conceção da autorização administrativa, o primeiro dos citados autores refere que a nova conceção de acto autorizativo ambiental,

Contencioso Administrativo, Da legitimidade processual e das suas consequências, Studia Iuridica, n.º 29, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

²³⁶ O que segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit. p. 845, constitui um originalidade no direito constitucional comparado, tendo a CRP de 1976 sido pioneira nesta matéria. No mesmo sentido CARLA AMADO GOMES, ob. cit. p. 13.

²³⁷ De que é exemplo a vasta literatura jurídica na doutrina lusa, pelo que, para além da aqui referida ao longo deste estudo, remete-se para a enunciação feita por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit. p. 788, a propósito da anotação ao artigo 66.º da CRP.

²³⁸ Ob. cit. todo o capítulo III se debruça sobre a autorização ambiental reinventada.

²³⁹ Ob. cit. p. 529.

passa pela “resistência” da autorização ambiental como instrumento decisivo de prevenção da danos ecológicos e ambientais no século XXI, resistência que no entanto postula a sua “reinvenção”, ou seja, para J.E. FIGUEIREDO DIAS²⁴⁰ não há uma nova autorização ambiental, mas uma sua nova concepção, a diferentes níveis, salientando-se em especial a sua *precarização*: um dos pontos centrais da sua reinvenção é o que passa para um novo regime da modificação, atualização e até revogação da autorização, que o autor defende ser específico do campo ambiental. Isto é, que por oposição às autorizações administrativas gerais, no campo das autorizações ambientais, estas estão abertas a um leque mais vasto de poderes administrativos que podem e devem ser exercidos quando esteja em causa a adaptação desse ato à resposta da própria realidade ambiental às atividades levadas a cabo sob a sua égide, às flutuações de interesse público relacionadas com a atividade autorizada ou até a exigências mais rigorosas e mais estritas em virtude de uma nova “filosofia” de proteção e de defesa do meio. Concluindo o autor que “o acto autorizativo ambiental deve ser hoje sobretudo concebido como um *instrumento flexível de orientação e controlo* das atividades humanas susceptíveis de produzirem impactes ambientais.”

Ora, no que releva para a patrimonialidade do ato administrativo, e não sendo, nesta sede, de somenos importância, retomemos a *precarização* da autorização administrativa ambiental. Não sem que antes tenhamos algumas breves considerações, sobre a síntese precedente da “autorização administrativa reinventada”.

Em primeiro lugar, numa posição que assumimos ser polémica, parece-nos que a “reinvenção” da autorização administrativa ambiental, mais não é do que uma tentativa de legitimar o sacrifício desproporcional de direitos constitucionalmente consagrados em prol de outro - o direito ao ambiente. Desde logo, e em jeito de declaração de interesses, cumpre-nos esclarecer que somos igualmente adeptos da defesa intransigente do ambiente, e de que se deve garantir por todos os meios – no que ao direito toca – para assegurar o cumprimento efetivo do disposto no artigo 66.º da CRP. E do mesmo passo, louvamos a posição cívica e o trabalho hercúleo despendido nas teses dos autores supra citados. Contudo, como jurista, não podemos aceitar que no plano do conflito de direitos fundamentais (ou de natureza análoga), se possa sobrepor um desses direitos de uma forma “acentuada” sobre os outros, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º N.º 2 da CRP, em todas as

²⁴⁰ Ob. cit. p. 980-981.

suas dimensões²⁴¹. Atentemos no que diz CARLA AMADO GOMES²⁴² sobre a precarização das autorizações administrativas ambientais: “A estabilidade do acto autorizativo, em campos de autuação fortemente dominados pela técnica, é relativa. A contínua revisão a que estão sujeitos os métodos de aproveitamento de recursos introduz um elemento de incerteza que faz da tutela do ambiente uma área *movediça*. O dinamismo da protecção do ambiente é inversamente proporcional à densidade da protecção da confiança do titular da autorização. Todavia, ser-lhe-á mais favorável a emissão de um acto, se bem que precário e criador de deveres, que lhe permita desenvolver uma qualquer actividade económica (ou outra) sob vigilância administrativa – ainda que, no limite, sujeito à sua revogação por confirmação ou superveniência de factores de risco intolerável -, do que ver-se negado tal possibilidade, em nome da necessidade de obtenção de uma certeza total sobre a inocuidade da atividade”.

Senão vejamos, antes da entrada em vigor da al. c) do n.º 2 do artigo 167.º do CPA, de facto as possibilidades de modificação, conformação e revogação dos atos administrativos autorizativos, em virtude de motivos técnicos ou de alteração do “estado da arte”, ou ainda da confirmação ou superveniência de riscos eram típicas das autorizações ambientais. Ora, desde logo custa-nos a reconhecer ao direito do ambiente um domínio fortemente dominado pela técnica, ou pelo menos o exclusivo dos domínios fortemente dominados pela técnica, identificado desde logo, nas áreas da saúde e defesa de consumidor, outros domínios fortemente dominados pela técnica e com necessidade de prevenção de riscos, sendo que no que a este último aspeto tange, também o urbanismo e ordenamento do território visam acautelar riscos de vária ordem, sem que assistamos a uma “reinvenção” teoria dos atos administrativos autorizativos nestas áreas, por forma a que os mesmos se tornem precários²⁴³. Não podemos perder de vista que o contraponto dessa precarização é o princípio

²⁴¹ Sobre o conteúdo material do princípio da proporcionalidade vide GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, ob. cit. p. 392.

²⁴² Ob. cit. p. 583.

²⁴³ No que ao urbanismo e ordenamento do território, em sentido contrário vide Ac. TC 639/99, relatora Cons. Maria Helena Brito, que defende que: O direito de propriedade não é um direito absoluto nem ilimitado; o seu exercício tem de se coordenar com outros imperativos constitucionais, como os que decorrem, no que aqui interessa considerar, das normas que asseguram a protecção do ambiente e do ordenamento do território.

Não pode sequer no caso dos autos invocar-se um direito a edificar no solo a que se refere a proibição contida na lei. Na verdade, não chegou a ser aprovada qualquer licença de loteamento, de urbanização ou de construção que pudesse fundamentar um eventual direito da recorrente suscetível de ser ponderado em conjunto com o interesse público referido.

Aliás, o Tribunal Constitucional decidiu recentemente que, mesmo a ablação do direito a licença de loteamento já concedida, que venha a tornar-se incompatível com um plano regional de ordenamento do território - e a

da certeza e segurança jurídica, segundo o qual a autorização deverá ser estável. Não se percebendo por isso porque é que, em matéria de direito do ambiente, existe, por um lado uma forte preocupação na sustentação doutrinária da especificidade da autorização administrativa, justamente assente na sua precarização, não acontecendo, até à publicação do novo CPA (cfr. artigo 167. N. 2 al. c), com nenhuma outra área do direito administrativo. A isto acresce que na doutrina estrangeira, sobre as autorizações administrativas, mesmo nos cultores das concepções e autorizações administrativas constitutivas ou das autorizações precárias, essas teorias são formuladas em abstrato e tendo em conta as características do ato administrativo autorizativo de *per se*, ou seja, não são concepções destinadas a legitimar uma área particular do direito ou a legitimar um regime excecional de sacrifício de um direito em prol do outro.

4.2. A patrimonialidade dos atos administrativos em matéria regulatória

A opção pela abordagem da patrimonialidade dos atos administrativos em matéria regulatória esteve inicialmente excluída do nosso estudo. A densidade do direito da regulação²⁴⁴, ao que se alia uma forma de atuação administrativa muito própria, caracterizada pela elevada discricionariedade, colocou-nos, numa primeira fase, a regulação, fora do radar da patrimonialidade do ato administrativo. Razão pela qual, a nossa abordagem será necessariamente profícua, permitindo apenas chamar à atenção de alguns aspetos em que a atuação regulatória seria geradora de uma vantagem para o beneficiário.

