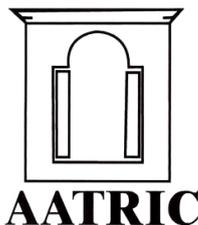


SEPARATA

RPDC N.º 3 (2023)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



A Representação Judiciária do Estado pelo Ministério Público – Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 857/2022

Luís Sousa da Fábrica

*Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito
l.fabrica@ucp.pt*

Resumo: O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 857/2022, objeto do presente comentário, insere-se numa corrente jurisprudencial recente que tem julgado inconstitucional o regime estabelecido para a representação judiciária do Estado pelo Ministério Público, na parte em que converte essa representação numa mera possibilidade, dependente de decisão discricionária do Governo. Tal solução legal, extraída da conjugação entre o disposto no n.º 1 do artigo 11.º e no n.º 4 do artigo 25.º do CPTA, na redação dada pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, foi considerada no acórdão comentado como desconforme ao disposto no n.º 1 do artigo 219.º da Constituição, por conduzir ao esvaziamento da competência do Ministério Público para assumir o patrocínio do Estado nos processos em que este seja parte. O juízo de inconstitucionalidade funda-se numa argumentação globalmente sólida, que justifica de modo convincente a ultrapassagem pela norma *sub judice* dos limites colocados pela Constituição à liberdade de conformação pelo legislador ordinário do âmbito e do regime da representação judiciária do Estado. As insuficiências da análise da evolução do contencioso administrativo e dos seus reflexos na estrutura dos processos, na legitimidade processual e na representação judiciária do Ministério Público constituem os aspetos menos positivos do acórdão, que justifica ainda algumas reservas quanto a pontos secundário da argumentação.

Abstract: The subject of this commentary is the Constitutional Court's ruling 857/2022, which is part of a recent trend of case law that has ruled unconstitutional the regime established for the judicial representation of the State by the Public Prosecution Service, insofar as it converts this representation into a mere possibility, dependent on the discretionary decision of the Government. This legal solution, drawn from the combination of the provisions of Article 11(1) and Article 25(4) of the CPTA, as amended by Law 118/2019 of 17 September, was considered in the ruling to be inconsistent with the provisions of Article 219(1) of the Constitution, as it led to the voiding of the competence of the Public Prosecution Service to represent the State in proceedings in which it is a party. The judgement of unconstitutionality is based on an overall solid argument, which convincingly sets out the reasons why the rule in question exceeds the limits placed by the Constitution on the ordinary legislator's freedom to shape the scope and regime of the State's legal representation. The shortcomings of the analysis of the evolution of administrative litigation and its impact on the structure of proceedings, procedural legitimacy and the legal representation of the Public Prosecution Service are the least positive aspects of the judgement, which also raises some reservations on certain secondary points of the reasoning.

Palavras-chave: Ministério Público; representação em juízo; patrocínio; parte; citação; inconstitucionalidade; contencioso administrativo.

Keywords: Public Prosecution Service; representation in court; advocacy; parties; summons; unconstitutionality; administrative judicial proceedings.

I. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 857/2022 (excertos)

«II – Fundamentação

(...)

6. (...) Constitui (...) objeto do presente recurso a norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 11.º, n.º 1, e 25.º, n.º 4, do Código de Processos nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, na redação dada pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, adiante designado «CPTA»), segundo a qual, nos tribunais administrativos, quando seja demandado o Estado ou na mesma ação sejam demandados diversos ministérios, a representação do Estado pelo Ministério Público é uma possibilidade, sendo a

citação dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado, que assegura a sua transmissão aos serviços competentes e coordena os termos da respetiva intervenção em juízo.

B. DO MÉRITO DO RECURSO

7. Os preceitos legais que integram o objeto do presente recurso, tal como alterados pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, são reconhecidamente relevantes para a definição da intervenção processual do Ministério Público em representação do Estado, quando este é a parte demandada numa ação administrativa.

Defende o recorrente que, «ao estabelecer a possibilidade de “transmitir a citação” em causa a ente que não está constitucionalmente habilitado a representar em juízo o Estado» e «ao transmutar em mera possibilidade o imperativo constitucional que reserva para o Ministério Público a atribuição da competência para representar em juízo o Estado, com ablação da competência de representação judiciária (passiva), que integra diretamente o “núcleo de sentido” da mesma», a solução legal impugnada contende com o n.º 1 do artigo 219.º da Constituição.

Em segundo lugar, alega que «o aludido complexo legal (...) ao atribuir ao CCJE [Centro de Competências Jurídicas do Estado], um serviço central da administração direta do Estado, o poder de emitir atos que determinarão livremente o sentido e alcance da “vontade da lei”, em matéria da escolha (o “se” da escolha do representante judiciário) do representante em juízo do Estado em cada concreta ação administrativa (responsabilidade ou contrato) em que este é demandado, institui a sua própria deslegalização, numa matéria que é objeto de reserva de lei, viola o preceituado nas disposições conjugadas dos artigos 112.º, n.º 5, 165.º, n.º 1, alínea p), e 219.º, n.º 1, da Constituição».

Por último, defende que, «ao atribuir ao CCJE, um serviço central da administração direta do Estado, o poder de “coordenar os termos da intervenção em juízo” (“o como” da intervenção em juízo) do Ministério Público, com detrimento da sua competência e autonomia, enquanto representante judiciário do Estado, viola o preceituado nas disposições conjugadas do artigo 219.º, n.º 1, 2 e 4, da Constituição».

A interessada Presidência do Conselho de Ministros expôs as diversas razões pelas quais entende que «improcede o entendimento de que o n.º 1 do artigo 219.º [da Constituição] não admitiria exceções a introduzir pelo legislador à representação dos interesses do Estado pelo Ministério Público e que não

haveria outras normas legais a admitir a representação do Estado por outras entidades» e defendeu que «a norma do novo n.º 1 do artigo 11.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos está muito longe de implicar um completo esvaziamento das competências constitucionais reconhecidas ao Ministério Público para assegurar a representação do Estado em Tribunal». Ao declarar que «nos tribunais administrativos é obrigatória a constituição de mandatário, o preceito admite que as entidades públicas, incluindo o Estado-administração, possam “fazer-se patrocinar em todos os processos por advogado, solicitador ou licenciado em direito ou em solicitadoria com funções de apoio jurídico”», que se trata «de uma faculdade e não de uma imposição (clarificada pelo uso da expressão “podendo”) e que será solucionada, a nível do Governo, caso a caso, em razão na natureza dos processos e das particularidades da defesa do interesse público, tal como esta é perspetivada pelos órgãos que o compõem». *Deste modo, entende a interessada que* «[a] intervenção do Ministério Público não é, de modo algum, arredada e continua como regra geral, como o demonstra a fórmula “sem prejuízo da possibilidade de representação do Estado pelo Ministério Público”», *ou seja,* «sempre que o Governo não incumba outrem do seu patrocínio judiciário, aplica-se a regra de que é representado pelo Ministério Público».

Considera ainda que «o facto de o Centro de Competências Jurídicas do Estado constituir o destinatário das citações relativas a processos do contencioso administrativo em que o mesmo Estado seja demandado em nada afetarà a competência constitucional genérica do Ministério Público de representação do Estado em juízo». *O n.º 4 do artigo 25.º do CPTA limita-se, segundo a interessada, a atribuir ao Centro de Competências Jurídicas do Estado uma* «função processual de natureza instrumental», «de receção e encaminhamento de processos, em representação do Estado», «dev[endo] proceder-se a uma interpretação em conformidade com a Constituição do referido preceito, nos termos da qual a “coordenação” da “intervenção em juízo” aí referida apenas se aplica, como é natural, aos serviços jurídicos dos diversos ministérios, com os quais o Centro se encontra articulado, nomeadamente através da Rede de Serviços Jurídicos da Administração Pública». *Pugna, portanto, por que seja concedido provimento ao recurso.*

8. Analisadas as contra-alegações apresentadas pela interessada, observa-se que uma parte relevante dos argumentos invocados se destinam a sustentar uma interpretação dos artigos 11.º, n.º 1, e 25.º, n.º 4, do CPTA, no estrito plano do direito ordinário, divergente da que foi adotada pelo Tribunal a quo. Como resulta do exposto, entende a interessada que esses preceitos legais devem ser interpretados

no sentido de o Estado ser em regra representado pelo Ministério Público, sendo essa regra geral de afastar, apenas, nos casos em que o Governo incumba outrem do seu patrocínio judiciário. No entanto, e como se referiu já, o Tribunal a quo interpretou os referidos preceitos legais no sentido de a «representação» do Estado pelo Ministério Público constituir uma possibilidade, que se efetiva apenas se, depois de citado o Centro de Competências Jurídicas do Estado, o Governo decidir incumbir o Ministério Público dessa tarefa.

Cumpra, por isso, e como se referiu já, esclarecer que, de acordo com o tipo de fiscalização que se lhe encontra constitucionalmente cometida, não cabe a este Tribunal pronunciar-se sobre a correção ou bondade jurídica do resultado interpretativo alcançado pelo Tribunal recorrido. Muito concretamente, não lhe cabe verificar se, ao ressaltar expressamente as hipóteses de representação do Estado pelo Ministério Público no âmbito da jurisdição administrativa, a Lei n.º 118/2019 pretendeu apenas abrir caminho à edição de normas especiais que, à semelhança da solução constante do artigo 24.º do Código de Processo Civil, venham futuramente a especificar os casos em que o «patrocínio por mandatário judicial próprio» pode ter lugar, ou, pelo contrário, como entendeu o Juiz a quo, procurou ir mais além e, ao perspetivar aquela representação como uma mera «possibilidade», alterou mais radicalmente o regime pretérito, optando pelo abandono puro e simples do modelo de representação obrigatória do Estado pelo Ministério Público, sem simultaneamente o reconduzir à verificação de quaisquer pressupostos materiais preestabelecidos ou a estabelecer futuramente.

(...)

10. A reforma do contencioso administrativo, concluída em 2002 com a aprovação do novo ETAF (pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro) e do CPTA (pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro), trouxe importantes novidades.

Para além de ter sido eliminada a figura do recurso contencioso e de os meios processuais principais terem passado a assumir as formas de ação administrativa comum — que compreendia, entre outros, os processos que tivessem por objeto litígios relativos à responsabilidade civil das pessoas coletivas, bem como à interpretação, validade ou execução de contratos (cf. o artigo 37.º do CPTA, na sua redação original) — ou de ação administrativa especial — que abrangia os processos que tivessem por objeto «pretensões emergentes da prática ou omissão ilegal de atos administrativos, bem como de normas que tenham ou devessem ter sido emitidas ao abrigo de disposições de direito administrativo» (artigo 46.º do CPTA, na sua redação original) —, procedeu-se a uma certa reconfiguração da intervenção do Ministério Público, sobretudo tendo em conta o que dispunha a alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do Estatuto então vigente.

