

**“EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS DE AUTORIDADE
POR ENTIDADES PRIVADAS COM FUNÇÕES
ADMINISTRATIVAS” – ARGUIÇÃO DA DISSERTAÇÃO
DE DOUTORAMENTO DO MESTRE PEDRO GONÇALVES (*)**

PAULO OTERO (**)

I. INTRODUÇÃO

1.1. Preliminares

1.1.1. O Mestre Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves apresenta-se a provas públicas para a obtenção do grau de doutor em Direito, tendo apresentado uma dissertação, em 866 páginas, subordinada à epígrafe “*Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*”, sendo 810 páginas de texto e as restantes de bibliografia e índice.

1.1.2. A extensão do texto desta dissertação de doutoramento, por bem dizer-se, é directamente proporcional (i) ao elevado mérito do curriculum científico do seu Autor, (ii) ao interesse e actualidade do tema escolhido e, por último, (iii) à excepcional qualidade científica do conteúdo desta mesma dissertação.

Não sendo de esperar do seu Autor senão um trabalho de altíssima qualidade, o certo é que a dissertação agora em apreço comprova, sem qualquer margem para dúvidas, que o Mestre Pedro Gonçalves é já hoje um nome incontornável na Ciência do Direito Administrativo português.

1.1.3. A leitura da presente dissertação revela, neste sentido, (i) uma investigação meticulosa e quase exaustiva, problematizando todas as grandes questões

(*) Texto da arguição cujas provas de doutoramento se realizaram na Universidade de Coimbra, em 20 de Janeiro de 2005. Omitiram-se as palavras de saudação.

Os números de páginas citados referentes à dissertação dizem respeito ao texto policopiado entregue pelo candidato e distribuído aos membros do júri.

(**) Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.

científicas que o tema suscita, (ii) uma invulgar capacidade de construção dogmática, ordenando de forma clara e sistematizada ideias e conceitos, (iii) uma metodologia científica de permanente diálogo com a principal doutrina, jurisprudência e legislação nacionais e estrangeiras, (iv) assumindo sempre com coragem uma posição própria e fundada sobre os diferentes assuntos, (v) tudo isto numa constante preocupação de resolução dos problemas à luz do ordenamento jurídico português.

1.1.4. Em suma, e sem pretender antecipar o juízo final do presente júri, não posso deixar de sublinhar que a dissertação de doutoramento agora em análise prestigia o nome do seu Autor, honra a tradição científica da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e dignifica a ciência jurídica portuguesa.

Estamos perante um momento alto da ciência do Direito Administrativo.

1.2. Sentido global da dissertação

1.2.1. A leitura atenta da dissertação não deixa de revelar, no entanto, um curioso sentido global de verdadeiro menosprezo ou estrangulamento pelo Autor da operatividade da figura jurídica que escolheu estudar.

Com efeito, em vez de procurar mostrar a amplitude da relevância do exercício privado de poderes de autoridade, parece que o Mestre Pedro Gonçalves se lança numa cruzada de diminuição, marginalização e suspeição da figura escolhida. Isto mesmo é observável em quatro ilustrações exemplificativas:

- (i) Considera, por um lado, a delegação de poderes públicos em particulares um “*expediente excepcional*”, apenas aceitável em “*circunstâncias excepcionais*” (p. 733);
- (ii) Mais: partindo do entendimento de que os particulares que exercem funções públicas não deixam de agir segundo “*motivações privadas*” (p. 295), afirma que a delegação de poderes públicos em entidades privadas “*representa, em todos os casos, um perigo para os valores da imparcialidade, da neutralidade e da prossecução exclusiva do interesse público*” (p. 726);
- (iii) Chega mesmo ao ponto de falar, a propósito da legitimação pessoal, num “*carácter marcadamente anómalo e inconveniente do exercício de poderes públicos por particulares não legitimados pessoalmente*” (p. 744);
- (iv) Por último, o desprezo pela figura da delegação de poderes de autoridade em entidades privadas não poderia ser maior quando, a propósito do seu regime jurídico, lhe concede apenas sete páginas e meia, isto é, menos de 1% do trabalho é dedicado ao núcleo central do instrumento habilitador do exercício privado de poderes de autoridade.