Começaríamos por distinguir a patrimonialidade dos atos administrativos regulatórios, dos efeitos económicos da regulação. Ou seja, a nossa abordagem à patrimonialidade dos atos administrativos regulatórios manter-se-á fiel à análise dos atos geradores de uma vantagem, assente na matriz da *transmissibilidade* e da *escassez* como fundamentos do valor económico do ato. O direito regulatório, materialmente definido como *a função administrativa tendo por objeto a ordem pública económica visando estabelecer um equilíbrio entre a busca da*

consequente afetação das expectativas do seu titular -, pode ser considerada constitucionalmente admissível, porque justificada pelo interesse público de um correto ordenamento do território (Acórdão n.º 329/99, Diário da República, 2.ª série, n.º 167, de 20 de Julho de 1999, pp. 10 576 e segs.).

²⁴⁴ Para uma teoria do direito da regulação vide: ROMAIN RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation - Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Editions L'Harmattan, Paris, 2012. Entre nós PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 49-89.

eficácia económica e prossecução de políticas públicas,²⁴⁵ pauta-se por uma forma de atuação muito abrangente, de onde se destacam as competências regulamentar, sancionatória e mais recentemente de resolução de conflitos. Contudo, no domínio dos atos administrativos, a regulação foge aos cânones tradicionais do direito administrativo²⁴⁶, acentuando-se a elevada discricionariedade dos atos. Tome-se por exemplo os poderes da Autoridade da Concorrência (AdC) em matéria de concentração de empresas: sendo o ato final um ato autorizativo, o requerente-notificante, em diálogo com o regulador, tem a possibilidade de assumir compromissos que permitam assegurar a concorrência efetiva, designadamente através dos conhecidos “remédios”. Daqui decorrem duas consequências dignas de relevo: uma primeira prende-se com o facto dessa decisão ser amplamente discricionária, ou seja, a AdC, goza de amplos poderes, para a conformação do modo de execução dessa concentração²⁴⁷. Em segundo lugar, as consequências económicas dessa decisão poderão ser, e na generalidade dos casos assim o são, de elevado valor económico²⁴⁸. Ou, no campo da regulação dita vertical, ou sectorial, se atentarmos nos poderes de fixação do tarifário ou das compensações por *deficit* de tarifário, cuja influência na exploração dos operadores é de elevado valor económico. Dai que referimos que os efeitos patrimoniais dos atos regulatórios são distintos da patrimonialidade dos atos administrativos regulatórios.

Excluído que está o estudo da atuação administrativa regulamentar²⁴⁹ do presente trabalho, mais uma vez a análise da patrimonialidade dos atos administrativos, vai-se centrar na figura das autorizações administrativas, para daqui retirarmos duas notas:

²⁴⁵ ROMAIN RAMBAUD, ob. cit. p. 476 – tradução nossa. Note-se que esta é noção material, e não a noção final dada pelo autor, contendo o elemento orgânico e que por ora não releva, contudo para a noção final vide p. 749.

²⁴⁶ Aliás neste sentido PEDRO GONÇALVES, ob. cit. p. 95, refere que a regulação administrativa associa-se a um sistema de *influenciação*, de *orientação* e de *controlo* de processos e de comportamentos ou condutas. Sendo que a entidades reguladoras atuarão, na vertente positiva através de *comandos*, *diretrizes* ou *recomendações*, e na vertente negativa em *proibições*, *limitações* ou *advertências*.

²⁴⁷ Se bem que não possamos, em bom rigor, falar de “conformação”, na medida em que não é AdC que impõe ou conforme o modo da concentração, é o notificante que assume esses compromissos, que podem ou não ser aceites pelo regulador. Na prática sabemos que se trata de um “diálogo”, aliás como refere PEDRO GONÇALVES, a regulação também se caracteriza por ser feita com a participação dos agentes de mercado e em diálogo.

²⁴⁸ Muitas das vezes os “remédios” que permitem viabilizar a operação de concentração passam pela alienação de estabelecimentos ou até de parte do negócio, com o inegável valor económico que isso comporta.

²⁴⁹ Porque admitimos que algum valor venal poderá vir, ainda que indiretamente, dos regulamentos, como por exemplo nos casos em que a limitação das autorizações se opera por regulamento, ai se fixando o número, como é o caso das Farmácias de Oficina.

Uma primeira, prende-se com a questão anteriormente levantada da patrimonialidade da autorização da operação de concentração de empresas, para indagarmos se a mesma se enquadra naquele que tem sido o objeto do presente estudo. Nos termos do disposto no artigo 50.º da Lei da Concorrência - Lei n.º 19/2012, de 08 de maio - sempre que da operação de concentração de empresas resultar o perigo da mesma beliscar a concorrência, os proponentes dessa concentração, no caso o adquirente, têm a obrigação de notificação da AdC para controlo prévio dessa operação. Ora, a decisão que daí advier será uma autorização administrativa com um valor económico, nos termos em temos vindo a defender em sede da patrimonialidade do ato administrativo? Entendemos que sim, nos termos que passamos a explicar. Em primeiro lugar não nos restam dúvidas que estamos perante um ato administrativo autorizativo, visando a produção de efeitos num caso concreto, da mesma forma em que estamos perante uma pretensão de acesso a uma atividade, sujeita a controlo prévio do Estado, justamente por razões de interesse público²⁵⁰. Pelo que, não temos dúvidas que estamos perante um ato autorizativo, ainda que gozando de grande discricionariedade, atenta a dificuldade no preenchimento dos conceitos do n.º 1 do artigo 41.º da Lei da Concorrência.

Maiores dúvidas surgem quanto ao preenchimento do pressuposto da posição de vantagem, criada por essa autorização. Isto é, sendo inequívoco que o acesso a um bem ou atividade, ainda que livre, é gerador de uma vantagem, coloca-se a dúvida se de uma operação de concentração resulta uma vantagem face aos demais e se essa vantagem advém do ato autorizativo da AdC. Parece-nos que a resposta a ambas as questões terá de ser afirmativa. No que toca à primeira questão a operação de concentração visará em primeira linha o aumento da quota de mercado ou a criação de sinergias e redução de custos, pelo que será sempre geradora de uma vantagem patrimonial para o proponente. Também parece inequívoco que será o controlo *à priori*, efetuado pela entidade reguladora que permite tal operação, de onde decorre que a vantagem patrimonial, desde logo colocando-se em vantagem em relação à concorrência,²⁵¹ decorre do ato autorizativo.

²⁵⁰ Metaforicamente poderíamos sempre dizer que neste caso não estaríamos perante uma mera administração-policia, mas ante as *forças especiais* de policia.

²⁵¹ Ao ponto de ser necessário verificar se essa mesma concorrência não sai beliscada.

Uma segunda nota, prende-se com a regulação setorial ou vertical. Com a emergência do direito da regulação, pululam as entidades reguladoras, nos mais diversos sectores,²⁵² da mesma forma que se multiplicam as suas competências, incluindo as de emissão de autorizações administrativas. A miríade de entidade reguladoras e das suas competências em matéria de emissão de licenças, impede-nos de uma análise das autorizações administrativas no quadro regulatório, sendo certo que, há exemplos ilustrativos das várias questões aqui abordadas, ou seja, do momento de intervenção da entidade reguladora (*a priori* ou *a posteriori*),²⁵³ do carácter discricionário ou vinculado dessas autorizações²⁵⁴, ou do seu regime livre ou condicionado. E é justamente essa a nota que destacamos no âmbito da patrimonialidade do ato administrativo, em matéria de autorizações no domínio do direito regulatório a possibilidade das entidades reguladoras definirem a limitação de autorizações. Isto é, nos casos em que a lei confere às entidades reguladoras a possibilidade de, excepcionalmente, e por razões de interesse público, limitarem o acesso a determinadas atividades.²⁵⁵

Ainda que não estejamos, nesta sede perante atos administrativos concretos, à semelhança do que vimos supra para os regulamentos, certo é que ao conferir-se às entidades reguladoras, ou melhor, a determinadas entidades reguladoras, o poder definir se limitam o acesso a uma atividade, o fundamento, em que medida (número de autorizações contigeadas) e a definição das regras do procedimento concorrencial, estamos a conferir às entidades reguladoras, ainda que reflexamente um amplo poder de determinação do valor patrimonial dessa autorização²⁵⁶.

