



DIREITO ADMINISTRATIVO I

PROFESSOR DOUTOR PAULO OTERO

APONTAMENTOS POR J. ABREU DE CAMPOS

Sebenta

2017

Aula n.º1 – 18/09/17

A CRP pode ficar refém da ADM. A mais bela norma constitucional pode sempre ser paralisada por uma norma administrativa – tem na sua mão o sucesso ou não da norma antecedente. O DA é a concretização do DC – o momento da verdade é dado pelo DA.

I parte – fundamentos e bases do DA;

II – Organização do DA; - curso de direito administrativo – DFA; MRS e ASM – administrativo geral

III – Normas e regulamentação da Administração – ordenamento administrativo.

DA II – procedimento administrativo.

Teste – 5 de dezembro.

O que é administrar e o que é a administração? Administrar envolve sempre a ideia de planeamento – quem administra estabelece uma linha de conduta, porque administrar é antes de mais uma ação, e é uma ação planificada – pressupõe que existam estruturas de decisão e organização. Administrar pressupõe a existência de um poder. Administrar envolve 3 ideias:

a) atividade;

b) organização;

c) exercício de um poder.

Pelo DA passa a execução das opções primárias. Tem um papel executivo, subordinado – a administração aparece como um poder delegado de outro poder – poder político – atribuído pelo povo – 108º - administrar é um poder subordinado, gestão da causa pública. Administrar pressupõe responsabilização – não há autoridade sem responsabilidade. Existe entre a parede da legalidade – a administração só pode fazer o que a Lei permite – mas por outro está também limitada pela responsabilidade – prestação de contas pelo que fez ou não, de acordo com o necessário, entre a lei que habilita e a necessidade de prestar contas situa-se a ação administrativa.

Vamos tratar da AP. O que diferencia a APrivada da APública:

1- Interesses em causa: privados vs. públicos – em que consiste os interesses públicos? Numa primeira aceção podemos dizer que são os fins que encontram a sua fonte num título jurídico do poder público – só no poder público tem competência para definir os interesses públicas que visam a satisfação de necessidades da colectividade – correspondem ao conceito de bem comum – é um conceito análogo ao de interesse público.

i) O interesse público sendo o critério, o fundamento, o interesse e o limite de toda a ação administrativa pública – entidades públicas prosseguem interesses públicos;

- ii) Podem existir interesses públicos prosseguidos por entidades privadas -as entidades públicas só podem prosseguir interesses públicos; mas há interesses públicos que podem ser prosseguidos por entidades privadas – exercício privado de funções públicas. Ex: concessionários; saber se as entidades privadas que exercem funções públicas fazem parte ou não da administração. Há quem as veja sob o ângulo da PJ – são PC de DPrivado não podem fazer parte da pessoa administrativa pública; ou sob o ângulo do interesse. Ver-se-á adiante.
- iii) Interesses privados prosseguidos por entidades privadas ou de natureza cooperativa, a quem a OJ reconhece uma relevância social e pública nesses interesses privados o que justifica que se atribua utilidade pública administrativa – reconhece- lhes interesse público. São privados quanto aos fins e à entidade mas há um reconhecimento da ordem jurídica que lhes atribui essa relevância pública. Ex: IPSS; Bombeiros Voluntários; Misericórdias. Fazem ou não parte da AP? Ver-se-á à posteriori

Nem sempre é fácil a fronteira entre a APrivada e a Apública.

Critérios de distinção:

- 1) Critério teleológico – a APrivada procura interesses privados; a Apública procura interesses públicos;
- 2) Ordenamento Regulador – a atividade da Aprivada é regulado pelo Dprivado e a Apública pelo DA, tendencialmente;
- 3) Princípio da legalidade/competência v. Princípio da Liberdade. Como é que isto se materializa?

A atuação privada, a administração privada rege-se por um princípio de liberdade, decorrente da autonomia privada – é lícito tudo o que não é proibido. Cada PC privada pode fazer tudo o que a OJ não proíbe. Em DA a lógica é exatamente inversa – só é possível fazer aquilo que a Lei permite – no silêncio da Lei, a Adm não pode agir, só pode fazer aquilo que a Lei lhe atribui como competência taxativa. Só é lícito o que é permitido. A Administração está sempre vinculada à Lei. Se a Lei não permitir só há uma opção – nada fazer.

- 4) Desvalores regra – o desvalor regra é a anulabilidade – o silêncio da lei equivale a considerar que o desvalor é a anulabilidade – a nulidade é exceção. Se a administração executar algo contra a Lei e a anulabilidade não é arguida, sucede a consolidação do ato?;
- 5) Tribunais competentes – Apública – tribunais cíveis; Aprivada – tribunais administrativos.

O legislador tem a liberdade, nos termos da CRP, de definir a fronteira entre as necessidades coletivas satisfeitas pelo setor público ou privado – o legislador tem nas mãos a possibilidade de definir as fronteiras entre a atividade privada ou pública – privatizações ou nacionalizações. A fronteira entre a Apública e a Aprivada é uma fronteira flexível dentro do quadro da constituição e obedece a opções políticas. Pode discutir-se se são opções internas ou pela EU. Há zonas mistas – contratos de associação das escolas; saúde – PPP's da saúde – a estrutura é pública mas a gestão é atribuída a uma

entidade privada – direito de propriedade v. direito de gestão. Ensino Universitário – princípio da subsidiariedade da intervenção monetária do estado.

O direito que regula a administração é sempre o DA ou não? Deve falar-se em DA ou em Direito da Administração pública:

- i) Historicamente, sempre existiu, desde o tempo do direito romano, sempre existiram normas que definiam a organização dos ofícios públicos – de quem podia decidir determinadas matérias – as normas que definem a organização do poder são normas materialmente administrativas – o direito administrativo é inerente à existência do estado;
- ii) Foi com a RF que surgiu o DA, até lá a ideia era que existiam normas que regulavam as relações entre o poder e os cidadãos que era o mesmo que regulava as relações entre cidadãos – não havia privado v. público. A RF vem criar um direito próprio do poder político – o direito comum não deveria ser aplicado aos revolucionários – foi criada esta engenharia jurídica – para os franceses na sequência da RF, julgar a administração ainda é administrar então não podem ser os tribunais a julgar os atos da administração! Quem julga? Cabe aos próprios administradores julgarem-se a si mesmos, para os revolucionários. Quem julga a administração não são os tribunais do poder judicial mas são órgãos da própria administração, em França – é o conselho de Estado que vai criar um direito próprio para regular a administração – mata com dois tiros a separação dos poderes – com o afastamento do poder judicial - o Direito Administrativo surge pela administração e julgado pela administração. O direito administrativo surge para diminuir o direito dos cidadãos – passa a ter um direito de privilégios e prerrogativas; deixam de estar submetidos a um poder imparcial para estarem submetidos ao direito da própria administração – o DA vive para libertar-se deste modelo. No séc. XX a administração foge para o DPrivado, não para recuperar a igualdade mas para fugir às vinculações que foram sendo criadas – é um mecanismo evasivo da administração para ter uma maior tutela e controlo sob a gestão – a luta contra os privilégios e imunidades da Apública – é um campo de batalha entre as prerrogativas de autoridade da Administração sempre justificadas em função do interesse e os direitos dos cidadãos.

--- ANOTAÇÕES DO AUTOR---

Administrar significa etimologicamente servir alguma coisa ou ir numa direção subordinado a algo. A noção alemã *Verwaltung* pressupõe ainda uma noção genérica de exercício de poder – administrar é *ver*¹- levar a efeito, conduzir ou realizar algo.

Administrar comporta três ideias nucleares:

- 1) Ação – agir – administrar envolve decisão;

¹ No alemão, prefixo – “ir em frente”.

JOÃO ABREU DE CAMPOS

- 2) Rumo- administrar é agir direcionado a um fim ou propósito – pressupõe planeamento e racionalização da afetação de meios a determinados objetivos ou metas;
- 3) Subordinação – administrar é servir interesses alheios – é um agir que não goza de autonomia primária na definição dos meios de ação nem dos fins a alcançar.

Administrar pressupõe assim, tendo em conta os fins, correspondentes a interesses externos aos administradores -alheios, consubstancia uma gestão de recursos, que deverão ser alocados para a satisfação dos ditos interesses.

Administrar comporta, neste sentido:

- i) A consideração de que se trata de uma tarefa humana inserida numa organização – há um preenchimento estrutural – a administração baseia-se na pessoa humana e sua atividade, satisfação dos seus interesses e completude cabal do espírito da gestão em causa;
- ii) Envolve a gestão de recursos para a satisfação de interesses – materiais, financeiros, humanos; comportando um planeamento – definição de uma estratégia; organização – disposição dos meios de forma eficiente para atingir os propósitos definidos; conformação – intervenção sobre a realidade existente, transformando-a; controlo – fiscalização da ação; informação – comunicação;
- iii) Servir interesses distintos da pessoa que administra.

No ato da administração, existe um plano superior ao da administração enquanto entidade que gere a causa pública ou de interesse alheio – é o titular desses interesses, dos quais a gestão está em causa. Há um vínculo entre as pessoas que serão servidas pela atividade de administrar e a administração – existe uma **PREVALÊNCIA FUNCIONAL e DECISÓRIA** do dono ou titular dos interesses face à administração – quem colhe a ação administrativa controla a execução do ato, pelo facto de ser o legítimo titular do interesse e conexamente das expectativas jurídicas.

- i) Administrar é uma atividade delegada ou habilitada pelo titular último dos interesses – a administração o serve os interesses, logo é uma atividade delegada dos titulares dos interesses;
- ii) É uma atividade subordinada – o ato depende do interesse em causa;
- iii) Pressupõe responsabilidade da ação administrativa.

É um cumprimento de uma obrigação – a obrigação de cumprir o plano e cumprir os pressupostos dos interesses.

A satisfação de necessidades coletivas – interesses públicos *erga omnes*, a cargo da Administração Pública, mostra-se passível nos termos dos parâmetros constitucionais – 266º/2 CRP – de se mover no âmbito da liberdade conformadora do legislador – em função das diferentes fronteiras que são criadas e definidas pelo GOVERNO consoante o

interesse em causa. Assim, a satisfação dos interesses pode ocorrer em sede de fluxos migratórios entre a administração pública ou privada, consoante a determinação atribuída. Daí resultam as PPP's, as nacionalizações ou privatizações – note-se que foi constitucionalmente revogada o princípio geral da nacionalização, constante na CRP de 1976, v.g. original.

Aula 2 – 19/09/17

A estrutura organizativa da administração é uma realidade tão antiga quanto à existência do Estado e do aparelho desse mesmo estado. Foi com a RF que, no caso da Europa continental, que se assistiu à génese de um novo direito administrativo com um entendimento estranho da separação de poderes. Se julgar a administração também é administrar, então os tribunais judiciais não podem praticar o ato administrativo – feito pelo conselho de estado francês – que criou o direito que justificasse as provocativas de autoridade da administração.

No séc. XX, chegou-se à conclusão que haviam limites e restrições à administração. Vai fugindo para o direito privado. Esta fuga não é para tratar os particulares com igualdade mas para fugir às vinculações a que estava limitada. A administração só pode fazer o que a Lei permite – princípio de legalidade e competência – enquanto que no direito privado se verifica o princípio da liberdade em maior exegese. Procura (des)limitar as normatizações.

No novo paradigma verificam duas situações: A primeira particularidade é de que as normas constitucionais sobre direitos fundamentais vinculam toda a ação administrativa regida pelo DA ou pelo Dprivado – 18º/1.

A segunda particularidade, nomeadamente o Art. 266º/2, que vinculam todo o direito administrativo e privado, no que concerne à ação da administração. O direito privado que a administração aplica não é igual ao direito privado aplicado inter primus – há uma publicização e administrabilização – resultante do Art. 18º/1 e Art. 266º/2. Deve falar-se em DA ou em Direito da Administração Pública? Nem todo o direito que regula a administração pública é direito administrativo.

Como é que se relaciona o DA com a Administração pública?

- 1) O DA é um dos ordenamentos reguladores da Adm pública;
- 2) A Admn pública não esgota a sua regulação no DA, pois também o direito privado, penal, processual, etc, podem reger à ação administrativa;
- 3) O DA não é o único mas é o direito típico e comum da adm pública – é o direito normalmente regulador do exercício da função administrativa. No silêncio da lei aplica-se o direito administrativo. Podemos dizer que há uma reserva constitucional de direito administrativo – há matérias que pela constituição nunca podem ser regidas pelo direito privado – são matérias do núcleo essencial do direito administrativo, por força da Lei fundamental.

Quais são os traços que identificam o DA?

JOÃO ABREU DE CAMPOS

- 1- O DA atribui poderes de autoridade à administração – a administração não pode exercer poderes de autoridade sem competência atribuída;
- 2- O DA atribui posições jurídicas ativas de vantagem aos cidadãos perante a administração – TENSÃO ENTRE PRERROGATIVAS DE AUTORIDADE E DIREITOS DOS CIDADÃOS;
- 3- Todos os poderes de autoridade estão sujeitos ao princípio da juridicidade – da subordinação ao direito – todos os poderes da administração estão sempre subordinados ao direito ordinário (princípio da legalidade); ao direito constitucional (princípio da constitucionalidade). Todos os poderes e ações administrativos estão sujeitos a fiscalização judicial, já que estão subordinados à juridicidade;
- 4- A centralidade do poder executivo – a centralidade do órgão superior do poder executivo – o GOVERNO;
- 5- O DA português é um direito que sofreu forte influência francesa mas que nas últimas décadas tem sido permeável à influência alemã e do direito da EU.

Quais são os conceitos nucleares do DA?

Vocabulário da Administração:

- 1) Interesse público;
- 2) Vinculação;
- 3) Responsabilidade

Vocabulário dos particulares em relação:

- 4) Relação administrativa;
- 5) Pretensão;
- 6) Garantias.

1 – Interesse público – Fim ou dimensão teleológica do agir administrativo. O interesse público identifica-se com o bem comum. Naturalmente, há uma pluralidade de configurações e concretizações sobre o que é o bem comum – tem uma dimensão política. Há quatro níveis de definição:

- i) Pela CRP;
- ii) Por entidades exteriores ao estado – EU;
- iii) Pelo legislador;
- iv) Pela Administração – por regulamentos – geral e abstratamente – ou com decisões concretas.

Sublinhe-se que o interesse público integra em si o resultado da dignidade da pessoa humana. Com base neste entendimento, não há prossecução legítima do interesse público com sacrifício do núcleo da dignidade humana. Como se concretiza?

- a) Há quem diga que a dignidade nunca prevalece sobre qualquer interesse da coletividade – são as concepções totalitárias;

- b) FREITAS DO AMARAL – Art. 266º - a administração visa a prossecução do interesse público no respeito pelas posições jurídicas subjetivas do cidadão;
- c) PAULO OTERO – primado da dignidade humana – o 266º/1 não pode ser lido sem o Art. 1º. Exemplos:
 - i) A Lei de defesa alemã previa que um avião usado por terroristas que as autoridades pudessem abater o avião. O tribunal constitucional alemão decidiu que o valor da vida, sendo igual, não possibilitava o abater do avião.
 - ii) Dia do júízo final – tortura em função do interesse público – valerá tudo? Os fins justificam os meios? A conceção personalista diz-nos que não.

Trata-se da ponderação da dignidade humana no exercício da prossecução do bem comum. O interesse público não é só o fim, é também o limite do agir administrativo. A administração não pode prosseguir outros interesses que não sejam públicos, age contra a lei e comete crimes. A administração deve prosseguir da melhor forma possível o interesse público. A administração deve preferir aquela que melhor atinge e melhor satisfaz o interesse público – DEVER DE BOA ADMINISTRAÇÃO – princípio da eficiência e bom andamento da administração.

Não é fácil determinar qual é o interesse público ou quando é que há um interesse público subjacente à ação. Porque o interesse público pode ter uma dimensão temporal. Ex: será legítimo que os cidadãos que hoje estão reformados possam ter pensões milionárias que sacrifiquem as gerações futuras?

Há diferentes vias de formar o interesse público. Mas as RA têm visões diferentes, cada autarquia, cada Universidade pública, etc, terão visões diferentes – há uma pluralidade de entidades chamadas a definir o interesse público. Há hoje o interesse público nacional e o transnacional. Só dificilmente é que é possível satisfazer e agradar a todos os envolvidos. A consequência é que para implementar o interesse público há mais conflitualidade – a entidade A prefere a solução x, a entidade B prefere a Y, etc – levam a litígios de natureza jurisdicional – com uma particularidade, cada um procura reivindicar na CRP argumentos para justificar a sua definição de interesse público. Ademais, na prossecução do interesse público cruzam interesses privados – a expropriação – cria-se novo conflito. O interesse público é fonte de uma complexidade do agir administrativo. A administração ao decidir vai ter que pesar e balancear o interesse que deve prevalecer. Se a administração decide a favor de A, há sempre alguém desagradoado, o que leva a ação jurisdicional.

- 2- Vinculação – é o parâmetro que a administração tem que seguir e respeitar nas suas decisões.
 - i) Competência - Quem decide tem que ter competência para decidir – é a expressão da primeira vinculação;
 - ii) Procedimento e forma de decisão – para se decidir tem que existir um caminho – é o caminho consagrado pela Lei;
 - iii) Conteúdo material da decisão – não basta o respeito pelas formas e formalidades ou a atribuição de competência – o objeto da decisão tem de ser materialmente conforme o direito aplicável – o objeto tem de ser conforme com a parametricidade da decisão;

JOÃO ABREU DE CAMPOS

- iv) A Administração não pode prosseguir fins diferentes face aos quais a lei estipulou – o fim do agente não pode ser contrário ao fim estabelecido por lei – seria um desvirtuar ilegal e inválido da permeabilidade da atuação administrativa;
- v) A vinculação a regras é mais rígida e absoluta – ou são cumpridas ou não; diferente dos princípios face aos quais existe uma maior flexibilidade. Não exclui que existam áreas de discricionariedade – faculdade que a administração tem de escolher entre várias condutas possíveis. Ex: A Lei diz é possível conceder subsídios às empresas que representem Fernando Pessoa, até 2000€ - há várias vinculações normativas – DISCRICIONARIEDADE ADMINSTRATIVA;
- vi) Pode ser uma vinculação um juízo de legalidade – foi respeitada a norma; ou um juízo de mérito – essa solução foi a melhor? Está em causa o mérito e não a legalidade, atende-se à oportunidade e conveniência da decisão.

Há uma pluralidade de fontes de vinculação. Há vinculações não jurídicas – ética, normas técnico-científicas, de trato social. Também os factos podem vincular através do uso, costume e precedente, da ação administrativa.

O ordenamento jurídico regulador da Administração Pública define os termos da ação administrativa, que deriva da prossecução inerente do interesse público – sendo tipologicamente definida a normatividade vinculativa (com atribuição de competência legal, sem a qual a administração tem o seu expediente ativo de ação vedado – a resposta deverá ser a inação) e os modos de efetivar responsabilidade do agir e da administração:

- i) O direito da AP é o ordenamento regulador do interesse público, no âmbito da atividade administrativa;
- ii) O direito da AP integra normas definidoras da vinculação administrativa;
- iii) O direito da AP comporta a normatividade definidora dos mecanismos de responsabilização do agir normativo.

A norma jurídica habilita ao exercício da competência. Sem esta, no quadro de reserva de competência e legalidade, a administração está impedida de agir. A ação, em contrassenso com a competência não determina acarreta, regra geral a anulabilidade (carente de arguição) do ato, por ilegalidade – vai contra a Lei, já que esta não atribui competência – princípio geral em DA: *É lícito fazer o que a lei prevê e para tal atribua competência*. Inverso ao princípio do direito privado, inclusive o Direito da Administração Privada, em sede privatística (que não prossiga interesses públicos).

Aula N.º 3 – 25/09/17

A ADM Pública caracteriza-se em três expressões: interesse público; vinculação e responsabilidade.

Tínhamos dito que a ADM estava vinculada a normas jurídicas, que poderia ser mais rígida no caso de regras jurídicas e mais flexível no caso de princípios jurídicos. Também dissemos que a factualidade era elemento da vinculação. Importa sublinhar que a violação

da vinculação, os casos em que age em sentido contrário à vinculação pode acolher várias respostas:

- i) Resposta típica – invalidade – que pode ser oriunda de uma desconformidade com uma norma da CRP (Inconstitucionalidade); pode ser oriunda de uma desconformidade com a Lei (ilegalidade);
- ii) Ilicitude – há um ato deliberado, com perfeita cognoscibilidade, a defraudação e violação da ordem jurídica – é sempre uma forma de invalidar, mas nem toda a invalidade é uma ilicitude – podem haver violações da ordem jurídica não intencionais, o que poderá levar a discutir à manutenção da eficácia e oponibilidade do ato administrativo – pode resultar de meros erros de direito. Toda a ilicitude, é uma forma de invalidade, mas nem toda a invalidade se reconduz a uma vontade de violação da ordem jurídica, daí nem toda se consubstanciar em invalidade;
- iii) Há casos em que a Ordem jurídica, prevê a manutenção da eficácia – mera irregularidade, há invalidade não intencional e cuja eficácia sobrepõe-se à desconformidade legal;
- iv) Fraude à Lei – pode dizer-se que é a violação da legalidade feita com inteligência, cumpre-se formalmente o preceito, mas materialmente atenta-se contra o seu espírito e conteúdo.

Há respostas diferentes à invalidade².

Analise-se o valor da responsabilidade. Tem como fundamento o princípio democrático – quem governa tem que prestar contas, tem que ser responsabilizado – a ideia da responsabilidade é um corolário do princípio republicano – existência para o bem comum que pressupõe resposta e justificação. Pressupõe ainda respeito ao direito e à soberania. A responsabilidade pode ter que ver com um juízo de legalidade – aferição do cumprimento da Lei – ou ainda um juízo de mérito – conveniência e oportunidade da decisão. A pergunta não é se a Lei foi respeitada, mas antes se a decisão foi feita na altura certa e se foi ou não o mais idóneo para o interesse público. Os tribunais não podem reconhecer o mérito – em nome do princípio da separação de poderes – há reserva da administração e dos órgãos políticos.

Assim a responsabilidade da administração conhece 7 princípios:

- 1) A responsabilidade política – os órgãos administrativos são responsáveis politicamente. Ou pode existir uma responsabilidade política concentrada – GOV é responsável perante a AR; etc; Responsabilidade política difusa – perante a opinião pública;
- 2) Responsabilidade contenciosa – resposta nos tribunais- podem arguir os lesados, interessados, as partes prejudicadas pela decisão administrativa e o Ministério Público, e a administração é responsável perante os tribunais. Se o tribunal emite uma decisão e administração não acata incorre em crime de desobediência;
- 3) Responsabilidade civil – quem causa um prejuízo deve indemnizar -se a administração no seu agir lesou alguém, não sendo possível a restituição natural, deve haver compensação em espécie;

² JOÃO ABREU DE CAMPOS, *Da dogmática geral da mera irregularidade*, 2017

- 4) Responsabilidade criminal – há condutas que são ilícitas em termos criminais – algumas são condutas específicas de um funcionário público – Suborno;
- 5) Responsabilidade disciplinar – ocorre desde o início da função até à cessação do vínculo – incide sobre a pessoa do titular, no âmbito das funções;
- 6) Responsabilidade financeira – quem gere dinheiros públicos está especialmente onerado e tem de prestar culpas em duas entidades diferentes. Pode ser objeto de responsabilidade monetária civil e criminal;
- 7) Responsabilidade internacional e europeia – pode ou não a SI aplicar sanções à NK?

A responsabilidade pode ser intrínseca à administração ou exterior – feita em via judicial ou política.

Conclui-se assim o vocabulário da administração. Entramos no vocabulário dos administrados – dos particulares.

Chame-se à atenção que as normas jurídicas têm esta particularidade – ao mesmo tempo que criam vinculações para a ADM atribuem direitos aos particulares – a oneração da adm pode constituir direito subjetivo do administrados. Muitas das normas de DAM são suscetíveis de subjetização. E, essas posições jurídicas podem ser de defesa ou de proteção.

ANOTAÇÕES

4 § - VOCABULÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1. § Terminologia funcional

4.1.1 - A AP encontra o seu vocabulário funcional em três conceitos centrais:

- a) Interesse público;
- b) Vinculação;
- c) Responsabilidade.

O mesmo quer dizer que a ação administrativa pública ou a atuação de uma entidade administrativa pública³ opera segundo as três ordens de razão enunciadas – perante o interesse público, segundo vinculações diversas, sendo sempre a administração responsável pela sua atuação no âmbito das vinculações a que está submetida para a prossecução de um interesse (público)⁴.

4.1.2 – O interesse público é o critério operativo-funcional chave que rege toda a atividade administrativa e que, por consequência, é instrumental em sede de Direito Administrativo, dada a orientação teleológica da administração à prossecução do dito interesse público.

³ De notar a diferença entre administração pública e privada, em função do âmbito de atuação e da égide da reserva de legalidade e competência, a primeira, e em alternativa, a segunda sob um domínio genérico de autonomia privada, sendo licito tudo o que não é legal e taxativamente impedido

⁴ De notar que a atuação administrativa pressupõe sempre um a) agir; b) rumo/plano; c) subordinação; motivo pelo qual a ação da administração, concretamente da pública é sempre orientada teleologicamente, sendo esse o seu fundamento genésico, em função do interesse público.

4.1.3 – A vinculação revela os parâmetros normativos da conformidade orgânica, isto é, traduz-se na normatividade a que está sujeita a formulação e exteriorização da vontade dos órgãos administrativos, que atuam em função de um interesse, público, trata-se do enquadramento procedimental- formal em que é exercida a ação da administração;

4.1.4 – A responsabilidade é um corolário derivado da vinculação genérica a que todo o agente administrativo está sujeito – proporciona o controlo e a verificação dos resultados e/ou efeitos da atuação administrativa, aferindo o efetivo respeito das vinculações no exercício da afetação de meios para a satisfação do interesse público – cerne da atuação administrativa. A administração tem sempre que prestar contas pela sua ação pois serve a coletividade, que delega nela a soberania do poder político – Art. 108º da CRP – sendo o poder político a alocação de meios para satisfação de fins e necessidades da coletividade- motivo pelo qual a ADM responde perante o povo, seja diretamente ou em sede judicial, como exercício de soberania delegada.

4.1.5 – O Direito Administrativo, ou direito da Administração pública normatiza os termos e condições de relevância afetos ao interesse público, o conteúdo da normatividade vinculativa (ou seja quais as subordinações/vinculações legais ou constitucionais) e a efetivação/concretização da responsabilidade – define os mecanismos de responsabilização da administração para com os cidadãos, integra e sistematiza as normas que heterovinculam a atuação da administração.

Há então que concretizar e densificar os conceitos operativos e funcionais da Administração pública, enquanto vocabulários chave da atuação administrativa, na posição dos administradores – daí se tratarem de vocabulários específicos da administração.

4.2. – INTERESSE PÚBLICO

- a) Quanto ao INTERESSE PÚBLICO, este conceito lato é reconduzível, ainda que de um modo um pouco étéreo, ao conjunto das necessidades coletivas que gozam de projeção política, ou seja, que acolhem junto do poder político tutela e especial cuidado e zelo, traduzindo-se comumente no bem comum. O bem comum é um bem maior, um interesse de todos, algo de utilidade universal ao comum dos cidadãos, que visam justiça procurando a satisfação de necessidades comuns entre todos. Este conceito, comporta deste modo, pela sua dimensão excessivamente lata e isotérica, visões diferentes relativas à articulação dirimente do interesse particular com o geral:
 - i) Numa primeira aceção, o bem individual encontrar-se-á subordinado ao bem comum – o interesse coletivo é prevalecente sobre a autotutela privada;
 - ii) Noutra, entende-se que existem bens privados que são prevalecentes sobre o bem comum;
 - iii) Sendo a última conceção uma mais integrativa e modeladora, que considera que o bem privado ou particular se integra no bem comum, na medida em que quem busca o bem de todos, acaba por procurar de igual forma o seu.

No entanto, será de relevar a ressalva de que o bem comum não pode ser considerado estritamente como a “mera soma dos interesses privados”, nem tão pouco será dogmaticamente possível aceitar que o que seja melhor para o indivíduo privado seja simultaneamente benéfico para a comunidade – o interesse não encontra muitas vezes correspondência privatística em consonância com um domínio publicista ou coletivo.

O interesse público consubstancia aspirações e necessidades de uma pluralidade de sujeitos, que são consideradas de forma transcendente e tangencial às suas componentes singulares; este interesse ou bem comum tem sempre de realizar uma hierarquia axiológica, como forma de articular os interesses privados com os públicos quando estes não sejam necessariamente iguais ou correspondentes – traduzindo-se sempre num respeito, segundo o professor PAULO OTERO, pela dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais. Segundo a aplicabilidade direta – 18º/1 da CRP e do Art. 266º/2, a administração está diretamente subordinada ao respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana, nunca, ainda que invocando razões de “pretensão superior interesse” da coletividade – há limitações imperativas, taxativas constitucionais à prossecução do interesse público. O bem comum envolve o respeito pela visão humanista constitucional, plasmada pelo respeito dos direitos e deveres fundamentais.

A prossecução deste interesse público tem o seu fundamento genésico na delegação estabelecida pelo povo – há uma tutela delegada – da soberania do povo – Art. 108º - no poder político e na administração – para uma melhor eficiente alocação de recursos para a satisfação de necessidades e alcance os fins de interesse coletivo.

O bem comum ou interesse público é o critério operativo funcional – é o critério primário da ação governamental – a vinculação ao interesse é estabelecida no Art. 266º/1 da CRP – EXIGÊNCIA DE ÉTICA NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.

A noção e definição político- administrativa está sujeita a contínuas mudanças – em função da mutabilidade do paradigma social.

A determinação política do interesse público, tem o seu alicerce no paradigma constitucional – o princípio democrático pauta a determinação do interesse público, competindo à administração central – GOVERNO (Art. 199º CRP) a definição dos interesses públicos primários, prioritários e os secundários⁵. O legislador é como diz o Prof. PAULO OTERO, chamado a configurar o interesse – há interesses definidos fora da ADM e dentro dela; os interesses secundários são na verdade derivações especificadas dos interesses primários, sendo definidos pela própria ADM, segundo o princípio genérico de eficiência. A definição do interesse público encontra sempre o seu fundamento num título jurídico – baseado na reserva de legalidade e constitucionalidade – tem que existir atribuições competenciais para a atuação administrativa como expressão da prossecução de um interesse. A ADM está subordinada a um princípio da MAXIMA EFECTIVIDADE e EFICIÊNCIA como melhor método para maior satisfação do interesse, como respeito pelo corolário do princípio democrático.

⁵ Ouvindo o povo, através das eleições e da responsabilidade política difusa, o GOVERNO, com auxílio fiscalizador da AR, define quais os interesses públicos específicos primários ou secundários.

O interesse comum, no âmbito desisório, sendo plural, pauta-se com conflitos intergeracionais – ver livro – 71. CONFLITOS DE INTERESSES E GÊNESE DIFERENTE ENTRE OS MESMOS.

4.3. VINCULAÇÃO

- b) Quanto à VINCULAÇÃO, enquanto vocabulário intrínseco à administração pública, verificamos que a AP não goza do princípio da autonomia privada, enquanto expressão de uma não liberdade genérica da ação – trata-se do oposto, um exercício ou agir vinculado, normatizado, baseado numa reserva de legalidade e constitucionalidade. A ação administrativa encontra-se assim subordinada a pautas e conjuntos normativos de conduta que são as regras (constitucionais e legais – CPA) a que deve obedecer para fundamentar a legítima atuação. Esta vinculação exerce-se através:
- i) Fixação da competência das suas estruturas;
 - ii) Os termos do procedimento, isto é, como se desenrola e materializa o agir administrativo, a forma, o método como são tomadas as decisões;
 - iii) O conteúdo específico-material da atuação – o ato administrativo em si é vinculativo da administração – não pode a administração fazer mais do que o que é materialmente possível;
 - iv) Os fins da conduta – os fins do ato vinculam a gênese do mesmo.

Todos os órgãos da administração pública estão vinculados e subordinados à CRP e à lei – VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE.

A AP conhece, todavia, diferentes níveis de subordinação à juridicidade – fala-se assim de uma diversidade de vinculações, entre a juridicidade e a boa administração:

- i) Pode tratar-se de uma vinculação absoluta e rígida, quando é oriunda da égide de regras jurídicas – solução do tudo ou nada, traduzindo-se na certeza, segurança e previsibilidade decisória administrativa;
- ii) Pode ser relativa ou flexível – parâmetro subordinante princípios jurídicos – soluções de ponderação ou balanceamento entre diferentes princípios concorrentes – há uma abertura decisória pelo caráter mais lato e menos taxativo em relação ao contexto das normas.

Em função da diferenciação da subordinação à juridicidade, relativa a circunstância de existirem regras ou princípios vinculativos, encontramos graus distintos na violação dessa mesma juridicidade – tal reflete-se na previsibilidade do conteúdo decisório de eventual intervenção judicial. A discricionariedade administrativa, isto é o expediente pelo qual é possível à administração, num quadro de efetivação da juridicidade e concretização dogmática da mesma, decidir perante uma plenipotência plural de opções de conduta, estará heterolimitada pelo grau de vinculação da regulação atribuída – normas/regras (rígidos) v. princípios (flexíveis) – o grau de discricionariedade e o espaço de liberdade decisória será maior. A implementação administrativa das decisões judiciais está limitada pelos recursos. Da mesma forma a execução das vinculações constitucionais está refém da possibilidade de ação da ADM Pública.