1.2.2. Por tudo isto, quase se pode dizer que ao longo da dissertação o Sr. Candidato vai, por estrangulamento progressivo da operatividade da delegação de poderes de autoridade em entidades privadas, cometendo um homicídio silencioso da figura que escolheu para investigar, o que justifica que lhe pergunte: a presente dissertação de doutoramento é um contributo para o estudo do exercício de poderes de autoridade por entidades privadas ou, em boa verdade, um contributo para a erradicação da figura no Direito português?

1.3. Sequência

Apresentada na generalidade a minha posição sobre a presente dissertação, cumpre referir que a sequência imediata desta arguição vai centrar-se em três pontos:

- (i) Começaremos por identificar as principais omissões da dissertação;
- (ii) Segue-se a indicação de um conjunto de críticas na especialidade;
- (iii) Termina-se com a apresentação de um caso prático para testar a solidez do recorte conceitual do exercício privado de poderes de autoridade.

II. PRINCIPAIS OMISSÕES

2.1. Omissão do sector cooperativo

2.1.1. Uma primeira omissão da dissertação em apreço diz respeito à ausência de referências autónomas ao sector cooperativo no âmbito do exercício de poderes de autoridade.

2.1.2. É certo, refira-se, que o Mestre Pedro Gonçalves integra as cooperativas no âmbito das pessoas colectivas privadas (p. 314), reconhecendo, todavia, a existência de cooperativas sujeitas a uma influência pública dominante (p. 316), referindo ainda que a existência de escolas cooperativas não determina a existência de um regime tripartido em matéria de sistema de ensino (pp. 369-370).

2.1.3. Não se encontra na sua tese, no entanto, a resposta para duas questões centrais:

- 1.^a) Quando as cooperativas exercem poderes públicos ou tarefas públicas, ainda estamos diante de uma forma de privatização ou, pelo contrário, dever-se-á aqui falar, por força do artigo 82.º, n.º 4, da Constituição, em “cooperativização” de poderes públicos ou tarefas públicas?

- 2.^a) Uma vez que as cooperativas não têm fins lucrativos (¹), é ou não verdade que grande parte das preocupações que o Sr. Candidato refere quanto à delegação de poderes públicos de autoridade em entidades privadas (pp. 704 ss.), isto pela possível confusão entre interesses privados lucrativos e a prossecução do interesse público, deixam de ter sentido face à delegação de tais poderes em cooperativas?

2.2. Omissões quanto ao regime da delegação

2.2.1. É no tratamento dado ao regime jurídico da delegação de poderes públicos em entidades privadas (pp. 753 ss.) que se fazem sentir, no entanto, as principais e as mais graves omissões da dissertação em apreço: pouco mais de sete páginas de texto é muito pouco para, num trabalho com mais de oitocentas páginas, tratar aquele que é o instrumento jurídico central do exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas.

Não hesito em dizer que esperava mais (muito mais) deste aspecto da dissertação. Não escondo a minha desilusão.

2.2.2. Sem a preocupação de esgotar as omissões, limito-me a apresentar algumas questões que não encontram (e deviam encontrar) resposta na tese quanto ao regime da delegação:

- 1.^a) Defende o Mestre Pedro Gonçalves que a entidade pública delegante não pode avocar os poderes delegados na entidade privada (p. 759), afirmando mesmo que se o fizer, isto é, se exercer esses poderes, os respectivos órgãos “*serão até incompetentes*”. Não esclareceu, todavia, de que vício padecem tais actos praticados pelo delegante sobre as competências que foram delegadas: será que estaremos perante actos feridos de incompetência relativa ou de incompetência absoluta? Mais: se admite que o delegante “*dispõe sempre do poder de livre revogação da delegação*” (p. 759), não será contraditório admitir o mais, sem permitir o menos, isto é, o exercício pontual dos poderes delegados, por exemplo, em cenários de inércia indevida da entidade privada?
- 2.^a) De que vício padece a actuação das entidades particulares destinatárias de uma delegação de poderes públicos se sobrepõem o “*querer privado*” ao “*dever ser público*” (p. 781), produzindo uma actuação pública subordinada a “*motivações impróprias*” decorrentes da sua natureza privada (p. 781)?

(¹) Cfr. Código Cooperativo, artigo 2.º, n.º 1.

- 3.^a) Admite o Sr. Candidato que, apesar de ser em princípio proibida a subdelegação de poderes, desde que exista autorização legal para o efeito, a figura será admissível (p. 760). Nada diz, no entanto, sobre esta figura, isto quando existia muito para dizer. Vejamos dois exemplos:
- (i) Existindo subdelegação, será que a entidade privada subdelegante pode exercer sobre o subdelegado os mesmos poderes que sobre si exerce a entidade pública delegante? Nesse caso, qual será a fonte de tais poderes do subdelegante?
 - (ii) Durante o período da subdelegação, será que a entidade privada subdelegante se encontra impedida de exercer os poderes subdelegados ou, pelo contrário, haverá uma aqui uma “*dupla competência*”?
- 4.^a) Defende o Mestre Pedro Gonçalves que os poderes de fiscalização do delegante se limitam à legalidade da actuação da entidade privada (p. 759), excluindo, deste modo, qualquer apreciação fundada no mérito da actuação da entidade privada no exercício desses poderes. Isto acaba por significar, porém, que através da delegação a entidade pública delegante acabou por perder ou renunciar ao exercício de uma competência revogatória que antes tinha sobre os seus próprios actos com fundamento numa reapreciação da sua conveniência ou oportunidade. Afinal, conclua-se, o acto de delegação não se limita a transferir o exercício de uma competência (se é que faz isso), ele acaba por envolver também, neste domínio, uma extinção (temporária) de uma competência da entidade delegante — será verdade ou admissível um tal entendimento?
- 5.^a) Ainda quanto à natureza do acto de delegação de poderes, defendendo o Sr. Candidato que “*a delegação de poderes públicos representa, em muitos casos (...), um benefício objectivo para o delegatário (...)*” (p. 726), pergunto: em que medida, nestas hipóteses, a delegação é fonte de um verdadeiro direito subjectivo para o respectivo destinatário e, neste sentido, se pode dizer que a competência delegada passa a ser um direito cuja revogação do acto de delegação gera o dever de indemnizar a entidade privada delegada?

III. CRÍTICAS NA ESPECIALIDADE

3.1. Generalidades

3.1.1. Não são apenas as referidas omissões que merecem a nossa crítica.

A leitura da dissertação revela na sua extensão todo um conjunto de múltiplas divergências e de reparos cujo elenco ou desenvolvimento justificativo se

tornam impossíveis. Limitar-nos-emos, por isso mesmo, a indicar oito de tais divergências:

- (i) A integração da Administração indirecta no âmbito da desconcentração (p. 255) e não, tal como me parece dever ser, no contexto da descentralização;
- (ii) O conceito de pessoa colectiva pública adiantado (p. 198) que tem a particularidade de excluir o Estado do seu âmbito;
- (iii) O entendimento de que as pessoas colectivas públicas têm uma capacidade jurídica privada “total ou geral” (p. 189), o que a ordem jurídica nem sequer reconhece às pessoas colectivas privadas;
- (iv) Apesar de afirmar que a dualidade entre Direito Público e Direito Privado não está em causa (pp. 167, 200 e 208), ao aceitar a figura do Direito Privado Administrativo (pp. 207, 216 ss., 761 e 783), dizendo que se trata de “*uma área de intersecção do Direito Administrativo com o Direito Privado*” (p. 207), sofrendo o Direito Privado o “*impacto da sobreposição dos princípios de direito público*” (p. 783), não haverá aqui uma contradição? Não será que o Direito Privado Administrativo representa a falência da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado?
- (v) Considerar que as normas técnicas, ao invés das normas jurídicas, “*desconhecem (...) eficácia imperativa, revelam-se de utilização facultativa*” (p. 530), significa esquecer a existência de normas jurídicas supletivas ou, em alternativa, transforma todas estas em normas técnicas;
- (vi) A defesa pelo Sr. Candidato da tese da legitimação democrática dos poderes públicos de autoridade fundamenta-se num cenário em que a Administração Pública age apenas sobre a colectividade que a legitimou (p. 453), esquece, no entanto, que a Administração pode também agir sobre quem nunca a legitimou, tal como sucede, por exemplo, com os estrangeiros, com os alunos candidatos ao ingresso no 1.º ano de uma universidade pública face às normas universitárias reguladoras desse ingresso ou diante dos candidatos à advocacia perante as normas da Ordem dos Advogados reguladoras do estágio. Perante estes exemplos, pergunto: onde residirá a legitimação democrática destes poderes de autoridade face a tais destinatários?
- (vii) Entendendo que os partidos políticos são associações de direito privado (pp. 408-409) e que não traduzem o exercício privado de funções públicas (p. 411), não pode deixar de se considerar muito estranho que o Mestre Pedro Gonçalves qualifique os acordos entre partidos (v. g., acordo de revisão constitucional) como “*acordos informais de Direito Público Constitucional*” (nota n.º 403). Ora, pergunto: como

será possível que, por via bilateral, duas ou mais entidades privadas, sem exercerem funções públicas, possam produzir actos de Direito Público?

- (viii) A configuração da detenção em flagrante delito como um direito, um direito privado que pertence a todos (pp. 574 e 719) e não como uma forma de exercício privado de uma função pública ⁽²⁾, além de deixar sem saber se a detenção de uma pessoa em flagrante delito traduz uma tarefa pública ou privada, mostra-se uma construção de muito duvidosa conformidade constitucional: como é que se pode configurar como sendo um direito de alguém o exercício da coacção física sobre a pessoa de um outro particular?

3.1.2. Não obstante todas estas críticas e sem prejuízo de outras que, por razões de tempo, não podem ser expostas, centraremos a análise subsequente em três críticas na especialidade:

- a) A insuficiência da investigação histórica;
- b) A deficiente configuração dos tribunais arbitrais;
- c) A insuficiente e deficiente qualificação dos actos a “descoberto” de delegação.

3.2. Insuficiente investigação histórica

3.2.1. Localiza o Sr. Candidato em Marcello Caetano e no seu *Tratado Elementar de Direito Administrativo*, de 1944, as primeiras referências doutrinárias, em Portugal, ao exercício de poderes de autoridade por entidades privadas (p. 60).

3.2.2. Não corresponder à verdade, no entanto, uma tal afirmação, isto por uma dupla ordem de razões:

- (i) Por um lado, não foi Marcello Caetano, mas sim Guimarães Pedrosa, quem, pela primeira vez, abordou o tema entre nós ⁽³⁾;
- (ii) Por outro lado, não foi no *Tratado*, mas sim na 1.ª edição do *Manual*, de 1937, que Marcello Caetano tratou, pela primeira vez, o tema ⁽⁴⁾, sem

⁽²⁾ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo: enquadramento dogmático-constitucional*, I, Lex, Lisboa, 1995, pp. 61-62.

⁽³⁾ Cfr. GUIMARÃES PEDROSA, *Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, I, 2.ª ed., Coimbra, 1908, p. 342.