²⁵² Sobre a evolução do direito de regulação e o seu domínio tradicional nas chamadas “economias de rede”, vide ROMAIN RAMBAUD, ob. cit. p. 66 e 103-109.

²⁵³ De que acabamos de dar o exemplo da AdC em sede das operações de concentração de empresa, nos termos do artigo 19.º da Lei da Concorrência.

²⁵⁴ De que seria exemplo da primeira novamente a decisão sobre a operação de concentração a proferir nos termos dos arts. 50.º ou 53.º por preenchimento dos requisitos do art.º 41º da Lei da Concorrência. Por oposição ao regime de acesso à atividade de produtor independente de eletricidade em regime especial, mas por exemplo já gozará de maior discricionariedade – pelo menos técnica – a entidade gestora da rede, no que toca à interligação desse produtor à rede.

²⁵⁵ Como é o caso já aqui referido dos direitos de utilização de espectro radioelétrico.

²⁵⁶ Será substancialmente distinto o valor da autorização para a emissão de televisão em regime contingentado, consoante o número de licenças a atribuir.

4.3. As quotas de produção de leite

O regime de imposição suplementar incidente sobre as quantidades de leite de vaca ou equivalente a leite de vaca entregues a um comprador ou vendidas diretamente para consumo - quotas leiteiras - previsto no Regulamento (CEE) n.º 3950/92, do Conselho, de 28 de Dezembro, e no Regulamento (CE) n.º 1392/2001, da Comissão, de 9 de Julho foi sendo sucessivamente prorrogado, tendo a última das prorrogações ocorrido pelo Regulamento (CE) n.º 1234/2007, do Conselho, de 22 de outubro que prorrogou até 31 de março de 2015, data em que foi abolido. Entre nós este regime foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 240/2002, de 5 de novembro, revogado pelo Decreto-Lei n.º 189/2015 de 8 de setembro, que pôs termo ao regime de quotas.

Perguntar-se-á então o porquê de, num capítulo destinado à análise da patrimonialidade do ato administrativo em regimes específicos, se proceder ao estudo de um regime recentemente revogado. A razão de o ser prende-se com o facto das quotas de produção de leite, terem um elevado interesse para o tema em análise, a vários níveis. Desde logo, pelo facto da jurisprudência do TJUE, sobre as autorizações limitadas, considerar como insuficientes para justificar a contingentação, razões de ordem puramente económica, designadamente de disciplina e regulação do mercado,²⁵⁷ sendo que, no caso das quotas de produção da leite, as mesmas tiveram origem no direito europeu derivado, mais concretamente nos supra citados Regulamentos Comunitários, sendo assumidamente, um instrumento de regulação do mercado, face aos excedentes de produção leiteira no então espaço comunitário²⁵⁸.

Por outro lado, também tem sido muito discutida a natureza jurídica das quotas de produção de leite, no quadro das autorizações administrativas. Na verdade as quotas de produção de leite, mais não são do que uma proibição de produção, levantada pela autorização, na quantidade fixada na Quota de Referências (QR), como refere PEDRO GONÇALVES,²⁵⁹”do ponto de vista jurídico, o sistema de quotas de produção pressupõe a estatuição de um prévia proibição de produzir, sob reserva de atribuição de quota; ou seja está aqui presente um sistema de proibição sob reserva de autorização (de produção).” O

²⁵⁷ Neste sentido PEDRO GONÇALVES, ob. cit. p. 197.

²⁵⁸ Neste sentido MARGHERITA COLANGELO, ob. cit. p. 105.

²⁵⁹ Ob. cit. p. 218.

autor defende que a decisão de atribuição de quota corresponde a uma autorização administrativa e que a quota corresponde a um direito do respetivo titular.

A questão da natureza jurídica das quotas de produção leiteira, já há muito que é discutida no quadro das autorizações administrativas, desde logo na doutrina gaulesa, onde ALAIN BERNARD²⁶⁰ questionava se as quotas seriam verdadeiras autorizações administrativas, atento o mercado gerado em torno da sua comercialização, questão igualmente afluída por GOURDOU²⁶¹, HÉLIN²⁶² e LORVELLEC.²⁶³ A questão levantada por estes autores não incide sobre a natureza das quotas enquanto ato administrativo autorizativo, questão que parece pressuposta com a decisão de atribuição da quota, mas sobretudo da natureza da quota em si, do seu valor venal – que todos são unânimes em reconhecer que no Oeste de França atingiu valores muito elevados - e do modo como é comercializada, se a mesma é um bem móvel, imóvel ou um valor imobiliário. Do mesmo passo discute-se se a mesma pode ser objeto de uma transmissão livre, e sendo livre se pode ser autónoma ou será necessariamente acessória²⁶⁴. Mais recentemente MARGHERITA COLANGELO,²⁶⁵ também discute a natureza jurídica das quotas de produção de leiteira, colocando a questão entre estas configurarem um bem autónomo “asset”, na terminologia da autora, ou se seriam verdadeiras autorizações administrativas do ponto de vista do direito administrativo, por removerem a proibição de produzir. A autora atribui a primeira a uma visão privatística do direito, enquanto que a segunda - autorização – seria do foro do direito público, o que esta critica por considerar que não existe uma verdadeira proibição de produção na UE. Acaba por considerar que não estamos perante um bem apropriável, porquanto o titular não tem o direito à utilização estática da mesma, mas antes um dever de gestão, até porque a sua não utilização poderá levar à inatividade, pelo que considera estarmos perante um *instrumento de*

²⁶⁰ "Les quotas laitiers, meubles ou immeubles, in Revue do Droit Rural, nº 150, Février, 1987.

²⁶¹ "Droit à Produire et Problématique Générale de la Cessibilité des Autorisations Administratives", in Revue de Droit Rural, nº 270, 1999.

²⁶² Les Quotas Laitiers, De L'Autorisation Administrative au Droit de Patrimoine. Thèse soutenue devant l'Institut Universitaire Européen, 1992

²⁶³ "Quotas Laitiers et Exploitation Agricole" in Ecrits de Droit Rural et Agroalimentaire, Dalloz, 2002.

²⁶⁴ Sobre a questão da transmissibilidade remetemos para o ponto 3.2.2. e 3.2.3.2.

²⁶⁵ Ob. cit. p. 117-118.

*gestão das explorações,*²⁶⁶ e não um bem transacionável, ainda que a autora não ignore essas transações e até o mercado a que deu aso.²⁶⁷

Igualmente interessante é o mecanismo de transmissão das QR que vigorou em Portugal pelo Decreto-Lei nº 240/2002, de 5 de novembro, mais concretamente o previsto nos artigos 10.º e 11.º daquele artigo, fazendo pressupor o interesse e relevância das transmissões, contudo a mesma já foi objeto de análise nos pontos 3.2. e 3.2.3.2. para os quais remetemos.