Por um lado, o artigo 51.º do novo ETAF passou a dispor que, para além de «defender a legalidade democrática e promover a realização do interesse público», compete ao Ministério Público «representar o Estado» — e não também as regiões autónomas e as autarquias locais, referidas na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do EMP —, «exercendo, para o efeito, os poderes que a lei processual lhe confere». Por outro, o CPTA veio delimitar, de forma clara, o âmbito objetivo das competências atribuídas ao Ministério Público, ao estabelecer, no n.º 2 do artigo 11.º, que «as pessoas coletivas de direito público ou os ministérios podem ser representados em juízo por licenciado em Direito com funções de apoio jurídico, expressamente designado para o efeito», «[s]em prejuízo da representação do Estado pelo Ministério Público nos processos que tenham por objeto relações contratuais e de responsabilidade».

Neste novo quadro legal, a distinção entre a representação do Estado pelo Ministério Público e a “representação” pelo Ministério Público de outras pessoas coletivas públicas tornou-se ainda mais clara. Como pode ler-se no Parecer n.º 7/2014, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (publicado Diário da República, 2.ª série, n.º 126, de 3 de julho de 2014, p. 17295):

«A situação dos institutos públicos à luz do disposto no artigo 21.º, n.º 4, da LQIP, é equiparável à das regiões autónomas e das autarquias locais, uma vez que os institutos é que são citados, nas pessoas dos respetivos titulares máximos dos órgãos executivos (artigo 21.º, n.º 3, da LQIP), enquanto nas ações contra o Estado, este é citado na pessoa do procurador junto do tribunal competente. Por isso mesmo, o Estado não pode afastar essa representação pelo Ministério Público. Isto significa que no caso do Estado prevê-se uma verdadeira representação e, pelo contrário, no que se refere aos institutos públicos, não se trata de uma representação em sentido estrito, mas estes podem solicitar ao Ministério Público que as defenda, no quadro de um verdadeiro e próprio patrocínio judiciário. É por isso que a representação do Estado pelo Ministério Público não pode ser afastada pelos órgãos do Estado-administração, enquanto, pelo contrário, a representação da região autónoma ou da autarquia local cessa quando for constituído mandatário próprio, nos termos do n.º 2 do artigo 5.º do EMP.»

Para além disso, e com maior relevância, a representação do Estado pelo Ministério Público no âmbito do contencioso administrativo ficou cingida aos processos que tivessem por objeto relações contratuais e de responsabilidade, em linha com o que dispunha a alínea a) do artigo 53.º do EMP então vigente.

11. Estas disposições do CPTA viriam a ser, no entanto, alteradas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, através do qual, como é sabido,

se procedeu a uma nova e profunda reforma do contencioso administrativo, cuja relevância se não esgotou na fusão das ações comum e especial numa única forma processual, designada ação administrativa comum.

No que releva para a presente análise, importa salientar que o artigo 11.º do CPTA, que continuou a versar sobre o «patrocínio judiciário e a representação em juízo», foi consideravelmente modificado, sobretudo no segmento correspondente à ressalva da representação do Estado pelo Ministério Público. Assim, onde antes constava «[s]em prejuízo da representação do Estado pelo Ministério Público nos processos que tenham por objeto relações contratuais e de responsabilidade», passou a constar, agora no n.º 2, «sem prejuízo da representação do Estado pelo Ministério Público». Concretamente, o n.º 2 do artigo 11.º do CPTA passou a ter a seguinte redação: «Nos tribunais administrativos é obrigatória a constituição de mandatário, nos termos previstos no Código do Processo Civil, podendo as entidades públicas fazer-se patrocinar em todos os processos por advogado, solicitador ou licenciado em direito ou em solicitadoria com funções de apoio jurídico, sem prejuízo da representação do Estado pelo Ministério Público». Em consequência desta alteração, o artigo 11.º do CPTA deixou de conter qualquer associação expressa entre a representação do Estado pelo Ministério Público e os «processos que tenham por objeto relações contratuais e de responsabilidade». Esta alteração não foi, no entanto, acompanhada de qualquer modificação do EMP, em especial da alínea a) do seu artigo 53.º, o que levou a que se entendesse, tendo em conta o disposto no artigo 51.º do ETAF (também alterado pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015), que ao Ministério Público fora cometida a representação do Estado na defesa dos seus interesses patrimoniais, «exercendo, para o efeito, os poderes que a lei lhe confere» (v. Ricardo Pedro, “Representação do Estado pelo Ministério Público no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto: introdução a algumas questões», in Amado Gomes, C./Neves, Ana F./Serrão, Tiago, Comentários à revisão do ETAF e do CPTA, 3.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2017 [pp. 503-519], pp. 511-513).

Já em matéria de legitimidade passiva, o n.º 2 do artigo 10.º do CPTA, na redação que lhe foi dada em 2015, passou a prever que, «[n]os processos intentados contra entidades públicas, parte demandada é a pessoa coletiva de direito público, salvo nos processos contra o Estado ou as Regiões Autónomas que se reportem à ação ou omissão de órgãos integrados nos respetivos ministérios ou secretarias regionais, em que parte demandada é o ministério ou ministérios, ou a secretaria ou secretarias regionais, a cujos órgãos sejam imputáveis os atos praticados ou sobre cujos órgãos recaia o dever de praticar os atos jurídicos ou observar os comportamentos pretendidos.» Da nova redação

dada a esta disposição parecia, prima facie, resultar uma significativa ampliação das hipóteses em que a pessoa coletiva Estado deixaria de ser a parte demandada para passar(em) a ser o(s) ministério(s) a cujos órgãos fossem imputáveis a omissão de «comportamentos pretendidos» ou «os atos praticados», e já não apenas os «atos jurídicos impugnados». O que levou certos Autores, como Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha (v. o Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 108-109), a defender que esta exceção deve ser objeto de uma interpretação restritiva, nos seguintes termos:

«(...) A nosso ver, esta exceção deve ser interpretada como pretendendo abranger as ações de impugnação e de condenação à prática de atos jurídicos ou operações materiais específicos pelos órgãos em causa. Deve, por isso, entender-se que ela não abrange, mesmo para o Estado e as Regiões Autónomas, as ações de responsabilidade civil extracontratual, bem como as ações sobre contratos, a que aludem as alíneas k) e l) do n.º 1 do artigo 37.º, que não têm tal objeto. Mas isto, apenas quando o pedido respeitante à responsabilidade ou ao contrato seja o único pedido deduzido na ação ou, pelo menos, o pedido principal, uma vez que, para o caso de ele ser cumulado com um pedido que se enquadre na exceção da segunda parte do n.º 2, rege o n.º 7 (...).»

Assim compreendidas as alterações introduzidas nos artigos 10.º e 11.º do CPTA pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, verifica-se que delas não resultaram modificações substanciais de regime em matéria de representação do Estado pelo Ministério Público, tendo ficado muito aquém do que fora proposto pela comissão de revisão do CPTA criada em 2012 (neste sentido, v. Mário Aroso de Almeida, loc. cit., p. 19). Daí que, pelo menos para os críticos da subsistência daquela função representativa, o aspeto mais relevante da reforma de 2015 tivesse acabado por residir na «oportunidade desperdiçada para reconfigurar, ou pelo menos aligeirar, a tradicional e para muitos anacrónica missão de representação do Estado» (aludindo a tal posição, v. Paulo Dias Neves, “Notas sobre a defesa da legalidade pelo Ministério Público no CPTA revisto”, in Amado Gomes, C./Neves, Ana F./Serrão, Tiago, Comentários à revisão do ETAF e do CPTA, cit., [pp. 521-544], p. 521).

(...)

20. Aqui chegados, importa relembrar que o artigo 219.º da Constituição, inserido no Capítulo IV (“Ministério Público”) do Título V (“Tribunais”) da Parte reservada à organização do poder político, versa sobre as funções e estatuto do Ministério Público. A norma, pelo seu conteúdo e inserção sistemática,

integra o chamado direito constitucional organizatório, entendido como «o conjunto de regras e princípios constitucionais que regulam a formação dos órgãos constitucionais, sobretudo dos órgãos constitucionais de soberania, e respetivas competências e funções, bem como a forma e procedimento da sua atividade» (J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, cit., p. 541). A competência, por sua vez, pode ser definida como «o poder de ação e de atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos», envolvendo, «por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de ação («poderes») necessários para a sua prossecução.(...)» (idem, op. cit., p. 543).

Neste quadro, deve admitir-se que o artigo 219.º, n.º 1, ao atribuir ao Ministério Público a competência para representar o Estado — entendida essa competência na aceção mais estrita a que se aludiu supra —, não estabelece per se uma garantia institucional não jusfundamental, como defende o recorrente, da qual possa ou deva inferir-se que só o Ministério Público se encontra constitucionalmente autorizado ou legitimado a assegurar a representação em juízo do Estado-Administração, na defesa dos seus interesses patrimoniais. Uma vez que a competência se traduz essencialmente «numa autorização ou legitimação para a prática de atos jurídicos (aspeto positivo) e num limite para essa prática (aspeto negativo)» (Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Vol. III (Tomo V), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 61), a mera atribuição a um determinado ente — aqui, o Ministério Público — de competência para exercício de uma certa função — no caso, a representação do Estado-Administração — não constitui, só por si, base suficiente para se afirmar uma reserva constitucional de competência a favor do ente de que se trate. Tal conclusão, para poder firmar-se, tem sempre de contar com outros pontos de apoio, que evidenciem e permitam discernir o respetivo fundamento material. Ora, a compreensão integrada das diversas funções atribuídas ao Ministério Público, designadamente à luz do seu estatuto constitucional, está longe de favorecer tal posição.