Será ainda de reconhecer um princípio geral vinculativo de todo o agir administrativo de “boa ou ótima administração”, constitucionalmente tutelado – 266º/1 e 2 – princípio de eficiência; a boa administração envolve assim uma remissão de critérios ou pautas da decisão para normas não jurídicas – avaliação pecuniária – não é admissível uma postura de indiferença, há um dever jurídico genérico de zelo e cuidado, como forma de prossecução do bem público. A análise da verificação do cumprimento da vinculação na génese da conduta administrativa, isto é a avaliação se a conduta respeita ou não a conformidade a que está heterovinculada, é estabelecida através de:

- a) Juízo de legalidade – que se traduz numa avaliação da conformidade jurídica da conduta administrativa com a juridicidade heterovinculativa – isto é, correspondente a avaliação sobre o cumprimento da Lei no enquadramento da circunstância do agir administrativo – é feito, quer pela Administração, segundo autotutela, que pode fiscalizar os moldes e parâmetros do agir desta mesma, segundo a sua própria autovinculação (ex: Regulamentos) e pelos tribunais – ação judicial;
- b) Juízo de mérito – traduz-se na avaliação da conveniência, oportunidade e eficiência da decisão, convocando mecanismos de análise extrajurídicos – a falta de mérito conduz a ilegalidade indireta, pela não concretização do princípio da boa administração, todavia, a falta de sanção e a latitude da génese do princípio determinam a irrelevância deste aspeto.

Sendo a ação administrativa vinculada a regras e princípios diversos (JURIDICIDADE EM REDE – pluralidade de fontes, sociais, internacionais, A FACTUALIDADE - PRECEDENTES e USOS) queda saber- se o que sucede quando há um desrespeito por tal vinculação. O incumprimento das vinculações por parte da administração gera:

- i) Inconstitucionalidade – material ou formal quando são violados clausulados constitucionais, normas escritas e positivadas, ou surgindo uma inconstitucionalidade por omissão, nomeadamente na não concretização do princípio da boa administração, derivado do Art. 266º/2;
- ii) Ilegalidade – expressão de um agir administrativo objetivamente desconforme com a legalidade – ou seja, a ação administrativa é realizada contra a lei, há uma desconformidade contra a juridicidade ordinária, podendo verificar-se:
 - a) Uma violação direta e grave da normatividade – a administração faz o que a lei taxativamente proíbe ou deixa de fazer algo que a Lei imponha – ilegalidade *tout court*;
 - b) Uma violação indireta, maliciosa ou enviesada – respeita-se a normatividade da Lei mas para alcançar um propósito por ela vedado;
- iii) Ilícitude – um ato intencional por parte da administração que é manifestamente desenvolvido em termos dolosos ou negligentes, contrário à juridicidade.

Nem toda a ilegalidade ou inconstitucionalidade do agir administrativo se reconduzem em ilicitude – apesar de violarem sempre a juridicidade, todavia pode não existir dolo ou negligência na ação administrativa, pode existir mero erro, de facto ou de direito.

A desvalorização jurídica atribuída ao incumprimento da parametricidade vinculativa a que a Administração está subordinada é de grande importância, pois permite-nos perceber

qual a consequência ou efeito jurídico – validade e eficácia do ato, produz efeitos, ou invalidade e ineficácia (não produz efeitos), ou invalidade e eficácia (que só ocorre quando se verifica a existência de um ato meramente irregular, produzindo efeitos). Queda a verificação da ilegalidade ou inconstitucionalidade, aferida em sede própria administrativa, ou, quando em consciência da mesma, o agir é (re)confirmado, então a situação antecedente que poderia ser um mero erro processual *converte-se* em ilicitude do agir, pois, para efeitos de prova, verifica-se a intencionalidade da conduta antijurídica da administração. Todo o ato antijurídico é inválido.

A invalidade pode ser:

- a) Originária ou própria – quando a conduta administrativa é em si, inválida, ainda que tendo origem numa norma que é válida – ou seja, faz-se o contrário ou mais do que a norma permite;
- b) Consequente ou derivada – quando a conduta se limita a aplicar uma norma inválida.

Nem toda a ilegalidade ou inconstitucionalidade do agir administrativo se reconduzem em ilicitude – apesar de violarem sempre a juridicidade, todavia pode não existir dolo ou negligência na ação administrativa, pode existir mero erro, de facto ou de direito.

A desvalorização jurídica atribuída ao incumprimento da parametricidade vinculativa a que a Administração está subordinada é de grande importância, pois permite-nos perceber qual a consequência ou efeito jurídico – validade e eficácia do ato, produz efeitos, ou invalidade e ineficácia (não produz efeitos), ou invalidade e eficácia (que só ocorre quando se verifica a existência de um ato meramente irregular, produzindo efeitos). Queda a verificação da ilegalidade ou inconstitucionalidade, aferida em sede própria administrativa, ou, quando em consciência da mesma, o agir é (re)confirmado, então a situação antecedente que poderia ser um mero erro processual *converte-se* em ilicitude do agir, pois, para efeitos de prova, verifica-se a intencionalidade da conduta antijurídica da administração. Todo o ato antijurídico é inválido.

A invalidade pode ser:

- a) Originária ou própria – quando a conduta administrativa é em si, inválida, ainda que tendo origem numa norma que é válida – ou seja, faz-se o contrário ou mais do que a norma permite;
- b) Consequente ou derivada – quando a conduta se limita a aplicar uma norma inválida.

A invalidade da conduta adm. acarreta diferentes desvalores jurídicos – consequências diferentes, atribuídas pela ordem jurídica, nomeadamente do que consta da possível eficácia ou não do ato adm. inválido:

Desvalor-regra – ANULABILIDADE – 287º CC – arguição em sede jurisdicional pelas partes interessadas segundo um requisito legal temporal – OS ATOS VIOLADORES DE NORMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO têm como desvalor a ANULABILIDADE;

Os atos contrários a NORMAS DE DIREITO PRIVADO – NULIDADE – oficiosa, não necessário arguir – direito privado – nulidade; direito público – anulabilidade (em função dos interessados).

GARANTIA DA VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA À NORMATIVIDADE reside nos TRIBUNAIS. A ADM pode ser demandada ou impedida judicialmente – corolário da separação e interdependência de poderes – Art. 111º CRP e derivado do Arts. 202º e 203º CRP.

4.4. RESPONSABILIDADE – A responsabilidade na Administração Pública, envolve a obrigação *lato sensu* de prestar contas das suas ações e/ou omissões, na medida em que a atuação administrativa corresponde a um *poder funcional outorgado ou delegado*⁶, motivo pelo qual quem administra, fazendo a gestão de interesses alheios, tem de responder perante o titular ou legítimo dono desses interesses – já que há um poder delegado – o povo delega, por exemplo, no GOVERNO, enquanto órgão constitucional, a sua soberania decisória nas opções políticas primárias da gestão da causa pública – motivo pelo qual se identifica que como corolário da delegação estabelecida, surge a responsabilidade dos titulares do funcionalismo potestativo perante os legítimos titulares do interesse perseguido no âmbito do exercício da gestão pública. Estando a Administração vinculada a uma juridicidade constitucional e paramétrico-legal, a responsabilidade (civil, criminal, política, disciplinar, financeira, internacional e europeia, contenciosa) é o mecanismo jurídico expeditório da hétero-tutela do cumprimento das vinculações a que está subordinada a Administração, no âmbito do conjunto dogmático geral – na verdade a responsabilidade é o mecanismo que permite garantir a subordinação da ADM ao direito. A tomada de decisões com base em opções políticas primárias não pode obstar à responsabilidade da natureza decisória dessas opções – deriva na responsabilidade do agente decisor, ou seja, deriva em responsabilidade política, derivado do princípio republicano. Como aspeto correlativo ao princípio democrático que pauta todo o Direito Público, a tomada de decisões por uma Administração será legitimada pela vontade maioritária, a que acresce a responsabilidade democrática e solidária da Administração, sendo que, tratando-se da central, abrir-se-á azo à responsabilidade extracontratual do Estado, ao abrigo da Lei n.º 67/2007. A mera possibilidade de responsabilizar quem exerce o poder reforça o entendimento de que o exercício do poder é sempre um serviço, um mandato, sujeito a prestação de contas, e nunca um privilégio outorgado em benefício do seu titular – responsabilizar quem exerce uma autoridade no exercício da mesma, revela-se um mecanismo de controlo e limitação ao escopo dessa própria autoridade – a responsabilidade da administração é uma garantia do Estado de Direito Democrático.

(B) Tipologia – há duas bases de responsabilização principais:

- i) Responsabilidade por ação – o que a ADM deveria ter feito de forma diferente ou não deveria ter feito;
- ii) Responsabilidade por omissão – aquilo que a ADM deveria ter feito e não fez.

⁶ Expressão do autor deste trabalho.

A responsabilidade administrativa existe em três moldes distintos:

- 1) Para controlar a conformidade do agir administrativo face à juridicidade – a atuação da ADM deve estar subordinada à juridicidade, no âmbito das vinculações a que está submetida – aferindo-se assim se a conduta adotada haveria sido inválida – ilegal ou inconstitucional; ilícita perante o preenchimento do pressuposto da voluntariedade ou intencionalidade do incumprimento com as disposições legais vinculadas;
- 2) Para controlar o mérito da atuação administrativa em termos de oportunidade, conveniência e eficiência – fazer juízos de mérito – averiguar o respeito pelo princípio e corolário básico da boa administração:
 - i) Controlo de eficácia – a responsabilidade permite averiguar se a gestão ou decisão por via de ato ou ação foi tal que permitiu a aptidão para a produção dos efeitos desejados;
 - ii) Controlo de efetividade – se foram alcançados os efeitos pretendidos;
 - iii) Controlo de eficiência – foram os resultados alcançados melhores em qualidade, tempo e meios.
- 3) Controlar a conformidade e a oportunidade.

A responsabilidade civil da Administração Pública, que é apurada judicialmente, faz-se por via indemnizatória, concorrendo uma natureza pessoal – se incidir sobre os bens do titular das estruturas orgânicas da administração ou institucional, sobre as instituições em si. Esta responsabilidade é de foro patrimonial.

A responsabilidade pode suceder-se dentro da própria administração – intra-administrativa, perante os órgãos competentes da mesma, numa relação típica de hierarquia entre superior e subalterno; pode ocorrer perante os tribunais, tratando-se de responsabilidade judicial. Pode ocorrer num fenómeno enquadrável no âmbito da responsabilidade política concentrada – ex: apreciação pela AR de atos do GOV referentes a privatizações (num amplo espaço de competência concorrencial constitucional).

A responsabilidade só exerce, via de facto, algum controlo, numa perspetiva sancionatória – intimidista, da qual resultam atos sancionatórios, absolutórios (anti-condenatórios); recomendações e meros atos informais.

5 § VOCABULÁRIO DOS PARITULARES COMO ADMINISTRADOS

- 1) Relação administrativa – vínculo, nexa (de causalidade), entre a administração e os particulares;
- 2) Pretensão – conteúdo, objeto de um pedido formulado por um particular à ADM – ação petítória – em Portugal, em sede judicial, vale o princípio do dispositivo, os tribunais só podem averiguar o que lhes é especificamente pedido e arguido pelas partes – é um ato de vontade do particular, envolvendo uma conduta (ativa ou omissiva) da Administração Pública;
- 3) Garantias – são posições jurídicas ativas de vantagem que os particulares têm em relação à administração – a garantia é um trunfo que o particular tem perante a administração – é uma posição jurídica ativa do titular que cria uma vinculação à administração- o direito subjetivo do particular gera um ónus sobre a

administração. São direitos subjetivos, enquanto permissões normativas específicas de aproveitamento de um bem, tutelados por uma garantia creditícia de direito – são expedientes que permitem o fundamento e alicerce das pretensões dos particulares.

1- **RELAÇÃO ADMINISTRATIVA** – há três tipos de relações:

- i) Relações gerais de poder – são aquelas que ocorrem pelo simples facto de alguém estar em contacto com a ordem jurídica de um estado – está-se no **âmbito de uma ordem jurídica**. Ex: um estrangeiro que esteja noutra país está sujeito ao direito do país em causa – há regras que são aplicadas a outras pessoas, simplesmente pela sua *natureza inorgânica substancial*; Têm sempre fundamento numa norma, impondo sujeições nos indivíduos de um Estado, comportando uma titularidade de direitos e o cumprimento de deveres face à Administração Pública - havendo uma subordinação de todas as partes a uma ordem jurídica comum – estabelecendo-se 4 tipos de relações diferentes:
 - a) As relações gerais de poder alicerçadas na CRP – por exemplo, a supremacia dos órgãos de soberania sobre os demais particulares, temperado com o âmbito do Art. 18º/1 que exige a aplicabilidade direta dos Direitos Fundamentais, no conjunto dogmático geral;
 - b) As relações gerais de poder baseadas em ato legislativo – 112º/2;
 - c) As relações gerais de poder oriundas de RA ou contrato administrativo vinculativo a terceiros.
- ii) Relação especial de poder – quando ocorrem? Os particulares encontram-se, nestas situações, **sujeitos a vinculações especiais, que não são aplicáveis à generalidade dos cidadãos** e que restringem a sua liberdade, enquanto pessoa jurídica diferencia- verificam-se quando alguém se coloca numa posição diferencial às demais – uma pessoa pode estar sujeita a uma pluralidade de relações especiais de poder. Ex: alunos na Universidade, doentes, etc;
- iii) Relação jurídico-administrativa – vínculo entre a administração entre uma ou várias pessoas determinadas – pressupõe a determinação dos particulares. Naturalmente que, não é possível explicar o DA através da RJA. Há relações jurídico- administrativas simples e complexas em virtude, de poder haver uma pluralidade de partes. Há relações administrativas instantâneas ou continuadas – efeito do prolongamento do tempo. Não têm que ser sempre atos jurídicos podem ser atos não jurídicos. Podem alicerçar-se RJ em títulos, válidos ou inválidos e ainda relações sem títulos jurídicos – ex: estado de necessidade; quando a ADM procede a relações contratuais de facto – ex: quando entramos num parque de estacionamento público e recolhemos o cartão celebra-se um contrato – é um contrato informal, não declaramos formalmente nenhuma vontade negocial – há uma relação contratual de facto – um comportamento do qual se pode deduzir a vontade contratual. Em sede de DA – ex: a ADM manda demolir um imóvel em risco de queda, acontece que quando chegaram os serviços enganaram-se – houve uma atuação administrativa sem título, sem competência.

Nem sempre a realidade administrativa se pode reconduzir a uma relação jurídica:

JOÃO ABREU DE CAMPOS

- 1) Há situações que não envolvem qualquer relação jurídica, como sucede em situações referentes à organização administrativa;
- 2) Existem situações que atribuem posições jurídicas sem que isso signifique a existência de um sujeito ativo – defesa da pátria, o dever de atuação policial;
- 3) As situações de sujeição de um devedor não constituem uma verdadeira relação jurídica, pelo que a sujeição de uma administração a uma conduta não origina uma relação jurídica-administrativa, antes uma mera relação material.

Todas as relações jurídicas são compostas por situações jurídicas e a sua concretização pressupõe ou envolve um desencadear de um procedimento administrativo – o procedimento enquanto conjunto de atos e formalidades do itinerário decisório da administração pública, envolve sempre a ponderação avaliativa entre o interesse público e todos os demais interesses intervenientes, segundo o quadro factual subjacente a cada relação jurídico-administrativa, antes da decisão final.

As relações podem ser:

- a) Simples – compostas por um único elemento. Ex: uma pretensão dirigida pelo particular à administração;
- b) Compostas – por vários elementos. Ex: contribuinte perante a administração pública, vinculado ao pagamento de diversos impostos, diretos e indiretos, enquanto sujeito passivo de diversos encargos, em situação potestativa encontrando-se a administração – trata-se de uma relação ambivalente e plural, oriunda de diversos vínculos e situações jurídicas concorrenciais.

As relações administrativas podem envolver uma pluralidade de partes, visando a prossecução de interesses diferenciados, sendo bilateral ou bipolar, se estiverem em causa dois núcleos distintos de interesses da ADM e dos particulares, em oposição e contraste – a ADM com um interesse e o particular com outro em sentido paramétrico diametralmente oposto; pode ser multilateral ou multipolar, quando mais de duas partes (sujeitos ou administrações) tutelam e preconizam interesses diferentes, verificando-se uma pluralidade de “vértice público” e “vértice privado”, havendo duas hipóteses em concurso: quando os interesses dos privados entram em colisão; quando os interesses privados não entram em colisão. Podem ainda existir relações que possuem uma pluralidade autónoma de pessoas integrantes de uma parte, ou seja, há uma pluralidade de sujeitos, unificados por um interesse em comum, pelo que o procedimento administrativo comporta a vinculação à ação unificadora. Pode ainda existir uma contitularidade de situações jurídicas entre várias pessoas integrantes de uma parte.

Como corolário da atuação administrativa identifica-se o exercício de poderes funcionais⁷ pelos órgãos administradores, como forma de execução do procedimento que permita a prossecução do interesse público ou privado em causa. Podem identificar-se relações que comportam o exercício de poderes de autoridade da AP face aos particulares -ex: com expediente legal, o caso de uma expropriação, que interfere com o direito fundamental de propriedade dos particulares mas que é legitimidade pela outorga legal desse poder funcional. Outras relações baseiam-se numa premissa mais tendencialmente

⁷ Vinculados à Lei.

equiparável e igualitária entre a Administração e os particulares e ainda relações que privilegiam uma posição de supremacia do particular face à Administração.

As relações jurídicas que se estabelecem entre os particulares (ou administrado) e a administração (ou administradores), far-se-á sempre dentro dos parâmetros da legalidade, baseado na existência de títulos jurídicos. Podem existir relações baseadas num título constitutivo válido (ou que sendo inicialmente inválido se consolidou na ordem jurídica – ex: um ato normativo de uma administração que consubstancia uma ação ilegal, que acaba por se condensar em virtude da mudança da lei ou da não cominação de uma sanção) podendo tratar-se de um mero ato administrativo (unilateral) ou de um ato bilateral (contrato da ADM pública) oriundo de uma juridicidade originária que legitima a constituição dessa consubstanciação relacional. Há relações jurídico-administrativas alicerçadas num título jurídico inválido, isto é, não decorre da juridicidade emanante da ordem jurídica, em termos do princípio da competência – a invalidade do ato por falta de competência, por exemplo, gera-se um ato administrativo, ex: atribuição de uma bolsa, sem competência legal prevista, haverá uma invalidade do ato, que pode subsumir os efeitos de forma restritiva da eficácia, gerando-se o desvalor-regra – anulabilidade; ou casos especiais de nulidade ou ainda mera irregularidade, apurando-se *ad hoc*, as idiosincrasias substantivas para a tipificação do desvalor e a análise à eficácia da ação administrativa.

A invalidade do título jurídico consubstancia um caso de anulabilidade – o ato produz os seus efeitos até ser removido da ordem jurídica. Ex: o título foi proveniente da assembleia municipal do município X, quando a competência seria do executivo municipal. Trata-se de um caso de incompetência relativa que gera a anulabilidade do ato;

A invalidade do título poderá ainda reconduzir-se a um caso de nulidade ou de inexistência jurídica – o ato nunca chega a produzir efeitos jurídicos (podendo, todavia, produzir efeitos de facto). Ex: o título foi emanado pela câmara municipal do município X, quando deveria ter sido a câmara de outro município – incompetência absoluta – gera nulidade do ato. Ou ainda ex: o título foi praticado ao abrigo de uma lei não promulgada ou referendada, sendo o desvalor tipologizado pela CRP a inexistência jurídica.

Há ainda relações que se desenvolvem sem qualquer título jurídico, correspondendo a situações de facto, enquadradas em múltiplas configurações:

- (1) Relações constituídas ao arrepio da juridicidade – sem qualquer atribuição jurídico-competencial;
- (2) Relações resultantes da atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de nulidade ou inexistência – os factos inválidos geram efeitos nulos ou inexistentes, não tutelados pela juridicidade emanante;
- (3) Relações geradas por uma situação de estado de necessidade administrativa -a necessidade leva à prática do ato pela administração sem título atribuível, pois a necessidade espontânea não leva à outorga do título competencial;
- (4) Relações decorrentes de tolerância da Administração Pública face a situações factuais envolvendo particulares;
- (5) Relações de natureza “paracontratual”, que sem se fundarem num contrato, têm uma proximidade estrutural como o mesmo. Ex: não emissão formal das declarações de vontade quando legalmente exigidas.

As relações podem ser:

- a) De execução espontânea – todas as que esgotam a produção de efeitos num só momento;
- b) De execução continuada – são aquelas que, perdurando no tempo, envolvem um trato sucessivo de ações correlativas.

5.3. PRETENSÃO

Será conceptualmente configurada a pretensão com o conteúdo de um pedido como um ato de vontade pelo qual se solicita ou exige qualquer coisa a alguém – usualmente, à administração, traduzindo-se num “poder jurídico de realizar um interesse relevante”, envolvendo sempre o demandar de uma prestação relevante, que pode comportar, atendendo ao seu objeto, diferentes tipos prestacionais:

- (i) Prestações de facto ou de *facere*, envolvendo a prática de uma ação – prestação de facto positivo, verdadeira e real atuação; ou de uma omissão – prestação de facto negativo – mera recondução à prestação de atos jurídicos ou materiais;
- (ii) Prestações de *dare* – entrega de uma coisa, colocando alguém sobre a égide de controlo material de uma coisa corpórea;
- (iii) Prestações de *pati*, envolvendo suportar ou tolerar uma conduta do particular.

A pretensão, sendo um pedido formulado com um interesse subjacente a alguma entidade ou pessoa, pode visar obter uma primeira disciplina jurídica de uma determinada situação da vida – trata-se de uma pretensão primária. Ex. pedir à ASAE a tomada de providências legais para com a higienização de um determinado espaço comercial; a pretensão pode incidir sobre uma anterior decisão jurídica – estaremos sobre uma pretensão secundária, ex: pedido de revogação de um ato desfavorável, atualização de uma pensão de aposentação – incide sobre a vontade da parte de rever e modificar um título jurídico anterior.

A formulação de uma pretensão não acarreta, necessária ou forçosamente, uma decisão favorável da parte do destinatário – o que se pede pode ser diferente do que se concede, daí existirem as figuras do deferimento e indeferimento do pedido, sendo temperada a atuação do destinatário e a ponderação da atribuição e satisfação das pretensões em causa, pela ordem jurídica, em sede competencial e de licitude genérica. A pretensão encerra sempre uma expectativa jurídica de decisão favorável por que a formula, baseada na chance. A pretensão e sua submissão comporta ainda sempre um direito subjetivo de obtenção de resposta, ao abrigo do Código do Procedimento Administrativo.

DIMENSÃO PROCESSUAL E MATERIAL DA PRETENSÃO

(1§) A pretensão surge como uma situação jurídica autónoma, derivada do sujeito formulador, revelando o formular a existência de um duplo e simultâneo relacionamento do seu autor com a ordem jurídica na medida em que a pretensão abre uma relação entre quem a formula e aquele a quem ela é formulada – é uma relação processual, envolvendo

a exigibilidade intrínseca da pretensão – autor/destinatário; a pretensão formulada tem sempre subjacente a vinculação genérica e universal a juridicidade correlativa emanante, estando materialmente regulada e disciplinada pelo Direito Substantivo, sendo aqui o alicerce para a decisão favorável ou desfavorável – a ponderação do destinatário é pautada parametricamente pelo enquadramento jurídico que permite verificar a possibilidade da cabal dimensão atribuidora da satisfação da prestação.

(2§) A relação processual desencadeada com a formulação e direção de uma pretensão para a Administração comporta sempre um princípio da decisão – forma-se um direito subjetivo do agente da pretensão de obter uma resposta, sendo a decisão passível de possuir dois distintos conteúdos:

- i) A decisão pode ser meramente formal e perfunctória, envolvendo uma apreciação sobre os pressupostos de conhecimento do seu conteúdo material – aceitação em primeira fase da pretensão com condição de apreciação futura e decisão final posterior. Ex: A admissão de um concorrente ou de uma proposta, sem que isso signifique que sejam vencedores de um concurso, há uma condição suspensiva e pendente, dentro dos parâmetros de juridicidade emanante definidos
- ii) A decisão pode, em sentido contrário, incidir sobre o mérito ou fundamento da pretensão formulada, sem que isso signifique o deferimento da pretensão formulada. Ex: pedido de revisão de nota efetuado no prazo legal

O decisor, v.g., genericamente, a Administração, está habilitado e vinculado dentro dos parâmetros da juridicidade, de efetuar uma decisão referente ao pedido estabelecido. A regulação material que a ordem jurídica confere à pretensão formulada mostra-se passível de investir aquele a quem foi dirigida – o decisor – de três possíveis habilitações decisórias:

- (a) Pode existir uma norma impositiva – o decisor encontra-se vinculado a decidir favoravelmente a pretensão, a prover deferimento;
- (b) Pode existir uma norma proibitiva – o decisor está vinculado a decidir desfavoravelmente a pretensão formulada, corporizado na tutela substantiva ilícita e ilegal do pedido formulado;
- (c) Pode ainda gerar-se uma livre discricionariedade do decisor, baseado numa regulação material permissiva, que lhe atribui a faculdade de decidir favorável ou desfavoravelmente a pretensão, efetuando-se uma ponderação perante o interesse público, em função de uma fundamentação devida.

DESTINATÁRIOS DA PRETENSÃO

A pretensão formulada pelo particular pode ser dirigida à Administração Pública ou ser formulada *contra* a Administração, recorrendo-se às instâncias judiciais. Existem assim:

JOÃO ABREU DE CAMPOS

- i) As pretensões dirigidas à AP – que atribuem a esta um poder vinculado ou discricionário, consoante a regulação material, de deferimento ou indeferimento;
- ii) As pretensões formuladas contra a AP, em tribunal – o juiz fica vinculado, se não rejeitar a ação liminarmente por irregularidade processual ou inadmissibilidade, a considerar procedente ou improcedente a ação, dando ou rejeitando provimento da pretensão e vinculação judicial do administrador. ~

Nem sempre as pretensões formuladas pelos particulares têm em vista a defesa egoísta dos seus interesses próprios – sendo também admissível que visem a defesa da legalidade e do bem comum da coletividade. Ex: o direito de participação popular e a ação popular traduzem formas de subjetivação de tais pretensões dos particulares dirigidas à AP, por vida dos tribunais, contra a AP – Art. 52º/3 CRP.

Na formulação de pretensões junto da Administração Pública, os particulares podem solicitar duas realidades distintas:

- i) Podem fazer valer posições jurídicas *substantivas*, referentes a bens que, segundo o autor da pretensão, o direito material lhes garante, apesar de as condicionar a uma decisão administrativa conformadora – trata-se de uma pretensão material;
- ii) Podem fazer valer posições jurídicas *procedimentais*, que, possuindo natureza instrumental face às posições substantivas, visam influir no processo de formação da vontade decisória da Administração reforçando a sua legitimação – está em causa uma pretensão de um particular de influir o procedimento decisório – Ex: o direito de ser ouvido antes de uma decisão – visa afetar a pretensão principal e substantiva, influenciando o procedimento específico.

Toda a decisão administrativa mostra-se passível de ser objeto de uma pretensão contra a ADM Pública, a desencadear pelos particulares junto dos tribunais: estes são os últimos guardiões da vinculação das decisões administrativas à juridicidade, as pretensões contra a administração pública requeridas junto de um tribunal são verdadeiras garantias dos particulares.

Os efeitos decorrentes da vigência da decisão favorável (e válida) à satisfação de pretensões administrativas formuladas pelos particulares obedecem a dois regimes distintos:

- i) Se o ato favorável foi praticado pelo tribunal – desde que tenha formado caso julgado, tornar-se-á, regra geral, irrevogável – fala-se em direitos adquiridos dos interessados – alicerça-se o princípio constitucional da prevalência das decisões judiciais sobre as demais decisões – Art. 205º da CRP – de quaisquer outras autoridades, pode assumir particular relevância com a sua articulação concorrencial com o princípio da igualdade – Art. 13º;
- ii) Se, pelo contrario, o ato favorável foi praticado pela administração pública, poderá ser revogado, sem prejuízo da discussão em torno da sua validade e da responsabilidade civil administrativa pelos danos aí resultantes – o conceito de direitos adquiridos assume aqui uma natureza relativa à luz da noção

evolutiva da prossecução do interesse público e da alteração das circunstâncias – dar-se-á como não estanque e passível de revogabilidade pela própria ADM em provimento de impugnação da contraparte ou pelos tribunais.

A natureza jurídica da pretensão assume um escopo bipolar – por um lado fundamenta um direito subjetivo, enquanto permissão normativa específica de aproveitamento de um bem de, mesmo que a formulação da pretensão não seja conducente necessariamente a uma decisão favorável ao reconhecimento da posição jurídica ativa substantiva do particular, verifica-se a dupla equivalência com uma liberdade fundamental:

- i) As pretensões administrativas junto dos tribunais expressam uma faculdade inerente ao direito de acesso aos tribunais – Art. 20º/1 e 20º/5 e a uma tutela jurisdicional efetiva, sem esquecer o direito de ação popular – 268º/4 e 5;
- ii) As pretensões administrativas junto da AP materializam manifestações do direito de petição – Art. 52º/1, dos direitos de participação na vida pública – Art. 48º/1 e 2 – e de participação procedimental – 267º/5 e ainda do direito à informação – Art. 268º/1/2 e 6.

Quando as pretensões contra a AP são efetivadas junto dos tribunais como garantias dos particulares face a anteriores decisões administrativas, desde que estas últimas consubstanciem uma resposta anterior da AP às pretensões formuladas pelos particulares, as pretensões em sede judicial contra a AP, desempenham a função de direito fundamental de segundo grau, uma vez que visam garantir a conformidade à juridicidade da resposta administrativa à pretensão anteriormente formulada pelo particular.

As pretensões dos particulares contra a Administração Pública efetivam-se junto dos tribunais do Estado e dos tribunais arbitrais (como mediação privada entre administrações privadas regidas pelas normas fundamentais do direito administrativo público, em função da personalidade jurídica e do interesse da entidade administrativa em si), baseiam-se em:

- i) Pretensões que se consubstanciam em ações, providências cautelares e recursos de decisões judiciais – fundamentando as alegações em matéria de facto e de direito para pedirem o provimento judicial da substância do ato material que pretendem, sustentando na juridicidade emanante do direito administrativo;
- ii) As ações judiciais contra a AP não se limitam a defender os interesses egoístas dos seus autores, relevando também um propósito de defesa da juridicidade;
- iii) As sentenças que incidem sobre pretensões judiciais dos particulares são, por via de regra, passíveis de recurso para outro tribunal – princípio do duplo grau de jurisdição.

GARANTIAS

São trunfos dos particulares que permitem agir contra a administração nas suas más ações ou omissões, quando se considera que violam as vinculações a que se encontra adstrita, em termos de legalidade ou de mérito, sendo atribuídos aos particulares, expedientes procedimentais para garantir a efetivação da juridicidade constante.

As garantias não têm de ser forçosamente incidentes sobre decisões desfavoráveis da ADM a anteriores pretensões formuladas pelos particulares, na verdade, podem ter como objeto:

- a) Decisões administrativas sem qualquer dependência de anterior pretensão, tenham ou não um conteúdo normativo, traduzindo condutas oficiosas da AP;
- b) Decisões administrativas favoráveis a pretensões formuladas por terceiros, mas que se mostram passíveis de produzir efeitos legislativos a outros particulares – o particular tem expedientes constitucionais e legais para sua proteção;
- c) Decisões administrativas favoráveis ao próprio, desde que entenda que não terem sido tão favoráveis quanto expectava que fossem;
- d) Situações de omissão administrativa indevida;
- e) Situações de perigo de uma provável decisão ou conduta administrativa lesiva;
- f) Condutas materiais da AP lesivas da legalidade objetiva ou de posições jurídicas dos particulares.

As garantias, enquanto posições jurídicas ativas e potestativas⁸, não se limitam a fazer valer direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, conferindo-lhes uma vocação subjetivista – pautada e temperada pelo interesse do privado/particular – verificando-se que as garantias podem ainda ter por objeto a pura defesa da legalidade face a ações ou omissões legais da AP, segundo um propósito objetivista – as garantias prosseguem uma função e natureza mistas.

As garantias podem visar impedir ou evitar a adoção de uma conduta administrativa ilegal, inconveniente ou inoportuna, assumindo uma postura preventiva, ou, tendo-se já consumado a conduta, as garantias procuram remover os efeitos ilícitos e nefastos do ato na ordem jurídica, evitando a sua continuação ou aplicar sanções, hipóteses em que as garantias desempenham um papel repressivo. Os particulares desempenham um papel funcionalmente ativo na efetiva limitação da AP – reforça-se o papel dos particulares no moderno ordenamento regulador da AP.

Os particulares *não têm* nenhuma obrigação legal ou dever de denúncia da ilegalidade, da inconveniência ou da inoportunidade das decisões administrativas: as garantias fazem os particulares participar no controlo da AP, se assim entenderem, não sendo legítimo a ordem jurídica atribuir-lhes ou impor-lhes tal obrigação, salvo tratando-se de um Estado Totalitário – transformando os agentes em fiscalizadores ou polícias do agir administrativo. Num estado democrático, a ninguém pode ser imposta a obrigação de denunciar situações que prejudiquem o próprio junto das autoridades a que pertencem, com as quais têm um contacto proximal, que segundo a diligência do homem médio lhes permite averiguar a ilicitude das condutas administrativas quando são feitas contra a juridicidade latente – encontra-se assim vedado à ordem jurídica estabelecer um dever de

⁸ Entendimento do autor da sebenta.

auto-denúncia de situações jurídicas inválidas que favoreçam o próprio; é ainda passível a contrução de um direito à não auto-incriminação face a infrações públicas, ou à não autodenúncia ou à não autoinculpação administrativa que integra a esfera jurídica dos administrados, enquanto expressão específica de um genérico direito fundamental ao silêncio que cada pessoa é titular em domínios que podem ser usados contra si.