Concluimos que, a quota de produção de leite é uma autorização administrativa, que remove uma proibição relativa, enquanto decisão, contudo, à semelhança do que veremos infra (ponto 4.4) quanto às licenças de emissão de gases com efeito estufa, questão diversa é a QR, na medida em que, esta até poderá ser transacionada só parcialmente, ou seja, em montante inferior ao da decisão, ou até em montante superior ao inicialmente concedido, se o tiver sido comprada mais quota (QR) através de negócio jurídico, pelo que estaremos aqui perante um “título”, que sendo transacionável, nos termos em que vimos para as demais autorizações²⁶⁸, e que, pela sua transmissibilidade (elevada – cfr. supra ponto 3.2.) e pela sua escassez (igualmente elevada) atinge uma elevada patrimonialidade, de reso como deu conta a doutrina francesa para a realidade gaulesa²⁶⁹.

4.4. As licenças de emissão de gases com efeito de estufa

As licenças de emissão de gases com efeito estufa são um dos exemplos magnos da comercialização de autorizações, quer pela administração, quer no comércio entre particulares, aliás a criação de um mercado de licenças de emissão de gases com efeito de

²⁶⁶ Concluindo, in, ob. cit. p. 121 : *Thus quotas have the role of output instruments in a firm's organization*

²⁶⁷ Chamamos ainda à atenção para a jurisprudência do TJ sobre esta questão, ambos citado por COLANGELO, Gerard Mulligan and Others v Minister for Agriculture and Food, Ireland et Attorney General, C-313/99, ECR (2002) e Case C-5/88, Wachauf v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, ECR (1989): 2609, ambos, sobretudo pelas posições assumidas pelos advogados gerais no sentido de que as quotas são bens autónomos suscetíveis de apropriação e transação no mercado.

²⁶⁸ Note-se que a transmissão da QR é feita é impresso próprio junto da administração, nem tão pouco é por contrato ou outro documento particular (cfr. nº 8 do artigo 10.º do Decreto Lei nº 240/2002, de 8 de setembro).

²⁶⁹ Também entre nós, e por ser uma realidade que conhecemos de perto, na Região Autónoma dos Açores, onde o sector pecuário de produção leiteira é um dos principais setores de atividade do arquipélago, enquanto vigoravam as quotas de produção de leiteira, as QR eram bens de elevada escassez, sobretudo tendo em conta a escassez da terra e a relação daquelas com esta, fazendo com que as transmissões acessórias, conferissem elevado valor a essas quotas. Para atestar da importância das quotas para o sector pecuário de produção leiteira, e na ótica da proteção deste, a Resolução da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores dnº 18/2015/A, publicada no DR., 1ª série, nº 100 de 25 de maio, tomando posição política sobre o regime do fim das quotas leiteiras e o seu impacto na Região.

estufa é um dos desígnios do direito europeu que regula esta matéria, designadamente a Diretiva 2013/87/CE²⁷⁰, do Parlamento e do Conselho, de 13 de outubro (doravante Diretiva 2013/87/CE)²⁷¹. A discussão em torno destas “licenças”, centra-se justamente na sua natureza jurídica, sobretudo quanto aos “direitos” que são transacionados no mercado europeu.

As licenças de emissão de gases de efeito de estufa, resultaram do protocolo de Quioto, de dezembro de 1997, através do qual os Estados signatários se comprometeram a adotar medidas para a redução da emissão de (seis) gases com efeito de estufa. Na UE, tais medidas foram adotadas pela Diretiva 2013/87/CE, com a criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa²⁷², que foi transposto para a ordem jurídica nacional pelo Decreto-Lei nº 38/2013, de 15 de março.

Segundo MARGHERITA COLANGELO,²⁷³ a comercialização dos direitos de emissão de gases com efeito estufa processa-se em vários passos: em teoria, o primeiro passo consiste na definição do nível máximo de poluição aceitável numa determinada área estabelecendo esse limite máximo; depois esse montante máximo de emissão de gases com efeito de estufa é dividido em quotas transferíveis; o limite máximo determina a escassez dos direitos de emissão e como tal o seu preço²⁷⁴; subsequentemente essas quotas devem ser alocadas aos possíveis participantes quer gratuitamente, quer por leilão; a atribuição de um número limitado de licenças de emissão cria um mercado: uma vez que a quantidade total de licenças é inferior ao nível atual de emissões, é criado um nível artificial de escassez e permite

²⁷⁰ Alterada pela Diretiva 2009/29/CE.

²⁷¹ Sobre o mercado europeu de licenças de emissão de gases com efeito de estufa vide: SANZ RUBIALES, - (coord), *El Mercado de Derechos a Contaminar – Régimen Jurídico-Público del Mercado Comunitario de Derechos de Emisión en España*, Lex Nova, Valladolid, 2007 e (director) *El mercado europeo de derechos de emisión. Balance de su aplicación desde una perspectiva jurídico-pública (2008-2012)*, Lex Nova, Valladolid 2010 e *Property rights (law and regulation of secondary trading in the European Union)*, Leiden, Nijhoff Publishers, 2012, p. 130-157e HERVÉ de GAUDEMAR, "Les quotas d'émission de gaz à effet de serre" in *Revue Française de Droit Administratif*, nº 1, Janvier-Février 2009, p. 26-28.

²⁷² A que COLANGELO se refere como European Union Exchange Trade Sistem (EU ETS), ou o “système communautaire d'échange de quotas d'émission, de que fala GAUDEMAR, ou na sugestiva formulação de SANZ RUBIALES, “Mercado de Derechos a Contaminar”, e que a legislação nacional adotou a designação de comércio de licenças de gases com efeito de estufa – CELE.

²⁷³ Ob. cit. p. 127.

²⁷⁴ Mais uma prova de patrimonialidade dos atos administrativos, desta feita com a variação em função da escassez, como sustentamos.

adquirir um valor positivo, o que por sua vez determina o preço de mercado - outra marca indelével da *patrimonialidade*.

Entre nós o Decreto-Lei nº 38/2013, de 15 de março, seguiu, em parte, essa organização da comercialização dos direitos de emissão de gases com efeito de estufa. A lei prevê a elaboração de um “plano nacional de atribuição de licenças de emissão”, embora nada referindo quanto ao seu conteúdo, interpretado de acordo com a Diretiva 2003/87/CE, deverá fixar o montante máximo de poluição por gases com efeito de estufa para determinada área e a fixação do número de licenças de emissão, de onde, em função da escassez, deverá resultar o preço destas, pelo menos no mercado primário. De igual modo a lei distingue dois momentos, um primeiro da atribuição ao operador de um título de emissão de gases com efeito de estufa - TEEGE – a atribuir pela APA nos termos do disposto no artigo 6.º do citado diploma. Contudo, este título apenas atesta que as instalações estão capazes e que o produtor tem as condições para monitorizar as emissões, devendo o título conter as condições previstas no artigo 7.º Acontece que, sendo o TEEGE, *conditio sine quo non*, só com a sua titularidade o operador não pode exercer a atividade, sendo necessário que detenha licenças de emissão de gases com efeito de estufa (cfr. art.º 10.º, Decreto- Lei nº 38/2013, de 15 de março) as quais por sua vez contêm a quantidade de gases que o operador poderá emitir. Temos pois uma estrutura *dual* do regime das licenças de emissão de gases com efeito de estufa, com um primeira elemento de decisão administrativa, e um segundo elemento de atribuição de “direitos” a essa mesma emissão, direitos esses quantificados e por isso mesmo contingentados²⁷⁵.

O regime de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, atenta a sua novidade enquanto meio de proteção do ambiente, e afastamento dos meios normais da atuação administrativa, tem suscitado na doutrina várias dúvidas, como refere GAUDEMAR,²⁷⁶ “face à sua originalidade, o funcionamento do mercado comunitário de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, encaixa mal no modelo clássico das autorizações administrativas”. Uma vez mais, tais dúvidas colocam-se ao nível da natureza jurídica, sobretudo tendo em conta a sua estrutura *dual*, o próprio funcionamento do mercado de licenças de emissão, questionando-se sobre a natureza desses direitos transacionados no

²⁷⁵ Com particular exaustão sobre o regime nacional: TIAGO ANTUNES, *O Comércio de Emissões Poluentes à Luz da Constituição da República Portuguesa*, AAFDL, Lisboa, 2006.