⁽⁴⁾ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Lisboa, 1937, pp. 84 ss., 100-101, 286 ss.

prejuízo de já nas lições de *Direito Administrativo*, coligidas por alunos, em 1933/34, se referir ao assunto ⁽⁵⁾.

Deveria o Sr. Candidato ter revelado, por conseguinte, um maior cuidado na investigação histórica do contributo doutrinal português para o tema.

3.3. Deficiente configuração dos tribunais arbitrais

3.3.1. Se, em matéria de poderes de autoridade do empregador privado, o Mestre Pedro Gonçalves entende (e bem) que a vontade das partes expressa no contrato surge como mero pressuposto, pois a fonte de tais poderes de autoridade reside na lei (p. 453), o certo é que no domínio dos tribunais arbitrais defende que a lei não se assume como a fonte do poder dos árbitros (pp. 419, 421), uma vez que, tal como diz, “*são as partes do conflito que, por vontade mútua, entregam aos tribunais arbitrais o poder jurisdicional*” (p. 419).

Uma tal construção suscita-nos uma crítica no sentido de traduzir uma incoerente ponderação da autonomia da vontade face à lei nas duas situações referenciadas: como é possível defender que as regras de competência dos tribunais são disponíveis apenas pela “*vontade mútua das partes*” e não, tal como entendemos, pela conjugação dessa vontade com a lei?

3.3.2. Inexplicáveis mostram-se também, neste contexto, as afirmações de que “*a autoridade das decisões arbitrais (...) não deriva do Estado*” (p. 419), fazendo assentar a instituição dos tribunais arbitrais na autonomia privada e na liberdade contratual (p. 418), isto para concluir que “*a arbitragem representa o exercício de uma actividade de natureza jurisdicional que se processa no âmbito do direito privado*” (p. 421).

Será, pergunto, que o Sr. Candidato desconhece a existência de arbitragem no âmbito da justiça administrativa? Será que a arbitragem administrativa (pelo menos) se processa, tal como afirma, no âmbito do Direito Privado ou se fundamenta na autonomia privada e na liberdade contratual?

3.4. Insuficiente e deficiente qualificação dos actos a “descoberto” de delegação

3.4.1. O Mestre Pedro Gonçalves defende na sua dissertação que os actos praticados pela entidade privada a “descoberto” de delegação, isto é, fora dos

⁽⁵⁾ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Direito Administrativo*, (lições coligidas por António Gomes, Lopes de Sousa, Nunes Correia e Sanches de Baêna), Lisboa, 1933-34, pp. 139 ss.

poderes delegados, sem delegação ou em casos de nulidade da delegação, não se devem qualificar como actos públicos (regulamentos administrativos ou actos administrativos), antes se devem qualificar como actos de direito privado (p. 739, 765, 770 e 771).

Uma tal concepção, fundada no entendimento de que reside no acto de delegação a fonte exclusiva da capacidade de direito público e dos poderes das entidades privadas (p. 754), mostra-se, no entanto, insuficiente e deficiente, isto por três ordens de razões:

- 1.^a) Em primeiro lugar, a prática de actos de autoridade por entidades privadas a descoberto de delegação de poderes pode ter na sua origem três causas diferentes:
 - (i) Ser a expressão de um erro de direito do seu autor sobre a competência;
 - (ii) Ser o resultado de um processo intencional de usurpação de funções públicas;
 - (iii) Ou, por último, expressar o resultado final da declaração de inconstitucionalidade ou da ilegalidade da norma habilitadora da delegação ou da própria norma legal que procedia à delegação.