Podem existir, de acordo com uma classificação tipológica:

- a) Garantias políticas – relativas ao estatuto de qualquer cidadão, enquanto membro de uma comunidade política, emergentes do texto constitucional o direito de sufrágio, o direito de participação política e na vida pública, o direito de iniciativa popular, o direito de petição, o direito de resistência (Art. 21º);
- b) Garantias administrativas ou graciosas – meios ao dispor dos particulares para junto da AP acionarem o controlo ou fiscalização da sua conduta, numa manifestação de conferir uma *chance* de administração pública corrigir o seu agir, em termos de legalidade ou de mérito, sob impulso dos cidadãos, usando para o efeito, três diferentes instrumentos garantísticos: as garantias petitórias, as garantias impugnatórias (modelação da eficácia dos atos, atinente a anteriores decisões); a queixa ao provedor de justiça – Art. 23º;
- c) Garantias judiciais – envolvendo todo os meios de controlo da atuação da administração pelos tribunais, podendo efetivar-se nos tribunais do Estado – judiciais e administrativos; e tribunais arbitrais, visando a resolução definitiva do litígio, a adoção de providência ou providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, visando assegurar o efeito útil da sentença que virá a ser proferida na resolução do litígio;
- d) A execução da sentença, que, julgando procedente, a pretensão formal junto dos tribunais, foi proferida contra a AP.

Os princípios da separação de poderes (Art. 111º) e da legitimidade democrática, sem prejuízo da incidência do princípio participativo e da natureza residual e subsidiária da intervenção dos tribunais, comportam a precedência e preferência da primazia da destinação da pretensão dos particulares para AP, sendo expediente subsidiário e com carácter residual, a recorrência aos tribunais. Há um princípio de decisão prévia a cargo da AP, pelo qual os particulares devem em primeira instância dirigir pretensão administrativa à AP e em ultima via aos tribunais – as pretensões têm primeiro que ser dirigidas à AP, à luz do princípio da separação de poderes e da legitimidade da atuação, e em função da resposta da administração, verifica-se o expediente judicial como forma de efetivação, derivado o Art. 268º/4. A constituição limita-se a atribuir, *de jure condito*, aos tribunais, o poder de dirimir litígios emergentes das relações estabelecidas, motivo pelo qual lhe está confiada uma função repressiva, acessória e a posteriori em relação ao papel da AP como destinatária primária das pretensões dos particulares, já que à luz de um princípio genérico de competência atribuível, o provimento das pretensões dos particulares será materialmente satisfeito pela administração que está vinculada a um procedimento que tutele e prossiga o interesse em causa, regra geral, público. A satisfação judicial de pretensões administrativas faz precluir (ou extinguir) a competência decisória da AP, ao abrigo do princípio da obrigatoriedade e prevalência das decisões judiciais – Arts. 204 e 205º/2.

Também a configuração dos termos em que a pretensão é formulada pelo particular, sendo fonte aferidora da sua própria legitimidade face ao objeto do pedido, no sentido em que a pretensão tem de ser formulada pelo particular com legitimidade competencial e legal para a destinação em relação à administração, mostra-se também passível de revelar a (in)competência da autoridade a quem é dirigida – traduz diferentes efeitos delimitadores dos poderes decisórios, influenciando sobre o *thema decidendum*, consoante seja dirigida à AP ou aos Tribunais, traduzindo-se sempre numa aferição da legitimidade do pretendente na formulação da pretensão e da competência do destinatário, dentro da juridicidade emanante.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – IDEIAS NUCLEARES

O conceito de ADM PÚBLICA é um conceito polissémico. Na verdade, existem 3 aceções essenciais de Administração Pública:

- a) A AP como atividade;
- b) A AP como organização;
- c) A AP como poder ou autoridade.

A AP é, em primeiro lugar, uma atividade humana, traduzida na gestão e afetação de recursos que visam satisfazer um interesse público subjacente plasmado num critério fundamentalístico de necessidades da coletividade, prosseguindo-se o bem comum lato sensu dessa universalidade de destinatários da ação da Administração. Neste caso, fala-se de AP em sentido objetivo e material – a administração existe em função do seu objeto, ou seja, em função do fim da atividade que executa – a satisfação de necessidades e a prossecução do interesse público. A atividade da AP materializa-se em juridicidade administrativa, isto é, essa atividade enquanto afetação de recursos executa-se baseada num título jurídico constitutivo legitimador, mas também se materializa sem função jurídica em sentido lato, plasmada num carácter imediato e técnico da ação, decorrente da componente executória da ação, que dispensa a formalidade jurídica mas também assente na função política e no ato jurídico-público, humano sem base legal ou regulamentar injutivo-taxativa. A AP gere interesses públicos de terceiros – a coletividade, perante um título jurídico-constitutivo básico que se plasma na delegação de competências e exercício da vontade soberana, residente no povo, no titular administrativo, em respeito por um corolário material natural de eficiência decisória e executiva – Art. 108º da CRP; a AP encontra-se vinculada ao cumprimento e aos clausulados da CRP- há uma subordinação do titular ao poder normativo reforçadíssimo da constituição, como tutela dos interesses e direitos fundamentais dos cidadãos, destinatários primaciais da atividade administrativa. A subordinação da AP à imperatividade constitucional e legislativa – vinculação e subordinação à “juridicidade emanante”, traduz, no seguimento de uma filosofia Rousseuniana, uma legitimação democrática da ação administrativa, pela vinculação paramétrica e teleológica à vontade geral da coletividade – o povo é assim legislador e destinatário das prescrições da lei e da atividade. Sendo certa a subordinação da atuação administrativa à lei e aos clausulados constitucionais, ter-se-á que verificar, como corolário natural, um mecanismo de fiscalização e controlo, judicial, residente na garantia objetiva de respeito pela “juridicidade emanante”, como forma da ordem jurídica, outorgada pelos cidadãos enquanto titulares da soberania político-estadual,

permita a garantia subjetiva das posições jurídicas substantivas e procedimentais dos destinatários da atuação (cidadãos) – posições jurídicas substantivas e procedimentais, v.g., direitos fundamentais dos cidadãos. O respeito da AP pela CRP e Lei, baseada na reserva competencial de legalidade e constitucionalidade, comporta, de igual modo, um respeito e subordinação às decisões do poder judicial, enquanto órgãos de soberania, que em juízo de legalidade emitem sentenças vinculatórias à administração, manifestando o possível incumprimento hipotético uma ação de responsabilização da PC ou da pessoa singular enquanto titular incumpridor da natureza diretamente aplicativa da égide do ato jurisdicional decisório, v.g. sentença.

A AP surge também identificada não como mera atividade e os pressupostos atinentes à realização da mesma (vinculação ao interesse público, subordinação à competência, à Lei, CRP e sentenças judiciais, respeito pelos DF que sofrem aplicabilidade direta pela via do Art. 18º/1 da CRP) mas como ORGANIZAÇÃO. A AP enquanto estrutura organizativa, que prossegue uma dada atividade vinculada e subordinada, no exercício dos poderes ou autoridade que a Lei (lato sensu) lhe sufraga, compreende todas as *estruturas orgânicas* encarregues de gerir os recursos tendentes à satisfação dos interesses subjacentes à atuação administrativa – fala-se em AP em sentido SUBJETIVO ou ORGÂNICO pois é a estrutura atinente aos sujeitos que permite a volição da atuação. Assim, verifica-se a existência, em sede da AP, de estruturas decisórias de matriz pública, traduzindo na generalidade da assunção de funções públicas, comportando usualmente o exercício de poderes de autoridade; estruturas decisórias de matriz privada, que podem traduzir-se numa AP sob forma jurídica privada (S.A., que prossegue fins públicos e é tendencialmente regulada pelo direito público ou cujos titulares são controlados ou nomeados pelas entidades do Estado) – haverá uma ação decisória por empresas públicas de estrutura e funcionamento privado; também podem existir empresas intrinsecamente privadas que executem funções públicas – ex: concessionários, têm maior tutela e autodeterminação decisória, subordinada à lei lato sensu e aos regulamentos internos próprios (há uma precedência do princípio criterioso da auto-organização/auto-determinação interna), mas orientado à prossecução de fins públicos.

A AP surge ainda como agente de poder e figura de autoridade, na medida em que, atendendo tangencialmente aos interesses delegados a seu cargo, havendo um dever genérico de ação proativa e zelo, gozará de meios para poder prosseguir esse interesse, em recurso às suas estruturas internas orgânicas, que lhe permitem a autoridade na definição do direito aplicável às situações concretas – AUTOTUTELA DECLARATIVA – e ainda, em caso de desobediência dos destinatários, em exercício litigioso perante a inexistência de título jurídico atributivo, recorrer à força para impor a sua vontade, independentemente de qualquer intervenção judicial – AUTOTUTELA EXECUTIVA. Tal, permite recortar o conceito operativo-funcional chave de *poder administrativo* – a AP executa, através dos poderes que tem, atribuídos e fundamentados na a montante a jusante na “juridicidade emanante”, as decisões, mesmo coartando e interferindo perante a desobediência ilegal dos administrados.⁹

⁹ Neste sentido, ressalve-se o direito à desobediência civil, vide, ABREU DE CAMPOS, *Da constitucionalização da desobediência Civil*, 2017.

PLASTICIDADE DAS NECESSIDADES A CARGO DA AP

A multiplicidade das necessidades da coletividade, atendidas enquanto critério teleológico primacial vinculatório da natureza e do escopo da atuação procedimental administrativa gera, inopinadas vezes, múltiplos efeitos na AP, pela miscigenação de interesses possível de se verificar; pela necessidade de preterição e opção decisória do prosseguido por cada administração, pelo atendimento da AP em função da sua forma específica, que determina uma escolha diferente das necessidades a seu cargo ou do modo da sua prossecução, perante os títulos jurídicos legitimadores que possa ter a seu cargo e perante os mecanismos de autotutela que consiga exercer. Assim, são seis os principais efeitos que a plasticidade das necessidades da coletividade, determinam na AP:

- (i) A multiplicidade de interesses ponderáveis, procedentes e atendíveis pela AP derivados da pluralidade de necessidades dos destinatários – cidadãos – origina, em primeira medida, uma crescente e inevitável dependência política da AP – sendo múltiplos os interesses e as necessidades da coletividade em causa, queda-se a AP com a questão de saber qual é, afinal, o bem comum ou o interesse público que deverá prosseguir. A definição do bem comum em cada momento é produto de uma decisão política, legitimada soberanamente, com título constitucional taxativo e aceitação social por consentimento tácito e ação democrática, motivo pelo qual a AP estará cada vez mais dependente dos critérios definidos pelo poder político – traduz-se numa definição jurídico-positiva do bem comum, que permitirá à AP a prossecução determinada e bem formada do interesse subjacente, definido por quem de direito;
- (ii) Estando a AP cada vez mais subordinada à definição do interesse público pelo poder político, a CRP, enquanto instrumento jurídico de valor mais reforçado do ordenamento, fundamentadora e limitadora da atuação dos agentes políticos, corporizando um recorte da fronteira entre necessidades coletivas de satisfação pública e/ou satisfação privada;
- (iii) A linha de fronteira estabelecida comporta sempre uma afetação financeira – o reforço do protagonismo da AP comporta um inevitável acréscimo de custos financeiros, traduzido no aumento de impostos ou da dívida pública – se as necessidades coletivas serão satisfeitas pela AP então haverá uma ponderação financeira subjacente; se, por outro lado, a satisfação das necessidades coletivas forem satisfeitas por ação privada, então a oneração financeira será suportada pelo tal privado, não incorrendo um aumento do passivo da AP;
- (iv) Desde o início do Séc. XX, houve uma tendência maior de onerar o Estado com a satisfação das necessidades coletivas, havendo algum preconceito contra a “privatização”, aumentando-se em larga escala a dívida pública e o défice, que vieram a ser refreados com a crise financeira – é ainda de relevar que o princípio da não reversão das nacionalizações foi revogado da CRP, dando azo à possibilidade da diminuição do passivo e dos encargos financeiros do Estado, dando azo à concorrência da iniciativa privada para a fruição e satisfação de necessidades públicas, inopinadas vezes de forma tanto mais célere e eficiente;
- (v) O aumento dos encargos da AP na satisfação das necessidades públicas coletivas vem deslocar o centro decisório estatal da AR para o GOV – transformação do Estado-Legislador em Estado-Administrativo;

- (vi) Os efeitos da crise financeira vieram determinar uma diminuição e redução lata da AP em sentido orgânico-subjetiva (diminuição de estruturas delegadas, sedes, etc) e em sentido material-objetivo (encargos, passivos, onerações, funções prosseguidas).

A flexibilidade e plasticidade das necessidades coletivas imputáveis ao encargo da AP ou da Aprivada, expressa sempre o resultado de uma opção política a montante – do Estado (GOV + AR), decorrendo heterolimitações constitucionais, na medida em que existem funções, que em função da sua génese existencial, corporizam reserva de AP – devem ser prosseguidas pelo Estado – ex: Segurança Nacional, Administração Interna, Justiça, etc. Também as necessidades colectivas atinentes ao bem-estar, no que concerne a saúde, são primordialmente tuteladas pela AP, o que não obsta à iniciativa privada dessas funções, sob controlo fiscalizador do Estado, baseado na tutela de um mínimo de existência atribuído a qualquer pessoa, resultante da sua dignidade, que o Estado, nem em circunstâncias excepcionais pode deixar de proteger e tutelar¹⁰

MULTIPLICIDADE DE TAREFAS DA AP

Toda a AP envolve a implementação de tarefas, no âmbito executivo da atividade, visando a satisfação de necessidades coletivas, que são instrumentais para alcançar esse propósito. Assim, as principais tarefas são:

- a) Recolha e tratamento de informações – quem tem a informação, tem o poder efetivo de decisão – melhor informação permite uma melhor e mais eficiente decisão. A decisão administrativa, legislativa e política encontra na informação revelada o seu pressuposto e condicionamento – a informação dada predetermina o resultado decisório.
- b) Previsão e antecipação dos riscos – por efeito do progresso científico e tecnológico, assiste-se a uma evolução da “sociedade técnica de massas” para uma sociedade de risco – o risco pressupõe a técnica e a técnica gera o risco – a AP mostra-se especialmente permeável e sensível às temáticas da prevenção e da minimização dos riscos públicos, submetendo a regulação e a controlo, à luz de preocupações de proteção da confiança, diversos domínios de atividade. Ex: Segurança alimentar; ambiental, infraestruturas, ..., há uma tutela derivada de diversas garantias atinentes ao cidadão, como forma de regular e antever situações potencialmente lesivas. A AP tem sempre de preocupar-se com uma continuidade e segurança, manifestando-se um ónus de prever, antecipar e prevenir riscos, tanto de gerações presentes como de gerações futuras, informando, orientando e influenciando condutas dos cidadãos. As decisões administrativas de gestão do risco tornam-se uma nova realidade jurídico-pública, verificando-se muitas vezes, com a vinculação teleológica de tutelar a proteção do cidadão, uma intromissão abusiva na esfera de liberdade privada. Ademais, verifica-se que a AP trabalha com previsões e hipóteses, sustentadas em estudos técnicos e científicos, sem ter uma realidade factual certa – a AP prevê e antecipa hipotéticas necessidades futuras da sociedade, agindo subordinada a uma condição implícita de evolução conforme da realidade factual, numa situação de permanente relevância do erro

¹⁰ Ac. do TC n.º 590/02 de 19 de dezembro de 2002.

nos pressupostos decisórios ou de uma inevitável alteração de circunstâncias futuras.

- c) Regulação ordenadora – A AP desenvolve uma tarefa decisória que, baseada em situações factuais da vida social, se traduz na regulação ordenadora e conformadora de tais situações – regulação primária; ou de anteriores decisões jurídicas versando sobre tais situações – regulação secundária. Isto é, por outras palavras, subjaz-lhe uma ordenação primacial do sistema, resolvendo situações materiais com recurso subsuntório às normas em causa. Resolve, por via unilateral ou bilateral, situações concretas com recurso à aplicação de critérios normativos de decisão; elabora normas; prepara as decisões do poder político, do poder legislativo e do poder judicial (secretarias dos tribunais) – a AP permite a materialização subjacente da atuação de qualquer órgão de soberania e a resolução prático-material de litígios orgânicos ou inter-entidades;
- d) Execução de anteriores decisões – a visão clássica traduz que administrar é executar a vontade geral (a vontade do legislador). Hoje, paralelamente à lei, a AP também pode executar a CRP (v.g., CRP refém da AP), de atos do DIP, de DUE, do poder judicial e do próprio poder político, envolvendo graus diferentes de autonomia e de vinculação da AP; o carácter executivo atribui ampla autonomia da AP auto-determinar o seu papel, na concretização de uma normatividade principalista, de conceitos indeterminados, de cláusulas gerais, além da resolução de eventuais antinomias e integração de lacunas – da prática executiva subsume-se uma noção mais auto-determinada e concreta da atuação administrativa. A execução nem sempre se fará através de atos jurídicos ou títulos constitutivos de uma ação administrativa, podendo plasmar-se materialmente, tutelada nos serviços tendentes à satisfação concreta de necessidades coletivas – do ato material resulta a legitimidade da atuação, em alguns casos;
- e) Controlo da atuação – é o corolário e princípio primacial e básico de toda a atividade administrativa – a AP desenvolve sempre uma tarefa própria de fiscalização e controlo da génese da sua atuação, fazendo-o por iniciativa própria ou a pedido de terceiro, averiguando, ajuizando da validade, da conveniência ou da oportunidade de ações ou omissões resultantes:
 - (i) Da sua própria conduta;
 - (ii) Da conduta de privados que exercem funções públicas;
 - (iii) Da conduta de particulares que, sem exercerem funções públicas, desenvolvem atividades do setor privado ou do setor cooperativo e social, com relevância ou utilidade pública, que, à luz do princípio da proporcionalidade, justifique esse controlo.

FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. Reserva de função administrativa

A função administrativa traduz uma função constituída do Estado, derivada do poder constituinte, sendo criada e modelada pela CRP, à luz de uma legitimação de autoridade soberana. A função administrativa, que tem por base o título constituído – fundando na atribuição legal-constitucional da concretização da ação em causa na afetação de recursos e mecanismos procedimentais para a prossecução do interesse público subjacente, terá de respeitar a lei e a CRP, bem como as decisões dos tribunais, detentores

exclusivos da função jurisdicional, sendo sempre obrigatórias e prevalecendo sobre as de quaisquer outras autoridades – Art. 205º da CRP. A função administrativa tem uma legitimidade constitucional.

À luz do princípio da separação de poderes, Art. 111º da CRP, existirá uma RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO ou de função administrativa – trata-se de um *espaço próprio e exclusivo de intervenção decisória* a favor da AP. Excluído de qualquer interferência do legislador ou dos tribunais (ex: tribunais e legislador são excluídos de realizarem juízos de mérito sobre mecanismos procedimentais ponderativos de atribuição de bolsas quando o título jurídico é indeterminado). Não obstante, o princípio da separação de poderes não pode deixar de limitar a AR, enquanto órgão legislativo, face ao GOV, enquanto órgão da AP, nem o TC pode deixar de ser limitado na configuração das relações entre poder legislativo e poder administrativo. Na verdade, *lato sensu*, a reserva administrativa não é absoluta, na medida em que, só se verifica num conjunto tutelado e determinável de objetos do ato administrativo, tendo como característica intrínseca e subjacente a heterolimitação baseada na configuração do elemento relacional entre o poder legislativo e administrativo.

Função administrativa e poder administrativo: interações

A função administrativa revela os fins da atividade desenvolvida pela administração – releva o vínculo teleológico que pauta, legitima, limita e subordina a atuação administrativa. O poder administrativo revela os meios tendentes ao alcance dos fins. O poder deriva da outorga e delegação da soberania do povo nos titulares da estrutura orgânica da administração que vão prosseguir o interesse público. O poder administrativo, goza de uma legitimidade constitucional, já que expressa uma parte da soberania do Estado, traduzida na via mais executiva da ação pública estatal. Ao abrigo do 199º da CRP, verifica-se a fundação e legitimação de uma autoridade pública e decisória da administração. O poder administrativo é equiparável ao poder legislativo e judicial, dada a plasmação constitucional existente. O princípio de separação de poderes do Art. 111º da CRP garante ao poder administrativo um espaço de intervenção decisória reservado, imune a invasões e intromissões do poder legislativo e judicial, como refere PAULO OTERO. A reserva de administração “blinda” qualquer tentativa de o legislativo ou o judicial usurparem o “feudo” material de decisão garantido constitucionalmente à AP. Apesar da AP estar subordinada à lei e às decisões dos tribunais vem configurar uma subalternização do poder administrativo pois este é um poder realmente material e autonomizado.

A subordinação da AP à lei não faz do poder administrativo uma realidade meramente executiva do poder legislativo, pois:

- (i) O poder administrativo pode ir além da lei, na medida em que existam conceitos indeterminados, que sob reserva de administração (matérias tuteladas e ajuizadas unexclusivamente pela ADM) sejam densificados e ajuizados em razão de mérito, num sentido *praeter constitutionem* – ADM independente do legislador na definição paramétrico-material do critério de ação administrativa ou orgânica; não podendo apenas ir contra a lei ou realizar mais do que esta lhe atribui como competência – princípio da competência habilitante;

- (ii) Verifica-se ainda uma tendência cada vez mais notória da amplitude interpretacional das opções políticas nas leis, condicionadas pela intervenção técnica, havendo uma dependência procedimental da intervenção da AP na preparação de diplomas legislativos – haverá uma informal subordinação do poder legislativo ao poder administrativo, na medida em que o primeiro condiciona a modelação do conteúdo predeterminando os termos da normatividade a que se encontrará posteriormente vinculado.

A natureza “materialmente reforçada”¹¹ do poder administrativo resulta do facto da margem de liberdade decisória deixada ou conferida pela lei à AP, permitindo-lhe realizar valorações e juízos de mérito, encontrar-se imune a uma intervenção judicial cassatória ou substitutiva – dentro dos limites fixados pela juridicidade, existe um espaço verdadeiramente autónomo de decisão do poder administrativo.

A autonomia do poder administrativo (“materialidade reforçada do poder administrativo”) corporiza-se em três situações essenciais:

- (i) Aos atos produzidos pelo poder administrativo, v.g., atos administrativos, produzem efeitos por si, não são procedimentalmente dependentes de intervenção judicial. Nem que o ato administrativo seja inválido é obstada a sua eficácia em sentido lato ou dispensada a obrigatoriedade de obediência dos destinatários – salvo a arguição da anulabilidade do ato e a cessação dos efeitos determinada por sentença de anulação transitada em julgado;
- (ii) O cerne do poder administrativo consubstancia-se no exercício de atos unilaterais de autoridade declarativa e executiva – os meios de ação do poder administrativo não dependem da colaboração dos destinatários da ação, já que pela autotutela declarativa e executiva é possível tornar oponível o ato;
- (iii) O poder administrativo comporta um exercício de liberdade amplo, por imperativo constitucional, plasmado numa esfera discricionária de decisão exclusiva, em sede de atribuição à ADM de uma reserva de escolha dos meios e das soluções tendentes à prossecução do interesse público, sem que o conteúdo (meios), respeitador da juridicidade, possa ser sindicado pelos tribunais (ficam estes órgãos de soberania impedidos da formulação e execução de juízos de mérito, à luz do princípio da separação de poderes – Art. 111º da CRP). Por outras palavras, há uma reserva decisória dos recursos alocados pela ADM à prossecução do interesse público, uma reserva genérica tendencial de juízo de mérito.

¹¹ Expressão reservada ao autor deste trabalho. A materialidade reforçada do poder administrativo é entendida enquanto adjectivação jurídico-semântica da natureza autónoma e auto-protégida do poder da administração na execução da sua atividade, dentro dos parâmetros da “juridicidade emanante”, que obsta à interferência, em sede de reserva de administração apurada casuisticamente em função do objeto do ato administrativo, do poder executivo, legislativo e até judicial, no que concerne à emissão e modelação de juízos de mérito – há um espaço auto-imposto, constitucionalmente reconhecido decorrente do conjunto dogmático geral, pela ADM enquanto tutela e proteção da sua ação e meios para a concretização da mesma.

Suavização dos poderes administrativos de autoridade

Não obstante a “materialidade reforçada” e a autonomia do poder administrativo, como corolário da autoridade da Administração na alocação de meios e atos materiais conexos, verifica-se uma tendencial suavização dos poderes de autoridade da ADM, numa lógica de consenso, minimizadora da litigância derivada, como forma de adensar e densificar a democracia participativa. Assim, o poder administrativo estará coadunado com limites ou temperamentos de colaboração, cooperação e concertação, traduzido numa recomendação genérica de tipo praxe de recurso a um modelo paritário de decisão. Tal, novamente se refere, não obsta ao exercício unilateral de poderes de autoridade.

O exercício unilateral de poderes de autoridade requer, taxativamente, à luz do plasmado legal (CPA) e constitucional (CRP) da concretização e cumprimento de um princípio genérico da participação dos interessados, em zonas de margem de “livre” decisão administrativa. A preterição do requisito formal *essencial* da participação dos interessados pode afetar o sentido da decisão final na medida em que:

- (i) Os acordos ou contratos (substitutivos de decisão unilateral), envolvem a abdicação por parte da ADM do seu exercício de poder unilateral – substitui-se o exercício do poder unilateral por um instrumento consensual;
- (ii) Os acordos endoprocedimentais, ou seja, sobre a natureza do procedimento do ato, celebrados numa fase anterior à decisão final unilateral, permitem a integração dos interesses dos destinatários na modelação dos efeitos efetivada na fase imediatamente precedente à da decisão final;
- (iii) A audiência prévia dos interessados, Art. 121º do CPA, realizada antes da tomada de decisões desfavoráveis, permite à AP suavizar o efeito nefasto para com os destinatários, auxiliando à harmonia do procedimento administrativo.

Os meios de ação do poder administrativo encontram-se dependentes de uma concreta habilitação normativa – as normas de competência assumem particular relevância na configuração do poder administrativo – a ADM só pode fazer aquilo a que estiver habilitada pela norma de competência, em prejuízo de recair em invalidade, abuso e usurpação. As normas de competência definem o *alcance, sentido* e os *limites do poder administrativo*.

Normas de competência e organização interna do poder administrativo

(A) Função e sentido das normas de competência

As normas de competência envolvem sempre o conferir de meios ou o configurar de efeitos referentes à intervenção do poder administrativo, estabelecem a concatenação dos termos e de quais são os interesses públicos subjacentes e passíveis de prossecução, bem como estabelecem as condições de validade das decisões habilitadas (os critérios que garantem a habilitação e que obstem à eficácia se preteridos). Ações administrativas que não atendam à égide normativa das normas de competência, não as respeitando, geram situações de invalidade, com a atribuição de desvalores legais e ineficácia, *lato sensu*, na maioria das situações jurídicas em causa.

As normas de competência gozam de uma posição hierárquica prevalecente face a todas as decisões (normativas ou não normativas – já que podem ser formais baseadas num título jurídico ou materiais) resultantes do poder que elas conferem:

- I. A entidade ou estrutura orgânica administrativa que é habilitada por uma determinada norma de competência não pode nunca, recorrer à mesma, como forma de materializar uma competência dispositiva ou modificativa da respetiva norma habilitadora – como refere OTERO, *a norma de competência exerce uma função heterovinculativa face a quem recebe poderes dessa mesma norma*;
- II. A norma de competência habilitadora, de acordo com o seu sentido paramétrico, pode admitir a intervenção da vontade orgânica da estrutura decisória que dela recebe poderes para, nos termos dessa habilitação, *configurar o exercício da competência* – ex: delegação de poderes.

(B) Tipologia das normas de competência

Existem:

- (a) Normas habilitadoras ou que conferem competência ou normas de ação – atribuem poderes decisório-procedimentais à ADM:
 - i) Normas de tarefas ou incumbências públicas – recorte das necessidades coletivas a cargo do poder público;
 - ii) As normas de divisão ou separação de funções – distribuem as necessidades da coletividade a cargo de uma multiplicidade de entidades e poderes do estado ou de raiz a montante estadista;
 - iii) As normas de atribuições – tutelam os fins da ação administrativa – atribuem a competência específica da satisfação das necessidades e dos interesses públicos *ad hoc*;
 - iv) As normas de competência (em sentido restrito ou próprio) – repartem pelas respetivas estruturas orgânicas (órgãos sociais) os fins próprios da entidade em que se encontram integrados. Podem existir:
 1. Normas de competência potestativas – conferem poderes para a ADM introduzir, unilateral e automaticamente, alterações na O.J. , constituindo, modificando ou extinguindo posições jurídicas. Ex: normas de competência revogatória ou suspensiva, as normas de competência homologatória ou autorizativa, as normas de competência avaliativa de alunos ou certificativas de factos.
 2. Normas de competência não potestativa – outorgam poderes dependentes do assentimento e/ou cooperação de outros sujeitos. Ex: normas de competência para a negociação, celebração, e execução dos contratos, normas de competência para a nomeação do titular de um órgão.
- (b) As normas que disciplinam o exercício da competência – regulam os termos da ação da competência da ADM:
 - i) As normas que fixam os princípios gerais a que obedece o exercício da competência pela AP:

1. Princípio da legalidade da competência – resulta da Lei e da CRP as competências atribuídas às entidades orgânicas volitivas e às AMD's, *lato sensu*;
 2. Princípio da irrenunciabilidade da competência;
 3. Princípio da inalienabilidade da competência;
 4. Princípio da inconsumibilidade da competência – os poderes não se extinguem, nem desaparecem, após o exercício pelo titular;
 5. Princípio do respeito pela delimitação material, territorial, hierárquica e temporal da competência – respeito pela definição habilitória taxativa da norma de competência.
- ii) As normas que fixam pressupostos – de direito ou de facto – ao *exercício da competência* – estabelecem requisitos para que a competência possa ser exercida – a preterição do pressuposto veiculador da competência, ou a sua violação, em sede de atuação administrativa *contra legem*, a decisão estará ferida de *erro sobre os pressupostos* da competência, estando viciada de *incompetência*;
- iii) As normas que determinam os fins do exercício da competência – estabelece a equivalência *sine qua non* dos motivos que determinam a atuação administrativa aos fins que, no nosso entendimento, vinculam parametricamente a ADM à prossecução do fim aprioristicamente determinado – a violação das normas determinadoras do fim da competência, e.g., A ADM deve conceder uma quantia pecuniária a estudantes bolseiros, sendo violada e atribuindo a apodada quantia a estudantes não bolseiros, então haverá *desvio de poder*;
- iv) As normas que estabelecem limites materiais ao exercício da competência – impondo condições e requisitos quanto ao objeto da decisão – preterição gerará *ilegalidade lato sensu*;
- v) As normas que prescrevem o procedimento e a forma de exercício da competência – orientam e determinam o processo decisório e o procedimento executivo da administração – a preterição gera os *vícios de forma*, que irão ferir a decisão/ato administrativo (ato administrativo como veículo jurídico-material da decisão)
- (c) As normas que regulam normas de competência – normas sobre normas – são capazes de conferir poderes adicionais à AP sobre as próprias normas definidoras da sua competência e ainda sobre as normas reguladoras do seu exercício:
- i) Normas que regulam a produção de normas de competência, e.g., as normas constitucionais definidoras da competência legislativa da AR, GOV e ALR, respeitantes a matérias de reserva administrativa competencial e de atribuição administrativa primacial, suscitando-se a questão se podem existir normas de competência de origem consuetudinária – tendemos a responder afirmativamente.
 - ii) Normas que disciplinam as relações entre as diversas fontes reveladoras de normas de competência, e.g., o princípio da paridade hierárquico-normativa entre lei, DL e DLR, constante do Art. 112º/2/1ª parte da CRP – está a determinar a relação entre fontes de direito – fontes reveladoras de normas de competência;

- iii) Normas que resolvem conflitos de normas de competência:
 - 1. Normas que resolvem conflitos materiais decorrentes do conteúdo intrínseco das normas de competência – entre uma norma e outra qual deve proceder – resolvem casos incongruentes, incluindo conflitos positivos e negativos;
 - 2. Normas que resolvem conflitos temporais;
 - 3. Normas que resolvem conflitos espaciais – jurisdições diferentes.
- iv) Normas que definem critérios de interpretação de normas de competência – como deve ser seguido o sentido literal dúbio de uma norma;
- v) Normas que incidem sobre a integração de lacunas de normas de competência – suscetível integração analógica de normas de competência administrativa genericamente omissivas.

9. § TIPOLOGIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – AS PRINCIPAIS DICTOMIAS – TIPOS DIFERENTES DE ADM'S

Crítérios de distinção das ADM's públicas

Existindo uma pluralidade de administrações públicas, sendo possível o recorte diferenciador das diferentes administrações públicas concorrentes, reconhecendo-se uma tipologia subjacente ao direito administrativo que permite recortar os tipos de administração pública existentes, com base em 5 critérios principais que permitem autonomizar uma tipicidade subjacente às ADM's Públicas:

- I. O Direito regulador – diferenciação do grau de adesão ou conformação administrativa ao ordenamento jurídico que visa disciplinar;
- II. A estrutura do substrato organizativo – elementos que subjazem ao seu modelo de organização;
- III. A atividade desenvolvida – as áreas materiais, as tarefas, interesses, etc, a cargo de prossecução pelas estruturas administrativas;
- IV. O procedimento adotado pela AP, enquanto modelo itinerário de formas e formalidades conducentes ao exercício da atividade administrativa – conduta procedimental da administração, os passos legais tipológicos a seguir;
- V. Os efeitos produzidos pela AP, revelando a configuração dos principais resultados do agir administrativo.

I – O DIREITO REGULADOR

Corporiza um critério de distinção das diferentes AP's assente no ordenamento jurídico da tutela administrativa:

- a) *Administração de Direito Público/Privado* – A APública, manifesta poderes de autoridade, pautando o seu agir pela aplicação de normas de direito administrativo e demais ramos do direito público; A Aprivada tem a sua atividade disciplinada, regra geral, pelo Direito privado comum – não goza de prerrogativas de poderes de autoridade;
- b) *Administração vinculada/ Administração discricionária* – A vinculada, tem um espaço reduzido de formulação autónoma e transcrita materialmente da sua vontade, estando manifestamente pré-determinada pela Lei, desenvolvendo uma

atividade marcadamente subsuntiva das opções resultantes da normatividade reguladora – densificam as opções primárias decorrentes da legislação pública, sem margem criativa ou liberdade de escolha de pressupostos, soluções ou efeitos no momento decisório – fazem o que lhe é mandado pela Lei; A discricionária goza de uma acrescida autonomia criativa dentro dos limites da normatividade, havendo uma maior influência material subjacente da vontade orgânica administrativa, na integração dos casos omissos na Lei.