²⁷⁶ Ob. cit. p. 27, tradução nossa.

mercado, ao que veio acrescer o facto de nem sempre a transposição da Diretiva 2003/87/CE, ter ocorrido da melhor forma.

A questão que se coloca é que, para que possa haver o direito a emitir gases com efeito de estufa, é necessário por um lado, que o operador seja licenciado para o exercício dessa atividade sendo portador de um TEGEE, sendo esta condição essencial ao exercício da atividade poluente. Contudo, as emissões propriamente ditas só podem ocorrer depois de adquiridas licenças de emissão de gases com efeito estufa, quer tal ocorra no mercado primário,²⁷⁷ quer no mercado secundário. A discussão é transversal a várias doutrinas europeias havendo quem defenda que no que toca ao primeiro elemento, autorização de emissão (entre nós TEGEE) estamos perante uma verdadeira autorização administrativa. Isto é, o TEGEE é o ato autorizativo através do qual é removida a proibição de “poluir”, reconduzindo-se à figura da proibição sob reserva de autorização, de resto à semelhança das quotas de produção leiteira²⁷⁸, e que se traduz na autorização de emitir²⁷⁹.

Mais complexa é a discussão em torno das “licenças de emissão”, na terminologia da lei portuguesa²⁸⁰. Neste caso não estamos perante uma autorização propriamente dita, mas de um “direito”, que vai ser transacionado de modo autónomo,²⁸¹ com um valor venal próprio e que gerará no seu titular uma situação de vantagem. A questão, já de si complexa, no quadro das autorizações administrativas, agudizou-se no caso francês, quando o legislador, através da *ordination* 2004-330, de 15 de abril, transpôs para o Código do Ambiente gaulês, a Diretiva 2003/87/CE, consagrando expressamente que as “quotas d’émission de gaz à effet

²⁷⁷ Graciosa ou onerosamente, conforme os artigos 12.º e 17.º do Decreto Lei nº 38/2013, de 15 de março.

²⁷⁸ Neste sentido HERVÉ de GAUDEMAR, "Les quotas d'émission de gaz à effet de serre" in *Revue Française de Droit Administratif*, nº 1, Janvier-Février 2009, p. 25, o autor chama à atenção que se não fosse a designação e corpo da Lei francesa 2004-330, de 15 de abril, à primeira vista estaríamos perante um sistema de quotas, à semelhança das quotas de produção de leite ou das quotas piscatórias.

²⁷⁹ Neste sentido HERVÉ de GAUDEMAR, ob. cit. p. 27, sem prejuízo das suas reservas quanto à segunda parte; MOLINER-DUBOST, "Le système français d'échange de quota d'émission de gaz à effet de serre", *AJDA*, 2004, p. 1132; SANZ RUBIALES, - (coord), *El Mercado de Derechos a Contaminar – Régimen Jurídico-Público del Mercado Comunitario de Derechos de Emisión en España*, Lex Nova, Valladolid, 2007, embora nem sempre concordante com o carácter da autorização administrativa; MARGHERITA COLANGELO, ob. cit. p. 168, também com a advertência que apenas reconhece a primeira parte – a autorização administrativa quanto ao direito a emitir, considerando que a questão da transmissibilidade de direitos não está resolvida, e entre nós, PEDRO GONÇALVES, ob. cit. p. 215.

²⁸⁰ "Emission allowances" na designação de COLANGELO, ou "quotas d'émission de gaz à effet de serre" na designação da legislação e doutrinas francesas, "Emissionszertifikaten", na legislação e doutrina alemãs e ou ainda "derechos a contaminar", - na sugestiva designação de SANZ RUBIALES.

²⁸¹ O que não exclui a sua transmissão acessória, no âmbito de um negócio jurídico de transmissão da atividade ou da empresa que a exerce.

de serre”, eram considerados *bens móveis*, lançando a confusão entre a doutrina.²⁸² Note-se que entre nós o legislador também atribui às licenças de emissão, um carácter semelhante, ainda que não reduzido a letra de lei, todo o tratamento dado ao registo e forma de transação das licenças aponta para uma figura muito próxima, senão mesmo um valor mobiliário. Aliás é disso exemplo que, em sede de audição, foi ouvida (para além dos órgãos de governo próprios das Regiões Autónomas) a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. Na doutrina francesa, em especial MOLINER-DUBOST e HERVÉ de GAUDEMAR, rejeitam a qualificação das “quotas” como um bem móvel, tal como foi definido na lei, sendo que este último, face à solução positivada no Código do Ambiente francês, acaba por admitir que uma autorização pode vir a ser um bem (móvel) por determinação da lei. Por seu turno MARGHERITA COLANGELO,²⁸³ embora concluindo pelo facto desta ser uma questão não resolvida, alude a um relatório da AEA que identifica as licenças de emissão de gases com efeito de estufa como *commodities* : “De acordo com o relatório técnico 2008 apresentado pela Agência Europeia do Ambiente (AEA), em muitos Estados- Membros (Áustria, República Checa, Finlândia, França, Alemanha, Itália, Polónia, Portugal e Espanha), as licenças são tratadas como mercadorias com a finalidade de regulação financeira, o termo “commodities”, ou seja bens comercializáveis sem diferenciação qualitativa através de um determinado mercado”. Aderimos à tese de PEDRO GONÇALVES, que configurando as licenças como uma *representação de um direito*, o que constituiria, nos termos de lei, “um bem móvel, ou valor mobiliário ou um título apto a circular no comércio jurídico”,²⁸⁴ aproximando-se assim da posição de GAUDEMAR, porém o autor destaca que não nos podemos olvidar que na origem deste mercado encontram-se *decisões administrativas* que conferem direitos, neste caso à emissão de gases.²⁸⁵

Temos pois que, as licenças de emissão de gases com efeito de estufa, de entre os regimes assinalados, comportam uma elevada complexidade jurídica, atento o seu pioneirismo, mas que, independentemente da discussão em torno da sua natureza jurídica, indiscutível são as suas premissas no quadro das características da patrimonialidade dos atos administrativos: elevada *escassez e transmissibilidade*.

²⁸² Neste sentido HERVÉ de GAUDEMAR, ob. cit. p. 27-29, sem prejuízo das suas reservas quanto à segunda parte; MOLINER-DUBOST, “Le système français d’échange de quota d’émission de gaz à effet de serre”, AJDA, 2004, p. 1132.

²⁸³ Ob. cit. p. 168 - tradução nossa.

²⁸⁴ Ob. cit. p. 216.

²⁸⁵ TIAGO ANTUNES, in ob. cit. rejeita que as autorizações confirmam um direito a poluir.

CONCLUSÕES

Em face do exposto no presente estudo, podemos formular as seguintes conclusões:

A doutrina tradicional concebia o ato administrativo como um ato pessoal, precário e intransmissível, o que impedia a sua transmissibilidade e como tal a sua patrimonialidade. Tal doutrina, concebia o ato na perspetiva da relação bipolar entre a administração - dotada do *ius imperium* – e o particular, ignorando os efeitos que este produzia fora da relação de poder.

Os atos administrativos, ou os direitos por ele criados, consoante a conceção, são suscetíveis de apropriação, o que, por sua vez, é condição para a sua transmissibilidade.

A patrimonialidade do ato administrativo traduz-se numa posição de vantagem para o beneficiário desse ato face aos demais, o que se traduz num valor económico para este – valor venal – sobretudo no que toca a acessos a bens do domínio público ou a atividades.

A patrimonialidade do ato administrativo tem como fundamento jurídico a *transmissibilidade* e a *escassez*, sendo que o seu valor económico varia na proporção direta com a primeira e na proporção inversa com a segunda.