Com efeito, mesmo admitindo que à atribuição da competência referida no primeiro segmento do n.º 1 do artigo 219.º não seja indiferente o propósito de que a intervenção do Estado na defesa dos seus interesses em juízo se processe de acordo com os critérios de legalidade e objetividade a que se encontra tipicamente subordinada a atuação do Ministério Público, continua a não ser possível correlacionar a função de representação do Estado, entendida como «advocacia do Estado», com as demais funções atribuídas àquela magistratura, em termos de poder afirmar-se que a Constituição reserva ao Ministério Público uma competência exclusiva

para representar o Estado-Administração, quando este é a parte demandada em contencioso administrativo e em causa está a defesa dos seus interesses patrimoniais. Relembre-se que não está aqui em causa qualquer limitação dos poderes legalmente conferidos ao Ministério Público para intervir no contencioso administrativo, em defesa da legalidade democrática, como titular da ação pública ou como *amicus curiae*, no âmbito da «fiscalização judicial do poder administrativo», que segundo José Manuel Ribeiro de Almeida, constitui «um dos domínios por excelência» da plena efetivação da «vocação institucional e [d]a incumbência constitucional de defender a legalidade democrática» que a este magistratura se reconhece (v. «Uma Teoria da Justiça» – Justificação do Ministério Público no contencioso administrativo», Revista do Ministério Público, n.º 84, Ano 21, Outubro-Dezembro de 2000 [pp. 95-117], p. 95). O que está em causa é, *tão-só*, o exercício daquela função de «advocacia do Estado» que, como vem sendo amplamente reconhecido, é potencial antagonista dos atributos que integram o estatuto constitucional daquela magistratura; o mesmo é dizer, da autonomia do Ministério Público entendida, antes do mais, como «autonomia orgânica e funcional» do Ministério Público “face ao poder executivo”» (Acórdão n.º 305/2011) - e do exercício da função de defesa da legalidade democrática, com a qual pode bem mostrar-se em concreto incompatível. É precisamente por essa razão que hoje se encontra expressamente prevista, no artigo 93.º do novo EMP, a possibilidade de o Ministério Público requerer ao Estado que constitua mandatário próprio, nos casos em que se verifique existir conflito entre entidades, pessoas ou interesses que o Ministério Público deva representar, e que deve ter-se por analogicamente aplicável às ações administrativas o disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 101.º do EMP, segundo as quais quaisquer «instruções específicas» só poderão ser transmitidas aos magistrados, por intermédio do Procurador-Geral da República, pelo membro do Governo responsável pela área da justiça (neste sentido, v. o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 7/2014, cit., p. 17297, e J. C. Vieira de Andrade, op. cit., p. 154).

Acresce que, quando se trate de determinar em que condições é que o Estado carece da representação do Ministério Público em juízo, não parecem retirar-se da Constituição (em especial dos seus artigos 22.º e 268.º) especiais ou decisivos condicionamentos ao poder de conformação do legislador, gozando este de uma ampla margem para definir, v.g., as normas que regem os processos em que o Estado é parte, quando é que o Estado age através de outras pessoas coletivas públicas (cf. o artigo 267.º da Constituição) e se, ou em que casos, é o Estado-Administração a deter legitimidade passiva (e não essas entidades ou outras dotadas de personalidade judiciária). O que explica que, como se viu, a competência do

Ministério para representar o Estado desde há muito — e incontestadamente — se restrinja a um domínio de matérias fortemente limitado — id est, às ações que tenham por objeto litígios emergentes de relações contratuais ou da responsabilidade civil do Estado —, figurando «os ministérios» e outras pessoas coletivas públicas como parte demandada num vasto conjunto de ações intentadas contra o Estado (cf. o n.º 2 do artigo 10.º do CPTA).

Do que fica dito resulta, em suma, não ser possível extrair da Constituição qualquer argumento que favoreça o entendimento de que a função cometida ao Ministério Público pelo inciso inicial do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição integra o monopólio da representação em juízo do Estado, entendido como Estado-Administração, na defesa dos seus interesses patrimoniais. Deste modo, ainda que se reconheça quanto «de estável e sedimentado também há na atribuição da competência para representar o Estado em juízo» (Jorge Miranda/Rui Medeiros, op. cit., p. 194), não se vê como, mesmo nesse estrito domínio, o exercício de tal competência exclusivamente pelo Ministério Público possa ter-se por incidível da configuração constitucional da missão confiada a esta magistratura, sobretudo quando se considera, com Inês Seabra de Carvalho, que «[a]s competências, constitucionais e legais, enquanto poderes de ação e de atuação atribuídos ao Ministério Público estarão (...) em princípio funcionalmente submetidas ao programa finalístico/teleológico da defesa da legalidade democrática» (cit., p.213).

21. Aqui chegados, é possível concluir com relativa segurança que a Constituição, apesar de dotar o Ministério Público da competência necessária para assegurar a representação em juízo do Estado-Administração e remeter para a lei a determinação dos interesses ao serviço dos quais tal competência deve ser exercida, não impõe que essa representação deva ser sempre concretizada, no plano infraconstitucional, através do instituto da representação legal, pelo menos com todas as consequências que daí, à partida, derivariam para a autonomia do ente representado. Em rigor, caso a Constituição impusesse a via única da representação legal — que se caracteriza, como se sabe, pelo facto de os poderes do representante serem independentes da vontade do representado —, isso significaria que o legislador se encontraria impedido de atribuir ao Estado-Administração, quando demandado, qualquer prerrogativa de que pudesse depender não só o início como o fim da sua concreta representação pelo Ministério Público em juízo. Neste caso, tal representação só poderia decorrer direta e imperativamente da lei, sem que o Executivo — ou mesmo o Ministério Público, em caso de conflito de interesses — pudesse obstaculizá-la ou colocar-lhe termo através da constituição de mandatário.

Atenta a missão constitucionalmente confiada ao Governo, enquanto órgão superior da administração pública (artigo 182.º da Constituição), e ao Ministério Público, enquanto magistratura autónoma e preeminentemente comprometida com a defesa da legalidade democrática, há que concluir, pois, que o inciso inicial do n.º 1 do artigo 219.º não impede o legislador de, seja em que termos ou por que via for, atribuir ao Executivo a faculdade de se defender em juízo pelos meios que tenha por mais eficazes e conformes à realização dos interesses públicos que integram as respetivas atribuições, nem, evidentemente, de facultar ao Ministério Público, em caso de conflito, as necessárias condições para dar primazia à defesa dos interesses que lhe cabe defender nos termos da lei e da Constituição, em detrimento da defesa dos interesses patrimoniais do Estado-Administração.

Resta saber se, tratando-se de atribuir ao Estado a faculdade de decidir acerca da sua defesa contenciosa, o legislador pode seguir nessa atribuição o mecanismo concretamente consagrado nos artigos 11.º, n.º 1, e 25.º, n.º 4, do CPTA, tal como a decisão recorrida os interpretou. Ou, pelo contrário, ao converter a representação do Estado pelo Ministério Público, quando demandado na ação, numa «mera possibilidade, sendo a citação seja dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado, que assegura a sua transmissão aos serviços competentes e coordena os termos da respetiva intervenção em juízo», o legislador concretizou aquela atribuição em termos tais que não permitem continuar a reconhecer no Ministério Público, pelo menos com a densidade mínima necessária, a competência para «representar o Estado» que lhe é cometida pela Constituição.

22. *Tão segura como a afirmação de que a Constituição não impõe o monopólio da representação do Estado-Administração pelo Ministério Público, nem que esta se efetive sempre e só com todas as limitações inerentes a uma representação legal em sentido próprio, é a ideia de que, ao incumbir expressamente o Ministério Público de «representar o Estado», a Constituição também não coloca na livre disponibilidade do legislador ordinário a decisão sobre o se dessa representação, designadamente em termos que compreendam a possibilidade de este a cometer por inteiro ao Estado-Administração, enquanto ente representado.*

Com efeito, não é possível atribuir ao inciso inicial do n.º 1 do artigo 219.º o sentido de salvaguardar a opção por um modelo de pura representação voluntária. Este determinaria que o Ministério Público não tivesse, nem em princípio, nem por regra, intervenção principal nos processos em que é demandado o Estado e estão em causa interesses cuja defesa lhe é atribuída por lei, o que esvaziando de conteúdo útil, ou desmentindo até, a atribuição àquela magistratura da competência para «representar o Estado» que, como atrás se viu (v., supra,

o n.º 15), a Constituição enuncia a título distinto e autónomo de todas as demais atribuições referidas no n.º 1 do artigo 219.º.

Ora, é precisamente neste aspeto que a opção legislativa em apreciação se distancia da solução constante da lei processual civil — cuja constitucionalidade, diga-se, nunca foi posta em causa —, com a qual passou a admitir-se a previsão em lei especial dos casos em que o Estado pode optar pelo patrocínio por mandatário judicial próprio, cessando a intervenção principal do Ministério Público logo que este esteja constituído (artigo 24.º do Código de Processo Civil). E se distancia também, em menor, mas igualmente relevante medida, da proposta constante do Anteprojeto de revisão do CPTA, (...) que conferia ao Estado, nas ações referentes a relações contratuais ou de responsabilidade em que fosse demandado, a faculdade de optar pelo patrocínio por advogado, mediante decisão devidamente fundamentada, cessando a intervenção principal do Ministério Público logo que aquele fosse constituído. Ao contrário desta, a norma sindicada não impõe a intervenção do Ministério Público ab initio no processo, admitindo que a escolha entre a representação pelo Ministério Público e o patrocínio por advogado nos processos em que o Estado seja demandado possa ser realizada pelo Executivo já não apenas por decisão ex post, como ali se previa, mas através de uma opção ex ante, viabilizada e operacionalizada através do direcionamento da citação para o Centro de Competências Jurídicas do Estado, que assegura a sua transmissão aos serviços competentes e coordena os termos da respetiva intervenção em juízo. Deste modo, não só a subsistência, mas a própria efetivação da intervenção principal do Ministério Público passa a ficar na inteira dependência da vontade do Estado-Administração, que acaba por ser desta forma equiparado às entidades com o poder de suscitar a intervenção principal do Ministério Público, como, v.g., os institutos públicos (cf. o n.º 4 do artigo 21.º da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, na sua redação atual). Neste cenário, não é possível concluir que, em matéria de contencioso administrativo, o direito infraconstitucional se encontra modelado em termos que permitam (ou continuem a permitir) reconhecer nele que, em regra, «[a]o Ministério Público compete representar o Estado».

Na verdade, como supra se demonstrou, as normas processuais e estatutárias relevantes não deixaram de prever que o Estado tem legitimidade passiva nos processos que tenham por objeto relações contratuais e de responsabilidade (cf. o artigo 10.º, n.º 2, do CPTA) e que o Ministério Público tem intervenção principal nos processos em que representa o Estado (v. a alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º do EMP), nem reduziram o núcleo de interesses do Estado-Administração que incumbe àquela magistratura defender, mantendo-se expressamente prevista

a respetiva competência para a «representação do Estado em juízo, na defesa dos seus interesses patrimoniais» (cf. a alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º e a alínea b) do n.º 1 do artigo 63.º do EMP). Ora, por muitas e relevantes dificuldades hermenêuticas que o inciso inicial do artigo 219.º, n.º 1, da Constituição suscite, é certo que aí não prevê que o Estado pode ser representado pelo Ministério Público na defesa dos interesses que a lei determinar — se o demandado é o Estado, e se em causa estão interesses que incumbe ao Ministério Público defender, este deve ser chamado a ter intervenção principal nos processos em que age em sua representação, nos termos legalmente prescritos. O mesmo é dizer que, se a Constituição não impõe um modelo de representação legal em sentido próprio, também não viabiliza um modelo em que a intervenção principal do Ministério Público fique na inteira dependência do Estado-Administração, enquanto entidade representada. Entre as alternativas representadas por um modelo e outro, o que de mais certo positivamente se extrai do inciso primeiro do n.º 1 do artigo 219.º é a vinculação do legislador a conformar a ordem jurídica em termos que discernir que «[a]o Ministério Público compete representar o Estado». O que, por sua vez, no mínimo obriga a que aquela intervenção haja de decorrer da lei e cessar nos precisos termos em que a lei o permita, assim ademais se garantindo que a defesa em juízo dos interesses do Estado não fique exposta ao risco de não beneficiar da tutela qualificada que é assegurada pela intervenção desta magistratura.