- c) *Administração fundada na CRP/fundada na legalidade* – quando a ADM encontra a habilitação, o fundamento competencial e atributivo do seu agir ou na modelação reguladora da sua conduta, sem qualquer procedimentalização ou mediação legislativa, é uma ADM fundada na CRP – e.g, 18º/1; 199º/g) CRP, A ADM é fundada na legalidade , quando no ordenamento infraconstitucional ordinário encontra a sua habilitação – deriva diretamente de clausulados legais. Pode ser fundada na legalidade externa – a ADM é disciplinada pela normatividade reguladora das relações que colocam em contacto a ADM e os administrados – é externa quando projeta a relação jurídico-administrativa tutelada entre a ADM e particulares; é disciplinada por legalidade interna, quando a égide do escopo normativo se processe a nível intra-administrativo – traduz a normatividade intrínseca à ADM, podendo assumir uma configuração *contra legem* face à legalidade externa – Art. 112º/5 *a contrario* – já que é admissível a aplicação de direito inválido, à luz de um título constitutivo ilícito;
- d) *Administração de exceção/ administração de normalidade* – exceção – a atuação administrativa é extraordinária, em cenários formais ou meramente materiais de Estado de sítio e de emergência, visando a prossecução de interesse público de excecional relevo, gozando de prerrogativas especiais de poderes de necessidade, num quadro jurídico legal de alternativa. A administração de normalidade segue os trâmites legais, ditos normais;
- e) *Administração formal/administração informal*- a formal é a expressão do positivismo-legalista – todo o seu agir se move dentro do quadro procedimental e material definido pela legalidade jurídico-positiva, nunca aproveitando qualquer margem de abertura ou flexibilização da normatividade, suscitando-se uma escrupulosa subordinação às formas jurídicas típicas da atuação administrativa, desenvolvendo sempre uma conduta em sentido *secundum legem*; a ADM informal desenvolve a sua atividade à margem de mecanismos estabelecidos por normas jurídicas, num propósito de alcançar os objetivos através de expedientes mais rápidos e eficazes, afastando-se da legalidade formal que não possua natureza imperativa ou agindo através de instrumentos não regulados normativamente. É aquela que, em via de regra, age *praeter legem*;
- f) *Administração oficial/não oficial* – A oficial procura corresponder ao máximo, em termos organizativos, funcionais e procedimentais, ao modelo normativo publicado no jornal oficial , sem cuidar da emergência fáctica, corporizando apenas uma transposição do quadro citado pelo ordenamento jurídico escrito – visa acolher e repercutir os efeitos da regulação jurídico-positiva, sendo uma administração predominantemente heteroconfigurada – é configurada pela Lei ou CRP; a ADM não oficial funciona paralelamente à dimensão oficial, traduzindo a permeabilidade administrativa aos processos fácticos e informais que, debilitando e neutralizando a efetividade das normas escritas e reguladoras da AP, pode gerar

subserviência administrativa, funcional ou procedimental, revelando a existência de uma “administração paralela” – administração não oficial corresponde à administração da realidade dos factos, sendo sentida pelos administrados e autoconfiguradora.

Estrutura do substrato organizativo e tipos de administração pública

- a) GOV/ÓRGÃO ADMINISTRATIVO v. RESTANTE ADMINISTRATIVO – exerce as funções de condução da política geral (interna e externa) do país, e simultaneamente, de órgão pretensamente superior da AP, definindo e difundindo uma orientação política sobre todas as restantes matérias: o *indirizzo* político permite ao governo manter a unidade de condução da política do Estado, segundo uma vontade coerente e teleologicamente determinada, orientando, decidindo ou impulsionando ações através de uma directividade incidente sobre GOP das diversas estruturas públicas, habilita-o a praticar atos de alta administração – esses atos de coordenação política superlativa à autonomia administrativa das entidades administrativas públicas, abrangem uma latíssima discricionariedade, contando sempre com a intervenção do PM, podendo ser feitas por deliberação do CM ou contar com a intervenção *à posteriori* do PR. O governo também assume uma competência implementadora de paradigmas gerais no que concerne a intervenções essencialmente públicas, tendo um papel fundamental na definição estratégica.

A restante administração não resultante do GOV, não gozando de uma posição soberana e simultânea de decisor político geral, não goza deste modo das prerrogativas de autoridade do órgão central da AP, tendo apenas um controlo e coordenação mais delimitada e reduzida, sendo bem mais subordinado à legalidade e constitucionalidade;

- b) ADMINISTRAÇÃO TERRITATORIAL/ASSOCIATIVA/INSTITUCIONAL- visa dar expressão aos interesses e aspirações de um agregado delimitado e territorial delimitado – território nacional = administração do Estado; regional= R.A.; ou local= Autarquias. Associativa tendo por base um agrupamento ou associação de pessoas singulares, coletivas, ou mista – de natureza privada e/pública que procura satisfazer interesses públicos *próprios*, segundo a configuração legal determinada. A institucional corresponde a uma realidade organizativa de carácter material e personalizada, sem base territorial ou associativa – não requer substrato pessoal ou local – atua universalmente, na prossecução do interesse proposto público – é um serviço, património, estabelecimento ou uma estrutura empresarial (E.P.E) – são os *institutos públicos*
- c) ADMINISTRAÇÃO CENTRAL/PERIFÉRICA – pode visar a prossecução de interesses respeitantes a todo o território nacional, sendo exercido no centro da vida administrativa do Estado, a partir da capital; periférica, circunscreve a sua atuação num território delimitado e próprio, em termos internos, para espaços dentro do território nacional ou externos – embaixadas e consulados;

- d) ADMINISTRAÇÃO GERAL/CORPORATIVA – geral quando prossiga fins tendencialmente universais; corporativa quando o substrato pessoal seja delimitado e o interesse seja tutelar de um grupo mais determinado – ex: ordens profissionais, têm base administrativa corporativa;
- e) ADM DEPENDENTE/INDEPENDENTE – exercício competencial (pressupondo substrato atributivo emanante) sujeito a vinculações intra-administrativas, isto é, submetidas a poderes de intervenção conformadora e/ou fiscalizadora sobre a sua esfera decisória; provenientes de outras estruturas da AP (nomeadamente carentes de tutela ministerial) – ex: Diretores-Gerais face ao respetivo ministro; os institutos públicos face à entidade tutelar; independente – as estruturas administrativas exercem os seus poderes sem qualquer sujeição a mecanismos intra-administrativos de intervenção governamental, encontrando-se exclusivamente vinculados à legalidade externa – ex: Provedor de Justiça; CNE; ERCS;
- f) ADM ESTADUAL/INFRAESTADUAL/SUPRAESTADUAL – estadual quando visa a prossecução do interesse geral da coletividade, identificando os altos interesses coletivos e permanentes tutelados pelo Estado [administradores acrescidos de legitimidade democrática] – é a administração por excelência pública, e a mais alta, que corresponde ao corolário executivo das funções de soberania primaciais do Estado. A infra-estadual corresponde a uma pluralidade de fenómenos de descentralização, prosseguindo interesses públicos de âmbito circunscrito e dentro das coordenadas resultantes dos interesses gerais da coletividade a cargo do Estado, tendo a sua existência subordinada à vontade constitucional e legislativa do Estado, registando-se que no exercício da sua atividade, também se encontra sujeita à vontade estadual, mas com maior domínio autonómico. A supraestadual corporiza a prossecução de interesses comuns a vários Estados, situados num plano superior a cada um deles e titulados por entidades dotadas de personalidade internacional – mostra-se passível de exercer funções de subordinação, coordenação e cooperação, relativamente ao Estado – e.g., ADM da EU; ADM da ONU;
- g) ADM SOB FORMA PÚBLICA/PRIVADA – se a prossecução de interesses públicos é feita por estruturas organizativas dotadas de uma personalidade jurídica de direito público, correspondendo a entes ou entidades públicas, fala-se em administração sob forma pública, e.g., municípios, E.P.E's; se a prossecução de interesses públicos é confiada a entidades dotadas de uma personalidade de Direito privado, deparamos com uma ADM sob forma privada, v.g., concessionárias, sociedades de capitais integralmente públicos. É sob forma pública qd a prossecução do interesse público seja feito por entidades públicas, é sob forma privada qd a prossecução do interesse público, corolário da ADM pública, é prosseguido por privados – privados encarregues da atenção ao interesse público.

- h) ADM SUBSTANTIVA/PROCESSUAL – a substantiva, seguindo a juridicidade disciplinadora do exercício da função administrativa, regula direta e imediatamente situações jurídicas da vida social, definindo posições jurídicas dos administrados perante a AP ou desta perante aqueles – cria direitos ou obrigações dos administrados para com a administração; a processual, consubstancia a atividade desenvolvida pelas estruturas administrativas e/ou seus mandatários como partes litigantes em processos judiciais ou arbitrais – é a administração representante e atuante em litígios jurisdicionais, seguindo trâmites diferenciados em dois momentos: a definição de uma estratégia processual; praticando os atos processuais jurisdicionais exigíveis e indispensáveis;
- i) ADM NEUTRAL/INTERVENCIONAISTA – a neutral corresponde à ADM liberal típica, que se limita a garantir a liberdade, segurança e a propriedade, numa postura abstencionista face à realidade social e económica – não intervém para a implementação do bem-estar social, nem para garantir níveis mínimos de dignificação social – tem uma postura abstencionista e meramente básica; a intervencionista é agente indiscutível da ação no paradigma do Estado social – pode excluir concordância ou inclui-la;
- j) ADM PRODUTORA/ADM REGULADORA – a produtora é produtora de bens e prestadora de serviços, é a típica intervencionista do Estado social. A reguladora visa regularizar o funcionamento do mercado, por razões de interesse público, definindo as condições de acesso e permanência no mercado, corrigir as deficiências de mercado que possam lesar a concorrência e os consumidores, arbitrar resoluções de conflitos entre os diferentes agentes intervenientes no mercado – é também uma administração intervencionista;
- k) ADM BUROCRÁTICA/ADMINISTRAÇÃO EMPRESARIAL – a burocrática tem como propósito o desenvolvimento de uma atividade administrativa sem carácter empresarial ou lucrativo, segundo um modelo organizativo e funcional interno de matriz hierárquica, formal e racional, baseado no conhecimento hiper-especializado dos seus funcionários, integrando o designado setor público administrativo (o Estado, as RA, as AL). A empresarial traduz uma lógica de funcionamento de empresas – presta serviços ou entrega produtos no mercado, utilizando critérios económicos de decisão e visando o lucro, segundo formas organizadas de Direito Público ou de Direito privado.
- l) ADM DE SACRÍFICIOS/PRESTAÇÃO – procura satisfazer a prossecução de interesses públicos por via da produção de atos impositivos de obrigações, limitando a liberdade e/ou a propriedade dos destinatários das suas decisões – administração tributária ou policial; a de prestação envolve a produção de bens e a prestação de serviços aptos à satisfação de necessidades sociais, algumas delas configuradas como direitos fundamentais de natureza social, assumindo uma importância estrutural no âmbito do Estado Social.
- m) ADMINISTRAÇÃO DE ORDENAÇÃO/ DE INFRAESTRUTURAS – ordenação visa regular a boa ordem da coletividade, evitando perigos ou a mera

suspeita destes. A de infraestruturas visa conjugar o fornecimento de serviços básicos e o propósito de alterar a realidade social para além de cada caso concreto, trata-se de uma concretização social de um princípio intervencionista geral.

- n) **ADMINISTRAÇÃO ESTRATÉGICA E DE TRANSFORMAÇÃO** – a adm estratégica traduz o desenvolvimento político do exercício da função administrativa, idealiza e projeta soluções; transformação – procura ser executivo e implementador;
- o) **ADMINISTRAÇÃO VÍSEL/ INVISIVEL** – visível – princípios da transparência e do arquivo aberto, não prossegue interesses públicos dominados pelo secretismo, antes tem publicas no jornal oficial as regras definidoras da sua orgânica, do seu pessoal, dos modos de funcionamento e ainda as principais decisões emanadas no exercício das funções – é transparente; invisível – pauta-se pelo secretismo, pelos interesses obscuros e contravertidos e uma tendencial (in)fiscalização e controlo das decisões e atos jurídico-materiais administrativos praticados sob reserva de arquivo fechado.
- p) **ADMINISTRAÇÃO UNILATERAL/BILATERAL** – unilateral expressa o exercício de uma autoridade exclusiva ou unissubjetiva, desenvolve a sua atividade pessoal e intransmissivelmente, sem o concurso de vontades alheias na formação estrutural ou constituinte da decisão, definindo, independentemente do acordo hipotético de terceiros, dada o escopo competencial, as atribuições da PC e ainda as prerrogativas de autoridade que lhe assistem, com o seu fundamento na lei, definem soluções em termos gerais e abstratos – regulamentos; o direito aplicável a casos individuais e concretos – **atos administrativos**; definindo ainda posições jurídicas processuais visando obter do poder judicial a resolução de uma lide – atos processuais da AP; a ADM bilateral é aberta à participação coconstituente ou codecisória plurissubjetiva, pautada pelo escopo competencial e atributivo que determina a co-participação de uma pluralidade de estruturas ou entidades administrativas (ex: outras PC), corporizando uma concertação de interesses que são contrapostos através de um acordo de vontades – **CONTRATO ADMINISTRATIVO**, podem envolver o relacionamento entre a ADM e particulares, quando a matéria seja tal que comporte acordo de vontades e interesses, não podendo a ADM socorrer-se de prerrogativas de autoridade para, potestativamente, impor a determinação objetiva e jurídico-material sobre os particulares ou demais administrações que sejam os destinatários da ação prosseguida. Podem assumir um carácter de *convénio intradministrativo* quando são acordos entre ADM e particulares ou entre várias ADM's; podem assumir uma *natureza substantiva*, quando a teleologia do ato não é a subordinação jurídica do destinatário, antes é a definição da natureza do conteúdo convencional que é prosseguido por ambas as partes (ADM1 e privados ou ADM1 e ADM2) – contrato de empreitada de obras públicas (regido pelo código dos contratos públicos, é uma matéria de direito privado), ou ainda contrato de concessão; ou processual, de âmbito arbitral ou transação.
- q) **IMPOSITIVA/CONCERTADA**;
- r) **SUBORDINAÇÃO/PARITÁRIA**;

- s) EXECUTIVA/JUDICIÁRIA;
- t) ELETRÔNICA/TRADICIONAL;
- u) TRANSPARENTE/OPACA;
- v) ASSISTÊNCIA/AGRESSIVA;
- w) CONSTITUTIVA/DECLARATIVA
- x) DECISÓRIA/CONSULTIVA;
- y) PREVENTIVA/REPRESSIVA;
- z) INTERNA/EXTERNA;
- aa) NACIONAL/TRANSNACIONAL.

Aula de 09/10/17

Vamos hoje continuar a referência às concepções filosóficas em torno da AP.

A primeira grande questão é ligação entre o modelo político e administrativo? Vontade política da maioria em consonância com a ação da AP:

- 1) Uns consideram, na via tradicional – a administração limita-se a fazer aquilo que a Lei permite que ela faça – baseia-se no princípio da legalidade, domina a história do pensamento político – ARISTÓTELES, LOCKE, MONTESQUIEU; Função administrativa é função executiva – o poder legislativo é nesse sentido o principal poder constituído do Estado, sendo superior, e a administração terá um papel subordinado e meramente executivo;
- 2) A concepção alternativa – a administração como um poder não subordinado e não executivo. Permite diferenciar dois tipos de ADM – como protagonista o GOV e outro a restante ADM pública. A ADM pública é efetivamente executiva da lei e o titular do poder legislativo. Em relação ao titular do poder executivo – GOV – alicerça-se num poder autónomo constitucional de ação político-administrativa – LOCKE (poder autónomo); poder de impedir (MONTESQUIEU); a ditadura de ROUSSEAU, HEGEL e KANT.
 - a) Princípio monárquico – na CC francesa de 1814 e na CC portuguesa de 1826 – o rei tinha um poder residual – fazia tudo aquilo que não era competência do governo e dos tribunais – é uma administração não executiva, discricionária e não subordinada aos poderes funcionais latos;
 - b) Constituição francesa de 1958 – Fora do domínio da lei está o domínio do regulamento, enquanto competência exclusiva do GOV. a reserva de administração do governo consagra uma não subordinação administrativa à Lei. 199º/g) da CRP – permite ao governo todos os atos administrativos necessários, há um poder funcional independente – competência exclusiva do GOV. obedece aos seguintes pressupostos:
 - i) Só é possível fora da reserva de lei;
 - ii) Em setores esquecidos pelo legislador – espaço livre de ato jurídico-legislativo; permitem a intervenção do PM sem aprovação do CM, que é vantagem comparativa dos DR sobre os DL, que não estão sujeitos a fiscalização preventiva, nem podem ser objeto de apreciação

parlamentar; não significa que a atividade adm não esteja subordinada à lei.

Intervenção que a ADM tem na preparação das leis – Conselho de Estado; a garantia do Estado social e do bem estar está dependente da sua administração – CRP refém da AP. A ADM tem uma legitimação política dada por duas formas – eleição direta dos titulares dos seus órgãos – há um risco – colonização partidária da ADM. tudo isto coloca em causa a neutralidade administrativa – hoje podemos dizer que com duas exceções – Universidades e forças armadas estão capturadas pelos partidos político.

Ainda a conceção do interesse personalista ou suprapersonalista da Administração.

Será ainda de referir uma colisão entre dois princípios – principio da igualdade ou da legalidade. Este confronto assume relevância qd a ADM age de forma ilegal. O desvalor regra é a anulabilidade, se não for arguido gera-se sanção do desvalor. A poderação entre os princípios há-de traduzir uma resposta diferente para com os pretendentes, daí se colocar em causa o confronto entre o princípio da igualdade ou da legalidade. Se um ato anulável foi praticado em benefício de A e B vem pedir o mesmo – vale a legalidade e não é efetivado ou vale o princípio da igualdade. Há direito à igualdade na ilegalidade. O direito à igualdade é direito fundamental – o principio da legalidade não é fonte fundamental – a igualdade prevalece sobre a legalidade.

Conceito de cidadão administrativo – é mais do que um súbdito e que um particular e um administrado. Está numa relação de paridade com a administração, é uma administração paritária – eleva os particulares a co-decisores e participantes na decisão administrativa. Reforça as ideais da igualdade, liberdade e participação. Cidadãos administrativos podem ser os estrangeiros e apátridas e todo o nacional que se relacione com a ADM.

Constituição administrativa portuguesa – é o conjunto de normas constitucionais que regulam a administração e as relações dos cidadãos com a administração. Naturalmente que também há uma constituição administrativa oficial e não oficial, formal e material.

Quais são os fatores que condicionam o modelo de AP?

- 1) Modelo político-constitucional de Estado – saber se o estado é pluralista ou autoritário;
- 2) A forma de estado – unitário ou composto, federal não federal;
- 3) Sistema económico de mercado ou de direção central faz toda a diferença na ação;
- 4) Sistema político-governativo.

A pluralidade de interesses refletida nas normas da constituição faz com que cada um procure encontrar o fundamento na constituição para o seu discurso – cada um procura alicerçar os seus interesses em normas da CRP, por vezes do DUE, no DIP – procura-se basear os seus argumentos numa norma de máximo valor constitucional – porque assim a sua pretensão terá uma prevalência sob o adversário. Haverá assim uma conflitualidade de argumentação constitucional. A consequência desta conflitualidade passa para o legislador e não tem coragem ou força, vai remeter para a administração a resolução desses conflitos. Os órgãos administrativos são chamados a resolver conflitos de pretensões constitucionais – quem está insatisfeito procura ir ao tribunal para derrubar e

destruir a decisão administrativa- toda esta conflitualidade deriva em conflitualidade administrativa.

Qual a ordem axiológica que resulta da CRP:

- 1) A ideia da democracia humana;
- 2) Estado de Direito democrático;
- 3) Soberania internacionalizada e europeizada;
- 4) Unidade descentralizada.

Princípios da ADM Pública:

- 1) Princípio da subsidiariedade – Art. 6º da CRP. Só deve pertencer ao estado aquilo que não puder ser feito por entidades infraestaduais. Significa a contrario, que ao estado deve pertencer tudo o que não pode ser feito pelas demais entidades. A subsidiariedade é uma mentira piedosa da CRP. É escrita mas não é muito usada;
- 2) Princípio da descentralização – não há uma só PC. Tem de existir uma pluralidade de pessoas coletivas. O estado cria outras entidades públicas ou transfere atribuições para outras entidades públicas- é sempre um fenómeno ao nível da satisfação dos interesses das pessoas. Todos querem sempre mais poderes – de nada serve transferir poderes sem meios financeiros; a descentralização é sempre entre PC e a desconcentração é entre órgãos da mesma PC – é o descongestionamento de poderes/repartir poderes de um órgão por outros órgãos. A desconcentração é sempre um fenómeno intra-orgânico.
- 3) Princípio da unidade – podem existir formas de desconcentrar competências ou de descentralizar ações – alguém tem que ter poderes de intervenção para harmonizar o todo e assumir responsabilidade de toda a estrutura administrativa. É consequência da forma de estado e do sistema de governo. Há sempre uma entidade que tem poderes de intervenção – GOVERNO – é o órgão superior da ADM pública.
- 4) Princípio da participação dos administrados na ADM;
- 5) Princípio da aproximação dos serviços às populações;
- 6) Princípio da desburocratização.

Aula n.º 5 – 26/09/17

Estávamos a analisar o vocabulário dos particulares quanto ao funcionamento da administração. Vimos a relação administrativa.

Vamos ver a pretensão. O que é uma pretensão? É um ato de vontade intencional pelo qual alguém pede e exige algo da ou contra a administração. Quando se pede algo estamos perante uma pretensão administrativa, quando estamos perante algo contra a administração estamos perante uma pretensão judicial – perante os tribunais – mas o destinatário último é sempre a administração.

Pode existir uma pretensão primária – pede-se que, pela primeira vez, a administração tome posição sobre determinada matéria. Numa pretensão secundária já houve uma decisão administrativa antecedente. Uma pretensão não significa uma resposta favorável, mas significa que tem sempre direito a obter uma resposta – existe uma dimensão

processual e substantiva naquilo que se pede – uma coisa é pedir e ter direito a uma decisão favorável – outra é uma posição em que se pede para o tribunal apreciar aquilo que é pedido independentemente de a decisão ser ou não favorável ao autor do pedido – há direito de decisão, há direito de resposta – há pedido substantivo, que pode obstar ao sentido pedido, todavia há objeto de decisão administrativa.

A pretensão de natureza substantiva ou material – podem compreender:

- i) normas de natureza impositiva – criam para a administração o dever de deferir para a administração e para os tribunais de conferir ou que é pedido – há um direito genérico a uma decisão favorável – será um direito substantivo.
- ii) norma com uma natureza proibitiva – há um dever de indeferir sob pena de ilegalidade – há um exercício de poder vinculado;
- iii) normas de natureza permissiva – não impõem nem proibem – atribuem à administração o expediente
- iv) de ponderar qual a melhor decisão e fundamentar a mesma – há um poder discricionário por parte da administração.

Como é que o 111º - princípio da separação de poderes – permite diferenciar quem é o destinatário da pretensão – administração ou tribunais?

- i) Sempre que o pedido se alicerça em razões de conveniência ou oportunidade só há um destinatário – a administração. Se o fundamento da pretensão são razões de mérito só a administração pode apreciar;
- ii) Sempre que o pedido assenta em razões de legalidade, há uma concorrência da apreciação pela administração e pelos tribunais pelo que:
 - 1- Quando estão em causa a concretização de prestações de bem-estar, o particular deve formular a pretensão ante os órgãos da administração;
 - 2- Na recusa, omissão ou insatisfação da administração, pode recorrer-se a tribunal;
 - 3- Se o particular desencadeia uma questão junto de um tribunal, desencadeada uma ação de ilegalidade junto de um tribunal, precolude a competência administrativa.
 - 4- O princípio do dispositivo caracteriza a ação administrativa, o princípio do inquisitório caracteriza a ação judicial. Os tribunais só podem decidir aquilo que é pedido nos termos em que é pedido. Enquanto que a administração pode responder de forma amplamente discricionária. As decisões administrativas são revogáveis, nos termos dos regulamentos em causa, enquanto que os tribunais geram casos julgados, não recorríveis. Os privados podem recorrer aos seus direitos fundamentais para legitimar o seu direito à pretensão junto à administração. No caso dos tribunais, verificar-se-á o Art. 20º - tutela jurisdicional efetiva.

GARANTIAS – são trunfos, posições de vantagens – derivam dos direitos fundamentais:

- a) Posso exercer uma garantia para exercer os meus interesses;
- b) Para defesa objetiva da legalidade em geral;
- c) Para prosseguir ambos os fins.

As garantias reforçam o protagonismo dos particulares na sua relação com a administração.

- i) Nenhum privado tem o dever de denunciar ilegalidade – não há o dever de participar as ilegalidades administrativas – ninguém pode ser sancionado por não denunciar uma ilegalidade;
- ii) Todos os privados têm o direito à não incriminação ou não auto-denúncia

Há que aplicar as garantias ao caso concreto. Há três garantias:

- a) Políticas;
- b) Graciosas ou administrativas;
- c) Judiciais.

Quais são as garantias políticas? Direito de sufrágio, direito de participação política e na vida pública, direito de iniciativa popular, direito de resistência, desobediência civil;

Garantias administrativas – garantias que os particulares têm perante a administração – garantias de natureza petítória – traduzem-se num pedido (pretensão primária); garantias impugnatórias (na impugnação pressupõe-se que existe uma anterior conduta administrativa); direito de queixa junto do provedor de justiça;

Garantias judiciais – perante os tribunais. Podem ser garantia que tem que ver com a resolução definitiva do litígio – uma ação. Qual é o direito aplicável ao caso concreto? Quem tem direito, a administração ou o particular? As providências cautelares – são garantias judiciais que visam uma ação imediata de resolução do litígio). Ainda a execução das sentenças – obrigar a administração a acatar a decisão dos tribunais.

Quais são os grandes desafios do séc. XXI do Direito administrativo?

- 1) Rutura do equilíbrio entre a liberdade e a segurança com prevalência da segurança sobre a liberdade – reordenação;
- 2) A administração tem o risco de estar capturada por interesses e de contra-interesses – é um palco de batalha entre interesses contraditórios;
- 3) O direito que regula a administração é cada vez mais um direito imperfeito – a lei é imperfeita pq tem uma textura aberta, recurso a cláusulas gerais e conceitos indeterminados -vêm impregnar o direito de uma textura aberta com raros momentos de certeza – maior é o protagonismo da administração na aplicação da Lei;
- 4) Transformação e desvalorização do estado.

Momentos históricos – 11 de setembro de 2001, crise de 2008;

O reforço de segurança vem propiciar a ideia da administração pública do inimigo. Todos considerados suspeitos até prova em contrário. A comprometência das cláusulas sociais. A internacionalização vem expropriar o estado de poderes.

Há hoje um imperialismo administrativo – o DA tem uma vocação expansionista. NÃO HÁ RAMO DE DIREITO QUE ESCAPE AO DA. Não é exagero se for dito que 99%

JOÃO ABREU DE CAMPOS

das publicação em DR é DA. O DIP e DUE é DA. Vamos estudar a TEORIA GERAL do direito administrativo. A administração aparece com três ângulos diferentes:

- i) É uma atividade;
- ii) É uma organização – pessoas coletivas e órgãos respetivos;
- iii) É expressão de uma autoridade e poder.

Poder da ADM pública – a adm tem o poder de definir e dizer qual é o direito – AUTOTUTELA DECLARATIVA – é um poder unilateral, tanto pode ser uma definição normativa – consiste nisto a figura do REGULAMENTO, ou decisão – aplicação para o caso concreto – CONTRATO ou ATO ADMINISTRATIVO. Em todos os casos a administração define o direito. Em caso de resistência ou desobediência, a administração pode ela, independentemente dos tribunais, pode utilizar a força para aplicar a sua definição de direito – AUTOTUTELA EXECUTIVA ou PRIVILÉGIO DE EXECUÇÃO PRÉVIA – é uma prerrogativa excepcional.

O direito fundamental cai e desaparece quando não é cumprido um dever fundamental, ainda que seja usurário e oneroso (expropriação) – como ação lesiva e hiperintervencionista central ou camarária.

A ADM interfere em direitos fundamentais? – fundamentada na Lei – (des)legalidade? Atender à conceção personalista – não haverá uma carência justificada dos direitos fundamentais. A lei pode determinar que atribua com maior ou menor intensidade – refém dos recursos, legalidade refém da AP – a intensidade pode ser diferenciada, podem existir regras jurídicas mais abertas.

Vetores essenciais – interesse público – subordinação/instrumentalização (à prossecução do interesse público) – primazia e preferência da pessoa – recusa da identificação do bem pessoal como bem comum; dimensão da vinculação (subalternização de tudo isto à dignidade da pessoa humana).

Evolução do DA – a conceção da primazia da pessoa humana é muito recente.

Após a RF temos o confronto entre o princípio da legitimidade monárquica administrativa ao princípio da legitimidade democrática. 1930 – responsabilidade civil da administração.

Aula de 02 de outubro de 17

Vamos hoje continuar a caracterização da atuação administrativa. Duas ideias:

- a) Há uma elasticidade das necessidades a cargo da ADM – compete ao legislador definir as necessidades coletivas que estão a cargo da Administração – traduz o facto do legislador, ter, dentro dos parâmetros constitucionais, uma liberdade de ampliar a esfera da administração, ex: quando nacionaliza e quando cria setores económicos; ou pode restringir a área de atuação, quando privatiza, quando reduz o seu papel no âmbito económico-social. A constituição fixa as fronteiras mas em cada momento histórico cada maioria política pode ser mais ou menos favorável ao intervencionismo do estado – pode haver um pêndulo de Mais ou Menos administração; A crise de 2008 tem levado, à escala internacional, a uma redução do peso do Estado, para o corte das despesas;

- b) Multiplicidade de tarefas a cargo da administração – podemos encontrar em primeiro lugar o mundo da informação – a ADM tem de recolher e tratar a informação – que pode ser em áreas totalmente distintas – não basta haver informação, há que analisar de que forma essa informação exerce tutela administrativa – tem que tratar a informação de forma a prever e atenuar riscos;
- c) Regulação – a Administração tem de disciplinar, antecipando ou dando enquadramento jurídico a novas realidades; pode fazê-lo de forma geral e abstrata – por regulamento; ou através de atos concretos – via contratual. Nesta função reguladora, a ADM decide como prepara as decisões legislativas – a preparação do OE; a descentralização autárquica;
- d) Execução das decisões anteriores – autotutela executiva, a ADM pode ser chamada a executar a CRP, a Lei ou decisões judiciais – aos tribunais está atribuída a última palavra na aferição da legalidade e constitucionalidade – É A ADM QUE PASSA DO ATO JURÍDICO À PRÁTICA – TRANSFORMA O DIREITO EM REALIDADE;
- e) Controlo – da sua própria atuação, fiscaliza-se a si própria; a AP pode fiscalizar a intervenção e atuação privada, no exercício de atividades privadas e/ou públicas.

A função administrativa diferencia-se da judicial e legislativa. Pq:

- i) Há um espaço próprio de agir administrativo – reserva de administração, é o mesmo que a reserva de lei ou reserva de função judicial – está a cargo exclusivo da AP, imune a demais intervenções;
- ii) A ADM tem a seu cargo a função administrativa, mas tem a seu cargo uma parte da função técnica e política – nem sempre as funções são claras:
 - a) Há zonas de certeza positiva;
 - b) Negativa;
 - c) Cinzintas .

Compete ao legislador a definição de fronteiras.

Há um critério residual para definir a função administrativa – é toda a atividade pública que não passa por atos legislativos, nem pelas opções políticas primárias nem por decisão judicial. Significa que a função administrativa tem o propósito do bem estar e do bem comum da coletividade. Significa três propósitos:

- a) Justiça;
- b) Segurança;
- c) Liberdade.

Para o exercer a ADM tem meios para definir uma ordenação social – garantir a segurança e ordem pública; realizar prestações sociais; obter recursos financeiros e por último, gerir os meios humanos e meios materiais – tudo isto é função administrativa. Sem esquecer que a decisão administrativa envolve o poder administrativo – a ADM tem a seu cargo uma parcela da soberania do estado. Essa soberania da ADM tem limitações:

- i) Está subordinada à CRP;
- ii) Subordinada à legalidade;

- iii) (hétero)vinculação judicial.

A APública se caracteriza pelo princípio da competência; a APrivada caracteriza-se pelo princípio de liberdade. As normas de competência são aquelas que definem os termos como se garante o interesse público – há três tipos de normas de competência:

- i) Conferem competência;
- ii) Que disciplinam o exercício da competência;
- iii) Normas que regulam as normas de competência

i) NORMAS QUE CONFEREM COMPETÊNCIA

Há aqui fundamentalmente 4 tipos de normas que definem e conferem competência:

- (a) Normas que permitem diferenciar entre a esfera de atuação do poder público e normas que definem a esfera de atuação privada – permitem criar dois hemisférios – o hemisfério do público e o do privado. No privado, é uma reserva da sociedade civil ou também uma reserva de direitos fundamentais.
- (b) No hemisfério público, as que definem as diversas funções do Estado. Fala-se em usurpação de poderes quando um órgão da APública incorre em inconstitucionalidade orgânica por violação da separação de poderes – o ato será nulo;
- (c) Normas de atribuições – que fixam os fins, os interesses públicos, a cargo da pessoa coletiva de direito público – normas que repartem poderes entre as PC – as violações de normas de competência gera incompetência absoluta e o ato é nulo. Normas de competência em sentido estrito ou rigoroso – aqueles que definem os poderes que estão a cargo de cada órgão dentro de cada pessoa coletiva pública.
- ii) NORMAS QUE DISCIPLAM O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA:
 - (d) Fixam os princípios gerais a que deve obedecer o exercício da competência;
 - (e) normas que definem o princípio da legalidade da competência;
 - (f) que tratam da irrenunciabilidade da competência;
 - (g) normas que fala, da natureza não consumível da competência;
 - (h) normas que definem os limites materiais, hierárquicos, temporais e territoriais.