Influenciarão ainda o valor económico do ato, a sua precariedade, sendo que quanto mais estável for o ato, maior será o seu valor, bem como o grau de vinculação da administração. Num ato vinculado a precariedade será necessariamente menor, logo o seu valor económico será maior.

A patrimonialidade do ato administrativo, enquanto a vantagem que deste advém para o seu beneficiário, quer seja na vertente positiva de permitir o acesso a um bem ou ao exercício de uma atividade, quer seja na vertente negativa de remover proibições, terá o seu campo de eleição nas *autorizações administrativas*.

Embora rejeitemos a dicotomia absoluta entre autorizações declarativas vs. Constitutivas, inclinamo-nos para a doutrina tradicional que concebe o ato autorizativo como a sendo removedor de uma proibição relativa. Isto é, o direito pré-existe na esfera do particular,

contudo o seu exercício depende do controlo prévio da administração com vista à sua conciliação com o interesse público. Isto é, o direito não é criado pela autorização, não é esta que é constitutiva do direito, apenas permite o seu exercício, sendo por isso declarativa.

Ao serem suscetíveis de apropriação, e sempre que a lei não restrinja essa transmissão, as autorizações administrativas, são transmissíveis, ou comercializáveis, quer autonomamente, nos casos em que o negócio jurídico visa exclusivamente a transmissão dessas autorizações; quer acessoriamente, nos casos em que o negócio jurídico visa a transmissão de uma universalidade de direitos, e em que a autorização administrativa figura entre essa universalidade de bens transmitidos. Em ambos os casos, a intervenção da administração pode ser *a priori*, atuando preventivamente em relação ao negócio ou pode ser *a posteriori* numa atuação de controlo.

Conclui-se ainda que as autorizações podem ser comercializadas pela própria administração, o que acontece sobretudo no caso das autorizações limitadas ou contingentadas. Trata-se de um fenómeno novo, de “mercantilização” da atividade administrativa e complexo face às formas de atuação tradicional da administração. Desde logo, nalguns casos (como as quotas de produção de leite e o mercado de licenças de emissão de gases com efeito de estufa) potencia-se um mercado de duplo sentido – vertical - na relação entre a administração e o particular (mercado primário) e um mercado horizontal entre os particulares (mercado secundário).

Rejeita-se o conceito da refundação da autorização administrativa ambiental como forma de legitimar a precarização deste ato, numa tentativa de sacrifício dos direitos fundamentais à livre iniciativa privada e à propriedade privada em prol do direito ao ambiente. Não se discute, nem se descarta a importância deste último, todavia, não aceitamos que se parte da fragilização dos direitos supra citados, impõe-se uma concordância prática e o respeito pela dimensão material do princípio da proporcionalidade, como forma de resolução do conflito de direitos em presença.

Sendo o direito da regulação uma forma de ordem económica que procura o equilíbrio entre os interesses económicos e a prossecução de políticas públicas, nunca se arrogou na sua hegemonia sobre os demais direitos fundamentais em conflito, por sinal os mesmos (direito à

livre iniciativa económica e ao direito de propriedade), apesar da forma de atuação pouco convencional, face ao direito administrativo geral, das entidades reguladoras.

Nas autorizações administrativas limitadas ou contingentadas a patrimonialidade do ato administrativo reflete-se sobremaneira, pelo que tais autorizações poderão atingir valores muito elevados, como o caso das extintas quotas de produção de leite ou as licenças de emissão de gases com efeito de estufa, cuja criação de um mercado deste tipo de atos, foi a intenção do legislador comunitário como forma de proteção do ambiente e cumprimento das metas do protocolo de Quioto. Em ambos os casos, estamos perante proibições (de produzir ou de poluir) sob reserva de autorização. Ou seja, atividades (relativamente) proibidas, que se tornam possíveis pelas autorizações, neste caso limitadas, atendendo à sua finalidade.

Uma última conclusão para a ausência de tratamento dogmático desta temática da patrimonialidade do ato administrativo na doutrina lusa, o que não será alheio à falta de jurisprudência dos tribunais nacionais sobre o tema, sendo que a existente só reflexamente permitiu o seu tratamento.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO, Ana Isabel da Costa, *Os Contratos de Instalação de Lojistas em Centros Comerciais – Qualificação e Regime Jurídico*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003.

ALMEIDA, Mário Aroso,

- Anulação de Atos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes, Almedina, Coimbra, 2002.

- "Considerações em Torno do Conceito de Ato Administrativo Impugnável" in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento, Coimbra, 2007.

AMARAL, Diogo Freitas,

- Direito Administrativo, lições policopiadas, Vol. II, III e IV, 1989.

- Curso de Direito Administrativo II, 2ª Edição, Coimbra, 2011.

- A Utilização do Domínio Público pelos Particulares, Coimbra Editora, Lisboa, 1965.

- "Breves notas sobre o Projeto de Revisão do Código do Procedimento

Paulo Linhares Dias
Administrativo", Direito e & Política, nº 4, julho-outubro 2013

AMARAL, Diogo Freitas e **TORGAL**, Lino, Estudos sobre Concessões e Outros Atos da Administração, Almedina, Coimbra, 2002.

AMARAL, Diogo Freitas do;
CAUPERS, João; **CLARO**, João Martins; **RAPOSO**, João; **SILVA**, Vasco Pereira da; **VIEIRA**, Pedro Siza, Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra, 1992.

ANDRADE, José Carlos Vieira de,

- «Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de “ato administrativo” no nosso tempo» in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra, 2001.

- O Dever de Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos, Almedina, Coimbra, 1991.

- "A Aceitação do Ato Administrativo" in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume Comemorativo, 2003.

- *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2001

- "Revogação do Ato Administrativo" in *Direito e Justiça*, 1992.

- *Lições de Direito Administrativo*, 2ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

ANDRADE, José Carlos Robin de, "O regime da revogação e da anulação administrativa no projeto do novo Código do Procedimento Administrativo, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, CEJUR, nº 100, julho-agosto de 2013.

ANTUNES, Luis Filipe Colaço,

- *O Direito Administrativo sem Estado - Crise ou Fim de um Paradigma?*, Coimbra, 2008.

- "O Direito ao Ambiente como Direito da Complexidade", in *Revista Jurídica do Ambiente e Urbanismo*, nº 10, 1998.

ANTUNES, Tiago, *O Comércio de Emissões Poluentes à Luz da Constituição da República Portuguesa*, AAFDL, Lisboa, 2006.

BAUDEL, Emmanuel, *La Patrimonialité de(s) Autorisation(s) Administrative(s)*, ANRT, Lille, 1999.

BERNARD, Alain,

- *L'Autorisation Administrative e le Contrat de Droit Privé*, Paris II, 1985.

- " L'Autorisation Administrative e le Contrat de Droit Privé" in *RDT*, 1987.

- "Les quotas laitiers, meubles ou immeubles, in *Revue do Droit Rural*, nº 150, Février, 1987.

BRENET, François, "La Patrimonialisation des Autorisations Administratives. Réalités e Implications" in *RFDA*, nº 8, 2007.

CAETANO, Marcello,

- *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, 10ª Edição, Almedina.

- *Tratado Elementar de Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1944.

CAMPOS, Diogo Duarte, " A Escolha do Parceiro Privado nas Parecerias Público-Privadas. A Adjudicação in house em Particular", *Colecção PLMJ*, n.º 1, Coimbra Editora, Coimbra 2010.

CALDEIRA, Marco, «A figura da “Anulação Administrativa” no Novo Código do Procedimento Administrativo de 2015” in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAVV coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, AAFDL, Lisboa 2015

CANOTILHO, José Joaquim Gomes,

- "O Direito ao Ambiente como Direito Subjectivo" in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2007.

- "Relações Jurídicas Poligonais, Ponderação Ecológica de Bens e Controlo Judicial Preventivo", in *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, nº 1, 1994.