Deste modo, nada impede que o legislador permita que a intervenção principal do Ministério Público cesse em certos casos, sobretudo quando se considere que estão em causa interesses públicos do Estado de natureza específica, que podem ser por essa razão mais adequada e eficazmente acautelados em juízo se a sua representação processual for confiada a um mandatário próprio. O que se impõe, em face do disposto no n.º 1 do artigo 219.º e 165.º, n.º 1, alínea p), da Constituição, é que tal ocorra nos termos e casos especialmente previstos por lei (tal como prescreve o artigo 24.º do Código de Processo Civil, e agora o n.º 2 do artigo 9.º do EMP) ou através de decisão fundamentada no caso concreto (v., supra, o n.º 12). Se assim não for — isto é, se a representação do Estado pelo Ministério Público constituir sempre e só uma mera possibilidade, que se efetivará ou não consoante a decisão que aquele livremente tomar —, a competência atribuída àquela magistratura pelo inciso inicial do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição deixará de ser certa para passar a ser contingente, aleatória e acidental: o Ministério Público representará o Estado em juízo, na defesa dos seus interesses patrimoniais, se e apenas se for essa a escolha do Executivo.

Ora, a norma que integra o objeto do presente recurso, ao estabelecer que a representação do Estado pelo Ministério Público constitui uma mera possibilidade,

sendo a citação dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado, atribuí inequivocamente ao Governo do poder de, através de uma decisão discricionária — que se exprime através do envio da citação ao magistrado do Ministério Público competente —, optar ou não optar pela representação processual do Ministério Público. E fá-lo sem assegurar que este tenha intervenção principal nos processos em que estão em causa interesses que lhe cumpre defender, sem subordinar a decisão de constituir mandatário próprio à observância de quaisquer pressupostos, por mínimos que sejam, e sem estabelecer especiais exigências de fundamentação. Assim, concedeu ao Executivo uma ampla margem para determinar, segundo critérios de oportunidade e conveniência, se a intervenção principal do Ministério Público, nas ações em que o Estado é parte e em que está em causa a defesa dos seus interesses patrimoniais, sequer ocorre. Ainda que esta opção se mostre racionalmente explicável do ponto de vista da gestão dos instrumentos, meios e prazos de defesa no processo (v. supra o n.º 12), é manifesto que a norma não exprime qualquer ponderação de que possa inferir-se que foi intenção do legislador permitir, apenas em casos justificados, que fosse retirada ao Ministério Público a incumbência que a Constituição e o próprio EMP lhe atribuem. Pelo contrário, o que nela vai pressuposto é que o Ministério Público deixa de ser, em regra, competente para representar o Estado em juízo, função cuja probabilidade de vir a desempenhar passa a ser igual àquela que assiste a qualquer profissional do foro habilitado a exercer o patrocínio judiciário.

Por estas razões, não há como não concluir que a norma sindicada coloca o ordenamento jurídico num ponto inconciliável com o n.º 1 do artigo 219.º da Constituição, o que por si só fundamenta que seja negado provimento ao recurso.

III – DECISÃO

Por tudo o exposto, decide-se:

a) Julgar inconstitucional, por violação do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição, a norma que resulta da interpretação conjugada dos artigos 11.º, n.º 1, e 25.º, n.º 4, do Código de Processos nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, na redação dada pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro), segundo a qual, nos tribunais administrativos, quando seja demandado o Estado ou na mesma ação sejam demandados diversos ministérios, a representação do Estado pelo Ministério Público é uma possibilidade, sendo a citação dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado, que assegura a sua transmissão aos serviços competentes e coordena os termos da respetiva intervenção em juízo; e, em consequência,

b) Negar provimento ao recurso.»

II. Comentário

1. Introdução

O tema da representação judiciária da pessoa coletiva Estado (*i. e.*, o Estado-Administração) pelo Ministério Público revela-se inesperadamente rico de sugestões e implicações, ao cobrir temas que vão desde os princípios estruturantes do contencioso administrativo até às mais prosaicas matérias relativas ao mercado da advocacia. Nesse vasto campo problemático colocam-se também questões de constitucionalidade, como aquela que constitui objeto do acórdão agora comentado e de outros recentemente prolatados, a saber, se é conforme ao disposto no n.º 1 do artigo 219.º da Constituição o regime consagrado na versão atual do Código de Processo nos Tribunais Administrativos que faz depender de uma decisão administrativa discricionária a assunção pelo Ministério Público da representação do Estado num concreto litígio, por aplicação da norma que se retira da conjugação no n.º 1 do artigo 11.º com o n.º 4 do artigo 25.º do referido Código.

O juízo de inconstitucionalidade formulado no presente acórdão do Tribunal Constitucional coincide, com algumas flutuações argumentativas¹, com a solução atingida por um conjunto já numeroso de arestos, onde se incluem os Acórdãos n.º 794/2022, n.º 796/2022, n.º 876/2022, n.º 92/2023, n.º 98/2023, n.º 112/2023 e n.º 113/2023. Solução, aliás, largamente consensual no colégio decisor: apenas uma conselheira divergiu do juízo de inconstitucionalidade², enquanto outro conselheiro sustentou a decisão de desconformidade com recurso a uma fundamentação específica³. Aguarda-se, entretanto, a decisão do Tribunal Constitucional no processo, já em curso, visando a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

Por limitações de espaço e disponibilidade, os comentários que se seguem cobrem apenas alguns dos pontos coenvolvidos, explícita ou implicitamente, no discurso jurisprudencial e omitem deliberadamente qualquer juízo sobre

¹ V. a ordenação dos acórdãos já prolatados segundo a fundamentação adotada (ou a pré-compreensão que lhe subjaz) que é proposta por PEDRO MACHETE/CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, “A Representação do Estado pelo Ministério Público – Breve Resenha da Jurisprudência Constitucional sobre o Tema”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria da Glória Garcia*, UCP Editora: Lisboa, 2023, págs. 2113-2114. A nosso ver, as diferenças entre os acórdãos devem ser relativizadas, pois referem-se primariamente às soluções legislativas que *poderiam ser adotadas* no quadro da Constituição, e não tanto às razões para julgar inconstitucional a solução efetivamente adotada na atual versão do CPTA. Os Autores procedem ainda a uma súmula da evolução legislativa e doutrinária que antecedeu a Lei n.º 118/2019, para a qual nos permitimos remeter nos aspetos não tratados no texto.

² Cfr. a declaração de voto da Conselheira Mariana Canotilho no Acórdão n.º 796/2022, reiterada nos Acórdãos n.º 113/2022, n.º 112/2022 e n.º 794/2022.

³ Cfr. a declaração de voto do Conselheiro Pedro Machete nos acórdãos referidos na nota anterior.

a bondade do direito constituído ou a constituir⁴. Por falta de espaço, que não de motivos, excluiríamos do discurso as dificuldades suscitadas pelo enquadramento jurídico do Centro de Competências Jurídicas do Estado, que assimilamos ao Governo para estes efeitos.

2. Objeto do recurso de constitucionalidade

A questão suscitada no recurso de constitucionalidade que está na origem deste acórdão decorre da recusa de aplicação pelo tribunal *a quo* da norma extraída da interpretação conjugada de dois preceitos do CPTA, modificados ou aditados pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro – o artigo 11.º, n.º 1, e o artigo 25.º, n.º 4. Segundo tal norma, a representação judiciária pelo Ministério Público nas ações do contencioso administrativo em que o Estado seja demandado, ou em que sejam demandados vários ministérios, constitui uma mera *possibilidade*, na sequência de uma citação dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado, que assegura depois a transmissão da citação aos serviços competentes e coordena os termos da respetiva intervenção em juízo. Esta norma revelar-se-ia contrária, segundo o tribunal *a quo*, ao disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 219.º da Constituição, assim como aos princípios e normas do n.º 5 do artigo 112.º e do n.º 1 do artigo 165.º, também da Constituição.

É significativo que o Tribunal Constitucional comece por recordar que o sistema de fiscalização de constitucionalidade instituído não lhe permite pronunciar-se sobre a interpretação alcançada pelo tribunal da causa, a qual constitui um dado prévio e exterior à sua intervenção. O legislador, segundo tal leitura, teria optado pelo abandono do modelo de representação obrigatória pelo Ministério Público: um “abandono puro e simples” sem dependência de quaisquer pressupostos materiais, já estabelecidos ou a estabelecer por lei futura. A intervenção do Ministério Público só ocorreria se o Governo, após a citação do Centro de Competências Jurídicas do Estado, viesse a optar discricionariamente por lhe confiar a representação em juízo – é esta a interpretação que vincula o Tribunal Constitucional.

Tal recordatório quanto à vinculação do Tribunal Constitucional pela interpretação efetivamente acolhida pelo tribunal *a quo* dirige-se, em primeira linha, à defesa apresentada pela Presidência do Conselho de Ministros, que

⁴ Para a inserção da questão num âmbito temático mais alargado, v. JOSÉ MANUEL RIBEIRO DE ALMEIDA, “Diz-me quem te representa, dir-te-ei quem és: o Ministério Público como representante do Estado nas ações administrativas (artigo 219.º da Constituição)”, *Revista do Ministério Público*, n.º 165, janeiro-março 2021, págs. 211 e ss..

assenta em boa parte na defesa de uma interpretação diversa: a regra geral continuaria a ser a representação do Estado pelo Ministério Público, que só seria afastada por uma decisão específica do Governo de entregar o patrocínio a um mandatário constituído para o efeito. Mas o Tribunal Constitucional não ignorava decerto que outras leituras têm sido propostas na doutrina, designadamente a interpretação corretiva do n.º 4 do artigo 25.º do CPTA no sentido de que também o Ministério Público deve ser obrigatoriamente citado, e não apenas o Centro de Competências Jurídicas do Estado⁵. E com maior ou menor plausibilidade poderá avançar-se ainda com interpretações diversas: *v. g.*, que o Estado está abrangido pelo mesmo regime de representação das restantes entidades públicas, tendo além disso a faculdade de recorrer ao patrocínio do Ministério Público.