Aula de 03/10/17

Diversos tipos de administração.

Dictomia da administração visto à luz do direito, podemos ter uma administração pública regida pelo DPúblico ou pelo privado. O direito privado que regula a administração é diferente do direito privado que regula as relações entre particulares. Há uma administração mais regulada pela lei, administração vinculada ou mais afastada da Lei ou com margem de autonomia decisória – administração discricionária. Diferencie-se ainda

a administração formal e informal. A formal obedece aos trâmites da Lei. A informal aquela que aproveita a margem dada pela Lei e atua por vezes à margem da Lei. O que significa? Administração informal? A tolerância perante situações que seriam de ilegalidade – a administração fecha os olhos. Ex: mau estacionamento, mas objetivo é por uma carta no correio; administração informal em tempo de guerra ou fenómenos de intervenção policial – não obedecem a um regulamento ou norma, é uma ação ou intervenção direta. Uma outra dictomia mais difícil é a que opõe a administração oficial à administração não oficial. A oficial resulta do DR, como expressão de uma legalidade publicitada, objeto de conhecimento geral e abstrato. Há uma administração não oficial, não publicada no jornal oficial, é a administração paralela, que sabemos que existe mas relativamente à qual não há uma transparência, publicitação – pode cobrir dois regimes políticos. Em todos os regimes políticos há serviços secretos, não há todavia uma lista que os identifique. O governo é, de acordo com a CRP, o órgão administrativo máximo, tendo poderes de intervenção – competência administrativa e legislativa, ampla – pode pré-determinar o sentido paramétrico da sua vontade administrativa – tradição liberal, concentração de poderes administrativos no GOV. analise-se ainda a existência de:

- i) administração de base territorial – estado, cidades, RA;
- ii) administração pública de base associativa – tem por base uma associação – Associação Nacional de Municípios, Ordem dos Advogados – substrato humano;
- iii) administração de base institucional – uma universidade é uma instituição;
- iv) administração central – quando age para todo o país; periférica – direção regional de alguma coisa – estruturas de escopo local. Pode ser periférica externa – embaixada; interna – qualquer uma.

Pode existir uma administração do Estado mas pode ser infra-estadual – as regiões autónomas; supra-estadual – ONU, EU.

Quando à atividade desenvolvida? ADMINISTRAÇÃO QUANTO AO PROCEDIMENTO

Podemos encontrar uma administração produtora, de bens e serviços; reguladora – produz normas, atos jurídicos; burocrática ou empresarial; visível – é na sua essência a administração oficial; invisível é em muito a não oficial – o que está dentro? A atividade de inteligência e contra- inteligência (SS) ou missões encobertas. Administração eletrónica, ou tradicional – suporte.

Última referência – ADMINISTRAÇÃO QUANTO AOS EFEITOS – nem toda a administração decide – há uma decisória e outra meramente consultiva. Preventiva e repressiva - procura-se evitar o efeito do dano.

POSIÇÕES JURÍDICAS DOS PARTICULARES FACE À ADMINISTRAÇÃO

- i) ativas – de vantagem;
- ii) passivas – de desvantagem.

Há posições que derivam diretamente da Lei – ope legis; resultando da lei só se concretizam no caso individual que faça a ponte entre o geral e o abstrato e o concreto e individual – nem tudo surge diretamente. Quais as principais posições jurídicas ativas?

- i) Separa o direito subjetivo e o interesse legalmente protegido. O DS é uma permissão normativa específica de aproveitamento de um bem – há sempre uma norma jurídica que permite a alguém aproveitar um determinado bem. Na ótica do DA quem é titular de um DS tem o poder de exigir uma decisão favorável – visto do lado da administração – se eu particular tenho o poder de exigir uma decisão favorável, então a ADM está vinculada a deferir o pedido – vincula a ADM, há um poder vinculado; com uma segunda consequência – se estou obrigado a conceder, a não concessão é ação ilegal e ilícita, perante direito subjetivo – concede e cumpre a lei e ou não e viola a lei. No interesse legalmente protegido encontramos uma figura residual – é interesse tudo o que não é DSubjetivo. Que conduta pode o particular exigir da ADM? não pode exigir uma decisão favorável mas pode pedir que ADM aprecie o pedido respeitando a legalidade, não estando, todavia, obrigada a conferir o que o particular quer – tem um poder discricionário, temperado pela legalidade. Numa mesma situação jurídica confluem uma duas respostas diferentes. Podem existir interesses opositivos – de oposição ou interesses pretensivos. O meu interesse em obter algo pode ser uma oposição a algo previamente definido, procurando mudar-se o existente– é opositivo, porque o paradigma inicial é contrário à intenção; pretensivo – perante a não realidade criar aquela derivada do interesse protegido.
- ii) Também a ADM tem posições jurídicas ativas, sublinhando o seguinte:
- A administração pode ser titular de DF, mas a competência não é um DS, é um poder-dever, é um poder funciona;
 - Todos os direitos fundamentais são direitos subjetivos, mas nem todos os direitos subjetivos são direitos fundamentais;
 - Existem DS que fazem com que o particular exija da ADM e ela se encontre numa posição jurídica de sujeição – direitos potestativos.

Posições jurídicas passivas:

- Deveres;
- Sujeições;
- Ónus.

EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A ADM é tão antiga quanto a existência do estado. A administração pré-liberal, anterior à RF corresponde à ADM medieval ou corporativa – séc. XII XIV; a administração renascentista/barroca – XV – XII; XIII- XIX – Adm iluminista;

A ADM liberal assenta ela na separação de poderes, na supremacia da lei, na igualdade de todos perante a lei, na tutela dos DF e no abstencionismo do Estado.

A ADM pós-liberal – oscila entre três modelos:

- Intervencionista autoritário – esteve na base do Estado Novo;
- Intervencionista de Estado de Direito Democrático;

c) Neo-liberal.

Há um dilema no que está na CRP escrita – estado intervencionista de bem estar-social; ação prática da administração com uma vertente neo-liberal.

DADM – direito constitucional concretizado.

Conceção suprapersonalista – Platão – o estado existe por si – existência ôntica.

Personalista – o estado existe pelas pessoas.

Primeira fase do estado liberal de Direito – existe como natureza executiva da administração, não é a lei o fundamento da atuação.

bb) NACIONAL/TRANSNACIONAL.

Aula de 09/10/17

Vamos hoje continuar a referência às concepções filosóficas em torno da AP.

A primeira grande questão é ligação entre o modelo político e administrativo? Vontade política da maioria em consonância com a ação da AP:

- 1) Uns consideram, na via tradicional – a administração limita-se a fazer aquilo que a Lei permite que ela faça – baseia-se no princípio da legalidade, domina a história do pensamento político – ARISTÓTELES, LOCKE, MONTESQUIEU; Função administrativa é função executiva – o poder legislativo é nesse sentido o principal poder constituído do Estado, sendo superior, e a administração terá um papel subordinado e meramente executivo;
- 2) A concepção alternativa – a administração como um poder não subordinado e não executivo. Permite diferenciar dois tipos de ADM – como protagonista o GOV e outro a restante ADM pública. A ADM pública é efetivamente executiva da lei e o titular do poder legislativo. Em relação ao titular do poder executivo – GOV – alicerça-se num poder autónomo constitucional de ação político-administrativa – LOCKE (poder autónomo); poder de impedir (MONTESQUIEU); a ditadura de ROUSSEAU, HEGEL e KANT.
 - a) Princípio monárquico – na CC francesa de 1814 e na CC portuguesa de 1826 – o rei tinha um poder residual – fazia tudo aquilo que não era competência do governo e dos tribunais – é uma administração não executiva, discricionária e não subordinada aos poderes funcionais latos;
 - b) Constituição francesa de 1958 – Fora do domínio da lei está o domínio do regulamento, enquanto competência exclusiva do GOV. a reserva de administração do governo consagra uma não subordinação administrativa à Lei. 199º/g) da CRP – permite ao governo todos os atos administrativos necessários, há um poder funcional independente – competência exclusiva do GOV. obedece aos seguintes pressupostos:
 - i) Só é possível fora da reserva de lei;

- ii) Em setores esquecidos pelo legislador – espaço livre de ato jurídico-legislativo; permitem a intervenção do PM sem aprovação do CM, que é vantagem comparativa dos DR sobre os DL, que não estão sujeitos a fiscalização preventiva, nem podem ser objeto de apreciação parlamentar; não significa que a atividade adm não esteja subordinada à lei.

Intervenção que a ADM tem na preparação das leis – Conselho de Estado; a garantia do Estado social e do bem estar está dependente da sua administração – CRP refém da AP. A ADM tem uma legitimação política dada por duas formas – eleição direta dos titulares dos seus órgãos – há um risco – colonização partidária da ADM. tudo isto coloca em causa a neutralidade administrativa – hoje podemos dizer que com duas exceções – Universidades e forças armadas estão capturadas pelos partidos político.

Ainda a conceção do interesse personalista ou suprapersonalista da Administração.

Será ainda de referir uma colisão entre dois princípios – principio da igualdade ou da legalidade. Este confronto assume relevância qd a ADM age de forma ilegal. O desvalor regra é a anulabilidade, se não for arguido gera-se sanção do desvalor. A poderação entre os princípios há-de traduzir uma resposta diferente para com os pretendentes, daí se colocar em causa o confronto entre o princípio da igualdade ou da legalidade. Se um ato anulável foi praticado em benefício de A e B vem pedir o mesmo – vale a legalidade e não é efetivado ou vale o princípio da igualdade. Há direito à igualdade na ilegalidade. O direito à igualdade é direito fundamental – o principio da legalidade não é fonte fundamental – a igualdade prevalece sobre a legalidade.

Conceito de cidadão administrativo – é mais do que um súbdito e que um particular e um administrado. Está numa relação de paridade com a administração, é uma administração paritária – eleva os particulares a co-decisores e participantes na decisão administrativa. Reforça as ideais da igualdade, liberdade e participação. Cidadãos administrativos podem ser os estrangeiros e apátridas e todo o nacional que se relacione com a ADM.

Constituição administrativa portuguesa – é o conjunto de normas constitucionais que regulam a administração e as relações dos cidadãos com a administração. Naturalmente que também há uma constituição administrativa oficial e não oficial, formal e material.

Quais são os fatores que condicionam o modelo de AP?

- 1) Modelo político-constitucional de Estado – saber se o estado é pluralista ou autoritário;
- 2) A forma de estado – unitário ou composto, federal não federal;
- 3) Sistema económico de mercado ou de direção central faz toda a diferença na ação;
- 4) Sistema político-governativo.

A pluralidade de interesses refletida nas normas da constituição faz com que cada um procure encontrar o fundamento na constituição para o seu discurso – cada um procura alicerçar os seus interesses em normas da CRP, por vezes do DUE, no DIP – procura-se basear os seus argumentos numa norma de máximo valor constitucional – porque assim a sua pretensão terá uma prevalência sob o adversário. Haverá assim uma conflitualidade

de argumentação constitucional. A consequência desta conflitualidade passa para o legislador e não tem coragem ou força, vai remeter para a administração a resolução desses conflitos. Os órgãos administrativos são chamados a resolver conflitos de pretensões constitucionais – quem está insatisfeito procura ir ao tribunal para derrubar e destruir a decisão administrativa- toda esta conflitualidade deriva em conflitualidade administrativa.

Qual a ordem axiológica que resulta da CRP:

- i) A ideia da democracia humana;
- ii) Estado de Direito democrático;
- iii) Soberania internacionalizada e europeizada;
- iv) Unidade descentralizada.

Princípios da ADM Pública:

1. Princípio da subsidiariedade – Art. 6º da CRP. Só deve pertencer ao estado aquilo que não puder ser feito por entidades infraestaduais. Significa a contrario, que ao estado deve pertencer tudo o que não pode ser feito pelas demais entidades. A subsidiariedade é uma mentira piedosa da CRP. É escrita mas não é muito usada;
2. Princípio da descentralização – não há uma só PC. Tem de existir uma pluralidade de pessoas coletivas. O estado cria outras entidades públicas ou transfere atribuições para outras entidades públicas- é sempre um fenómeno ao nível da satisfação dos interesses das pessoas. Todos querem sempre mais poderes – de nada serve transferir poderes sem meios financeiros; a descentralização é sempre entre PC e a desconcentração é entre órgãos da mesma PC – é o descongestionamento de poderes/repartir poderes de um órgão por outros órgãos. A desconcentração é sempre um fenómeno intra-orgânico.
3. Princípio da unidade – podem existir formas de desconcentrar competências ou de descentralizar ações – alguém tem que ter poderes de intervenção para harmonizar o todo e assumir responsabilidade de toda a estrutura administrativa. É consequência da forma de estado e do sistema de governo. Há sempre uma entidade que tem poderes de intervenção – GOVERNO – é o órgão superior da ADM pública.
4. Princípio da participação dos administrados na ADM;
5. Princípio da aproximação dos serviços às populações;
6. Princípio da desburocratização.

Aula de 10/10/17

As decisões administrativas obedecem a que princípios constitucionais. Obedecem ao Art. 266º da CRP. Consultar o Direito do Procedimento Administrativo de PAULO OTERO.

Ideias base sobre os princípios:

- 1) Princípio da juridicidade – é aquilo que normalmente se fala enquanto princípio da legalidade. A administração está subordinada ao direito que ela produz – Auto vinculação e também está subordinada ao direito produzido fora dela – pelo legislador e afins hétero-vinculações. Não pode contrariar a lei a atuação administrativo sob pena de invalidade;
- 2) Princípio da prossecução do interesse público – é o critério, fundamento e limite do agir administrativo;
- 3) Princípio do respeito pelas posições jurídicas dos cidadãos – o respeito que a ADM deve ter pelos interesses legalmente protegidos dos cidadãos;
- 4) Princípio da igualdade – com dois significados – tratar por igual o que é igual – todos nós como cidadãos somos iguais perante a lei – vertente liberal e formal deste princípio; deve ser tratado diferente o que é diferente – igualdade material, substantiva e substancial. Nada mais injusto existe o que é tratar por igual o que é desigual (cuidado aí, por causa do racismo e discriminação LGBT);
- 5) Princípio da proporcionalidade – tem principalmente três vertentes:
 - a) Proibição do excesso ou princípio da necessidade – obediência ao mínimo possível do que implique sacrifícios – “não se utiliza um tiro de canhão para matar pássaros”
 - b) Adequação – a medida tem que ser idónea e proporcional - tem que ter respeito pelo que se procura agir;
 - c) Razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito – balanço custos/vantagens – devem procurar o máximo de vantagens com o mínimo de custos – dimensão ponderativa;
- 6) Princípio da imparcialidade – impõe uma distância entre quem decide e os interesses subjacentes dos destinatários da decisão – traduz-se na existência de impedimentos, escusas e suspeições – vêm fixados na lei mas podem existir situações de grande amizade ou grave inimizade que justifique que o próprio titular do órgão peça a escusa – qual a diferença entre a escusa ou a suspeição – quem pede, a iniciativa – a escusa é do titular do órgão, a suspeição é requerida pelo interessado que sente uma situação potencialmente lesada. Cabe a prova – compete a quem intenta que a ação em si tem fundamento e se verifica materialmente; há também uma vertente positiva deste princípio – impõe racionalidade, impõe ponderação na decisão – todos os interesses pertinentes têm de ser chamados à decisão – a decisão administrativa só é perfeita se tiver sido efetuada uma ponderação entre todos os interesses relevantes. Se são tomados em consideração interesses que não deveriam ter sido consignados, não eram chamados ao caso – há violação do princípio. Também se houver défice de consideração há violação do princípio da imparcialidade por falta de ponderação de interesses essenciais – pode ser imputável a entidades distintas. Pode ser imputável à ADM ou ao particular. Ex: a ADM por vezes elabora um projeto de regulamento, tendo os interessados um prazo para apresentar projetos, dúvidas, interesses que querem que sejam ponderados – se deixado decorrer o prazo, poderão invalidar o ato ou impugná-lo por terem omitido a sua ação no prazo decorrido – tutela da boa-fé (inalegabilidade formal – caso modelado do *venire contra factum proprium*) – PAULO OTERO considera existir um ónus de autorresponsabilização da parte

- 7) Princípio da boa-fé- tutela da confiança (legítima ou ilegítima), proibição de comportamentos contraditórios, cumprimento de promessas feitas, relevância da proibição da fraude à lei (cumpra os pressupostos formais sendo material desconforme), segurança;
- 8) Princípio da justiça – não apenas a do conteúdo material – justiça substancial – ex: ser injusta uma norma administrativa que determinasse que os alunos de rendimento superior teriam uma bolsa superior aos alunos mais pobres – é injusta; mas não releva apenas o conteúdo substantivo mas também quanto ao mecanismo processual ou procedimental – o caminho que se segue para alcançar a decisão – a decisão material pode ser justa mas se o caminho que levou a essa decisão é injusto, então toda a decisão é inválida. Ex: escutas não autorizadas – a contaminação do procedimento determina a invalidade da decisão final; há um funcionário público que lida com dinheiros e fez desvio de dinheiros públicos – conduz à sua demissão do exercício de funções públicas. Foi levantado um processo disciplinar, deduzida a acusação mas nunca lhe foi dado o direito ao contraditório – ainda que a decisão seja materialmente justa, pela circunstância de nunca ter sido ouvido é inválido. A justiça não está só no fim mas também no caminho – ex: Direito de audiência prévia – a preterição desta formalidade que consubstancia na violação de um direito fundamental gera anulabilidade do ato administrativo.

Princípios dos particulares: ideia liminar- As normas que limitam a administração protegem os particulares – garantia de impugnação da administração. Quais os princípios que cobrem 5 áreas distintas?

- 1) Princípios que dizem respeito à unidade do sistema jurídico:
 - (i) Supremacia da constituição – Art. 18º/1 – Aplicabilidade Direta – as normas de DF são diretamente aplicáveis e vinculatórias das ADM públicas e privadas;
 - (iii) Reserva de lei – princípio de tipicidade constitucional – matérias que só podem ser tuteladas por ato jurídico-legislativo; havendo residualidade da competência administrativa;
 - (iv) Precedência de lei – a ADM só pode agir se existir lei e nos termos da mesma;
 - (v) Preferência de lei – a Lei tem uma força que se impõe aos atos da Administração. Nenhum ato pode revogar uma lei – consequência, se uma lei diz X e um ato de administração posterior diz Y, este Y não revoga X mas padece de ilegalidade;
 - (vi) Reserva de juiz – matérias que só um tribunal pode decidir;
 - (vii) Prevalência das decisões judiciais – Art. 205º - nenhuma decisão administrativa pode revogar ou modificar decisões dos tribunais.
- 2) Acesso à administração:
 - (a) A universalidade do acesso prestacional administrativo – qualquer cidadão tem o direito a receber prestação de serviços e oportunidades por parte das ADMs. Ex: Escolas, Hospitais, Tribunais, etc – não significa a gratuidade;
 - (b) Princípio da liberdade de acesso à função pública e cargos públicos – exceto a envolvimento de poderes em órgãos de soberania. Será a idade ser limitadora do acesso?;
 - (c) Princípio da livre petição;

- (d) Princípio do arquivo aberto – manifestação da transparência, com limites: respeito pela reserva da vida privada, ou por razões de interesse público – segredo de estado – há um princípio genérico da não publicitação de dados privados.
- 3) Procedimento administrativo – modo como a ADM prepara as decisões:
 - i) Princípio da decisão – sempre que se pede alguma coisa à ADM a ADM tem uma obrigação – de responder, o que pode não ser conceder;
 - ii) Princípio da informação – temos o direito de pedir e de ser informados, com limites, salvo arquivo aberto, é um direito limitado;
 - iii) Princípio da fundamentação – todas as decisões que impeçam pedidas tem que ser justificadas segundo razões de segurança e de direito;
 - iv) Princípio da notificação – as decisões lesivas têm que ser comunicadas ao destinatário;
 - v) Princípio da participação – todos temos o direito de participar naquilo que nos diz respeito.
- 4) Princípios de contro da ADM:
 - a) Tutela jurisdicional efetiva – Art. 20º - todos temos acesso aos tribunais como forma de controlo de ações lesivas da ADM;
 - b) Responsabilidade civil – quando lesa deverá pagar indemnização;
 - c) Intervenção moderadora do Provedor de Justiça;
 - d) Responsabilidade política da Administração;
 - e) A intervenção internacional e europeia com mecanismos de controlo;
 - f) Próprio controlo dentro da Administração.
- 5) Princípios que dizem respeito ao interior da ADM:
 - A) As PC públicas têm direitos fundamentais;
 - B) Há competências administrativas que são direitos fundamentais. Ex: Art. 76º/2 – a autonomia das universidades é um direito fundamental das Universidades;
 - C) Há poderes administrativos que são garantias institucionais – estão tuteladas pela constituição – a autonomia regional ou autonomia local.

São possíveis:

- a) Vícios de forma - dos quais preterição de forma absoluta – formalidades essenciais; formalidades não essenciais – desvalores do ato administrativo diferente;
- b) Violação de lei – violação substancial do conteúdo;
- c) Desvio de poder – Fim – elemento teleológico – interesse público estabelecido pelo legislador. Pode prosseguir-se outro interesse público não definido/não determinado por lei (ato anulável – se não for consubstancia-se na ordem jurídica) ou prossegue um interesse privado
- d) Verificação de pressupostos materiais de competência – haverá incompetência e consequente desvalor em função da verificação de determinados pressupostos.

14 § - POLITICIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A ADM não é politicamente neutra – ela expressa a prossecução ativa do interesse público, definível, soberanamente, pelo poder político, a quem é constitucionalmente veiculada a determinação e parametricidade do mesmo. Ademais, e de forma nem sempre

totalmente legal ou constitucional, o poder político sempre procurou instrumentalizar a ação das estruturas administrativas, colocando-as ao seu serviço e configurando a sua atividade como tendo natureza executiva. Pressupondo que a lei é sempre outorgada por quem tem o poder público, a AP é entendida como protagonista de um poder executivo encarregue de conferir eficácia aplicativa, substancial, prática, material e relevante, pelo legislativo: administrar é executar as linhas políticas definidas pelo legislador. A supremacia do poder legislativo e a instrumentalização da AP na tarefa de conferir execução às leis pode dizer-se que constitui uma tradição do pensamento político ocidental.

PAULO OTERO apresenta uma conceção alternativa à clássica que reduz a ADM a um papel meramente executivo e procedimental da vontade legislativa soberana outorgada pelo poder político. A politização da AP pode produzir-se através de um modelo definidor do seu funcionamento que, ao invés da conceção anterior, lhe vem reconhecer uma égide mais autónoma, tornando-a independente do poder legislativo, pressupondo a distinção entre a estrutura de todo do poder executivo (GOV – órgão máximo da ADM pública) e a restante AP. A independência do órgão executivo supremo face à lei, conferindo-se-lhe um espaço próprio e autónomo de decisão política, reside o cerne inovatório desta conceção, verificando-se que a restante AP estará subordinada à vontade política do órgão de topo do executivo e/ou à vontade política do legislador. A AP irá dar valia material à decisão política do órgão executivo e densificação procedimental à vontade política do legislador. A politização da AP manifesta-se também ao nível da sua participação no exercício da função legislativa, desde logo no âmbito do procedimento de feitura de leis. O contributo técnico da AP permite a sua participação no poder legislativo, pela preparação do conteúdo das soluções a consagrar nas leis, pois, possuindo informação e os técnicos especializados, encontra-se melhor preparada para efetuar escolhas e propor critérios decisórios, invertendo-se, em certa medida o papel paramétrico do legislador perante as estruturas administrativas – a vontade legislativa é pré-determinada pelo contributo apriorístico da administração na preparação do ato jurídico-normativo. A participação da AP na determinação volitiva legislativa vem reforçar a força política determinante do próprio sentido da lei, consolidando o seu papel substancial na produção do ato. A ADM arrogará para si, parcelas da função legislativa, o que é dicotómico, na medida em que, a Lei, autodeterminadora do ato administrativo – executivo, que heterocontrola a sua égide normativa, é ela própria pré-determinada pela vontade da administração que vai vincular. Tal deriva da técnica reservada da natureza da AP, e da necessidade de conformação do poder legislativo à realidade emanante que é de cognoscibilidade da Administração – não obstante, a tutela constitucional vem imprimir atribuições, determinações e limitações à ADM como forma de cuidar de um não desvirtuar da legalidade que é deficitária pela intervenção administrativa.

Aula de 16/10/17

Personalidade jurídica das PC que integram a APública (Sob forma pública – tribunais civéis; sob forma privada – tribunais administrativos e arbitrais)

- a) Interesses públicas ou atribuições – cada entidade é responsável por perseguir determinadas atribuições, que são exclusivas dessa entidade – elemento de identificação dos interesses públicos;
- b) É a expressão da descentralização – existência de várias entidades públicas com competência atribuída e personalidade jurídica - resulta do Sec. XVIII e Sec. XIX;
- c) A personalidade jurídica é por um lado expressão de subordinação ao direito e significa a imputação de efeitos – qd os órgãos administrativos existem, as suas decisões são atribuídas à entidade na qual o órgão se integra. A personalidade jurídica traduz-se na responsabilização patrimonial da entidade pública – responde a PC a quem são imputados esses mesmos danos.

Todas as PC públicas têm uma capacidade jurídica regulada pelo direito público e ainda regulada pelo direito privado – todas as PC têm uma capacidade jurídica pública e privada.

Há entidades públicas que têm uma personalidade jurídica internacional – ONU – mas tbm há entidades coletivas públicas com personalidade jurídica comunitária – EU, BCE.

Existem ou podem existir entidades públicas estrangeiras a quem a ordem jurídica portuguesa pode reconhecer personalidade jurídica administrativa, ou seja existem públicos transnacionais: Ex: Gabinete de Estudantes de Erasmus.

Complexidade interna da Administração – há uma pluralidade de entidades públicas competentes. A pluralidade obedece a dois princípios:

- a) Descentralização;
- b) Subsidiariedade.

Isto levante problemas em saber o que é uma PC de direito pública? O critério à luz do DUE tem a ver com a influência pública dominante – qd? Através:

- i) Qd a entidade pública controla a maioria do capital social dessa entidade privada – terá forma jurídica privada mas está materialmente sujeita a influência pública dominante;
- ii) Nomeação de membros para os órgãos de gestão da entidade – se uma entidade pública nomeia titulares para o órgão de gestão da entidade privada, então a ultima está sujeita à influência da primeira – também o poder de veto e autorização da entidade pública – a dificuldade em saber se a entidade é pública ou privada.

Por outro lado, queria-se sublinhar o tema das entidades satélites ou em cascata – formas de intervenção pública do estado na participação correlativa em empresas privadas cria-se uma pluralidade de entes satélites que giram em torno do estado. Resultam dois efeitos:

- i) O estado por vezes cria outras entidades publicas ou privadas e atribui-lhes determinados fins ou atribuições – são para ser prosseguidas para esta nova entidade – faz isto para se autodesresponsabilizar – se existirem danos

JOÃO ABREU DE CAMPOS

resultante da ação dessas entidades responde o património dessas próprias entidades – há uma situação da fraude à lei ou desvio de poder – o motivo determinante da criação destas entidades é a exoneração do estado. Atenção à fraude à lei e à violação do princípio da imparcialidade – traduzida numa intervenção camuflada e sub-reptícia do estado.

- ii) Complexificação da administração pública – a ADM quando age pode:
 - a) Baseada na estrutura bipolar – A ADM decide a situação dos particulares – há uma relação com um sujeito determinado, perante efeitos inter-partes, de um lado a ADM do outro, um sujeito determinado. Ex: a empresa X pede autorização para a abertura de um restaurante – a ADM ou diz que sim, satisfazendo a pretensão, ou diz que não, indeferindo o pedido.
 - b) Perante um particular não determinado, a eficácia da ação administrativa não é inter partes mas erga omnes.

Mas nem sempre tudo é tão caro, em que um lado é a ADM e outro o particular:

- 1) Lado da ADM que pode ser constituído por várias entidades administrativas- pode existir uma pluralidade de pessoas coletivas públicas e intervir e podem existir conflitos positivos ou negativos de atribuições;
- 2) Não só hoje há uma neo-fidelização interna como se assiste o inter-cruzamento entre a administração pública nacional e as internacionais: EU, dos outros estados membros, dos estados estrangeiros não EU, Organizações Internacionais;
- 3) Um órgão tem competência deliberativa outro terá competências consultivas;
- 4) Existência de ações judiciais entre órgãos da mesma pessoa coletiva;
- 5) Ainda dentro de cada PC há relações de complexidade dentro dos próprios órgãos – são órgãos colegiais e colocam-se problemas no seu funcionamento – regras do 21º a 35º do CPA;
- 6) Podem existir conflitos entre titulares de órgãos da administração – nem todos os titulares dos órgãos exercem funções a título profissional, ex: Presidente, membro da AM ou AF não é profissão;
- 7) Aqueles que exercem a título profissional são da adm pública, colocam-se problemas sobre a validade do título constitutivo.

As decisões administrativas podem ter um destinatário principal mas podem produzir efeitos quanto a terceiros, titulares de interesses próprios – ex: empresa de restauração v. outra empresas.

Verifica-se ainda uma pluralidade de interesses privados, sendo a ADM chamada a harmonizar conflitos – com a particularidade de cada interessado procura fundamentar com a CRP os seus interesses; a ADM resolve o conflito através do método da ponderação.

Aula de 17/10/17

Um dos traços que falta referir prende-se com a especialização administrativa – tem efeitos colaterais – há uma subalternização da legitimidade política – vive uma ambivalência de legitimidades – uma administração de um estado de bem estar é sobretudo uma administração técnica de prevenção do risco. A democracia fica à porta

da técnica, à porta da ciência – não têm que ver com critérios de legitimação política, mas sem esquecer a existência da regra fundamental da responsabilidade política – antecipação e acautelamento dos danos.

Chame-se à atenção para a componente técnico-científica da Administração – é o deslocar do centro de decisão dos órgãos legitimados democraticamente para quem tem legitimidade técnico-científica – como consequência a subalternização política. Tem grandes problemas:

- i) Controlo da informação – o órgão de topo não tem a informação, que é a base do poder de decisão, são as estruturas subalternas que filtram a informação, que afeta a decisão substancial;
- ii) Preparação da decisão – coordenadas da matéria para responder aos problemas em causa;
- iii) Viabilidade – a execução nem sempre é funcional – só se pode decidir aquilo que técnico e cientificamente é viável e admissível.

Coloca o problema da administração ter que ponderar com a ciência e a técnica. Quando acontece:

- a) Quando as decisões são formalmente por quem tem a legitimidade política – que derivam de quem tem a competência científica e técnica que é preparatória;
- b) Pode acontecer que a ADM crie órgãos que sejam exclusivamente compostos por titulares que são técnicos e cientistas;
- c) A atuação administrativa está sujeita a uma intervenção consultiva de peritos; podem existir défices do planeamento, por não ser possível refutável a posição dos peritos; segundo défice da ação judicial – como é que um juiz vai controlar aquilo que é um técnico de uma área extra-jurídica vai decidir – há uma limitação do controlo judicial do juízo de mérito em relevo do competente técnico que decide na área de reserva de especialidade.

Quais são os instrumentos pelos quais se releva o conhecimento técnico-científico:

- i) Reserva de elaboração de normas jurídicas – ex: só os médicos elaborar um código de deontologia médica – reserva de decisão a favor dos técnicos;
- ii) Monopólio aplicativo das normas – os tribunais só intervêm em casos de erro aplicativo;
- iii) Privatização – remete para a autonomia privada a regulação de setores na sociedade – o estado amputa a sua intervenção reguladora da sociedade – a privatização do direito regulador da administração: a administração deixa de ser regulada pelo DA para passar a ser regulada pelo DR; privatização das formas regulativas – a Administração deixa de criar PC de Direito Público, para passar a criar pessoas coletivas de Direito Privado – influência pública dominante – a administração vem criando entidades satélites de organização de direito privado; a privação da gestão ou da exploração de serviços administrativos – o serviço continua a ser público mas será um particular a explorar essa atividade – será admissível que PC do Estado possam ser objeto de privatização, é possível que a segurança pessoal dos membros do Governo

pode ser assegurada por empresas privadas? Uma outra forma tem que ver com acesso a uma atividade económica pq a CRP prevê essas circunstâncias – a abertura, dizia-vos eu, de um setor base público à iniciativa privada é uma forma de privatização – podemos falar ainda de uma privatização substantiva da Administração: ex – A carris da prejuízo – põe-se termo à iniciativa privada. Mecanismos de controlo – a ADM confiar o controlo da fiscalização das suas contas a empresas privadas de contas – auditorias – o estranho é que o Tribunal de Contas confie numa auditoria interna.

Aqui está a revolução mais importantes das nossas vidas. Quais são os dramas da ADM eletrónica?

- 1) O computador passou a ser individual – esta conexão à internet faz com que cada um de nós seja 24 horas por dia seja administrado e que a ADM esteja aberta – grande parte dos procedimentos administrativos são hoje eletrónicos: fiscal, educacional, segurança social e contratação pública.
- 2) Comporta perigos – desumanização da ADM em sentido contrário à CRP – proximidade das entidades aos administrados; cria indiscutivelmente face às novas tecnologias porque nunca temos certeza se o destinatário recebeu a mensagem – risco de maiores desigualdades entre os cidadãos – entre os que são incluídos na ADM e os excluídos – problema da compatibilidade.
- 3) Há hoje um direito de acesso a todos os dados informatizados – Art. 14º do CPA – direito de conhecer, de ser esclarecido, o direito ainda a consentir na recolha dos dados informatizados – o direito tem de consagrar igual forma de acesso entre a forma escrita e eletrónica; haverá um direito fundamental de nos relacionarmos através dos bens eletrónicos? Extrai-se do Art. 35º da CRP, é um direito implícito ou um direito novo que entra pela clausula aberta do 16º/1 – terão todos este DF e o Estado está obrigado a educar todos os cidadãos?