- "Atos Autorizativos Jurídico-Públicos e Responsabilidade por Danos Ambientais" in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1993.

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, 2004.

CANOTILHO, Gomes e **MOREIRA**, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. Revista, Coimbra Editora.

CARVALHO, Orlando de,

- *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, edições Centelha, Coimbra.

- *Direito das coisas (Do direito das coisas em geral)*. Coimbra: Centelha, 1977

- *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012 (reedição das lições de 1976)

- *Direito das Empresas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

CARVALHO, Rui, *Licença Ambiental como Procedimento Autorizativo*, Universidade Católica, Porto, 2003.

CAUPERS, João,

- *Introdução ao Direito Administrativo*, Âncora, 10ª Edição.

- “O Regime da revogação no CPA: uma revisão conveniente” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, CEJUR, n.º 82, 2010.

COLANGELO, Margherita, *Property rights (law and regulation of secondary trading in the European Union)*, Leiden, Nijhoff Publishers, 2012.

COLLET, Martin, "Les aspects comptables et fiscaux de la patrimonialité des actes administratifs" in *Revue Française de Droit Administratif*, nº 1, Janeiro-Fevereiro 2009.

COSTA, António Augusto, A erosão do princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa, CEDIPRE *online*, nº 12, http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public_12.pdf.

CORMIER, Maxence, "La patrimonialité des actes administratifs", *Revue Française de Droit Administratif*, nº 1, Janeiro-Fevereiro 2009.

CORREIA, Fernando Alves,

- *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1989.

- *Manual de Direito do Urbanismo*, 3ª edição, Coimbra, 2006.

CORREIA, José Manuel Sérvulo,

- *Direito do Contencioso Administrativo I*, Lisboa, 2005, Lex.

- "Ato Administrativo e Âmbito da Jurisdição Administrativa" in *Estudos em*

Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra 2001.

DIAS, José Eduardo de Figueiredo,

- A estabilidade jurídica da autorização administrativa no direito do ambiente alemão, in *Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, *Studia Iuridica*, nº 95, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

- "A Licença Ambiental no Novo Regime Jurídico do PCIP, CEDOUA, nº 7, Coimbra, 2001.

- *A Reinvenção da Autorização Administrativa no Direito do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente, Cadernos do CEDOUA, 2ª ed.; Almedina, Coimbra, 2007

DROMI, R. *El Derecho Publico en la Hipermodernidad*, Madrid, 2005.

DUARTE, Tiago, Miguel **NEIVA de OLIVEIRA**, "A Revogação e a anulação numa primeira impressão" in *Direito e Política*, nº 4, julho-outubro 2013.

ESTEVE PARDO, José (coord. COSCULLUELA MONTANER) "El

mercado de títulos administrativos, Asignación objetiva, reasignación transparente”, in *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Prof. Dr. S. Martín-Retorquillo Baquer*, Civitas, Madrid, 2003

FALLA, Garrido,

- “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, *RAP*, ano X, 1959, nº 28

- *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 13ª edic., Tecnos, Madrid, 2002.

FERRÉ-ANDRÉ, Silvie, "De la patrimonialisation à la commercialisation des clientèles civiles et des professions libérales" in *RTD*, Julho/Setembro, 1995.

FORTI, Ugo, *Diritto Amministrativo – Parte Generale*, Vol. II, 3ª ed., Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1937.

FRACCHIA, Fabrizio, *Autorizzazione Amministrativa e Situazioni Giuridiche Soggettive*, Casa Editrice Jovene, Napoli, 1996.

FRANCHINI, *Le Autorizzazioni Amministrative Constitutive di Rapporti*

Paulo Linhares Dias
Giuridici fra l'Amministrazione e i Privati, Giuffrè, Milano, 1957.

GALVÃO, Filipa Urbano, *Os Atos Precários e os Atos Provisórios no Direito Português*, Porto, 1998.

GARCIA DIAS, “A Autorização Administrativa”, in *BMJ*, nº 425, 1995, p. 5 e segs.

GARCIA, José Pascual, *Las Subvenciones Públicas- Legislacion comentada, formulários y procedimientos*, 1ª edición, Boletim Oficial Del Estado.

GÁRCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Crisis del Contencioso Administrativo Frances: El fim de un paradigma" in *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, 2ª Edição, Civitas, Madrid, 1992.

GÁRCIA DE ENTERRÍA e FERNANDEZ RODRIGUEZ,

-*Curso de Derecho Administrativo*, Vol II, 9ª Edição, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

- *Curso de Derecho Administrativo*, Vol I, 12ª Edição, Thomson-Civitas, Madrid, 2004

GAUDEMAR, Hervé, "Les quotas d'émission de gaz à effet de serre" in

Revue Française de Droit Administratif,
nº 1, Janvier-Février 2009.

GIANINNI, Severo Máximo, "Atto Amministrativo" in *Enciclopedia del Dirrito*, Vol. IV, Giuffrè, Varese, 1959.

GOMES, Carla Amado,

- *A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente, em Especial os Atos Autorizativos Ambientais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

- «Algumas alterações e inovações “científicas” no Novo Código do Procedimento Administrativo», in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAVV coord de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, AAFDL, Lisboa 2015

- «A “revogação” de acto administrativo: uma noção pequena», in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAVV coord de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, AAFDL, Lisboa 2015.

- *Direito Administrativo do Ambiente*”, coord. PAULO OTERO e PEDRO GONÇALVES, *Tratado de Direito*

Administrativo Especial, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2009

- “O licenciamento ambiental – Panorâmica geral e detecção de alguns nódulos problemáticos decorrentes da articulação necessária com outros procedimentos autorizativos”, in *Textos dispersos do direito do ambiente e matérias relacionadas*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 2008.

- “O procedimento de licenciamento ambiental revisitado”, *o Direito*, ano 140, nº 5, 2008.

- *Risco e Modificação do Ato Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

GONÇALVES, Pedro,

- “Revogação (de actos administrativos)”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996.

- *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999.

- *O Contrato Administrativo - Uma Instituição do Direito Administrativo do nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2003.

- *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2013.

- **GONÇALVES**, Pedro/ **LOPES** Licinio
La ejecución y la transposición de la «directiva de servicios» – el caso portugués”, *Revista de Estudios Locales (Aranzadi)*, n.º 122, 2009, 52-61

GOURDOU, "Droit à Produire et Problématique Générale de la Cessibilité des Autorisations Administratives", in *Revue de Droit Rural*, n° 270, 1999.

GOUEIA, Jorge Bacelar, “Regulação e limites dos Direitos Fundamentais”, *DJAP*, 2º suplemento, Lisboa, 2001.

HÉLIN, *Les Quotas Laitiers, De L'Autorisation Administrative au Droit de Patrimoine*. Thèse soutenue devant l'Institute Universitaire Européen, 1992.

HOSTIOU, René, "la patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme" in *Revue Française de Droit Administratif*, n° 1, Janvier-Février 2009.

JEGOUZO, "Les Autorisations Administratives vont-elles Devenir de Biens Meubles?" in *AJDA*, 2004.

LANGLADE, "La Fiscalité de Droits de Produire" in *Revue de Droit Rural*, 1994.

LAULHÉ, Henri,

- "La Venalité des Actes Administratifs" in *AJDA*, 1961.

- "Le Voitures de Laxe dénommées taxis" in *AJDA*, 1960.

LEMOYNE des FORGES, Jean-Michel, "La patrimonialité des actes administratifs en matière de santé" in *Revue Française de Droit Administratif*, n° 1, Janvier-Février 2009.

LORVELLEC, "QuotEs Laitiers et Exploitation Agricole" in *Ecrits de Droit Rural et Agroalimentaire*, Dalloz, 2002.