Em todo o caso, o Tribunal Constitucional reconhece que a interpretação submetida não só encontra “respaldo no texto da lei”, como as normas recentemente introduzidas quanto à intervenção do Ministério Público nos processos do contencioso administrativo em que o Estado é demandado “parecem concorrer para sustentar a posição adotada pelo Tribunal *a quo* e pelo recorrente quanto ao sentido e alcance das disposições em apreço” – palavras em que não custa discernir uma discreta adesão à leitura efetuada pelo juiz da causa, no sentido de que só existe representação pelo Ministério Público mediante uma decisão *ad hoc* do Governo, de algum modo à semelhança do que sucede com qualquer mandatário forense que entenda constituir.

3. A fundamentação do juízo de inconstitucionalidade

O excursus fundamentador do acórdão inicia-se por uma análise da evolução normativa da representação judiciária do Estado, antes e depois da reforma do contencioso administrativo de 2002, concluindo o Tribunal Constitucional pela permanência dos traços essenciais do modelo até às vésperas da Lei n.º 118/2019, apesar das modificações entretanto introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro. Por força das normas dos arts. 10.º e 11.º do CPTA e do artigo 53.º do Estatuto do Ministério Público então vigente (Lei n.º 47/86, de 15 de outubro), *cabia ao Ministério Público representar em juízo o Estado quando este fosse demandado em ações sobre contratos e responsabilidade extracontratual*⁶, ressalvados os casos – desde 2015 – em que

⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5.ª ed., Coimbra:Almedina, 2021, pág. 209.

⁶ O acórdão parece atribuir à reforma de 2002 o alcance inovatório de limitar a representação em juízo pelo Ministério Público às ações sobre contratos e responsabilidade extracontratual: “(...) a representação

o correspondente pedido surgisse como dependente em face de um pedido formulado em cumulação contra um ministério (cfr. o disposto nos n.ºs 2 e 7 do artigo 10.º). O Tribunal Constitucional sublinha a este propósito o inequívoco afastamento na letra da lei da solução proposta pela comissão de revisão do CPTA de permitir ao Estado, “mediante decisão devidamente fundamentada”, a constituição de advogado nas ações sobre contratos e responsabilidade extracontratual, com a inerente cessação da intervenção principal inicialmente assumida pelo Ministério Público – proposta que surgia na linha do consagrado no artigo 24.º do Código de Processo Civil⁷.

Antes de se debruçar sobre o alcance das alterações de 2019, objeto de desaplicação, o acórdão procede ao exame do artigo 219.º da Constituição, assumindo como ponto de partida a ideia – que nos parece correta – de que a mera atribuição a um ente da competência para determinada função não constitui por si só base suficiente para afirmar o caráter de *exclusividade* de tal atribuição. No caso, a tese de uma reserva de competência do Ministério Público para a representação do Estado nas ações em que estejam em causa os interesses patrimoniais deste só poderá proceder se as normas constitucionais que definem o estatuto ou as restantes funções do Ministério Público fornecerem elementos relevantes nesse sentido.

Ora, assevera o Tribunal Constitucional, é de alguma forma o inverso que se verifica. A função de “advogado do Estado”, que implica a sujeição a instruções específicas do Governo quanto ao decurso da lide (previstas no artigo 101.º do atual Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27 de Agosto, e no artigo 80.º do anterior Estatuto e também aplicáveis, afirma o acórdão, ao contencioso administrativo), encontrar-se-ia numa relação de atrito com o estatuto de autonomia do Ministério Público constitucionalmente assegurado (voltaremos a este ponto, que temos por questionável) e com a função de defesa da legalidade democrática. Mais: o legislador reconhece que podem ocorrer situações de incompatibilidade entre o patrocínio do Estado e as restantes funções cometidas ao Ministério Público, que levem este a requerer a nomeação de um mandatário *ad hoc* (artigo 93.º do Estatuto atual e artigo 69.º do anterior).

do Estado pelo Ministério Público no âmbito do contencioso administrativo ficou cingida aos processos que tivessem por objeto *relações contratuais e de responsabilidade*, em linha com o que dispunha a alínea a) do artigo 53.º do EMP então vigente”. Na verdade, esse já era o regime anteriormente vigente, desde logo por força do artigo 69.º do ETAF de 1984.

⁷ Para a defesa da proposta da comissão de revisão, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 5.ª ed., Coimbra:Almedina, 2021, págs. 226-227.

Ideia bem vincada neste acórdão é que, ao invés de uma exclusividade na representação judiciária do Estado pelo Ministério Público, o que resulta da Constituição é uma *ampla margem de liberdade de conformação* do âmbito e do regime dessa representação. A própria letra do segmento inicial do n.º 1 do artigo 219.º aponta nesse sentido, acrescentaríamos nós: não é o mesmo dizer simplesmente que ao Ministério Público cabe representar o Estado – e apenas isto diz o artigo 219.º – ou dizer que a representação do Estado cabe ao Ministério Público.

Para apoiar a ideia de que a norma constitucional não consagra um monopólio da representação judiciária do Estado a favor do Ministério Público, antes se harmoniza com soluções legais restritivas quanto ao âmbito dessa representação, o acórdão lança mão de um argumento cuja consistência nos merece reservas, como veremos. Segundo o Tribunal Constitucional, é essa liberdade de conformação do legislador que permite explicar que as funções de representação judiciária do Ministério Público sofram tradicionalmente, sem que se conheçam pruridos de constitucionalidade, uma limitação tão óbvia quanto drástica, a saber, o seu acantonamento aos litígios em matéria de contratos e responsabilidade extracontratual. Só nas correspondentes ações, e não noutras, é que o legislador estabeleceu um regime de *representação legal* do Estado pelo Ministério Público (no sentido de independente da vontade do representado), não dispondo o Governo de qualquer prerrogativa quanto ao início e ao fim da intervenção principal – também voltaremos a este ponto.

Sendo inaceitável, por excessiva, a tese de que a competência de representação judiciária prevista no n.º 1 do artigo 219.º da Constituição está atribuída em termos exclusivos, vedando de antemão e de forma incondicional outras soluções legais para o patrocínio do Estado, não pode deixar de reconhecer-se, adverte o Tribunal Constitucional, que tal competência constitucionalmente atribuída há de ter uma densificação mínima, refratária aos poderes de conformação do legislador. Não está na disponibilidade da lei ordinária atribuir ao Executivo poderes discricionários quanto à constituição e cessação da intervenção principal do Ministério Público, assim “esvaziando de conteúdo útil, ou desmentindo até, a atribuição àquela magistratura da competência para «representar o Estado»”.

Ora, é precisamente esta a censura a que dá o flanco a norma *sub judice*, sublinha o Tribunal – e, a nosso ver, de modo certo.

Se é verdade que não se encontra consagrado na Constituição o monopólio do Ministério Público para a representação judiciária do Estado,

em termos de esta lhe ser sempre atribuída e de nunca lhe poder ser retirada, também é verdade que resulta do conteúdo mínimo do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição, conjugado com a alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º, que o Ministério Público deve ter, em linha de princípio, intervenção principal nos processos em que o Estado seja parte, *só podendo essa intervenção ser afastada ou feita cessar nos termos e casos previstos em lei* (cfr. o artigo 9.º, n.º 2, do atual Estatuto do Ministério Público e o artigo 24.º do Código de Processo Civil) ou, acrescenta o Tribunal Constitucional, *através de decisão fundamentada no caso concreto*.

Por contraste, as alterações de 2019 colocaram a intervenção do Ministério Público na inteira dependência da opção discricionária do Governo, *não apenas quanto ao seu fim, mas também quanto ao seu início*. Nas ações administrativas em que o Estado é parte demandada, a sujeição integral da representação do Ministério Público a juízos administrativos de oportunidade abre as portas ao esvaziamento da competência constitucionalmente conferida para representar em juízo o Estado. É a conversão da representação judiciária do Ministério Público numa mera “possibilidade”, *independente da verificação de quaisquer pressupostos ou sequer da observância de deveres de fundamentação*, que contrasta de forma intolerável com a densificação mínima da norma de competência contida no n.º 1 do artigo 219.º da Constituição e conduz inevitavelmente ao juízo de inconstitucionalidade.

Sem prejuízo da nossa concordância com a decisão alcançada e com o essencial da argumentação que a suporta, cremos que alguns aspetos justificam uma análise complementar, destinada a justificar precisões, reservas ou pontos de dissenso.

4. A natureza da “representação” do Ministério Público

O primeiro desses aspetos refere-se à natureza jurídica da representação do Estado pelo Ministério Público⁸. O acórdão detém-se com vagar na análise das posições correntes (representação orgânica, representação legal, representação voluntária), a que regressa mais do que uma vez ao longo do texto, acabando por reconhecer, porém, a inviabilidade de apoiar na natureza da representação uma linha argumentativa que aponte para o monopólio do Ministério Público no exercício da função de “advogado do Estado - ou

⁸ V. sobre o tema ALEXANDRA LEITÃO, “A representação do Estado pelo Ministério Público nos tribunais administrativos”, *Julgar*, n.º 20, 2013, págs. 205 e ss., e ISABEL ALEXANDRE, “Representação do Estado português em ações civis”, *Revista do Ministério Público*, n.º 131, Julho-Setembro de 2012, *passim*, esp. págs. 42 e ss..

que aponte, em geral, para qualquer outra solução quanto ao âmbito dessa representação”.

Os escassos resultados desse esforço argumentativo do Tribunal não podem surpreender, desde logo por força da imprecisão dos próprios conceitos que utiliza (à semelhança de parte da doutrina)⁹.

O Ministério Público não é um *órgão* do Estado com competência para a sua *representação* em juízo. O Ministério Público é um serviço, ou um conglomerado de serviços, dirigidos por órgãos; e como o Ministério Público é um serviço integrado organicamente no Estado-Administração, os órgãos do Ministério Público não representam o Estado, antes se identificam com ele. Numa palavra, os órgãos do Ministério Público são órgãos do Estado-Administração – e quando assumem as funções de patrocínio em juízo, não representam o Estado, no sentido de surgirem *em vez dele*, antes se situam em face do Estado numa posição essencialmente análoga à do licenciado com funções de apoio jurídico designado *ad hoc* para um determinado processo¹⁰.