Vamos entrar na matéria do presente e do futuro – hoje à setores da ADM que não passam pelo Estado Soberano, há hoje uma abertura de fronteiras, no plano sócio-económico, cultural, no fundo, a globalização faz com que existam relações administrativas além fronteiras. Projeta-se em duas vertentes:

- i) Há hoje uma crise do principio da territorialidade e do principio da soberania;
- ii) Há interesses transnacionais – cada vez mais os problemas internacionais extravasam a reserva dos estados: DH, segurança, defesa, saúde, ambiente;

Cada vez mais há uma tentativa de entidades no plano supraestadual procuram regular matérias. Quem são? Resume-se esta ideia – há uma administração hoje sem estado e fora do Estado – é um DA GLOBAL, significa no fundo, que ao lado da administração dos estados existem administrações de estados estrangeiros com relevância no nosso território – administrações de organizações internacionais e outras provenientes de entidades privadas – isto significa que existem hoje um domínio ou domínios administrativos – isto é, situações de exercício partilhado de poderes administrativos – há no fundo, três espaços de ADM?

JOÃO ABREU DE CAMPOS

- a) Zonas de administração exclusiva do estado;
- b) Zonas de exercício em comum da função administrativa – entre quem? Não são exclusivas, são comuns com outras;
- c) Zonas de administração exclusivas de entidades supraestaduais.

Conclusão – há hoje uma grande erosão. Há uma internacionalização da ADM pública, na união europeia e em organizações não governamentais. Qual é esta adm pública das uniões internacionais, foram embriões de organizações internacionais que visavam coordenar diferentes administrações de estado – têm funcionários próprios e um contencioso próprio. A ADM da EU é um exemplo – tem um interesse próprio – um interesse público comunitário – pode ser prosseguido por estruturas próprias da união, mas, há hoje um fenómeno das ADM públicas nacionais – significa no fundo a existência de dois fenómenos:

- i) A ADP publica da EU decide – toma as decisões, mas em regra quem executa as decisões são as administrações dos Estados membros, o que significa que as ADM públicas dos Estados membros, funcionam como administração pública indireta ou delegada da EU – as Adm públicas dos estados membros comportam um fenómeno de satélites – há hoje uma verdadeira federação administrativa europeia;
- ii) A EU tem o propósito da harmonização dos Estados membros;
- iii) Tem primado sobre o direito ordinário dos estados membros.

Acrescenta-se o fenómeno curioso – por um lado as administrações públicas dos estados membros funcionam como administrações federadas da federação dos estados membros. O direito da EU não só influencia verticalmente para baixo condicionando a decisão dos estados membros, como o direito ordinário vai integrar o direito da união – há um fenómeno em dois sentidos diferentes. A isto se adiciona que muitas das decisões dos estados membros dependem das decisões das instâncias europeias – ex: OE. A união europeia mesmo quando a decisão é a decisão do estado.

Aula de 23 de outubro de 2017

Ficámos na Administração da EU:

- 1) Europeização das ADM's dos Estados Membros – sofrem diversos tipos de influência:
 - i) Aplicam o DUE, funcionando eles e as suas ADM como administração indireta ou delegada da EU;
 - ii) Os estados membros harmonizam o seu direito interno com o DUE – existência de um modelo de federalismo administrativo;
 - iii) Dupla relação que cada ADM de cada Estado tem:
 - a) A ADM pública portuguesa relaciona-se verticalmente com a ADM europeia;
 - b) A ADM pública portuguesa relaciona-se horizontalmente com as restantes ADM's dos restantes estados membros.

A ADM pública portuguesa tem esta dupla função: é administração portuguesa mas é também administração da EU – quando executa o direito da união europeia. Com duas particularidades:

- (I) Qd a ADM pública portuguesa funciona como administração delegada da EU, o seu órgão central é a Comissão europeia;
 - (II) Podem existir conflitos entre o Direito Português e o DUE - a regra diz que é prevalecente o segundo;
 - (III) O GOV só é o órgão superior da AP para direito interno, não na execução de administração europeia delegada.
- 2) Organizações não governamentais – Cruz vermelha internacional, FIFA, UEFA, greepeace – exercem as suas funções no âmbito internacional. Também elas têm uma administração pública. E pode até acontecer que algumas destas entidades exerçam funções em termos globais – podem existir casos de exercício privado de funções administrativas no âmbito internacional.

Conclusão:

- i) Hoje existe um interesse público nacional não é o único interesse público a cargo da ADM pública nacional, pois tbm prossegue interesses transnacionais;
- ii) O que resta da ADM pública nacional? A ADM pública nacional envolve a ADM pública internacional, descontando a ADM pública das Organizações Internacionais, da EU, e das ONG – é assim residual no contexto da ADM pública.

Com isto vamos passar ao último ponto. Prende-se com a projeção do tempo da administração – DIMENSÃO TEMPORAL DO DA. Dimensão da ADM pública e do seu agir no tempo. Porque é complexo? Pela aplicação da lei no tempo.

Comecemos por afirmar que a regra é a da: LIBERDADE CONFORMADORA – uma vez que o legislador pode sempre mudar as suas opções – criar novas soluções – a atuação administrativa pode sempre mudar com base em dois princípios:

- a) Princípio democrático – uma maioria tem uma nova ideia que expressa em leis e que vai ser concretizada pela ADM – fundamento para a mutabilidade;
- b) Princípio da prossecução do interesse público – temos aqui dois fundamentos que justificam a mudança e a liberdade conformadora.

Há, todavia, dois limites à liberdade conformadora:

- 1) Limite da configuração do futuro – deve obedecer à regra da previsibilidade e da calculabilidade - tem que haver um mínimo; pois podemos ser tentados a mudar o futuro e reconfigurar o passado – eficácia retroativa; respeito pelos factos, pelas situações e pelos efeitos já existentes. A configuração do futuro e a reconfiguração do passado tem que respeitar o princípio da segurança e a tutela da confiança – é sempre possível mudar em nome da mudança do futuro, mas tem que existir segurança jurídica e tutela de confiança.
como pode redefinir o futuro? Ninguém tem o direito à manutenção de uma Lei e à imutabilidade da ordem jurídica – se uma lei não puder ser modificada por outra lei, teria um valor absoluto, que teria um valor superior e constitucional – esse

direito ordinário passaria a ser direito constitucional rígido – há limites: segurança e proteção de confiança. Não há espaço para ruturas abruptas. Não obstante o princípio geral ser o da continuidade da ordem jurídica e o princípio democrático, chama-se a atenção ao tema da alteração de circunstâncias – é uma cláusula implícita que decorre da ideia de justiça e que está em todos os atos jurídicos, significando esta uma modificação anormal dos pressupostos do facto em que assentou uma decisão pode justificar a alteração dessa decisão – permite reescrever o futuro, à luz da imutabilidade do passado.

Como é que o passado tem relevância à luz da mutabilidade futura?

- i) Intangibilidade do caso julgado – não podemos alterar aquilo que transitou em julgado – é um imperativo que se impõe na configuração do futuro, salvo algumas exceções: perante inconstitucionalidade, regime mais favorável; não é possível a retroatividade lesiva em termos de sacrifícios pessoais ou patrimoniais; em matéria de aplicação e imutabilidade do passado, o legislador pode modificar os efeitos mas terá de consagrar direito transitório ou cláusulas de equidade – positivar normas que garantam a segurança ou a tutela de confiança; há ainda casos da obrigatoriedade da retroatividade:
 - a) Decisões sancionatórias de conteúdo favorável ao arguido;
 - b) Se está em causa a execução de uma norma retroativa ou a execução de uma norma judicial, então a decisão tem de ser retroativa;
 - c) As normas interpretativas têm sempre eficácia retroativa;
 - d) A declaração de uma nulidade de um ato tem sempre efeitos retroativos.

Há ainda decisões concretas da ADM que são inválidos – ex: atos administrativos. Quais os limites à apreciação dessa invalidade? Tudo depende de estarmos perante um caso de anulabilidade ou nulidade. A anulabilidade produz efeitos até ser anulado o ato e a anulação tem efeitos retroativos. Pelo contrário, os atos nulos não produzem efeitos, pelo que não há discussão de retroatividade pois o ato nunca produziu efeitos. Não é assim tão simples pois:

- 1) Os atos anuláveis podem-se consolidar na ordem jurídica, logo já não podem ser destruídos retroativamente – mas a ordem jurídica permite que aos atos nulos possam ser reconhecidos efeitos jurídicos quando se verificam dois requisitos: o decurso do tempo e a tutela da confiança e da boa-fé das pessoas;
- 2) 282º/4 – A CRP que qualquer dos três valores prevaleçam sobre o princípio da constitucionalidade.

Atente-se agora aos casos de invalidade – como se projeta no tempo os casos de invalidade?

A regra é a destruição retroativa dos efeitos dos atos inválidos – assim sucede com o tribunal constitucional – Art. 282º/1 e 2. Assim sucede das normas pelos tribunais administrativos, nos casos de nulidade. Há, todavia, três limites:

- I. As decisões judiciais já transitadas em julgado – não são destruídas com a declaração de nulidade ao abrigo da norma;
- II. As decisões administrativas já consolidadas na ordem jurídica, se eram anuláveis e nada foi feito, consolidam-se na ordem jurídica;
- III. 282º/4 – significa – a norma é inconstitucional – não obstante permanece e permanecem os efeitos inconstitucionais no ordenamento, com base nas razões excepcionais tuteladas pela CRP – permite que efeitos inválidos se estabilizem dentro dessa mesma ordem jurídica

Também podem ocorrer em sede de ilegalidade – Art. 144º do CPA e do Art. 76º do CPTA – a declaração de ilegalidade de um regulamento não impede que continue a produzir efeitos em nome do interesse público, de segurança jurídica ou de equidade – a invalidade não pode obstar a que os atos, por motivos de relevo, produzam efeitos. Qd a ADM aplica o 282º/4 – a ADM está a agir contra a constituição – só *prima facie* – pq a própria CRP positiva este circunstancialismo jurídico. Quer na conformação pretérita, quer na modelação inválida para o futuro, sublinhe-se qual o âmbito de aplicação destas normas? O 282º/4 é uma norma excepcional ou é um afloramento do princípio geral – é aplicável aos casos de inconstitucionalidade, mas também de ilegalidade equiparada. Também em sede de fiscalização sucessiva concreta os tribunais podem aplicar o 282º/4; assim como na difusa. Pergunta fatal – há razões que podem impedir que a lei mais fundamental do ordenamento – a CRP – seja afastada – nesse sentido normas inconstitucionais sejam aplicadas. Será que devemos ser mais exigentes para a lei ordinária do que somos para a CRP – se atos cujos efeitos são inconstitucionais são validáveis; por maioria de razão, se se permite o mais, deve-se permitir o menos – que em casos de ilegalidade, o juiz possa por razões de segurança, equidade ou confiança, deve dar-se lugar à produção dos efeitos – Art. 163º/5 do CPA – os atos são anuláveis mas há caos em que a anulabilidade possa produzir os efeitos.

Justiça do caso concreto – resulta do 282º/4 que o poder judicial tem a faculdade de perante atos que são ilegais modelar os seus efeitos.

Aula n.º 24 de outubro

Vamos hoje entrar no capítulo da organização administrativa – enquanto atividade, poder e estrutura organizativa.

Vamos analisar a teoria geral da organização administrativa e a estrutura da ADM pública portuguesa.

Estruturas subjetivas – vamos estudar os sujeitos e os órgãos e as relações estabelecidas entre órgãos e entidades públicas. Estruturas subjetivas públicas – a personalidade jurídica pública – PC públicas.

O que é uma PC pública?

JOÃO ABREU DE CAMPOS

- 1) Entidades públicas por natureza – o Estado;
- 2) Entidades públicas por definição – critérios legais;
- 3) Entidades públicas por critério – interesse público, sujeição a um instrumento de poder público, a obrigatoriedade de existência.

Nenhum destes tópicos responde à questão colocada. Como podemos encontrar uma resposta?

As PC de direito público reúnem dois traços:

- i) Em cuja atividade se prosseguem fins primariamente de natureza pública;
 - ii) Prosseguem esses fins com base num título jurídico do poder público.
-
- i) Significa que são fins primariamente mas não exclusivamente públicos – uma entidade pública pode prosseguir outros fins de outra natureza. Todavia, o bem comum da coletividade identifica a natureza pública dos fins – têm que ver com o bem comum da coletividade. Tem ainda que ver com a fonte e a base que legitima a prossecução ativa;
 - ii) Que título é o que está em causa para a prossecução dos fins de utilidade pública – pode ser a CRP – fonte dos poderes; as tarefas fundamentais do Estado – Art. 9º; poderes das regiões autónomas – 227º; pode ser a lei ordinária; convenção internacional; um ato da união europeia ou de uma organização internacional; um regulamento; um contrato administrativo; um ato administrativo ou até uma sentença judicial – são títulos jurídicos do poder público – títulos constituintes e ordinários diversos.

Que espécies de PC públicas existem?

- a) PC de base territorial – o seu substrato assenta num território e numa comunidade humana:
 - i) O Estado;
 - ii) As R. Autónomas;
 - iii) As autarquias locais – há duas autarquias – o Município e a Freguesia – há múltiplos; cada um deles uma PC de direito público.
- b) PC de base institucional – assentam numa instituição, num instituto público:
 - i) Sem caráter empresarial – não são empresas, não visam a produção de bens; - A ULISBOA, a CMVM;
 - ii) Com caráter empresarial – entidades públicas empresariais
- c) PC de base associativa – é o critério residual, assentam não em base territorial ou institutos públicos: assentam numa associação de pessoas, pode ser:
 - i) Associação de entidades privadas – Ex: a Ordem dos Advogados, socio-profissional que agrupa pessoas singulares em função da respetiva área de atividade – associação pública de entidades privadas;
 - ii) Associação de entidades públicas – Ex: a ANMP; Area metropolitana;
 - iii) Associações mistas – conjugação de esforços de entidades privadas e públicas – ex: consórcios.

O que qualifica todas estas entidades?

JOÃO ABREU DE CAMPOS

- 1º) titularidade de fins próprios, estes fins próprios designam-se de atribuições – se uma pessoa coletiva pública invade as atribuições competenciais de outra PC pública estamos perante uma situação de incompetência absoluta;
- 2º) Cada PC pública tem uma capacidade jurídica de direito público e tbm de direito privado;
- 3º) Não há PC publicas sem o mínimo de património próprio;
- 4º) Autonomia administrativa e autonomia financeira – significa competência para elaborar normas e tbm competência para decisão concreta. Todas as PC têm que ter um mínimo de capacidade – é um direito fundamental de todas as PC. Todas as PC têm autonomia administrativa e financeira, pode significar autonomia orçamental – capacidade de organizar, previsão de receitas e afetação de despesas – pode significar autonomia para a prática de atos que envolvam dinheiros públicos. As dificuldades financeiras do estado têm levado a uma crescente intervenção do estado hétero-limitadora da autonomia financeira das PC com poderes delegados;
- 5º) poder de auto-organização interna – tem sempre competência para a definição de regras de organização e de funcionamento dos seus serviços, de natureza interna. O poder de arrumar a casa;
- 6º) Submissão ou subordinação a regras de contratação pública – não se pode ir ao CC e escolher os tipos de contratos ou de acordo com o principio da não tipicidade não se estabelecer dessa forma – resultam das regras do CCP – Código dos Contratos Públicos;
- 7º) Personalidade judiciária e legitimidade processual – todas as PC têm o poder de serem sujeitos de uma relação processual;
- 8º) Todas as PC estão sujeitos a RESPONSABILIDADE civil, financeira e política;
- 9º) Todas as PC estão sujeitas ao controlo dos tribunais administrativos.

Atente-se ainda na questão da desconsideração e o levantamento da personalidade – casos em que não se releva o agir da PC, desconsidera-se a natureza coletiva, haverá responsabilidade pessoal dos titulares dos órgãos – RESPONSABILIDADE PESSOAL. Poderá haver ainda responsabilidade solidária dos obrigados no âmbito da ação administrativa. Direito de regresso – é o correlativo – direito que a PC tem de reaver, em caso de dolo ou negligência grave, da pessoa do agente mau, o prejuízo que incubiu sobre a PC. Poderá haver ainda responsabilidade penal e criminal do agente faltoso, doloso, negligente. Queda-se a questão de saber, quem suporta os encargos financeiros do processo judicial, a PC ou o funcionário, já que a ação do funcionário é feita no âmbito da PC – apurado casuisticamente.

Releve-se ainda a personalização e personificação funcional de órgãos públicos – há uma ficção – os órgãos são tratados como PC, sendo apenas parte integrante- ex: PR ou AR quando praticam atos administrativos, contratação de secretários; os tribunais; a provedora de justiça; o MP. Tem relevância em sede de:

- i) Auto-organização interna;

- ii) Autonomia patrimonial e responsabilidade civil;
- iii) Legitimidade processual e personalidade judiciária.

Vamos ver ainda as PC privadas criadas por entidades públicas:

- 1) Não é feita ao abrigo do CC – quais as grandes linhas de criação de PC privadas por entidades públicas:
 - I. Influência da EU – há um conceito de organismo de direito público, todo aquele que está sujeito à égide do direito público, mesmo sendo uma PC privada, se estiver parametricamente vinculada à égide do direito público administrativo;
 - II. Uma entidade privada, se for maioritariamente financiada por uma entidade pública é um organismo público;
 - III. Terão de estar sujeitas a controlo e gestão pública – essa entidade ainda que formalmente privada é um organismo público;
 - IV. Quando um órgão de gestão, fiscalização, etc é maioritariamente composto por membros designados pela entidade pública.
- 2) Podem existir associações privadas de entidades públicas; tal como fundações privadas integradas por entidades públicas – isto determina o fenómeno de PC em cascata – a montante das entidades privadas estará uma entidade pública.

Não há uma liberdade de se criarem entidades privadas discrecionária e arbitrariamente pelas entidades públicas – é sempre necessária uma lei habilitante – tem que ser sempre uma lei especial – a lei quadro dos institutos públicos – ex: Lei quadro das fundações. Para criarem entidades privadas os institutos públicos têm de respeitar diversas condições:

- i) Existência de previsão legal ou estatutária – Art. 13º da Lei quadro a lei tem que admitir e prever que possa criar entidades privadas;
- ii) Indispensabilidade e prova da mesma – desta criação de uma entidade privada para se prosseguirem as atribuições da entidade pública;
- iii) Autorização prévia do MF – Lei orgânica do governo e plasmação constitucional.

Estas entidades privadas criadas por entidades públicas fazem parte da administração pública sob forma privada. Significa que temos duas administrações públicas:

- a) ADM pública sob forma pública;
- b) ADM pública sob forma privada – são entidades privadas que estão sujeitas a influência pública dominante.

Como a Lei é constitutiva do limite e fundamento da atuação administrativa designa-se de competência. A legalidade não é só um limite, não há-de ser só uma restrição da vontade, mas sim a habilitação dessa vontade da administração. Mesmo com a reserva de lei entendida enquanto habilitação e competência, o entendimento preconizava de igual modo a autonomia do exercício e auto-controlo e limite da atuação pela administração – expediente do poder discricionário – a lei deixa a administração, em vez de pre-determinar a solução de todos os casos, vai atribuir à administração a hipótese de escolha.

Proporcionalidade:

- a) Adequação – meio atinge o fim;
- b) Necessidade – quando há concorrência de meios para se atingirem fins
- c) Equilíbrio/ proporcionalidade stricto sensu – juízo final de a solução não ser manifestamente desproporcionada.

Imparcialidade:

- i) Interesses relevantes;
- ii) Interesses irrelevantes – a relevância deriva do fim prosseguido pela norma e a fruição da satisfação do interesse em causa.

Aula de 30/10/2017

Princípios gerais das entidades públicas:

- 1) Princípio da especialidade – as PC têm os poderes mas apenas os poderes para os fins pelos quais elas foram criadas. Todas as pessoas jurídicas têm uma capacidade jurídica – é um direito fundamental de toda e qualquer pessoa jurídica;
- 2) Princípio da reserva de lei – tem de ser uma lei a atribuir as posições jurídicas das entidades públicas;
- 3) nem o princípio da especialidade ou a da reserva de lei obsta à vigência dos poderes implícitas – deve extrair-se uma regra implícita de meios.

As PC podem ter uma capacidade jurídica interna ou nacional – uma capacidade jurídica que envolve posições jurídicas no âmbito do território português, mas também pode existir outras PC que têm capacidade externa ou internacional. Também há uma capacidade internacional ou externa das PC.

Também é possível verificar a égide da gestão de negócios em sede de direito administrativo:

- 1) A gestão de negócios por parte de particulares como gestores dos negócios da ADM;
- 2) A gestão de negócios de uma entidade pública por parte de uma entidade privada;
- 3) A gestão de negócios, de forma reservada, entre entidades públicas – salvo a incompetência absoluta.

É possível a gestão de negócios entre entidades públicas, no âmbito da atividade privada, ao abrigo do CC.

Vamos entrar no tema das relações entre entidades públicas – relações inter-subjetivas:

- i) A natureza das normas que conferem atribuições tem duas concepções radicalmente opostas – quais as teses em confronto nesta doutrina:
 - a) Incomunicabilidade – cada PC tem as suas próprias atribuições e não pode haver sobreposição de atribuições – há um sistema de fronteira rígida;
 - b) Comunicabilidade – muitas vezes o legislador utiliza critérios vagos e abertos para identificar as atribuições das entidades públicas – é um

elemento de incerteza; há matérias das quais sobre estas podem intervir em níveis e/ou em graus diferentes diversas entidades públicas, pelo que não se pode dizer à priori que há matérias exclusivas de uma entidade pública – Ex: Ambiente, Ordenamento do Território – sobre a mesma matéria pode existir uma pluralidade de entidades públicas com atribuições sobre a mesma. Ex: a disciplina do ensino superior – compete ao Estado, às Universidades – muitas vezes as entidades têm de trabalhar em conjunto para delimitar esferas de intervenção.

- ii) As normas de atribuições são dotadas de elasticidade – há cada vez mais uma divisão vertical das atribuições – há atribuições que pertencem ao Estado; às Autarquias locais e demais entidades públicas – há uma repartição vertical – visível em três fenómenos:
 - a) Princípio da subsidiariedade – aquilo que pode ser feito pelas entidades menores ou mais próximas possam ser feitas por essas, não podem ser feitas pelas mais distantes;
 - b) Princípio da elasticidade – se as entidades menores não realizarem de forma eficiente, então o Estado pode arrogar para si a competência secundária;
 - c) Princípio da supletividade do direito do estado – o estado tem uma competência de intervenção permanente sobre todas as esferas;
 - d) Princípio da prevalência do direito do estado – nos casos de conflito entre a vontade infraestadual e a do estado, tem relevância porque há discricionariedade decisória do Estado.
- iii) Existência de relações jurídicas entre as entidades públicas – significa poderes de intervenção de uma entidade pública sobre a esfera de atribuições de outras entidades públicas – podem ser poderes de intervenção de entidades públicas sob forma pública ou de entidades públicas sobre forma privada. Vamos estudar os poderes de intervenção sobre as entidades públicas sob forma pública e sob forma privada.

PODERES DE INTERVENÇÃO ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS SOB FORMA PÚBLICA:

- 1) A superintendência;
- 2) A tutela;
- 3) A coordenação;
- 4) A cooperação.

A unidade significa que tem que existir sintonia – os 4 mecanismos descritos garantem essa unidade e sintonia. O grande protagonista, a estrela que garante a unidade da ADM é à luz da CRP o GOV. Isto está intimamente ligado à responsabilidade política parlamentar – só é responsável politicamente pelos poderes constitucionais que tem – o âmbito dos poderes de intervenção do GOV marca a amplitude da responsabilização política governamental.

A superintendência administrativa traduz que uma entidade pública pode orientar a atividade de outras entidades públicas – orientar significa definir os fins e definir as metas mas dar liberdade de meios para se atingirem essas metas – o Estado e o GOV fixam as

grandes orientações a que deve obedecer o agir das entidades infraestaduais – atividades da administração indireta do Estado. Fixa através de diretivas ou de recomendações. O poder de superintendência só existe sobre administração indireta – será que precisa este poder de lei para ser exercido ou basta o 199º/d da CRP – goza de aplicabilidade direta? PAULO OTERO pode sempre exercer orientação independentemente de orientação expressa por lei. Se a superintendência é o poder de orientar, a TUTELA – 199º/d) + 242º CRP é o poder de fiscalizar e controlar a atividade desenvolvida por outra entidade pública. Esta tutela, poder de controlo pode ter os seguintes propósitos:

- a) Emissão de juízos de legalidade – é ou não conforme o direito;
- b) Emissão de juízos de mérito – aquilo que se decidiu é o mais conveniente? Mais oportuno? É mais intenso que o juízo de legalidade;
- c) Controlo tanto envolvendo juízos de mérito como de legalidade.

A regra no Direito Português é que a tutela só existe nos casos expressamente previstos na Lei – pode existir por isso uma *tutela de legalidade ou de mérito*. Pode ainda existir uma *tutela financeira*, pode existir uma *tutela quanto ao conteúdo – meramente inspetiva*; pode ser uma *tutela integrativa da eficácia*; pode ser uma *tutela sancionatória*, pode ser uma *tutela revogatória*. Será possível a existência de uma *tutela contratual*? O estado cria para si poderes especiais de intervenção no âmbito de celebrações contratuais – ex: abertura de linhas de crédito, chama a si a fiscalização da dimensão contratual – se a lei o permitir é admissível – não é possível um contrato sem norma legalmente habilitante – a tutela só existe nos casos expressamente previstos na Lei – Art. 52º/1 A tutela administrativa é o poder que o GOV pode exercer sobre a administração autónoma e independente, mas também pode exercer tutela sobre a administração indireta – quem exerce o mais pode exercer o menos. Tem um propósito – harmonizar interesses entre diferentes entidades públicas.

Todas as entidades públicas estão sujeitas a coordenação pelo governo – estão fora as entidades a que estão sujeitas a cooperação (é o menos), não estão sujeitas a coordenação pelo governo as entidades a quem a governação pertence ao governo regional.

Última figura – cooperação administrativa – num cenário de relacionamento paritário, envolve aqui um esforço de atuação conjunta entre as demais entidades públicas. Esse esforço de cooperação conjunta tem o propósito de concertar por via consensual os interesses em discrepância – pela existência de fins comuns ou partilhados. O princípio geral é o dever de cooperação entre as entidades administrativas. Tem deveres acessórios ou complementares:

- i) Dever recíproco de auxílio;
- ii) Colaboração;
- iii) Informação;
- iv) Lealdade;
- v) Não criar obstáculos.

Podemos encontrar por vezes exemplos contrários: ex: PJ e PJmilitar; proteção civil que não coopera com os bombeiros.

Podemos ter a cooperação entre o Estado e as regiões autónomas – 229º/1 e 4 da CRP; entre a EU e os Estados membros e o inverso e entre os próprios Estados.

Há também cooperação entre as entidades públicas sob forma privada – trata-se da égide da influência dominante. Estes mecanismos traduzem-se na função acionista- tem que ver com o capital social, pode envolver o controlo da maioria do capital – designar a totalidade dos membros dos órgãos destas entidades; a definição das linhas estratégicas do agir destas entidades e o poder de participar na definição, quando as entidades públicas partilham com privadas o capital social – as entidades públicas podem recorrer aos mecanismos privados, direito societário, para controlarem e exercerem sobre mecanismos de cooperação destas entidades.

Estado – é uma pessoa coletiva de população e território – prossegue fins múltiplos – tem devidos poderes – constitui institutos públicos de competências delegadas de interesses de Estado – que prosseguem um fim singular que pertence de raiz ao Estado –o Estado vai ter o poder de orientar a forma como o fim é prosseguido – os fins próprios prosseguidos pelos institutos públicos, como interesses correlativos vão gerar administração autónoma. Empresas privadas que prosseguem interesses públicos - São atividades privadas de mão privada – são as entidades privadas, de forma privada que podem prosseguir fins públicos. As administrações autónomas não se configuram enquanto empresas privadas –as A. A. são empresas coletivas publicas de administração e território que prosseguem fins coletivos públicos mas autónomos, ou próprios.

Aula de 31 de outubro de 2017

Vamos ver os órgãos – expressam uma vontade formada pela entidade a que pertence. Releve-se as diferenças entre o órgão, cargo, agente e competência. O que importa sublinhar? As especificidades dos órgãos:

- 1) Órgão decisório e consultivo – emite a decisão, o outro fará um estudo da decisão, não é o conteúdo necessário da decisão – salvo quando o parecer tem natureza vinculativa em que pre-determina o conteúdo da decisão;
- 2) A especificidade em sede de DA reside nos órgãos colegiais – Arts. 21-35º do CPA – definem o regime jurídico dos órgãos colegiais. A colegialidade tem diversas especificidades:
 - i) Um órgão colegial para poder funcionar necessita de um número mínimo de membros – é a metade mais um – traduz um quórum;
 - ii) Um órgão colegial – estando regularmente constituído, para deliberar como é que se apura o sentido decisório – através da pluralidade de votos – o CPA diz-nos que a regra é a maioria absoluta; o 116º em DC diz-nos que é a maioria simples, em DA é a maioria absoluta. A deliberação só começa a produzir efeitos quando está exarada em ata e esta está aprovada, ou em alternativa, quando está aprovado um extrato da ata. A ata admite votos de vencido – quando não é um escrutínio secreto – é um exercício de liberdade, a liberdade de indicar as razões de discordância, como tem a particularidade de isentar de responsabilidade civil, criminal e financeira, o titular que tendo votado contra faça exarar em ata o respetivo voto de vencido.

- I. Refira-se ainda a necessidade de regularidade da convocatória da reunião – indicar a hora, o local, a data e a ordem de trabalhos da reunião – para permitir a preparação;
 - II. Refira-se ainda as formas de votação – o exarar de um voto de vencido pressupõe um escrutínio não secreto. A regra geral é a votação nominal – não secreto; mas se a deliberação envolver a discussão de qualidades de pessoas a regra será a do escrutínio secreto. Atualmente, há uma progressiva transformação do escrutínio secreto em defesa da transparência – há riscos atinentes ao escrutínio secreto. Há situações de “ajustes de contas” em que se recorre ao escrutínio como garantia cobardia moral e intelectual;
 - III. Se existir empate, repete-se a votação; se existir escrutínio secreto e há empate, o CPA determina o escrutínio aberto e nominal. Se ainda assim há empate no escrutínio nominal (ainda que repetido) há voto de qualidade do presidente do órgão – um voto que valha por dois; há situações em que o Presidente tem voto de desempate – o presidente só vota quando se verifica empate. Também existe uma regra não escrita na qual o presidente do órgão colegial tem voto de desempate em caso da aprovação e da reprovação do candidato, conhecido como voto de minerva, em que aprova – no âmbito das faculdades.
- iii) Referência aos titulares dos órgãos da administração:
- a) Os titulares normais – podem exercer as suas atividades como titulares a título profissional ou a título não profissional – um professor ou médico ou jurista do ministério x exercem funções profissionais; um ministro, presidente ou vereador não exercem a função profissional. Podem existir assim titulares normais profissionais e não profissionais.
 - b) Titulares em situações especiais – casos de acumulação – é ministro da defesa e da educação, por exemplo ou – *prorrogatio* – há uma prorrogação do mandato, exercem o poder para além da duração prevista do respetivo mandato ou após a renúncia ou demissão até à posse do titular que vem substituir. O titular é acusado criminalmente de desvio de fundos públicos, deve ser suspenso, não há lugar a prorrogação. Também é possível cessar de imediato as funções tituladas;
 - c) Situações anómalas – funcionários de facto mas que não o são na verdade – exemplo da pessoa que numa calamidade pública decide tomar providências públicas – o comando dessa atuação podem ser exercidas por pessoas que não são funcionárias mas que o são de facto, em virtude excepcional; ou ainda, caso em que alguém exerce funções ao abrigo de um título jurídico de Lei ou DL, que vem a ser revogado com efeitos retroativos – suscita-se impugnação do ato, também o caso de um título aparente julgado inconstitucional, deixa de ser; ou o falso assistente da FDL; ainda releve-se a questão de uma ação consciente e dolosa e resolve assumir o exercício de funções publicas

JOÃO ABREU DE CAMPOS

- iv) 47º/2 da CRP – liberdade de acesso ao exercício das funções públicas – a regra é de que o acesso se faz por concurso público. Pode ser um contrato de trabalho de funções públicas, de nomeação ou de comissão de serviços.
- v) Técnica/ legitimidade – uns têm capacidade e legitimidade política, mas a técnica da decisão pode estar nas estruturas subalternas.

Quais os princípios gerais atinentes aos titulares dos órgãos:

1. Vinculação ao fim da prossecução do interesse público;
2. Imparcialidade;
3. Proibição da acumulação;
4. Existência de incompatibilidades;
5. Responsabilidade.