Sucede, porém, que nenhum destes cenários foi tido em conta pelo Sr. Candidato, limitando-se a fazer uma afirmação genérica que não teve em consideração a especialidade que cada uma destas situações pode encerrar;

- 2.^a) Em segundo lugar, uma vez que a discussão sobre a validade de tais actos, envolvendo a questão de saber se foram ou não praticados no âmbito de uma relação jurídico-administrativa, não pode deixar de estar confiada aos tribunais administrativos, o entendimento de que eles são actos de direito privado suscita uma inevitável questão a que o Sr. Candidato não respondeu: será que os tribunais administrativos podem conhecer da validade de tais actos de direito privado?
- 3.^a) Em terceiro lugar, não posso concordar com o pressuposto de partida de que o acto de delegação é a fonte exclusiva dos poderes de autoridade das entidades privadas: é que, note-se, se reside no acto de delegação (e não na lei) a fonte de tais poderes de autoridade da entidade privada, esse acto, apesar de ter fundamento na lei, será sempre inconstitucional por violar o artigo 112.º, n.º 5, da Constituição — a lei estará a atribuir a um acto da Administração o poder de, por via da delegação, modificar a lei que atribuiu esses mesmos poderes de autoridade a uma entidade pública...

IV. CASO PRÁTICO

4.1. A leitura da presente dissertação deixou-me uma dúvida angustiante sobre a natureza jurídica da minha participação no presente júri e, em geral, sobre a qualificação do estatuto dos professores de fora que são convidados para júris de provas ou concursos em universidades públicas.

4.2. Sobre a matéria pode dizer-se que existem três certezas:

- 1.^a) Os júris são órgãos *ad hoc* cujos actos são imputados à entidade pública universitária onde tais provas ou concursos se realizam;
- 2.^a) A actividade desenvolvida pelos júris integrados numa entidade pública assume natureza administrativa, pois, tal como o Sr. Candidato diz, “*as acções da Administração Pública são sempre, acções públicas*” (p. 345);
- 3.^a) Os professores de fora convidados a integrar os júris, podendo ser de outras universidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, estarem no activo, jubilados ou em licença, não têm qualquer vínculo jurídico à universidade cujo júri integram.

4.3. Pode colocar-se, por isso mesmo, o problema de saber qual a natureza da intervenção de tais professores e, muito em particular, da actividade de arguir, avaliar e classificar os candidatos ou concorrentes.

Será que estamos diante de uma situação de exercício de poderes públicos de autoridade por um particular, tanto mais que o convite a integrar o júri é pessoal e não dirigido à instituição a que está (ou esteve) ligado esse professor? Ou, pelo contrário, utilizando a terminologia do Candidato (pp. 322 ss.), estamos perante uma forma de participação orgânica de particulares na Administração Pública? Ou, por último, a hipótese prática em discussão não se reconduz a qualquer destas figuras?

Não escondo a minha curiosidade em ouvir o Mestre Pedro Gonçalves sobre a resolução que, dentro do contexto da presente dissertação, dá a este caso prático.

V. CONCLUSÃO

5.1. Mestre Pedro Gonçalves: é tempo de concluir.

Não obstante as críticas que acabo de lhe formular, as muitas horas que levaram a leitura e releitura da sua dissertação não foram tempo perdido: concordando ou mesmo discordando das posições que assume, encontrei excelentes momentos de reflexão e aprendi.

A ciência também é feita de momentos de prazer intelectual: a leitura da sua dissertação proporciona-os a qualquer juspublicista.

5.2. As críticas que dirigi ao longo desta arguição não abalam a minha certeza de que estamos perante uma investigação e uma dissertação de elevadíssimo nível científico, verdadeiro modelo de abordagem dogmática de um tema de Direito Administrativo e daquilo que deve ser o grau de exigência de um doutoramento em Direito Público.

5.3. Peço ao Sr. Candidato, por isso mesmo, o favor de, na fase de contraditório que se vai seguir, esclarecer as principais dúvidas que lhe coloquei e as objecções mais críticas que suscitei, permitindo prolongar o diálogo científico que, por certo, não terminará aqui.

A agradeço, por último, à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra o privilégio que me concederam de integrar o presente júri e a todos os Senhores Professores o de ser arguente desta dissertação: muito obrigado.