É verdade que, num caso, a parte formal é o Estado; no outro, um ministério. É verdade que num caso, o patrocínio resulta diretamente da lei, sendo a designação do concreto magistrado resultado de procedimentos internos do próprio serviço; e que no outro, deriva de um ato de designação *ad hoc*, que recaiu sobre o funcionário, mas podia ter recaído sobre advogado. É também verdade que num caso, o patrocínio é assumido por um magistrado dotado de estatuto próprio, constitucionalmente conformado; e que no outro, o patrocínio é assegurado por um agente investido num estatuto funcional e deontológico menos garantístico e rigoroso. E é ainda verdade que num caso, a cessação das funções de patrocínio judiciário, ressalvada lei especial (artigo 9.º, n.º 2, do Estatuto do Ministério Público), tem como origem uma iniciativa do próprio Ministério Público (artigo 93.º do Estatuto do Ministério Público); e que no outro, resulta de uma decisão discricionária do órgão competente. Mas em qualquer dos casos *é sempre um agente do Estado que assume o patrocínio da entidade pública demandada*, quer seja o próprio Estado a parte formal, quer seja um ministério; e quer o agente seja

⁹ As imprecisões terminológicas e conceptuais existentes nesta matéria são também notadas por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pág. 127, e ALEXANDRA LEITÃO, “A representação...”, cit., pág. 193, embora em termos que não subscrevemos inteiramente.

¹⁰ A nosso ver, é no mínimo geradora de equívocos a ideia expressa nos Acs. n.ºs 794/2022 e 796/2022 segundo a qual a representação do Estado deve caber ao Ministério Público por se tratar de “um órgão integrado no poder judiciário e não na estrutura administrativa”. Merece-nos igualmente muita reserva a ideia conexa de que a entidade representada *hoc sensu* é o “Estado português”, enquanto figura diversa e mais ampla do que o vulgarmente designado Estado-Administração.

um magistrado do Ministério Público, quer seja um funcionário licenciado em direito com funções de apoio jurídico.

Nada impede, bem entendido, que se continue a utilizar a este respeito a expressão “representação do Estado pelo Ministério Público” – o que nós também aqui fazemos, por óbvia conveniência e também porque a lei processual civil permanece fiel a uma terminologia que merecia ser revista. Mas, salvo melhor entendimento, trata-se de uma opção em larga medida convencional, sem o necessário rigor técnico-jurídico e alheia, em particular, a qualquer nexo de verdadeira representação entre dois sujeitos jurídicos – com a agravante, aliás, de poder convocar consequências jurídicas espúrias, associadas ao *nomen* e não à realidade efetivamente existente. O Estado não é um incapaz que necessite de representante para atuar em juízo ou fora dele, mas uma pessoa coletiva com a correspondente capacidade jurídica, que age por regra através de órgãos, podendo também agir através de representantes mandatados pelos seus órgãos.

E tampouco se justifica recorrer ao conceito de “representação legal” se a intenção for apenas dar conta do fundamento *ex lege* das funções cometidas e da tendencial inviabilidade de lhes pôr termo através de meras decisões administrativas. Estes são aspetos do regime positivo do patrocínio judiciário do Estado que podem e devem ser explicados e justificados à margem de qualquer vínculo representativo. Saber se, e em que medida, o patrocínio do Estado pelo Ministério Público é “legal” ou “voluntário” nada tem que ver com o conceito de representação.

Da mesma forma deve ser evitado, segundo pensamos, o conceito de “representação orgânica” do Ministério Público – ainda que a ideia seja apenas sublinhar (corretamente) a inserção orgânica do Ministério Público enquanto serviço do Estado. De facto, tal conceito revela-se intrinsecamente *contraditório*, porque o nexo de imputação de efeitos *ou* repousa num vínculo de representação *ou* repousa num vínculo orgânico, correspondendo cada qual a duas técnicas jurídicas contrapostas, alternativas, sucedâneas – mas não cumulativas¹¹.

Em síntese: o acórdão regressa uma e outra vez à natureza jurídica da representação do Estado pelo Ministério Público, mas na verdade acaba por

¹¹ Ao defender a natureza de representação orgânica do vínculo entre o Estado e o Ministério Público, o Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 160/2001 reconhece que não existe aqui, na realidade, uma relação entre sujeitos: “há um só sujeito: o representado” (citando António da Costa Neves Ribeiro, *O Estado nos Tribunais – Intervenção cível do Min. Público em 1.ª Instância*). Como parece evidente, o Parecer lida com um conceito de representação de contornos peculiares, que diverge do comumente utilizado na lei e na doutrina.

não retirar nenhuma luz dessa linha fundamentadora, que parece resumir-se a *obiter dicta* inconsequentes. A questão colocada ao Tribunal resolve-se – e foi efetivamente resolvida – à margem do conceito de *representação*, que se revela inútil, em qualquer das suas “variantes”, para enquadrar o relacionamento entre o Estado e um serviço nele organicamente integrado. Prescindindo de uma justificação aprofundada que aqui não pode ser feita, é nosso entendimento que a representação judiciária do Estado pelo Ministério Público constitui uma *designação convencional*, solidificada pela história, para uma função cometida no âmbito do patrocínio judiciário e hoje recortada *em termos específicos* pela Constituição e pela lei. À semelhança de outras designações genéricas e imprecisas, utilizadas por comodidade, deve ter-se presente que carece de densidade técnico-jurídica e não pode dela extrair-se qualquer consequência rigorosa para a delimitação do âmbito e do regime da intervenção judiciária do Ministério Público.

Mas é um ponto menor, que pouco bole com o raciocínio jurisprudencial, muito menos com o sentido da decisão prolatada. Maior fôlego terá a questão que passamos agora a tratar.

5. O âmbito da representação do Estado à luz da evolução do contencioso administrativo

Como já ficou dito, o Tribunal Constitucional recusa que a norma do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição estabeleça uma reserva de competência do Ministério Público para a representação em juízo do Estado, sustentando ao invés que o legislador dispõe de uma ampla margem de conformação do âmbito dessa representação. Em apoio desta leitura, invoca a estreiteza desse âmbito efetivo, uma vez que tal representação continua a limitar-se hoje, como no passado, às ações sobre contratos e responsabilidade civil extracontratual, em que estão em causa os interesses patrimoniais do Estado.

O Tribunal Constitucional assume, pois, uma coincidência, ao menos tendencial, entre tais ações e os processos que envolvem os interesses patrimoniais do Estado. E assume ainda que os correspondentes limites à representação judiciária derivam de uma opção legislativa, que já se expressava no artigo 53.º, alínea a), do anterior Estatuto do Ministério Público e se encontra hoje reiterada no artigo 63.º, n.º 1, alínea a), do atual Estatuto, que comete aos departamentos do contencioso do Estado a representação deste em juízo, “na defesa dos seus interesses patrimoniais”.

Uma e outra assunção constituem motivos de discordância da nossa parte.

Não vemos no consabidamente limitado âmbito da representação judiciária a cargo do Ministério Público o efeito de qualquer intervenção restritiva do legislador, mas antes uma sobrevivência direta do modelo tradicional de contencioso administrativo, que se consolidou no domínio da Constituição de 1933 – cujo artigo 117.º conferia aos órgãos do Ministério Público a função de representação judiciária do Estado – e permaneceu em larga medida na vigência da Constituição de 1976, até à Revisão de 1997 e à paulatina transcrição desta na lei ordinária. Segundo cremos, o âmbito da representação do Estado pelo Ministério Público era limitado simplesmente porque era limitado o elenco dos processos *em que o próprio Estado surgia como parte*, precisamente como consequência dos princípios estruturantes do velho contencioso administrativo.

Atente-se, com efeito, no disposto no n.º 2 do artigo 69.º do anterior Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de abril), sob a epígrafe “Funções do ministério público”: “2 - O ministério público representa o Estado nas ações *em que este for parte*”.

Para determinar o âmbito de tais ações em que o Estado é parte mostra-se indispensável remontar à contraposição clássica entre contencioso administrativo *por natureza* (contencioso de *mera legalidade*) e contencioso administrativo *por atribuição de lei* (contencioso de *direitos*) – que permaneceu, sob formas atenuadas, até 2015.

Recorde-se a este propósito que nos vastos domínios em que o Estado e a restante Administração dispunham da prerrogativa de aplicação imperativa da lei ao caso concreto, a esfera jurídica dos particulares era conformada em termos autoritários pelo *ato administrativo definitivo e executório*. Cabendo a definição de direitos ao órgão administrativo, em aplicação da lei, não era admissível ao particular contrapor em juízo direitos que não tinham sido reconhecidos pelo ato administrativo. Não podia, designadamente, invocar que os seus direitos tinham sido violados e pedir ao tribunal o correspondente reconhecimento, mas apenas contestar a forma como a lei tinha sido aplicada pelo órgão administrativo e afirmar a ilegalidade da correspondente definição imperativa de direitos. O contencioso resultante era, logicamente, de mera legalidade, no sentido de ter por objeto estrito a questão da *legalidade objetiva do ato de definição de direitos*. Dava origem, na fórmula clássica, a *um processo “feito a um ato” e não a um processo de partes*: logo, quem comparecia em juízo não era o Estado, ou outra entidade pública, mas sim o órgão autor do ato, investido num estatuto que o aproximava

tanto do *juiz recorrido*¹² – o recurso contencioso chamava-se recurso porque era um *verdadeiro recurso*, insistia Marcello Caetano – quanto o afastava da qualidade de parte (não estava sujeito à confissão ficta, à responsabilidade por custas, à condenação em litigância de má fé, etc.).

Só nos casos limitados em que o Estado e a restante Administração não se encontravam dotados de poderes de autoridade e não podiam, por conseguinte, proceder à definição imperativa do direito do caso e à consequente conformação unilateral da esfera jurídica do particular é que existiam condições jurídicas para uma verdadeira controvérsia em torno das posições jurídico-materiais do particular e da contraparte pública na relação jurídica. Excluída aí a definição unilateral de direitos por ato administrativo de autoridade, as partes na relação jurídica – quer o particular, quer a entidade administrativa – podiam propor em juízo uma verdadeira e própria ação, destinada a obter a solução do litígio mediante uma definição *judicial* do direito do caso, na sequência da aplicação das normas relevantes pela mão do juiz. Apenas aqui, fora do âmbito das atuações administrativas de autoridade, podia a lide surgir estruturada como um verdadeiro processo de partes, aparecendo como titulares da relação processual o Estado e/ou as pessoas coletivas públicas (aleadamente) titulares da relação material controvertida que as unia ao particular.

Os litígios suscitados nestes domínios da atividade administrativa interditos a atos de aplicação autoritária da lei davam assim corpo a um verdadeiro *contencioso de direitos*, análogo ao que se encontrava nos tribunais judiciais e que apenas era confiado à jurisdição administrativa por atribuição contingente e pragmática do legislador.

Ora – é este o ponto que pretendemos sublinhar –, sendo tais domínios de atuação paritária tradicionalmente exíguos, eram também exíguos os processos deste contencioso de direitos, restringindo-se às ações sobre contratos (administrativos) e sobre responsabilidade extracontratual por atos de gestão pública.