Breves notas sobre os serviços público- administrativos:

- A) São uma organização de pessoas singulares – existem no âmbito das PC e visam implementar e satisfazer as atribuições dessa entidade – como? Os serviços podem exercer funções de apoio, colaboração, execução e prestação sempre sob a iniciativa e comando dos órgãos.
- B) Existem serviços principais e auxiliares; centrais e locais – administração periférica; serviços hierarquizados e organizados em termos verticais ou serviços em rede, horizontalmente;
- C) A gestão pode ser pública ou privada – ex: Hospital Amadora- Sintra, tem uma gestão privada – são privados que através de um vínculo de concessão tem a cargo a função pública determinada. A gestão pública pode ser feita à luz do direito público ou do direito privado;
- D) O regime jurídico dos SP resume-se em 4 ideias:
 - i) Cada serviço tem um poder de autoorganização interna – pode configurar a melhor forma de se estruturar e funcionar;
 - ii) Continuidade dos serviços públicos – a regra é que os SP prestam serviços todos os dias do ano. Com duas particularidades, com a administração eletrónica isto é cada vez mais verdade, mesmo fora dos horários de serviço, feriados e fins de semana; ainda o tema de saber se a continuidade dos serviços publico justifica ou não as reservas e limitações do direito fundamental à greve – prestação de serviços essenciais ou mínimos;
 - iii) A igualdade e a onerosidade na utilização dos SP – a regra é que os SP têm uma contrapartida pela prestação das respetivas utilidades – TAXA – o principio da igualdade significa que a ADM não pode criar discriminações no acesso a essas utilidades – taxas proporcionais, p.ex;
 - iv) Podem criar relações especiais de poder em relação aos beneficiários e em relação aos funcionários dos serviços.
 - v) TEORIA DA COMPETÊNCIA- cada órgão tem sempre um conjunto de poderes apto a prosseguir os fins da entidade pública na qual esse órgão se integra – podem ser poderes expressos ou

implícitos; pode ser uma competência dispositiva ou uma competência revogatória ou anulatória – a dispositiva permite construir soluções; a revogatória ou anulatória permite destruir efeitos de soluções; pode ser uma competência firme ou precária – a firme é aquela que é atribuída por lei e só por lei pode cessar; pelo contrário a precária pode cessar por decisão administrativa; a competência pode ser individual – singular, só exercida por um órgão ou uma competência comum – é aquela que está atribuída a 2 ou mais órgãos – a competência comum pode estar atribuída de duas formas diferentes – conjunta ou alternativa – a conjunta exige a intervenção de todos os órgãos competentes para a perfeição do ato; a alternativa fica perfeita com a intervenção de apenas 1 único órgão de entre os vários que são competentes – já que é uma competência conjunta; a competência delegada tanto pode ser exercida pelo delegado como pelo delegante. A competência pode ainda ser de exercício normal ou adormecido ou subsidiário – é a ordinária, é a da gestão corrente dos assuntos; a adormecida só em circunstâncias extraordinárias – podem substituir-se os órgãos no exercício da função atribuída. Como se delimita a competência – em função da matéria. Se o órgão X tem competência para aprovar um orçamento da FDL, se é o X não pode ser o Y que o vai aprovar – é a matéria e o conteúdo que delimita a competência. 2º critério de delimitação – hierarquia- se a competência é a do ministro, não pode ser o diretor a decidir – delimitação e hierarquia vertical; 3º critério de delimitação – em função do território pelo qual há atribuição administrativa; 4º critério – em razão do tempo. Significa dois tipos de limites importantes:

1. Contra a retroatividade do exercício da competência administrativa;
2. Contra a ultratividade do exercício da competência administrativa.
3. CPA – Arts. 36º, 27º - competência administrativa. Temática das questões prejudiciais – Art. 38º do CPA; ou quanto aos conflitos de competência – 39º, 51º e 52.

ESTADO – PC população e território - prossegue fins múltiplos

Adm indireta do Estado – PC publica (pode ter forma privada) - fim singular, mas esses fins de raiz pertencem ao Estado

Adm autónoma do Estado – fins próprios – (Regiões Autónomas); AL (Municípios e freguesias, região administrativa), Universidades e politécnicos, Associações – de entidades públicas, de entidades privadas – ordens.

Adm independente do Estado - regiões autónomas, são entidades administrativas independentes – ERC, ERSE, ERS, ...

Aula de 6 de novembro de 2017

Competência delegada – fundamento normativo. Vem nos Arts. 44º-50º do CPA. Estamos habituados a que os órgãos tenham a competência direta e perfeitamente conferida pela Lei. A lei define um órgão como competente – atribui-lhe os poderes. Mas pode acontecer que, a lei atribua ao órgão A mas a lei pode atribuir os poderes ao órgão A e conferir-lhe um poder suplementar – do órgão escolher exercer os seus poderes ou delegar – poder delegante, poder delegado – o ato através do qual o delegante delega poderes ao delegado chama-se delegação de poderes. Começam agora os problemas. O A não pode delegar no B todos os poderes que tenha – significa que há poderes que são delegáveis e poderes não delegáveis. O grande problema que se coloca é que o A, durante a vigência da delegação, durante o período em que o B tem os poderes delegados, o A nunca perde a competência sobre aquela matéria – pode sempre exercer a competência que delegou no B – sem que o B possa dizer ao A que não pode fazer isso pq não é competente porque durante a delegação de poderes A e B são competentes sobre a mesma matéria – há uma competência comum . não só A pode exercer os poderes que delegou em B como pode orientar o modo como quer que B exerça os poderes – tem uma supremacia que lhe permite controlar a forma como os poderes delegados em B são exercidos por este – se A não concorda como B praticou os atos, A pode anular os atos praticados por B. não só pode anular os atos como no limite pode anular/revogar o ato de delegação de poderes – a partir desse momento, só A é competente sobre essa matéria. A competência do B está nas mãos do A – é um poder discricionário do A delegar tal como é discricionário revogar a delegação de poderes – há órgãos que têm uma competência precária, porque depende do órgão delegante. A grande questão traduz-se em como explicar esta delegação de poderes – pode dizer-se que A aliena os seus poderes em B – esta tese não é verdadeira, pois A não perde os poderes durante a delegação. Uma outra explicação é aquela que diz que o A limita-se a autorizar que o B exerça os poderes. Ou seja, a delegação de poderes é afinar um ato autorizativo, de B poder exercer os poderes, autorização concedida pelo A. Mas se fosse uma autorização, sempre que o B agisse sobre poderes delegáveis que não tivessem sido delegados, o vício seria o vício de forma – preterição de uma formalidade, a preterição da formalidade essencial da autorização. Se o B age sobre poderes que não foram delegados mas podiam ter sido há o vício de incompetência, logo a tese da autorização não é válida – pois não há vício de forma mas sim incompetência. FREITAS DO AMARAL cria outra tese – em Direito Público pode diferenciar-se entre titularidade de poder e exercício do poder. O Professor diz que o delegante recebe da lei uma competência perfeita, porque o delegante recebe da lei a titularidade mais o exercício dos poderes. Então como é que se explica a delegação de poderes? Para FREITAS DO AMARAL a delegação de poderes é o ato através do qual o delegante transfere o exercício dos poderes para o delegado e conclui, o delegado exerce os poderes mas nunca tem a titularidade dos poderes ou o delegante tem a titularidade mas passa a ter uma titularidade vazia quando transfere para o delegado o exercício dos poderes – é a nula titularidade. Críticas: durante a delegação de poderes tem a titularidade e o exercício para o delegante. Outra crítica: esta tese admite que o órgão da ADM possa exercer poderes apenas com fundamento no ato administrativo sem reunir fundamento da Lei – como é que um órgão pode exercer poderes sem ter a titularidade legal dos mesmos. Freitas do Amaral diz que o delegado exerce em nome próprios poderes alheios – PAULO OTERO refere tal consubstanciar uma situação de manifesta incompetência.

PAULO OTERO considera que para que um órgão possa delegar poderes é preciso:

- i) Uma lei de habilitação – produz um duplo efeito – tanto habilita o delegante a exercer os poderes como a permitir que o delegante os delegue no órgão B – quando a lei faz isso, simultaneamente diz que o B pode exercer esses poderes se o A lhes conferir – a lei de habilitação confere ao delegante a titularidade mais o exercício e ao delegar confere apenas a titularidade, porque o exercício dos poderes do delegado vai ser concedido pelo delegante A, através do ato de delegação de poderes – A não transfere poderes para o B – comunica e alarga esses poderes, sem que veja perdida essa competência – há um exercício de elasticidade, é comunicado – durante a vigência da delegação de poderes são competentes da mesma matéria¹²;
- ii) Haverá uma confusão de poderes pela concorrência competencial? O direito assenta aqui em duas regras elementares para que não exista duplicação do exercício dos poderes:
 - a) Se o delegante exercer primeiro a competência ele preclui sobre aquela matéria possa o delegado decidir – impossibilita que B possa exercer competência sobre essa matéria – porque o delegante tem supremacia.
 - b) Se o primeiro a decidir seja o delegado mas o delegante não concordar pode praticar novo ato revogatório.

Notas:

- i) A eficácia da delegação de poderes requer a publicidade – salvo ineficácia. Que tem uma consequência – a incompetência do B, incompetência do delegado.
- ii) Subdelegação de poderes – é a delegação de poderes delegados – o B é subdelegante em relação a C e o C é subdelegado em relação ao B, naturalmente que B exerce todos os poderes sobre o C como A exerce sobre B. Significa isto que a elasticidade não se limita à relação de A com B mas alarga-se a demais órgãos que possam estar em causa. Isto levanta um problema: a regra no direito português é não existir um só órgão competente sobre a mesma matéria, quando existem cláusulas gerais de delegação de poderes que suscitem concorrência competencial? Vide, à frente.
- iii) Como se verifica a transferência legal de competência – a competência do órgão A passa para o órgão B, há um novo órgão competente. A perfeição da

¹²Manifestamos discordância – extravasa o sentido paramétrico da lei habilitante, o que torna a co-titularidade de competências por virtude de uma delegação de poderes, um entendimento falacioso. Afirmar que, no âmbito da delegação de competências, é sempre necessária a existência de uma lei habilitadora, que confere a competência a um órgão (titularidade e correlativa capacidade de exercício dos direitos subjetivos que detém por norma legal permissiva ou injuntiva), mas por outro lado, no âmbito da delegação de competências, sem prejuízo de avocar a si o exercício das funções que titula, o órgão delegante atribui por uma relação jurídica habilitada por Lei (que está parametricamente determinada) a titularidade das funções de forma parcelar, já que não preclui a sua competência titularizada, ou seja, não cessa a titularidade do delegante, apenas surge um delegante titular e um delegado também titular – este conflito de titularidade, afigura-se-nos como impeditivo da manutenção da relação hierárquica e do expediente do comando administrativo como forma de superintendência e tutela, pelo que acompanhmos a doutrina que confere a esfera executiva ao delegado e a esfera fiscalizadora decorrente da titularidade ao delegante – opinião de JOÃO ABREU DE CAMPOS.

- competência de B não depende da vontade de A que perdeu, por lei, a competência.
- iv) A delegação de poderes distingue-se da delegação de assinatura. Significa que quem decide não é quem decide – a delegação de assinatura é como se fosse um carimbo – assina uma decisão tomada por outro órgão.
 - v) A delegação de poderes também não se confunde com a coadjuvação – auxílio ou colaboração interna – significa prestar um serviço acessório, preparar e executar uma decisão que outros tomaram – significam a prática de atos internos.
 - vi) Delegação também é diferente de substituição – em que um órgão age em substituição de outro órgão. Na delegação cada age em seu lugar.
 - vii) A delegação pode ser intrasubjetiva se ocorrer entre órgãos da mesma PC. Ex: Ministro delegar poderes no Secretário de Estado. Pode ocorrer uma delegação intersubjetiva – entre órgãos de PC distintas. Ex: Município delega poderes na freguesia, duas pessoas jurídicas distintas. O grande problema jurídico que se coloca é que se o ato de delegação não publicado gera ineficácia e incompetência – ora, se nos atos praticados na delegação intersubjetiva por um delegado mas os requisitos dessa delegação não foram cumpridos, então podemos considerar a incompetência absoluta, na medida em que se tratam de desvalores atinentes a órgãos de PC diferentes, ou incompetência relativa, já que não tendo sido devidamente delegáveis os poderes que são delegáveis, a verdade é que o poderiam ter sido, pelo que a a PC delegada os poderia ter recebido, pelo que a incompetência não será tão gravosa como absoluta antes relativa.
 - viii) Art. 48º/1 do CPA – o delegado deve sempre mencionar que agiu ao abrigo da delegação de poderes; n.º 2, se não fizer afeta a validade – gera-se a mera irregularidade do ato, a eficácia matem-se.
 - ix) Na delegação tácita a lei reveste A e B do exercício dos poderes, mas ressalva que os poderes de B podem cessar pela intervenção de A – A continua a ter um poder discricionário – é a lei que tacitamente faz presumir que o A quer delegar os poderes em B, se não quiser que revogue. Em qualquer dos casos a competência de B é sempre precária e procedimentalmente dependente de A.

Há 5 tipos de relações entre órgãos:

- i) Relações no âmbito da competência comum – dois ou mais órgãos são competentes sobre a mesma matéria. Os dois têm que praticar o mesmo ato para a perfeição da competência executada, se assim não for o ato é inválido. A competência pode ser comum mas ser alternativa – basta que um deles pratique o ato para que este seja perfeito;
- ii) Relações de substituição – um órgão age no lugar ou em vez de outro órgão. Há casos em que ocorre em situações vicariais – o órgão substituído não existe, morreu ou está impedido, por uma relação de imparcialidade ou impossibilitado. Há ainda casos de substituição dispositiva – não quer exercer a competência porque a matéria é algo que ele entende que não deve decidir, se um subalterno não executa uma decisão do tribunal, então tem o poder e o dever de se fazer substituir – pode ter uma natureza revogatória. A substituição pode ser extraordinária em casos de exceção constitucional;

JOÃO ABREU DE CAMPOS

- iii) Relações de complementaridade – as que opõem órgãos principais e coadjuutores, os coadjuutores auxiliam os órgãos principais. As relações ainda entre os órgãos propulsores que apresentam propostas e aqueles cuja decisão pertence aos órgãos decisores. A diferença entre órgãos consultivos e deliberativos.
- iv) Relações de cooperação – entre entidades públicas, ex: a ADM do Estado e dos outros Estados-Membros da EU. Pode ainda existir cooperação dentro da mesma entidade pública – cooperação entre órgãos da ADM pública nacional: MP e PJ;
- v) Relações de subordinação – é aqui que há formas que permitem verificar que nem todos os órgãos da ADM estão no mesmo plano – desde logo, há órgãos que têm poder sancionatório e órgãos que estão sujeitos a sanções – ex: a subordinação inspetiva – estar sujeito a inspeção de outros órgãos. Ainda os órgãos que têm poder de supervisão e os sujeitos a serem supervisionados. Ex: o delegado está sujeito a supervisão pelo delegante – ainda órgãos com a faculdade de permitir o exercício de poderes e órgãos que podem revogar a concessão desses poderes; órgãos que estão sujeitos a poder de orientação e órgãos submetidos à orientação dos primeiros – órgãos que têm poder de direção e órgãos que estão com o dever de obediência – reconduz-se à hierarquia administrativa – é o modelo de organização vertical – entre órgãos da mesma PC, há um vínculo jurídico entre os órgãos que confere a um dos órgãos o poder de dispor da vontade de outros órgãos. Estes outros encontram-se vinculados ao dever legal de obediência. O poder de dispor de vontade ou o dever de obediência não é apenas em relação a atos válidos mas também a inválidos.

Aula de 07 de novembro de 2017

Tínhamos falado da relação de hierarquia vertical nos órgãos. O cerne do poder hierárquico assenta no poder de direção – 199º/d). Pode até dizer-se isto: não há hierarquia sem poder de direção, onde existe poder de direção entre órgãos há hierarquia, é assim um elemento típico e caracterizador da hierarquia. Como se manifesta o poder de direção:

- i) Ordens- comando individual e concreto – permite ao superior hierárquico ditar palavra por palavra o conteúdo decisório do ato do subalterno
- ii) Instrução – comando geral e abstrato – é juridicamente um Regulamento Interno, mas pode ter a designação de circular. É vinculativa para os seus destinatários. Qual o propósito?
 - a) Função interpretativa – a lei é pouco clara, o superior diz, diante os sentidos possíveis o determinado pelo superior é tal;
 - b) Função integrativa de lacunas – espaços vazios de normatividade e que deveriam estar disciplinados – dá a solução e o critério.
 - c) Pode preencher o espaço de discricionariedade administrativa – dá uma ou várias opções ao decisor – para estes casos a decisão é sempre esta – através destes comandos hierárquicos, o superior tem a disponibilidade da vontade do subalterno – este poder tem um correlativo – há uma

transferência de responsabilidade decisória do subalterno para o superior hierárquico – o subalterno cumpre ordens e instruções mas responde o superior – associado à responsabilidade política da administração e direção prestada – tanto o superior é responsável por ação proativa como por ação omissiva.

Pode acontecer que a interpretação que o superior hierárquico formula na instrução é uma interpretação da lei claramente contrária à constituição, tal também pode acontecer na integração de lacunas, perante o incumprimento do CC, ou ainda se o conteúdo normativo do ato é completamente contrário à ordem jurídica. O que deve fazer o subalterno perante uma ordem ou instrução ilegal?

No direito Português é que há dever de obediência às ordens e instruções ilegais. Obedecer à ilegalidade ainda é cumprir a legalidade. Naturalmente há limites a este entendimento:

- i) A doutrina formula que só há dever de obediência quando a ordem ou instrução se consubstancie em atos anuláveis – a anulabilidade produz efeitos até ser declarada, então a obediência pode ser compaginada;
- ii) Cessa o dever de obediência dos atos nulos – há dever de obediência mesmo quando os atos são nulos, salvo a exceção do Art. 271º/3 da CRP – pq daí resulta crime.

O que deve o subalterno fazer perante uma ordem ou instrução ilegal? Deve exercer o direito de respeitosa representação, tendo suspeitas sobre a legalidade do comando deve mandar por escrito um pedido de confirmação sobre se deve ou não obedecer. Se é confirmado pelo superior, mesmo sendo ilegal, tem de obedecer – permite identificar o enorme peso do dever de obediência e a característica da direção. 112º/5 – uma lei pode conferir com eficácia interna aos atos que a CRP veda dos atos – por a contrario à CRP. O superior tem o poder elevado de direção – o superior tem simultaneamente os poderes de controlo:

1. Poder de inspecionar o modo como o subalterno executa ou não as ordens e instruções;
2. Se o superior verificar que o subalterno não cumpriu, não fez nada ou fez o contrário, tem o poder de supervisão – é a faculdade que o superior hierárquico tem de revogar, anular ou modificar os atos produzidos pelo subalterno – tem sempre através do poder de supervisão uma faculdade de decidir e de agir sobre a conduta decisória do subalterno – tem ainda um terceiro poder – o poder disciplinar – aplicação de sanções de não cumprir a legalidade ou as ordens ilegais – no limite é possível a sanção disciplinar;
3. Poder dispositivo de competência – poder de resolver conflitos entre subalternos – o A o B e o C acham-se competentes sobre a mesma matéria – conflito positivo de competências; ou nenhum se acha competente sobre a mesma matéria – conflito negativo. O superior pode determinar quem é o competente – poder de resolução de conflitos de competência. Tem ainda poder de delegação. Ainda tem o poder, em via de regra, substituir-se ao subalterno – poder de substituição primária. A lei confere competência ao subalterno – não obsta a que o superior aja em vez ou no lugar do subalterno. Quando a lei atribui uma competência exclusiva

ao subalterno, por outro lado, o superior não pode agir a título de substituição primária. Não se pode substituir ao subalterno - mas pode ditar palavra por palavra a decisão - é uma revogação substitutiva da competência. O subalterno declara uma palavra que não é sua, antes sim a do superior. A hierarquia é um mecanismo pelo qual o superior tem a disponibilidade da vontade do subalterno - se não acata então há processo disciplinar por incumprimento do dever de obediência. Há desconcentração da decisão - são vários órgãos executores - mas há concentração da vontade. Por outro lado, a competência externa da decisão pode estar difundida por vários órgãos mas há uma competência material interna comum entre o superior e os seus subalternos.

No fundo, através da hierarquia, permite-se uma substituição de vontades- a vontade decisória do subalterna pode sempre ser substituída pela vontade de decisão do superior hierárquico.

A limitação da hierarquia é feita por:

- a) Limites orgânicos - quais os órgãos que não estão sujeitos a vinculação hierárquica:
 - i) Órgãos constitucionais - com duas exceções o MP e as Forças Armadas;
 - ii) Órgãos colegiais - estão afastados da hierarquia administrativa porque o critério da decisão do órgão colegial é o princípio maioritário. Com uma exceção - se, dentro de um órgão colegial, está o representante de uma estrutura hierarquizada, esse representante pode ter uma posição condicionada e limitada por um dever de obediência - mas que é somente do titular e não do órgão;
 - iii) Órgãos singulares a quem a lei dê o poder de não estarem subordinados - são órgãos independentes ou não hierarquizados. No silêncio da lei, a regra é, a hierarquia é o modelo normal de organização administrativa - a lei não precisa de dizer que o superior tem poder de direção - é um princípio geral de direito de base consuetudinária - a lei apenas pode excluir e afastar da subordinação.
- b) Limites de matérias:
 - i) Delegação de poderes - o delegante não pode dar uma ordem ao delegado pq terá a titularidade da competência- a delegação suspende a hierarquia, mas na prática o delegante controla as decisões;
 - ii) Atividade contratual - baseia-se no princípio do consenso e não no princípio da autoridade;
 - iii) Atividade técnica e material - é um critério de instrução e não de vinculação, não há um critério fechado.

Relação entre a hierarquia e a competência - a hierarquia pressupõe sempre uma igual competência material - há uma identidade de competência material entre os superiores e subalternos. Quanto à competência externa há vários modelos:

- i) Em matéria de atos externos tanto pode seguir o superior como o subalterno;
- ii) O subalterno tem competência própria, que nem sempre é exclusiva e mesmo o sendo o superior tem o poder de dar ordens e instruções como corolário do seu poder de direção.

Limites à obediência:

- i) As ordens e instruções não podem ser de matéria privada, têm de ser sobre matéria de serviço;
- ii) O subalterno que não exerça a respeitosa representação pode ser responsabilizado pela sua conduta – se não fizer que o superior se exima na ordem/instrução e o subalterno acatar sem questão terá de responder.

Duas breves notas para as entidades privadas que exercem funções administrativas:

1. Casos de exercício privado de poderes públicos pode envolver ou não poderes de autoridade:
 - i) O caso de funções públicas transferidas por concessão para entidades privadas;
 - ii) Funções públicas que são objeto normal e exclusivo de profissões ou atividade desenvolvida por entidades privadas – ex: notários, solicitadores;
 - iii) Funções públicas acessoriamente confiadas em atividades privadas – não é o objeto principal dessa atividade mas pode estar confiada esse exercício. Ex: médico (atividade privada pois é um ser privado) passar atestados de óbito, é uma função acessória;
 - iv) Funções públicas confiadas ocasionalmente a entidades privadas – qualquer cidadão perante um crime que viu a ser cometido pode deter essa pessoa até ser chamada a autoridade a quem é confiada a guarda dessa pessoa. Ou capitães de avião ou navios que atribuam certificados de óbito ou nascimento.
 - v) A regra é que os privados não podem exercer poderes de autoridade, salvo norma legal habilitante. Ex: segurança privada de recintos públicos; controlo das entradas e revistar das pessoas seja feito por empresas privadas ou é uma função inalienável do Estado – Quais os limites da privatização.
 - vi) Os privados só podem exercer funções públicas com base num título jurídico público – pode ser, no limite, um princípio geral de direito mas tem de ser um título jurídico público;
 - vii) Estes privados estão ou não integrados na AP – OTERO diz que são – é a solução que decorre do Art. 267º/6 – estrutura da administração.

FORMAS DE COLABORAÇÃO DOS PRIVADOS COM A ADM

1. As PC de utilidade pública administrativa – são privados a colaborar com a AP – aquelas a quem a Lei diretamente confere esse título de utilidade pública;
2. IPSS – colaboram com a AP;
3. As PC de mera utilidade pública – recebem essa utilidade de um ato administrativo.

Aula n.º 13 de novembro de 2017

Prosseguir-se-á à análise do esquema entregue em aula teórica.

Análise dos fins do Estado: segurança, justiça e bem estar. Está no âmbito das finalidades do Estado – têm sofrido dois movimentos em sentido contrário. Pelo princípio da descentralização conduz-se que fins que sendo primariamente do estado são onerados em entidades infra-estaduais; ainda o Estado é chamado a assumir fins típicos e próprios da EU e recebe mais poderes – está todo ele centrado nos fins do Estado. Há fins que são fins do próprio Estado – PC. Há fins de natureza administrativa que já não são do Estado mas relativo aos quais este tem uma palavra – Administração Autónoma e independente do Estado.

A administração do Estado visa prosseguir fins do Estado:

- i) O Estado prossegue os seus fins através da PC Estado – prossegue diretamente esses fins – ADM Direta;
- ii) O estado pode não prosseguir por si próprio esses fins mas sim através de entidades criadas pelo Estado – não prosseguem fins que não sejam fins do Estado – são a ADM indireta do Estado – ainda prossegue fins do Estado mas não é a PC Estado que os desenvolve mas a influência dominante está nas mãos do Estado – estão sujeitas a uma permanente intervenção do Estado e fiscalização por parte deste, são entidades satélites do Estado.

ADMINISTRAÇÃO DIRETA

O Estado pode prosseguir os seus fins através:

- i) Órgãos que exercem a sua atividade sobre todo o território nacional – Administração central;
- ii) Órgãos que exercem a sua atividade circunscrita territorialmente – Administração periférica interna (quando é dentro do território nacional do Estado) – os órgãos e serviços também podem exercer as funções circunscritas a um território delimitado mas fora do território nacional – embaixada e consulados.

Administração central do Estado – GOV – toda a estrutura da ADM central, dirigida pelo GOV está estruturada em ministérios e estes estão organizados em relação à matéria – têm como órgão de topo o ministro da respetiva pasta – corresponde à ADM dirigida, pois todas as estruturas são subalternas do governo e sujeitas ao poder de direção governamental. Também é possível encontrar órgãos da ADM central não dirigidos pelo GOV – não sujeitos a ordens ou instruções – podem ser serviços autónomos e independentes do Estado mas de amplitude central: Escolas Secundárias, Provedor de Justiça, CNE.

Administração indireta do Estado – Não é o Estado mas complementa o Estado, prossegue os fins do Estado e está sujeita à sua intervenção – pode estruturar-se sob forma jurídica pública ou privada.

Administração indireta sob forma pública:

- i) Serviços personalizados – são PC, estruturas de natureza burocrática ou prestadora;
- ii) Fundações públicas – podem ser fundações públicas de DP e de Direito privado;
- iii) Entidades públicas empresariais – E.P.E – são empresas públicas com uma particularidade: têm PJ de direito privado.

Podem ainda existir Entidades privadas empresariais e as entidades publicas empresarias correspondem ao setor empresarial do Estado – SEE. As entidades privadas de tipo empresarial podem ser sociedades de capitais integralmente públicas – o Estado tem a totalidade do capital; ou são sociedades de capitais maioritariamente públicos – controla, de facto as sociedades; podem ainda existir empresas sujeitas a outras formas de influência dominante.

O estado como privado têm ainda mais poderes sobre empresas de forma privada que o poder que a superintendência e a tutela lhe conferem. É ainda possível encontrar cruzamentos entre entidades públicas. Caso da Imprensa Nacional da Casa da Moeda – o Estado tem poder de intervenção administrativa no âmbito de atividade como instituição publica.

ADMINISTRAÇÃO AUTÓNOMA DO ESTADO – prossegue fins que não pertencem ao Estado, porque se autonomizaram do Estado.

- a) **Administração autónoma típica** – entidades sujeitas a uma influência publica dominante;
- b) **Administração autónoma atípica** – é o exercício privado de funções publicas, com fiscalização administrativa.

Os fins são destas entidades, mas são atribuídas pelo Estado Constituinte. Quais as entidades que fazem parte da administração autónoma?

- i) Autarquias locais;
- ii) Instituições públicas de ensino superior;
- iii) Associações públicas.

As autarquias locais existem num determinado território – definem os seus próprios interesses. São PC de base territorial e populacional consagradas na CRP – obedecem ao principio da tipicidade – a lei ordinária não pode criar mais categorias dos Municipios e freguesias. Compete à lei a organização das Autarquias Locais – o número é variável mas a categoria obedece ao principio da tipicidade – de plasmação constitucional.

A mais importante corresponde aos Municipios – pq historicamente vêm do direito romano. Isso explica que dentro do município se encontre uma estrutura organizativa complexa – pode existir uma administração municipal direta e ainda uma administração municipal indireta. O município pode criar outras entidades públicas ou privadas para a prossecução dos seus fins. A Adm municipal pode ser dirigida pela estrutura do município – serviços municipalizados – não têm PJ própria, mas não estão sujeitas a ordens e instruções – é administração municipal indireta autónoma.

Quanto às instituições públicas de ensino superior são um verdadeiro mundo. Há 4 tipos de entidades:

- i) As universidades – são entidades do Ensino superior público que têm a seu cargo a divulgação da cultura e do ensino – têm ainda a atribuição reservado do grau de doutor – é uma prerrogativa das universidades.
- ii) As universidades podem funcionar como uma federação – a Lisboa tem dentro de si a FDUL, a FLUL, a FPUL, a FML, IST, ..., as faculdades são estruturas federadas e a Universidade é uma estrutura federal. Autonomia reconhecida pela CRP – As universidades; por lei ordinária – os politécnicos.
- iii) Regem-se pelo direito privado pq existe uma norma de ADM que o permite, sendo a tendência dos últimos anos e meses é transformar Universidades em Fundações privadas;
- iv) Consórcios personalizados – associação entre entidades universitárias mas pode ser uma associação entre uma Universidade e uma fundação. O consórcio dá maleabilidade e adaptabilidade – se a PJ é de direito público, faz parte do DA.

Associações Públicas – têm um elemento humano que resolvem associar-se criando uma estrutura jurídica de todas elas, visa prosseguir fins próprios de natureza pública; as ordens socio-profissionais, pessoas que comungam a mesma atividade e que procuram associar-se para a defesa das respetivas entidades. Associações Públicas de entidades públicas – ANMP, Comunidades Intermunicipais – gestão dos transportes públicos.

ADMINISTRAÇÃO INDEPENDENTE DO ESTADO

Não está sujeito a tutela do GOV – não está sujeito à intervenção vertical do GOV. quem são as entidades públicas que integram a ADM independente?

- a) R. autónomas – administração direta central e local, podem ter uma direção regional de agricultura do Pico – cada ilha pode ter estruturas locais periféricas da própria região autónoma. Pode existir administração autónoma das RA – sujeitos a tutela do GOV autónomo; ainda o EPLA dos Açores que prevê a existência de uma entidade administrativa regional.
- b) Entidades administrativas independentes – são PC de direito público:
 - i) Com conexão direta à EU – Bportugal;
 - ii) Sem conexão direta à EU – CMVM, Comunicação social

A regra é que quem traça a arquitetura jurídica destas entidades independentes é o GOV o seu autor, pela via do DL. A regra é que designa os respetivos titulares da ERC, CMVM, etc. são autoridades mais ou menos independentes.

Aula de 14 de novembro de 2017

Vamos terminar a organização administrativa. Análise da AP portuguesa como administração da EU. Como é que a AP é AP dos interesses nacionais e transnacionais. Como sucede?

JOÃO ABREU DE CAMPOS

- 1) Administração partilhada da EU entre os Estados membros – há uma administração conjunta – há uma federação administrativa europeia. Há matérias sobre as quais os estados membros deixaram de ter poder decisório – Transferência do poder – esta transferência é reversível;
- 2) As matérias não estão totalmente transferidas mas o Estado perdeu o monopólio decisório – o Estado só decide com uma intervenção à priori ou à posterior da decisão da EU. O princípio da subsidiariedade prende-se com o mínimo da intervenção invasiva da união dentro dos Estados membros. A execução das decisões da União Europeia, por via de regra, não pertence aos órgãos da EU – pertence, por via de regra, aos Estados membros – compete aos Estados membros dar execução à decisão da EU – a união decide, os estados executam. Qual a natureza da administração pública dos estados membros:
 - i) A AP dos estados membros é uma administração indireta da EU – os fins pertencem à EU, os estados prestam os serviços;
 - ii) A AP nacional como administração delegada da EU – o titular é a EU – o estado membro, a título de delegado limita-se a executar aquilo que pertence de raiz à EU;
 - iii) A AP nacional não é mais que uma administração federada da EU.

Qualquer uma das explicações é aceitável para PAULO OTERO – em qualquer delas, tome-se em consideração, que seja como administração indireta, delegada ou federada, a posição de supremacia é sempre da EU.

Quais os princípios da aplicação das decisões da EU sobre os Estados membros?

1. Princípio do primado da EU – em caso de conflito, entre duas soluções jurídicas, provenientes da EU ou do direito do Estado membro, prevalece o DUE – é sobretudo em relação aos atos legislativos do Estado – entre um ato da EU e do ato legislativo do estado dá-se preferência ao primeiro. Há primado do DUE à própria CRP? É uma questão controvertida;
2. Princípio da efetividade do direito da EU – não só tem primado teórico como deve ter em termos efetivos prevalência – os órgãos da ADM se têm um regulamento da EU e um regulamento da AR, conflitantes, os órgãos devem dar sempre efetividade ao direito da EU – decorre do princípio do primado. Há um efeito útil do direito da EU – traduz-se no seguinte: há uma diretiva, que têm um prazo para serem transpostas para os Estados, deve produzir normas que dêem execução e efetividade ao previsto na diretiva – passa o prazo e o Estado não fez nada – o princípio do efeito direto diz que a partir do decurso final do Estado em que o Estado deveria ter transposto a diretiva e não o fez – o Estado está numa posição de incumprimento – entende-se à luz da jurisprudência da EU – TIJUE – os particulares podem invocar diretamente a diretiva mesmo que não tenha sido transposta – são titulares de um direito subjetivo potestativo e a ADM está obrigada a dar procedência à pretensão do particular ainda que não tenha lei – suprime-se a exigência da precedência de lei – é substituída pela existência da diretiva – o Estado não pode impor obrigações aos particulares com fundamento na diretiva se o Estado não legislou na transposição da diretiva.

3. Princípio da cooperação leal – o Estado deve lealmente cooperar e colaborar na execução do direito da EU: ex: transposição de diretiva;
4. Princípio da autonomia dos Estados – não deixam de ser soberanos, não são subalternos hierárquicos da EU – isto pressupõe o respeito pelo Estados das vinculações emergentes do DUE.

Quais as transformações que tudo isto traz para o funcionamento interno da ADM?

- I- Transformação material – é verdade que parte das competências do Estado transitaram para a EU ou passaram a ser comuns – perdeu a exclusividade das decisões – se é verdade que o Estado perdeu matérias decisórias a favor da EU também viu ampliadas as suas competências de decisão – o Estado ganhou a execução de decisões tomadas pela EU – há uma reconfiguração interna dos poderes, significa que os órgãos administrativos internos são simultaneamente órgãos da administração nacional, mas são também órgãos da ADM indireta ou delegada da EU. Os ministros são ministros da APP, mas também são órgãos de execução da EU – são estruturas indiretas da ADM da EU. A EU transformou as administrações públicas dos Estados membros, em administrações satélites da EU, exercem os poderes delegados da EU. Como se reflete em termos orgânicos:
 - a) Ex: criar um ministério dentro do governo a competência dos assuntos relativos à EU;
 - b) Ou distribuir por cada um dos ministérios em relação da matéria, a competência atinente e contagiada executiva pelo direito da EU – modelo político português. O MNE e o PM concentram a maioria dessas competências.