MAÇÃS, Fernanda, "A concessão do serviço público e o Código dos Contratos Públicos" in *Estudos de Contratação Pública I*, Coimbra Editora, 2008.

MATOS, André Salgado, “O projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: uma revolução legislativa anunciada e as consequências”, in *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo – Colóquio*, AAVV., coord. RUI CHANCERELE DE MACHETE, LUIS SOUSA FÁBRICA e ANDRÉ SALGADO MATOS.

MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1959.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

MOINE, Isabelle, **ISABELE MOINE**, *Les choses hors commerce*, Bibliothèque de Droit Privé, LJDJ, 1997.

MOLINER-DUBOST,

- "Requiem pour le principe d'incessibilité des autorisations administratives", *AJDA*, 2004.

- "Le Système Français d'Echange de Quotas de Emission de Gaz à Effet de Serre", *AJDA*, 2004.

MONCADA, Luis Cabral de, *A Relação Jurídica Administrativa (para o novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos)*, Coimbra Editora, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Mário Esteves,

- "Direito de Propriedade e *Ius Edificandi* no Direito Português", in *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, nº 3, 1995.

OLIVEIRA, Mário Esteves, **GONÇALVES**, Pedro e **AMORIM**, João Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 2ª Edição, Coimbra, 1997.

ORTOLANI, G. "Autorizzazioni e approvazione" in *Scritti Giuridici in onere di Santi Romano*, Vol. II, CEDAM, Pádova, 1940

OTERO, Paulo,

- *O Poder de Substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional*, Lisboa, 1995.

- "Problemas Constitucionais do Novo Código do Procedimento Administrativo – uma introdução" in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAVV coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, AAFDL, Lisboa 2015

PAZ, José Carlos Laguna de, *La Autorización Administrativa*, Civitas, Madrid, 2006.

PAREJO, Alfonso, *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003.

PEREIRA, Ravi Afonso "o direito comunitário posto ao serviço do direito administrativo – uma leitura da jurisprudência do STA sobre reposição de ajudas comunitárias" in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXI, Coimbra 2005, p. 673 a 725.

POMPEU, Cid Tomanik, *Autorização Administrativa*, 3ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

RANELLETTI, Oreste,

- "Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: concetto e natura delle autorizzazione amministrative" *Giurisprudenza italiana*, XLVI, 1984

- "Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II: capacità e volontà nelle autorizzazione amministrative" *Riv. It. Scienze giur.*, XVII, 1984

-“Teoria generale delle autorizzazione amministrative“, Parte III: Facoltà create dalle autorizzazione e concessione amministrative, Riv it scienze giur., XIX, 1895, XX, 1895, XXI, 1896, XXII

- *Teoria degli Atti Amministrative Speciali*, 7ª ed. Riveduta e integrata, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1945.

RAPONE, Denis, "La patrimonialité des actes administratifs en matière de communications électroniques" in *Revue Française de Droit Administratif*, nº 1, Janvier-Février 2009.

RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, 13ª edition, Dalloz, Paris, 1990.

ROMANO, Santi, *Corso di Diritto Amministrativo. Principi Generali*, 3ª Ed., Cedam, Padova, 1937 (policoop.)

SANDULI, Aldo, “Abilitazioni – Autorizzazioni – Licenze”, in AAVV, in Studi in Onore di Francesco Messineo per il suo XXXV Anno D’insegnamento, Vol. 3, Dott. A Giuffrè Editore, Milano 1959.

SANZ RUBIALES, Íñigo

- (coord), *El Mercado de Derechos a Contaminar – Régimen Jurídico-Público del Mercado Comunitario de Derechos de Emisión en España*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

- (director) *El mercado europeo de derechos de emisión. Balance de su aplicación desde una perspectiva jurídico-pública* (2008-2012), Lex Nova, Valladolid 2010.

SILVA, Vasco Pereira

- *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1996.

- *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise - Ensaio Sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 2ª Edição, Coimbra, 2009.

SOARES, Rogério Ehrardt,

- *Direito Administrativo*, Lições Policopiadas, Coimbra, 1958.

- "O Ato Administrativo" in *Scientia Juridica*, Tomo XXXIX, ns. 223/228, 1990.

- *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1995.

- “Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LVII, 1981.

- “Administração Pública e Controlo Judicial”, *Revista da Legislação e Jurisprudência*, ano 127., nº 3845, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

SOLEIHAC, Thibault, "Vers une Commercialité des autorisations administratives", in *AJDA*, 2007.

SOUSA, Marcelo Rebelo de,

- *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, lições policopiadas, Lisboa, 1999.

- "Regime Jurídico do Ato Administrativo", *Legislação*, INA, nº 9/10, 1994.

- "O Ato Administrativo no Ensino do Professor Marcello Caetano" in *Administração Pública e Direito*

Administrativo em Portugal, Associação Académica na Faculdade de Direito de Lisboa, 1992.

THULLIER, Béatrice, L'Autorization, Étude de Droit Privé, LGDJ, Janeiro, 1996.

VARELA, João de Matos Antunes,

Centros Comerciais (shopping centers) – Natureza Jurídica dos Contratos de Instalação dos Lojistas, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

“Os Centros Comerciais (shopping centers)”, *BFD, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Antônio de Arruda Ferrer Correia*, Volume II, Coimbra, 1989.

VELOSO, José António, “Sobre a natureza não sancionatória da revogação da autorização das instituições de crédito e outras questões de fiscalização de atividades reservada: algumas notas de justificação de decisões legislativa”, *Direito e Justiça*, 2000.

VERA JURADO, D. J., *La disciplina ambiental das las atividades industriales*, Tecnos, Madrid, 1994

VIEIRA, Pedro Siza, "A concessão do serviço público e o Código dos Contratos Públicos" in *Estudos de Contratação Pública I*, Coimbra Editora, 2008.

VILLATA, Ricardo, *Autorizzazioni Amministrative e Iniziativa Economica Privata – Profili Generali*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974.

ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo. Principi Generali*, 3ª Ed., Cedam, Padova, 1937.

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Constitucional

Ac. TC 639/99, relatora Conselheira Maria Helena Brito, Proc.º 134/99, 1ª secção in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990639.html>

Supremo Tribunal Administrativo

Ac. STA de 09-04-2003, relator Conselheiro Victor Gomes, Procº 116/2003, in www.dgsi.pt

Ac. STA de 22-04-2004, relator Conselheiro João Cordeiro, Procº 647/03, in www.dgsi.pt

Ac. STA de 19-09-2006, relator Conselheiro João Blechior, Procº 2016/03, in www.dgsi.pt

Ac. STA 28-11-2007, relator Conselheiro Cândido de Pinho, in www.dgsi.pt

Ac. STA de 11-03-2015, relator conselheiro Delgado, Procº 1035/12, in www.dgsi.pt

Ac. STA de 31-03-2016, relator Conselheiro Oliveira Mendes, Procº 128/15.2YFLSB, in www.dsi.pt

Tribunal Administrativo Central do Sul

Ac. TCA-Sul de 13-01-2011, relator Desembargador Paulo Pereira Gouveia, Procº 865/05, in www.dgsi.pt

Tribunal de Justiça da União Europeia

Ac. TJUE C 6/68, Zuckerfabrik, 11 de julho de 1968 (col. 1968)

Ac. TJUE, Comissão vs Reino da Bélgica, 12 de Fevereiro de 1987, Rec. p. 675.

Ac. TJUE, Ministério Público vs André Gauchard, 8 de dezembro de 1987, Rec. p. 4879.

Ac. TJUE C-5/88, Wachauf v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, ECR (1989): 2609.

Ac. TJUE C 188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, 9 de março de 1994

Ac TJUE C-313/99 Gerard Mulligan and Others v Minister for Agriculture and Food, Ireland et Attorney General, , ECR

Ac. TJUE C-400/08, de 24 de março 2011, Comissão c. Espanha.