6. Segue. A representação do Estado em juízo na defesa dos seus interesses patrimoniais

Adiante-se já que a relação entre estas ações e os processos em que estavam em causa interesses patrimoniais do Estado era – e continua a ser – contingente e aproximativa. Basta considerar que, no âmbito contratual, as

¹² Recordando esta origem histórica, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, cit. pág. 263.

maiores implicações financeiras derivam por regra do exercício dos poderes de autoridade do contraente público através dos chamados *atos destacáveis*, tendo o respetivo contencioso por objeto tais atos administrativos de autoridade. Numa perspetiva processual, nunca existiu (e continua a não existir) qualquer sobreposição, coincidência ou vínculo relevante entre as ações sobre contratos e responsabilidade – que sempre deram origem a um contencioso de direitos e a verdadeiros processos de partes – e os processos em que estejam em causa interesses patrimoniais do Estado, que assumiram e assumem configurações muito diversificadas e acentuadamente refratárias a qualquer tratamento processual unificado.

Por isso, é no mínimo limitado o apoio interpretativo que pode ser dado pelas normas que regulam a competência dos departamentos de contencioso do Estado atribuindo-lhes a competência para a “representação do Estado em juízo, na defesa dos seus interesses patrimoniais” (artigo 63.º do Estatuto atual, artigo 53.º do anterior). O que resulta deste regime não é a delimitação do âmbito da representação do Estado, delimitação que na verdade está pressuposta; o que resulta, a nosso ver, é que *no âmbito em que a representação do Estado caiba ao Ministério Público*, ela competirá aos departamentos do contencioso do Estado (se tiverem sido criados), *desde que* esteja em causa nesses processos a defesa dos interesses patrimoniais do Estado e se trate de casos de especial complexidade ou elevado valor. Acresce ainda um requisito para a representação pelo Ministério Público caber a tais departamentos: que o Procurador-Geral da República assim o determine.

Não pode confundir-se, em suma, a questão da delimitação do âmbito da representação judiciária do Estado, para a qual cremos ser *irrelevante* a categoria dos processos em que estejam em causa interesses patrimoniais do Estado; e a questão diversa e ulterior da delimitação dos casos em que a representação judiciária genericamente atribuída ao Ministério Público fica a cargo dos seus departamentos de contencioso do Estado, determinação para a qual *pode ser relevante* tal categoria.

Desembaraçada deste ponto equívoco a questão da delimitação do âmbito da representação judiciária do Ministério Público, urge retomar o fio do raciocínio e aferir a pertinência atual do critério que tradicionalmente limitava tal representação às ações sobre contratos e responsabilidade extracontratual, por ser (apenas) nestas que o Estado assumia o estatuto de parte.

7. Segue. A representação pelo Ministério Público no quadro da reforma do contencioso administrativo

Pelo menos a partir da Revisão Constitucional de 1997 (em rigor, muito antes), tornou-se claro que a contraposição entre contencioso administrativo por natureza e por atribuição de lei e as contraposições que dela derivavam – entre recurso contencioso e ação; e entre processo feito a um ato e processo de partes – estavam definitivamente obsoletas, carecendo de qualquer valor explicativo. Como resulta com nitidez do artigo 268.º, n.º 4, da Constituição, o objetivo imediato do contencioso administrativo é a tutela efetiva dos direitos resultantes de relações jurídico-administrativas (artigo 212.º, n.º 3) através de um processo equitativo e com igualdade de armas entre as partes (artigo 20.º, n.º 4), destinado a proporcionar ao autor a forma de tutela adequada ao seu direito material. Os poderes da Administração param à porta do tribunal: a partir daí, e nas ações propostas contra ela, *é uma parte demandada, e não uma autoridade recorrida*, com os direitos, deveres e ónus essencialmente idênticos aos dos outros réus.

Numa palavra, o contencioso administrativo em geral passou a ser um contencioso de direitos, com a estrutura processual correspondente. O vasto elenco dos pedidos (exemplificativamente) admitidos seguirá, por isso, um regime processual que traduz a extensão à generalidade dos litígios jurídico-administrativos do modelo antes restrito às ações sobre contratos e responsabilidade.

Analisada à luz do quadro constitucional descrito, dir-se-ia que faltou à versão originária do CPTA o fôlego para afastar de vez os parâmetros e teorizações subjacentes ao contencioso administrativo tradicional. A articulação entre ação comum e ação especial constituía uma versão modificada, e de coerência questionável, da contraposição clássica entre recurso contencioso e ação. A ambiguidade prolongava-se para o regime da legitimidade passiva da Administração e, com relevância mais direta para o que agora nos ocupa, para as formas de patrocínio judiciário nos litígios com o Estado.

Aparentemente, quando este litígio resultasse de controvérsias sobre o exercício de poderes de autoridade, a parte formal seria o ministério a que pertencesse o órgão competente; nos restantes processos, a parte formal seria o próprio Estado (artigo 10.º, n.ºs 1 e 2). Nestes processos em que o Estado assumia o estatuto de parte, o patrocínio judiciário continuava a caber ao Ministério Público desde que tivessem “por objeto relações contratuais e de responsabilidade” (artigo 11.º, n.º 2). Ficava por definir, nesta perplexizante

solução *à mi-chemin*, se também competia ao Ministério Público representar o Estado nos processos em que este figurava como parte, mas cujo objeto não eram questões de contratos ou responsabilidade extracontratual (v.g., ações de reconhecimento de direitos, ações por enriquecimento sem causa) – processos estes inevitavelmente decorrentes do drástico alargamento dos pedidos formulados ante os tribunais administrativo (artigo 4.º do ETAF e artigo 2.º do CPTA).

A ampla revisão do CPTA operada pelo Decreto-Lei n.º 2015-G/2015, de 2 de outubro, representou um avanço notório na aproximação aos princípios constitucionais e na instituição de soluções mais coerentes – nem sempre mais nítidas – nas matérias que nos ocupam. Na sequência da eliminação da contraposição entre ação comum e ação especial, o legislador procedeu à redefinição, com sucesso muito relativo, da linha divisória entre os processos em que é parte um ministério e os processos em que é parte o próprio Estado (artigo 10.º, n.ºs 2, 3, 6 e 7) e eliminou a fonte de atrito constituída pela infundada restrição da representação judiciária do Ministério Público aos processos sobre contratos e responsabilidade (rejeitando com pertinência, a nosso ver, a solução vertida no anteprojeto da comissão revisora e pela qual o acórdão parece nutrir simpatia). Passou então a dispor-se no n.º 1 do artigo 11.º um regime unificado de patrocínio para “todos os processos” que corram nos tribunais administrativos, independentemente do seu objeto, independentemente da natureza das partes e independentemente da posição que estas ocupem na lide.

A única ressalva é constituída, precisamente, pelo regime de representação do Estado pelo Ministério Público (artigo 11.º, n.º 1, *in fine*): nas ações em que o Estado assume o estatuto de parte – passiva *ou* ativa – aplicam-se as normas que regulam a representação pelo Ministério Público. E tais ações em que o Estado é parte não têm por que se limitar aos contratos e à responsabilidade extracontratual, nem se destinam necessariamente à defesa dos seus interesses patrimoniais, abrangendo quaisquer outros objetos não incluídos no âmbito (de contornos incertos, reconheça-se) para que é disposta a legitimidade processual dos ministérios. Como resulta do disposto no n.º 2 do artigo 10.º do CPTA, os processos intentados contra o Estado têm como parte demandada o(s) ministério(s) quando o objeto do pedido se reporte diretamente a ações ou omissões de órgãos nele(s) integrados e têm como parte demandada o próprio Estado nos restantes casos (com ressalva do disposto no n.º 7 desse artigo) – e é precisamente nestes casos remanescentes, de âmbito indeterminado por força do elenco

aberto do artigo 2.º do CPTA, que o patrocínio cabe, em linha de princípio e na ausência de lei especial, ao Ministério Público¹³.

Como é sublinhado pelo acórdão, as normas reguladoras dessa representação, para se conformarem à Constituição, não têm de estabelecer um monopólio de representação a favor do Ministério Público, em termos de o Estado só comparecer em juízo patrocinado por magistrados do Ministério Público e de estes não poderem, em caso ou momento algum, ser substituídos por advogado (ou por licenciado em Direito com funções de apoio jurídico).

Aliás, o artigo 9.º do Estatuto do Ministério Público, após estabelecer no n.º 1 que este tem intervenção principal nos processos em que representa o Estado, aponta logo no n.º 2 para a possibilidade de lei especial habilitar o Estado a constituir mandatário próprio, cessando desse modo a representação a cargo do Ministério Público (solução análoga à do artigo 24.º do CPC).

O que já nos causa as maiores reservas, atenta a sede constitucional e legal deste patrocínio pelo Ministério Público, e ainda a inclusão da competência do Ministério Público nos domínios da reserva de lei, é admitir que o início e cessação do patrocínio do Ministério Público dependa de mera decisão administrativa, desde que fundamentada (como não podia deixar de ser): ao invés do que parece resultar de algumas passagens do acórdão, que contrastam com outras, cremos que é indispensável a fixação por lei especial de pressupostos minimamente densificados para que tal decisão administrativa esteja devidamente habilitada – quer por força do disposto no n.º 1 do artigo 219.º, quer por força da al. p) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição. Tem de existir a previsão em lei das categorias de casos em que a representação judiciária do Estado não cabe ao Ministério Público ou, pelo menos, a previsão em lei dos pressupostos, com um mínimo de densificação, em que deve fundar-se a decisão administrativa de confiar essa representação a outra entidade, num processo concreto.

O legislador dispõe, em síntese, de uma ampla margem de conformação do âmbito e do regime da representação do Estado pelo Ministério Público,

¹³ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA sublinham que a eliminação em 2015 da referência do n.º 1 do artigo 11.º do CPTA às ações sobre contratos e responsabilidade extracontratual conduziu a que a determinação das ações propostas contra o próprio Estado tenha ficado dependente de uma interpretação *a contrario* do n.º 2 do artigo 10.º, que estabelece os casos de ações propostas contra ministérios, *Comentário...*, cit., pág. 133. O problema, pensamos, não reside na eliminação da referência às ditas ações (referência que nos parecia anacrónica, pelos motivos aduzidos no texto), mas na ambiguidade do critério disposto para recortar o âmbito das ações propostas contra ministérios, em que parecem vislumbrar-se ainda influências do critério das atuações autoritárias da Administração.

como o acórdão expressamente reconhece. E, *com este estrito alcance*, não afrontaria a Constituição a mera interpolação da expressão “possibilidade” na norma do n.º 1 do artigo 11.º do CPTA, a qual ficaria a assinalar apenas a existência de casos em que lei especial afasta ou permite afastar a representação pelo Ministério Público, observados certos critérios e pressupostos. O que ultrapassa a margem de conformação constitucionalmente admitida é o regime que resulta da interpretação conjugada dessa norma com a do 25.º, n.º 4, do CPTA, regime que redundaria, segundo os cânones hermenêuticos comuns, no afastamento *ab limine* do patrocínio do Ministério Público nos processos em que o Estado é demandado¹⁴, salvo se coisa diversa for decidida pelo Governo, através de um *ato discricionário com limites longínquos e critérios incertos*.