Isto revela uma grande complexidade do procedimento administrativo. A competência pode pertencer ao GOV de Lisboa, mas a eficácia da decisão está dependente da decisão de Bruxelas, ex: em matéria do OE, e do financiamento das entidades públicas. Os Estados membros não só perderam competência decisória como se gera uma ampla complexidade procedimental. Há ainda uma duplicação dos mecanismos de controlo: quando o Estado membro executa o DUE, não está sujeito aos mecanismos de controlo interno da AR, do TC, dos TAF, etc, como está controlado pelo TJUE, do Provedor de Justiça da EU – podem surgir decisões contraditórias, queda saber-se se o GOV ainda é o órgão superior de toda a AP.

ORDENAMENTO REGULADOR DA ADMINISTRAÇÃO

Vulgarmente reduz-se à expressão: fontes de direito administrativo. Mas o ordenamento que regula a AP é tudo menos pacífico, de forma que as próximas aulas serão aulas de sobressalto intelectual.

Como é que a ADM está vinculada ao Direito e aplica o mesmo? Pois é ponto de chegada e ponto de partida das fontes de direito.

- 1. Identificação da normatividade reguladora da AP – Quais as normas que pautam a conduta?**

- i) A ADM está vinculada à CRP – princípio constitucional;
- ii) A ADM está vinculada à lei – subordinada à juridicidade, princípio da legalidade. Pode estar subordinada sobre duas óticas diferentes:
 - a) Direito que ela própria produz – autovinculação, ex: produção de regulamentos;
 - b) Pode acontecer que o regulamento não seja apenas a expressão da vinculação administrativa – pode não estar apenas vinculada ao direito que ela produz mas também ao direito que outros produzem – há um fenômeno de heterovinculação.

Historicamente há três modelos diferentes de regulação da AP:

- 1- Modelo britânico – direito comum, manda a verdade que se diga que com a EU tal deixou de ser assim – o direito que vincula os particulares, no anterior modelo britânico vinculava também a AP;
- 2- Modelo francês – o Conselho de Estado produziu e o Estado acatou e vinculou a AP – autoprodução regulatória;
- 3- Modelo alemão – para o direito alemão direito só é aquele que envolve as relações entre a ADM e os particulares, porque, tradicionalmente, a regulação interna da ADM não é jurídica, é um setor esquecido pelo direito, pelo o que se passa no domínio da ADM está fora do domínio do jurídico. Assim, dentro da AP há uma legalidade especial – pelo que há dever de obediência a normas inválidas.

Hoje o grande drama é que existe uma pluralidade de fontes reguladoras da AP. Há uma pluralidade de fontes a regularem a mesma matéria. Ex: regras sobre o ensino superior – existem na CRP, existem na Lei – Lei de bases do sistema de ensino, a Lei quadro do Ensino superior, mas também existem normas aprovadas pelo GOV sob forma de regulamentos, regulamentos aprovados pela Ulisboa, etc. Conclusão – hoje o grande drama é a verdadeira floresta normativa. Quando queremos saber qual é a norma reguladora, raramente a encontramos no mesmo diploma administrativo – há sempre uma concorrência de vigências, há derrogações tácitas e revogações expressas com cláusulas de salvaguarda ou de direito transitório. Vários atos jurídicos a disciplinar a mesma matéria provenientes de órgãos diferentes, só por milagre é que são congruentes.

O segundo problema é que ao lado das norma jurídicas também existem normas não jurídicas a regularem a AP – concorrência de normas jurídicas com normas extra-jurídicas:

- i) Normas de natureza técnica – como construir uma barragem, como fazer uma autoestrada para abrir concurso público para concessão; Como é que se determina a morte de uma pessoa – está na base de um atestado de óbito – é o critério cerebral ou o cardíaco?
- ii) Normas sem natureza administrativa mas que pautam a natureza ética ou deontológica – saber se um advogado cumpriu ou não essas normas na conduta com o cliente, é relevante para a abertura de processos disciplinares – são critérios extrajurídicos mas juridicamente relevantes;
- iii) Regras do trato social – o modo como o Professor se dirige a um aluno ou vice-versa – pode suscitar-se processo disciplinar.

Estas normas extrajurídicas são ou não juridificadas – a partir do momento que o direito as acolhe.

Atenção porque a factualidade também ela tem capacidade reguladora – como? Se hoje decido uma questão de uma maneira, essa maneira deve ser a mesma maneira aplicável à decisão idêntica – FORÇA DO PRECEDENTE ADMINISTRATIVO – é um facto que toma relevância reguladora da decisão administrativa em nome do princípio da igualdade, da imparcialidade e da segurança. Também o facto reiterado gera costume administrativo.

O que regula a ADM não são apenas normas jurídicas, também normas extrajurídicas e ainda factos que podem assumir um papel regulador.

Aula de 20 de novembro de 2017

A gestão pública aplica o direito administrativo, a gestão privada aplica o direito privado.

Saber se o direito aplicável é o DA ou o Dprivado, não pode estar no arbítrio do decisor – não pode haver arbitrariedade da administração. Não pode haver arbitrariedade administrativa. Qual é a margem de atuação do legislador? HÁ UMA RESERVA CONSTITUCIONAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Significa que há matérias da função administrativa que obrigatoriamente têm de estar submetidas ao DA – a CRP exclui a aplicação do direito privado, impõe que essas matérias tenham de ser reguladas pelo DA. A reserva de administração significa a parcela da função administrativa que tem de ser prosseguida sobre a égide do DA. De onde é que resulta isto da CRP e quais as matérias?

Qual o fundamento da reserva constitucional de DA?

1. Competência contenciosa de resolução de litígios jurídico administrativos – não pode o legislador determinar que tudo se resolva com base no direito privado, caso contrário esvaziava a competência dos TA;
2. Configuração constitucional das garantias dos administrados – 268º CRP – os administrados têm no seu relacionamento com a ADM têm um direito diferente dos demais;
3. Os valores e interesses que estão na base do direito privado – pauta-se pelo princípio da autonomia e da igualdade das partes. Em DA os valores que regem são os princípios da autoridade e da supremacia do interesse público – há uma lógica axiológica subordinada à realidade subjacente da atuação administrativa.

Quais as matérias de RESERVA CONSTITUCIONAL DE DA?

- i) Toda a atividade que envolva o exercício de poderes de autoridade – não pode ser objeto de privatização – por isso se discute se é admissível que entidades privadas possam exercer todo o tipo de poderes de autoridade: EMEL, Aeroportos;
- ii) Nem todo o exercício da atividade administrativa tem obrigatoriamente de ser pautado pelo DA – quando não está em causa o exercício de poderes de autoridade pode o legislador escolher se aplica DA ou Dprivado. E no silêncio da lei? A regra é de que o DA é o direito comum do exercício da função administrativo – os órgãos devem aplicar o DA;

- iii) A ADM quando age no âmbito empresarial, em mercado concorrencial, não pode ter prerrogativas de autoridade, deverá aplicar direito privado – HÁ UMA RESERVA DE DIREITO PRIVADO DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA – em nome da proibição de discriminação entre empresas; princípio da concorrência, decorrente da ideia de igualdade. O direito privado aplicado pela ADM pública, não é igual ao direito aplicado às ADM privadas. As entidades públicas quando aplicam direito privado, estão vinculadas aos direitos fundamentais – 18º/1; ainda uma vinculação ao Art. 266º/2 – Art. 2º/5 do CPA – pode colocar-se em questão o que é o DA?

O que é hoje o DA?

1. É o direito que regula a atividade de gestão pública e a atividade de gestão privada publicizada da ADM pública – também compreende o direito privado da ADM pública, fica a meio caminho entre o típico DA e o direito privado. O direito privado pela ADM é diferente do direito privado aplicado pelos particulares – pelos direitos fundamentais e pelos princípios gerais do 266º/2 e do Art. 2º/5 do CPA. Significa ainda que o DA tem ramos especiais que vão desde o DA militar, da saúde, educação, etc.
2. Há um direito administrativo interno, mas ainda de nível europeu, de incidência europeia sem ser da EU – Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e das normas de direito internacional geral e comum de incidência administrativa;
3. No ordenamento jurídico português não é apenas o direito adm português que regula a ADM pública – porque podem existir parcelas da ADM pública reguladas pelo direito penal, processual penal e civil – ex: coimas; sanções disciplinares, atuação do MP.
4. Há um conjunto de regras extrajurídicas que pautam o direito administrativo – normas técnicas, factuais, costumeiras, etc. No que consta à factualidade, como podem estes servir de pauta e critério da ADM?
 - a) Juridificação de factos emergentes da atuação administrativa – há condutas da própria administração que servem e criam critérios de decisão – ao lado das normas oficiais pode surgir uma normatividade administrativa não oficial, porque não é publicada e não está escrita e corresponde a uma conduta da administração – que seja reiterada e tenha convicção de obrigatoriedade – costume administrativo; pode ser reiterada e sem convicção de obrigatoriedade – praxe, uso administrativo; precedente administrativo – para a decisão de um caso concreto a administração adotou uma determinada conduta, pode a ADM num caso semelhante definir uma solução diferente? Há uma colisão de dois princípios: segurança e tutela de confiança – deve-se sempre decidir da mesma maneira; princípio da igualdade e imparcialidade e o poder discricionário – deve avaliar casuisticamente cada situação concreta, no interesse público não deverá fixar uma regra uniforme a todas as situações – ditar-se-ia a não formação de precedentes. Como é que é possível auxiliar estas duas soluções antagónicas? O legislador diz que a ADM deve sempre fundamentar as razões pelas quais se afasta de uma prática habitual, na interpretação e resolução de casos jurídicos análogos – para permitir a maleabilidade e a flexibilidade das soluções – a fundamentação é importantíssima porque retira a arbitrariedade – fundamentação congruente,

conveniente e consistente. Sublinhe-se ainda que é mais fácil a ADM desvincular-se de um regulamento do que de um precedente, a ADM pode modificar a norma; no precedente a ADM tem que se esforçar para fundamentar, que são sindicáveis judicialmente. Na prática o precedente tem mais força que o costume, no precedente basta um caso, no costume são necessários vários. Se a ADM decidiu um caso concreto criando um precedente mas esse é um precedente inválido, mas a invalidade era uma anulabilidade consubstanciada na ordem jurídica, pode amanhã alguém invocar que quer um tratamento igual aquele precedente inválido? Perante um precedente ilegal o que deve a ADM fazer? O precedente também cria força vinculativa mesmo sendo ilegal – há direito à igualdade na ilegalidade.

- b) Podem existir factos que não se passam no agir da ADM mas que têm relevância do seu agir – correspondem a uma normatividade não oficial extrajurídica – necessidade constitucional não incorporada – casos de materialmente necessidade constitucional mas que não foram objeto de estado de sítio. Ex: Catalunha, Fenómenos revolucionários – ditam uma lei não escrita;
- c) Pode existir uma prática judicial reiterada que condiciona a atuação administrativa da interpretação da lei – não obriga mas é um critério que o decisor administrativo terá da norma;
- d) Factos não juridificados que regulam a atuação administrativa – Regulamentos da FIFA, UEFA, etc – são normas que pautam a atuação dos órgãos não governamentais; mais normas não jurídicas que pautam a atuação administrativa – ex: programa de governo “reprivatização” da TAP – pautam a atuação administrativa; resultados de referendo; programas vencedores das eleições; acordos de governo de incidência parlamentar.

±

Aula de 21 de novembro de 2017

Pode o DA ser aplicado nas relações entre particulares?

Como é que é possível que o DA possa reger relações jurídicas inter privados?

- i) Contrato de empreitada civil – uma clausula do contrato dizer que os casos omissos são resolvidos de acordo com o código dos contratos públicos – ordenamento de DA supletivamente aplicado no âmbito de um contrato de direito privado;
- ii) Universidade privada resolve habilitar as relações entre professores e seus alunos à luz de um regulamento da nossa faculdade – limite à autonomia privada? Pode conduzir à administratização de relações jurídicas privadas? PAULO OTERO diz que o direito administrativo é um ordenamento privativo exclusivo das relações públicas – sempre que o DA envolva a atribuição de poderes de autoridade e poder exorbitantes, poderes que no fundo põem em causa o equilíbrio da relação jurídico-privada, fazem suprir e desaparecer direitos indisponíveis de natureza privada, haverá uma proibição da aplicação do DA nas relações entre privados – acabar e suprimir direitos indisponíveis,

JOÃO ABREU DE CAMPOS

quando não estão disponíveis prerrogativas de autoridade no âmbito das relações entre privados.

Entremos na temática das normas administrativas. Fazer a ponte com IED. As normas podem ser:

- i) Heterovinculativas – vêm de fora da ADM e se impõem a esta – JURIDICIDADE HETEROVINCULATIVA DA ADM – fontes de direito exteriores à ADM e que se impõem à ADM:
 - a) Normas não escritas que heterovinculam a administração – princípios jurídicos fundamentais – que não estão na disponibilidade do legislador, nem na disponibilidade constituinte – têm valor supraconstitucional; princípios não consagrados positivamente ou os princípios gerais de direito internacional público também não escritos ou os princípios gerais do direito da EU não escritos ou ainda os princípios gerais de DA não escritos ou ainda o Costume, o Costume não proveniente da ADM, pode ser praeter legem ou contra legem, pode ser interno ou internacional e ainda o caso dos precedentes judiciais – é uma extração e emanação não escrita da regra subjacente à resolução do caso concreto;
 - b) Normas escritas que heterovinculam a ADM – a CRP formal, o DUE, o DIP convencional, os atos legislativos internos e ainda o Direito estrangeiro, sempre que se trate de aplicar pela ADM portuguesa o direito estrangeiro.
- ii) Autovinculativa – resulta da própria ADM.
 - a) Autovinculação unilateral – só a vontade da ADM:
 - i) Regulamento – é uma norma emanada pela ADM no exercício da função administrativa, ou seja, é verdadeiramente uma lei em sentido material – tem como característica a generalidade e abstração mas é praticado no âmbito da função administrativa e não político-legislativo. É externo quando ultrapassa os seus efeitos à ADM, é interno quando esgota os seus efeitos na Adm. podem ser regulamentos que pormenorizam a lei – regulamentos de execução de uma lei – dão-lhe operatividade, ou regulamentos independentes – não executa uma lei, pode executar várias leis ou pode ser um regulamento independente diretamente fundado na CRP – 199º/g) – tem maior liberdade conformadora. Podem ser do Estado e podem ser dentro do Estado os do GOV – DR ou de outras estruturas orgânicas do Estado que não o GOV, dentro do GOV podem ser pelo CM ou com a intervenção ou sem a intervenção do PM – portaria, despacho normativo; regulamentos das R.A. ou das autarquias locais – todas as entidades públicas têm entidade regulamentar – ex: Regulamento da FDUL. O detalhe e a pormenorização é competência da função administrativa;
 - ii) O fundamento do poder regulamentar está na lei ou na CRP – ninguém o pode exercer sem esse fundamento.

Quais os limites do poder regulamentar? Todas as fontes que limitam a ADM são limites ao poder regulamentar -vinculam e limitam o poder regulamentar, os regulamentos

provenientes de autoridades ou de entidades de nível superior ou de âmbito mais amplo de competência – um regulamento de um superior hierárquico limita a competência regulamentar dos subalternos.

- iii) Princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos – um regulamento não pode ser derogado ou afastado no caso concreto – não pode haver exceção da norma no caso concreto pelo princípio da igualdade ser soberano.
 - iv) Costume;
 - v) Precedente – é derogável o precedente? A lei permite que através da fundamentação se possa afastar o precedente – é o Art. 152º/1/d) do CPA;
 - vi) Expressão do poder de orientar – DIRETIVAS – para alcançar os respetivos propósitos;
 - vii) Promessa unilateral – vincula a ADM.
- b) Autovinculação bilateral – concorre com as vontades dos particulares – no fundo é a tutela contratual da ADM. vincula-se mas na sua vinculação há uma conjugação com as vontades dos destinatários – é uma vinculação reforçada – os contratos públicos, contratos que a ADM celebra, contrato de utilização do domínio publico, contrato de empreitada de obras públicas, os acordos de concertação social, convenções jurídicas entre entidades inter-administrativas, acordo entre a UL e a universidade de Bolonha.

Qual a posição do GOV no âmbito da normatividade vinculativa da ADM – tem ou não o governo um papel central na normatividade vinculativa da ADM – a regra no direito português é a competência concorrential – o GOV tem competência para emanar normas legislativas e administrativas. Na área concorrential o GOV pode dar-se ao seguinte luxo – quer resolver o caso concreto do Abel sem violar a Lei – fixa em termos gerais e abstratos por DL o critério que quer adotar para resolver os casos típicos atinentes ao Abel – tem o poder de definir o critério normativo com base no qual resolverá os casos concretos. Em Portugal o GOV só pratica atos administrativos inválidos se quiser ou for incompetente porque pode sempre na área concorrential munir-se de um ato legislativo que seja constitutivo do critério normativo válido que lhe permita resolver os casos concretos – não ocorre em mais nenhum Estado. Há um governo legislador e administrador. Este modelo veio da ditadura militar de 1926-1933 – é verdadeiramente o protagonista da normatividade administrativa. Acrescente-se ainda:

- i) O GOV tem competência exclusiva para a negociação e ajuste de CI – pode, sobre todas as matérias, mesmo as da reserva absoluta da AR, negociar e ajustar as CI, doravante a última palavra ser da AR, mas ainda assim ou o GOV tem maioria e o parlamento faz o que o GOV ou se não tem maioria, então o parlamento não aprova;
- ii) Em sede de direito de EU – o GOV participa nos CE, conduz a política externa – mais a história demonstra que o GOV negocia soluções contra a CRP, se o estado quer aprovar tal, pode alterar a CRP, adapta-se a constituição;
- iii) O GOV tem o poder para garantir a boa execução de todas as leis e ainda tem a possibilidade de fazer regulamentos independentes fundados na CRP –

JOÃO ABREU DE CAMPOS

199º/d) – permite ao GOV minoritário fugir ao 169º, fugir à fiscalização preventiva, ou permite maior celeridade que nem precisa de ir a CM.

O GOV é verdadeiramente o eixo da normatividade administrativa e legislativa. Mesmo em matéria reservada da AR há casos em que controlo político do GOV. em matérias que envolvam aumento de despesas ou diminuição de receitas a AR só permite que tal suceda no ano seguinte – LEI TRAVÃO – confere estabilidade governativa e fiscal; relação que existe entre o GOV e as R.A. – mesmo as matérias da ALR que goza de respaldo constitucional – 227º, pode ser suprimida pela Lei de bases. Pode a competência regulamentar do GOV limitar a competência legislativa da R.A. as normas de direito administrativo comungam da diferença entre as normas-regra e normas-princípio – aumento ou diminuição da amplitude aplicativa. As normas administrativas podem ser de definição, remissivas, que têm presunções administrativas ou ficções administrativas ou normas de conflito administrativas.

Aula de 27/11/17

Determinação da normatividade reguladora – como se afere a norma que vai regular determinada situação. A administração repara nos problemas mas para resolver tem que ter um critério normativo. Entre a pluralidade de fontes reguladoras qual é a fonte em concreto que vai regular aquele caso e aquela situação? A ADM está subordinada ao direito, mas qual a norma que em concreto lhe serve de padrão de conduta para a decisão. A aplicação pressupõe a interpretação e a integração – recorre-se aos elementos do CC, é verdade que da interpretação se pode extrair a existência de lacunas que suscite a integração e há limites ao recurso à analogia. A dúvida consiste em saber se há perfeição ou imperfeição da normatividade reguladora da ADM?

Há várias observações a formular:

1. Hoje temos que desmistificar o mito liberal da perfeição da lei – a lei é manifestamente imperfeita – pela incompletude, porque quem a faz não é o melhor preparado, porque a lei não responde a todos os problemas;
2. Há hoje uma transformação material da legalidade, significa que há hoje uma neo-feudalização administrativa normativa, há uma pluralidade de centros que emanam ordens, cada PC pública tem competência regulamentar, logo terá competência normativa;
3. Cada vez mais há uma normatividade principialista – as normas podem ser regras ou princípios – as regras dão-nos um critério certo, os princípios dão ao aplicador um espaço de flexibilidade, é justo ou injusto, proporcional ou não proporcional, apela à boa-fé ou não, a normatividade principialista aumenta o espaço de autonomia decisória da administração, pondo em causa a segurança jurídica, qual é a aplicação ou densificação que a ADM vai fazer por si, sublinhe-se ainda a definição do papel do precedente, a tutela de confiança exige que salvo razões que justifique, a ADM deve aplicar tendencialmente sempre a mesma solução em casos idênticos;

4. Nem todas as normas têm a mesma força normativa – podem existir normas de DA de soft law; mesmo nas zonas de direito fortemente vinculativo podem existir graus diferentes de vinculação – pode determinar-se a anulabilidade, a inexistência, nulidade ou mera irregularidade – há níveis diferentes da vinculatividade.
5. Erosão da legalidade do agir administrativo – a legalidade é cada vez menos uma norma certa de decisão – a administração ficará na dúvida de qual é o critério – é identificar na floresta das normas qual é a norma e qual a solução:
 - i) Normas legais em branco – há norma, aprovada pelo legislador, mas é uma norma sem conteúdo, porque recorre a critérios indeterminados e conceitos jurídicos indeterminados, cujo concretizador e protagonista é a ADM – há uma abertura da densificação da norma para o administrador, no caso concreto deve identificar se o casuísmo pode ser subsumido à norma lata e indeterminada;
 - ii) Deslegalização – formalmente é uma lei, mas na realidade o legislador confere força regulamentar a ato legislativo – o parâmetro da lei pode ser assim alterado pela própria ADM – é um passaporte para a ADM mudar a lei – há leis que se designam como leis mas na verdade são regulamentos – há uma plasticidade da degradação da força de lei;
 - iii) A lei, para uma determinada previsão tem duas estatuições – uma é identificada pela própria lei, a outra é remetida para a decisão da ADM ex: o material de contrabando apreendido deve ser destruído, salvo se o GOV lhe der outra utilização – DERROGAÇÃO ADMINISTRATIVA – flexibiliza a estatuição preferencial do legislador, significa que a solução legal preferencial é meramente supletiva, só é aplicada na falta de decisão administrativa em sentido contrário.
6. Atuação que vive à margem do direito – corresponde a uma prática concertada, a lei diz isto mas a ADM decide, por acordo com os particulares, outra forma – atuação informal, pode ir contra a norma, contra legem, pode ter relevância jurídica – é um sinal de enfraquecimento da vinculação da legalidade;
7. É possível encontrar casos em que há dispensa do cumprimento da normatividade – objeção de consciência; direito de resistência, estamos perante situações de incumprimento lícito da normatividade;
8. Princípio da contracorrente – é no fundo, a inversão da lógica do princípio da legalidade – significa três coisas:
 - i) Há casos em que a lei está vinculada a regulamentos, regulamentos que têm na sua mão a pré-determinação vinculativa da lei – DLR podem estar vinculados a regulamentos da república – PAULO OTERO; pode-se discutir se existem leis da república vinculadas a regulamentos do GOV, tipo regulamentos independentes que confirmam Direitos sociais; existindo um regulamento que expressa autonomia universitária, pode a lei revogar? À luz de um princípio de autonomia, não?
 - ii) Art. 105º/2 – o contrato que cria obrigações em matéria orçamental é um contrato administrativo que vincula o orçamento;
 - iii) Saber se os atos administrativos vinculam o legislador – aprendemos que a lei é que vincula a feitura de atos administrativos; haverá caso em que acontece o contrário.

Há ainda uma complexidade que advém de uma rutura do modelo tradicional – CRP – LEI- REGULAMENTO, em termos hierárquicos, hoje tal não se verifica, há uma fragmentação hierárquica das normas da constituição – o que é a constituição? Já que esta não se limita aos artigos que estão no texto fundamental. Há ainda uma plurilocalização hierárquica do DIP e da DUE. É uma ilusão errada pensar que há uma única hierarquia de atos legislativos – valor reforçado v. valor comum. Há uma ainda maior complexidade, há uma encruzilhada entre regulamentos.

ANTINOMIA NORMATIVA – contradições entre normas, no fundo, significa que há uma conflitualidade entre normas, sobre a mesma matéria uma dá uma resposta outra dá outra. Como resolve a ADM?

1. A ADM tem um dever de coerência, de prevenção e resolução de antinomias, deve procurar evitar antinomias, deve procurar a conciliação entre normas:
 - a) Prespetiva do juiz – se a antinomia é de nível constitucional, o juiz tem o poder e dever de recusar a aplicação – Art. 204º CRP:
 - b) Um regulamento diz que a solução é x; a lei diz que é Y - o juiz desaplica o regulamento e aplica a lei – está obrigado a aplicar o direito válido;
 - c) A ADM estará vinculada, por via de regra, ao critério hierárquico tal como o juiz? Não. Por via de regra, só a título excecional é que a ADM aplica a título hierárquico a resolução de conflitualidade – perante uma norma inconstitucional, a ADM deve aplicar a norma que é inconstitucional, há apenas três exceções:
 - i) Quando a inconstitucionalidade é sancionada por inexistência, a ADM não deve aplicar;
 - ii) Quando a inconstitucionalidade é sancionada por ineficácia, a ADM não deve aplicar;
 - iii) Se violar direitos, liberdades e garantias, 18º/1 – aplicabilidade direta;
 - iv) Quando são normas que violam a consciência jurídica geral;
 - v) Entre o regulamento e uma lei a ADM deve preferir o regulamento, salvo o DUE ter prevalência sobre o direito ordinário; em matéria legislativa a ADM deve aplicar a norma posterior.

A ADM tem um protagonismo único no controlo da normatividade que a regula. Significa três ideias:

- a) Protagonismo na determinação da norma aplicável;
- b) Protagonismo na aplicação e integração da norma;
- c) Protagonismo na resolução de antinomias jurídicas – pode estar vinculada a aplicar leis inconstitucionais ou normas ilegais.

Que estranha legalidade nós temos em PT. Nestes casos em que a ADM está obrigada a aplicar normas inconstitucionais e ilegais, então o ordenamento obriga à invalidade! A ADM está vinculada a aplicar critérios normativos inválidos, é garantida por um único valor – dois valores: segurança jurídica e proibição de anarquia administrativa.

“A vida vai-vos ensinar que atos jurídicos perfeitos não existem”, *quote by* Professor Doutor Paulo Otero.

Perante atos que aplicam normas inválidas, abre-se o acesso à via judiciária. Assim, os tribunais são a última instância da garantia do Estado de direito.

Lei 27/96 – dissolução de órgãos autárquicos pelos TA.

Aula de 28/11/17

Não há uma aplicação subsuntiva da lei – a ADM quando aplica a lei tem sempre uma postura ativa – não tem um papel meramente passivo de órgão aplicador da lei – a ADM tem o papel ativo que significa que há hoje um espaço de autonomia pública que se diferencia do espaço de autonomia privada – é a expressão de um direito fundamental e de liberdade – a autonomia das entidades públicas é a expressão de uma competência – é um poder-dever. Qual é o sentido, desta ideia de autonomia pública?

- i) Não há poderes totalmente vinculados – tem sempre em maior ou menor espaço uma área de autonomia;
- ii) Não há espaços de autonomia completa – tem sempre graus de vinculação.

Este cruzamento de autonomia e vinculação traduz a postura aplicativa do direito pela ADM. há casos de vinculação mais intensa, ex. o caso em que o espaço de autonomia pode ser reduzido a zero qd o superior dita a ação que o subalterno tem que prosseguir; a distinção entre regras e princípios tbm tem significado nesta dicotomia entre autonomia e vinculação, em função do grau de hétero-subordinação.

Há no DP uma tese tradicional que se prende com a precedência de lei. A ADM só pode agir com fundamento na lei, de tal forma que ou há lei e ela pode agir e ela deve não agir. A precedência de lei exige que toda a atuação da ADM tenha sempre que se fundar na lei. Significa reserva total de lei – tem de ser uma ato legislativo – é a tese tradicional. PAULO OTERO discorda, porque:

1. No DP vigora o princípio da tipicidade constitucional de reserva de lei – só se impõe que a matéria seja objeto de tratamento por via legislativa, nos casos indicados na CRP – reserva constitucional de lei:
 - a) Sempre que estamos perante formas que privam, restringem ou medidas que lesam posições subjetivas, só é possível se existir uma lei prévia a permitir;
 - b) Casos em que a administração prestadora desenvolve uma atividade sensível ao princípio da igualdade, podem fazer beliscar o princípio da igualdade, só com fundamento na lei;
 - c) Todas as situações expressamente indicadas na CRP, que não sendo lesivas ou constitutivas, expressamente indicadas na constituição.

Fora estes casos a ADM pode agir com fundamento direto na CRP, sem necessidade de precedência de lei, porque a Lei não é o ato legislativo, passa a ser a própria CRP – a constituição como fundamento direto do ato administrativo, excluindo a reserva de lei. A Administração pode agir ou com fundamento na Lei ou em alternativa, poderá ser com fundamento direto na própria constituição.

Quais os casos do fundamento direto do agir administrativo na CRP?

- i) Quando a CRP define a competência define a competência subjetiva;

- ii) Quando define o critério teleológico do agir, sem estar a matéria objeto de reserva de lei – Art. 199º/g) – é uma competência praeter legem – pode ir além do que a lei diz.

Refira-se ainda o seguinte:

1. O direito português consagra a possibilidade de existir uma vinculação dentro da ADM contrária à legalidade exterior – casos em que a ADM está habilitada a agir contra legem: ex: o dever de obediência hierárquica, a ordens ou instruções ilegais;
2. O erro sobre a vinculação – é um erro de direito, é uma falsa representação da realidade, a ADM age pensando que está vinculada quando na realidade tem um espaço de autonomia, quando a lei impõe vinculação, há um erro de direito, que é um erro sobre a vinculação ou sobre a autonomia.

Vamos falar agora do espaço de autonomia pública:

É um espaço de liberdade da ADM, que é na verdade uma competência, é chamada a adotar uma postura criativa, há três figuras que integram a autonomia pública:

- i) Integração concretizadora de conceitos indeterminados;
- ii) Discricionariedade administrativa;
- iii) Derrogação administrativa.

Tem um papel metodologicamente ativo.

I - Concretização dos conceitos indeterminados. O DA permite encontrar três tipos de conceitos indeterminados:

1. Envolvem um juízo jurídico-descricionário – estamos perante uma operação intelectual em que ela procede a uma valoração subjetiva não é passível de controlo judicial no seu núcleo, e este núcleo pode ter duas vertentes – a valoração pode incidir sobre uma realidade presente ou passada. Ex: interesse público, ou para a Economia Internacional – envolvem um juízo presente ou reportado ao passado, mas os tribunais não se podem fazer substituir ao juízo reservado da própria ADM. Juízo de prognose – atira para o futuro a base desse mesmo juízo – o juízo sobre a viabilidade económica de um projeto – é um juízo visto para o futuro, mas o projeto é presente. São variáveis e têm que ver com as perspetivas de evolução futura.
2. Jurídico- interpretativo – envolvem a interpretação de uma norma – envolvem sempre um controlo judicial, casos excecionais e razões imperativas, violação da boa-fé;
3. Juízos técnico-científicos – fundamentam-se em vinculações extra-jurídicas, só são passíveis de controlo através de técnicos – o drama é que sobre a mesma matéria podem haver várias opiniões técnicas.

II – Discricionariedade administrativa – nos casos de concretização de conceitos indeterminados não há várias condutas possíveis, há só uma, mas compete à ADM definir qual, ainda que incorra em erro. Nesta há um maior grau de interpretação, escolhe as condutas possíveis, que são várias. Dois tipos:

- a) Optativa – escolhe A ou B;
- b) Criativa – a lei remete para a ADM a definição e construção e arquitetura da decisão do caso concreto.

Quais os limites à discricionariedade?

- a) Casos de auto-vinculação – através de regulamentos ou precedentes;
- b) Hétero-vinculação do decisor – comandos hierárquicos, por ordens, instruções e diretivas.

O que está em causa é que quando está em causa um poder discricionário a lei determina à ADM a procura paramétrica da melhor solução para cada caso concreto. Quando a ADM elabora um regulamento, a ADM abdica de decidir a melhor solução do caso concreto atendendo às diferentes circunstâncias, já que, cabendo os casos na previsão das normas, aplica-se a estatuição prevista – deixa de se atender às circunstâncias particulares e casuísticas. Qual a melhor solução, pondera em cada caso concreto a solução ou a generalidade e abstração do regulamento é melhor, pela via da autovinculação normativa para o exercício do poder discricionário. PAULO OTERO refere que é válida a autovinculação normativa porque exercer o poder regulamentar, ainda é uma forma de exercer a discricionariedade. A melhor solução casuística é sacrificada a favor melhor solução geral e abstrata de todos os casos – SUPRAPERSONALISMO.

III – DERROGAÇÕES ADMINISTRATIVAS – a lei a uma determinada previsão tem duas estatuições – trata-se a preferência e supletividade de qual a estatuição em causa. Há uma previsão normativa sujeita a duas estatuições – há uma especial atenção sujeita ao princípio de igualdade e um dever de fundamentação acrescentado, mas há uma liberdade e discricionariedade. Referência ao Art. 112º/5 – a lei não pode conferir a um regulamento o poder de mudar a lei!

Fim.

JOÃO ABREU DE CAMPOS

Nota final – A consulta destes apontamentos das aulas teóricas, com pequenas anotações do autor dos mesmos e comentários às posições referidas, não obsta ao estudo completo e aprimorado da Bibliografia indicada. Ademais refere-se que as opiniões expressas pelo autor estão-lhe expressamente reservadas, sendo apenas e somente indicável o uso argumentativo das posições lecionadas na aula teórica pelo Senhor Professor Doutor Paulo Otero.

Lisboa, 27 de Novembro de 2017,

João Abreu de Campos.