Tal solução normativa, que se traduz numa drástica inversão do relacionamento constitucional entre a regra e a exceção, fazendo depender o exercício da competência de representação do Ministério Público de um correspondente juízo de oportunidade sem suficientes baias legais, não pode deixar de ser censurada (pelo menos) à luz do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição. E bem andou o Tribunal Constitucional ao proferir a correspondente decisão de inconstitucionalidade.

8. A autonomia do Ministério Público e a função de representação do Estado

Para justificar ou corroborar a inexistência de uma garantia constitucional do monopólio do Ministério Público na representação do Estado em juízo, o acórdão sublinha que tal regime teria de apoiar-se em elementos interpretativos adicionais que coadjuvassem o singelo segmento inicial da norma do n.º 1 desse artigo 219.º. Elementos que o Tribunal Constitucional não vislumbra na norma constitucional, onde encontra antes um relativo desfavor da função de advogado do Estado, pouco compatível com outras funções constitucionalmente cometidas ao Ministério Público e com outros elementos do seu estatuto – como seria o caso da *autonomia* em face do Governo (e dos “demais órgãos do poder central, regional e local”, na fórmula questionável do n.º 1 do artigo 3.º do Estatuto do Ministério Público)¹⁵.

¹⁴ Como sublinha certamente JOSÉ MANUEL RIBEIRO DE ALMEIDA, o regime instituído pela Lei n.º 118/2019 teve ainda como consequência introduzir uma cisão (no mínimo) desarmoniosa na representação do Ministério Público consoante o Estado assumia na ação administrativa a posição de demandante ou de demandado, uma vez que a nova redação do n.º 4 do artigo 25.º do CPTA apenas se aplica aos casos em que o Estado é parte demandada (*in* “Diz-me quem te representa...”, *cit.*, pág. 239).

¹⁵ A complexidade do modelo de Ministério Público vigente no direito português encontra-se

A dificuldade de compatibilização tem sido advertida na doutrina, em diversos registos¹⁶: ora para sublinhar as vantagens para a legalidade e o interesse público de uma atuação processual norteada pela isenção e objetividade, imune a pressões imediatistas e conveniências governamentais¹⁷; ora para questionar o sentido de cometer a uma entidade com estatuto de autonomia atuações processuais que, por natureza, devem refletir os interesses do Estado naquela particular lide, tal como configurados pelo Governo¹⁸. Independentemente do acerto destes juízos, que decorrem em medida relevante de perspetivas valorativas *de iure condendo*, parece-nos que uma análise estritamente jurídica deve assentar no facto de a norma do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição, numa leitura atenta, não colocar a função de representação judiciária sob a égide da autonomia.

Com efeito, o preceito dispõe o seguinte: “Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, *com observância do disposto no número seguinte* e nos termos da lei, participar (...)”. Como é no “número seguinte” que se estabelece que o Ministério Público goza de autonomia, deve entender-se que as funções exercidas com autonomia são apenas as que se encontram referidas na segunda parte do n.º 1: participação na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercício da ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defesa da legalidade democrática¹⁹. O legislador da Revisão de 1997 terá entendido que as funções de prossecução concreta de interesses específicos deviam ser exercidas sob a orientação do Governo ou de outros órgãos legitimados para enunciar e concretizar tais interesses,

eloquentemente demonstrada no excuro histórico e comparatístico realizado por J. M. SÉRVULO CORREIA, “A reforma do contencioso administrativo e as funções do Ministério Público”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, págs. 295 e ss..

¹⁶ Criticando, em geral, a manutenção de uma diversidade de funções cometida ao Ministério Público, “susceptível de causar problemas e embaraços”, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 18.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, pág. 153. Para a conciliação entre as funções de representação do Estado e a defesa da legalidade democrática, v. J. M. SÉRVULO CORREIA, “A reforma...”, cit., págs. 316 e ss..

¹⁷ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, III, esp. págs. 194 e ss..

¹⁸ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, cit., pág. 154; ALEXANDRA LEITÃO, “Representação”, cit., págs. 197 e ss..

¹⁹ Embora reconhecendo que a norma constitucional não alarga a autonomia ao desempenho da função de representação do Estado pelo Ministério Público, JOSÉ MANUEL RIBEIRO DE ALMEIDA sublinha a propósito a autonomia funcional ou estatutária do próprio magistrado ao representar o Estado em juízo. O A. aceita, porém, que o magistrado está sujeito neste âmbito a instruções específicas, sublinhando em todo o caso que a *praxis* evidencia a inexistência ou excecionalidade destas (“Diz-me quem te representa...”, cit., págs. 232-233). Sobre o assunto, v. *infra*, no texto. Em geral sobre o conceito e âmbito da autonomia do Ministério Público e dos seus magistrados, v. o nosso *Autonomia do Ministério Público no Novo Estatuto*, SMMP, 2020.

justificando-se por isso que ficassem separadas das restantes funções, sendo estas as únicas exercidas em regime de autonomia plena.

Nenhuma dúvida de constitucionalidade se justifica, por conseguinte, relativamente aos poderes de emanar “instruções de ordem específica” e de autorizar a confissão, transação e desistência, conferidos ao membro do Governo responsável pela justiça nas alíneas a) e b) do artigo 101.º do EMP²⁰. A letra da norma restringe-se às ações cíveis (e aos cada vez mais importantes “procedimentos tendentes à composição extrajudicial de conflitos”²¹), mas tais poderes não podem deixar de existir nos processos do contencioso administrativo em que o Ministério Público assuma a representação do Estado – como é certamente defendido no acórdão. A ausência de semelhante regime no quadro de tais processos contraria objetivamente o plano legislativo e abre, a nosso ver, uma lacuna que deverá ser preenchida pela aplicação analógica das correspondentes normas do dito artigo 101.º do EMP.

9. O âmbito do juízo de inconstitucionalidade

A nota final vai para assinalar um motivo de perplexidade, constituído pela inclusão no objeto do recurso de constitucionalidade de um segmento relativo às ações em que sejam demandados diversos ministérios.

Verificando-se cumulação de pedidos (regularmente) formulados contra diversos ministérios, aplica-se o disposto no n.º 6 do artigo 10.º do CPTA e serão demandados os correspondentes ministérios. Ora, quer se trate de uma ação contra um ministério ou contra vários, o regime de patrocínio judiciário é sempre o mesmo e distingue-se do regime aplicável aos processos em que seja parte o Estado. Concretamente, o patrocínio de cada um dos ministérios cabe a advogado, solicitador ou licenciado em direito ou em solicitadoria com funções de apoio jurídico, nos termos gerais. Não se coloca o problema da representação pelo Ministério Público e do grau de efetividade desta, à luz do disposto no n.º 4 do artigo 25.º do CPTA, porque nessas ações os demandados são os ministérios, e não o Estado.

Logo, não se vislumbra o fundamento para extrair do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição um juízo de inconstitucionalidade com tal âmbito

²⁰ RICARDO PEDRO fala de uma “autonomia flexível” do Ministério Público, que assumiria neste contexto uma natureza meramente técnica: “A representação do Estado pelo Ministério Público”, in CARLA AMADO GOMES/ANA NEVES/TIAGO SERRÃO, *Comentários à Legislação Processual Administrativa*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2020, págs.781-782.

²¹ V. ALEXANDRA LEITÃO, “Representação...”, cit., págs. 204-205.

normativo – é significativo, aliás, que o tema não seja especificamente analisado ao longo do aresto.

Questão diversa – que não foi tratada no acórdão, nem tinha de ser – é a constitucionalidade do regime da exclusão da representação judiciária do Ministério Público resultante da solução dada à cumulação de pedidos no n.º 7 do artigo 10.º (alargamento da legitimidade processual dos ministérios aos pedidos dependentes pelos quais o Estado seria *prima facie* demandado).

III. Conclusões

O Tribunal Constitucional decidiu de forma convincente a questão colocada no recurso de constitucionalidade, julgando inconstitucional, por violação do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição, a norma extraída do n.º 1 do artigo 11.º e do n.º 4 do artigo 25.º do CPTA, segundo a qual a representação judiciária do Estado pelo Ministério Público constitui uma mera possibilidade, cuja efetivação depende de um juízo discricionário do Governo, na sequência de uma citação dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado.

O essencial da argumentação subjacente a tal juízo merece igualmente adesão. Embora a norma do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição não possa ser interpretada como consagrando um monopólio de representação judiciária do Estado a favor do Ministério Público, dispondo o legislador de uma ampla margem de conformação do âmbito e do regime dessa representação, certo é que as leis emanadas nesta matéria devem conter uma densificação mínima dos pressupostos da adoção de soluções diversas para o patrocínio do Estado, não podendo o afastamento, inicial ou subsequente, do Ministério Público resultar de decisões administrativas discricionárias. Sendo a citação dirigida unicamente ao Centro de Competências Jurídicas do Estado, a convocação do Ministério Público para representar o Estado no correspondente processo passou a constituir uma opção discricionária do Governo, sem observância de quaisquer pressupostos ou sequer de fundamentação específica (ao arpejo do regime próprio das matérias de reserva de lei, apesar de o acórdão não eleger como parâmetro da decisão o artigo 165.º). Tal regime conduz ao esvaziamento da função de representação *hoc sensu* do Estado constitucionalmente cometida ao Ministério Público, pelo que afronta diretamente a norma do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição.

Apesar de a capacidade fundamentadora da argumentação aduzida pelo Tribunal Constitucional não ficar afetada em termos relevantes, alguns pontos merecem reservas, designadamente por não identificarem corretamente a

origem histórico-dogmática da restrição imposta ao âmbito da representação judiciária pelo Ministério Público e, conseqüentemente, por aderirem a soluções hoje carecidas de base jus-positiva, como é o caso da limitação do patrocínio do Ministério Público às ações sobre contratos e responsabilidade extracontratual (ambiguamente identificadas com os processos de defesa dos interesses patrimoniais do Estado). As insuficiências da análise da evolução do contencioso administrativo e dos seus reflexos na estrutura dos processos, na legitimidade processual e na representação judiciária do Ministério Público constituem os aspetos menos positivos de um acórdão que atingiu uma decisão convincente na base de uma argumentação globalmente sólida.

Permanecem enigmáticas as razões do alargamento do juízo de inconstitucionalidade ao segmento da norma *sub judice* relativo às ações em que são demandados vários ministérios.