

Direito Administrativo I

Professor Paulo Otero

Turma A

O que é administrar?

Administrar pressupõe sempre um agir (ação) direcionado a um fim (rumo) e ainda a ideia de que se administra para servir interesses alheios (subordinação).

- Atividade Humana
- Pressupõe uma estrutura organizativa
- Envolve uma gestão de recursos: propõe-se a completar diversas tarefas: planejar; organizar (afetar meios aos fins); conformar/adaptar; controlar/fiscalizar; informar.
- Visa satisfazer/ alcançar interesses que pertençam a pessoa diversa da que administra

Quem administra age em nome de outro e, portanto, a administração é uma atividade delegada pelo titular dos interesses a outro, e assim, pressupõe responsabilidade e consequente prestação de contas. Administrar é sempre cumprir uma obrigação ou, mais concretamente, cumprir um conjunto de obrigações para prosseguir interesses alheios.

É possível depararmo-nos com 3 aceções de “Administração”: uma atividade desde o planeamento à execução; uma estrutura administrativa, como pessoa coletiva de direito público; e uma autoridade, pois é uma expressão da autoridade do Estado.

“Administração” pode ser tanto a atividade de administrar (sentido objetivo ou material) como também o autor/sujeito da administração (sentido subjetivo ou orgânico).

A administração pode ser pública ou privada (condomínio, sociedades, fundações). O que as distingue? A principal diferença é quanto ao fim, pois a administração pública visa atingir fins públicos (os quais são definidos por uma fonte de direito público) e envolve assim a satisfação de necessidades coletivas (as quais se identificam com o conceito de São Tomás de Aquino “o bem comum”). Pelo contrário, a administração privada visa fins privados. Apesar de, regra geral, serem as entidades administrativas públicas a prosseguir fins públicos, poderá dar-se o caso de entidades privadas o fazerem, ocorrendo assim um exercício privado de funções/interesses públicas (Ex: Concessões nas autoestradas, com fundamento no contrato de concessão). Por outro lado, poderá ocorrer também o caso de a ordem jurídica reconhecer a certos interesses privados um valor público administrativo (Ex: Bombeiros voluntários e misericórdias). O direito administrativo pode influenciar certas entidades de interesses privados em graus distintos: Pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, IPSS (Instituições Particulares de Solidariedade Social), ou pessoas coletivas de mera utilidade pública.

O critério teleológico assume também importância, distinguindo os interesses que estas entidades públicas ou privadas visam ver realizados, visto que as públicas pretendem prosseguir interesses públicos e as privadas os interesses privados. É ainda de salientar que a administração pública e privada são reguladas por ordenamentos jurídicos diversos (Direito Administrativo (com um princípio estruturante de legalidade/juridicidade, onde a lei é um limite à atuação da administração), ainda que

com exceções e Direito Privado, respetivamente). Associado ao facto de se incluírem em ordenamentos distintos, a **resolução de litígios** também é distinta, pois esses na atuação administrativa pública são resolvidos nos tribunais administrativos e fiscais, com topo respetivo, no Supremo Tribunal Administrativo, enquanto que os conflitos privados se resolvem nos tribunais comuns, com o STJ ao topo. Por outro lado, podemos ainda afirmar que a administração pública se rege por um **princípio de competência**, isto é, só pode fazer aquilo que é permitido (e no caso, de fazer o que não é permitido, o ato é inválido e gera responsabilidade), enquanto que a administração privada se rege por um **princípio de liberdade**, ou seja, pode fazer tudo o que não for proibido. Outra divergência resulta do **desvalor jurídico**, este é a nulidade para a administração privada e anulabilidade (com prazo para ocorrer) para a administração pública.

Movimentos Migratórios de Necessidades Coletivas: Ocorre sempre que o que é feito pela Administração Pública passe a ser realizada pela Administração privada (**Privatização ou Reprivatização**), podendo haver uma mudança de titularidade ou apenas uma delegação da gestão. No sentido contrário, a administração pública ao assumir funções antes desempenhadas por privados transforma os interesses antes privados em públicos (**Nacionalização/Coletivização/Publicização**). Este fenómeno não é totalmente livre, pois é limitado pela Constituição, pelo Direito da União Europeia e pelo fator financeiro (quanto mais o Estado faz mais ele gasta e ao nacionalizar vai gastar mais, pois deverá pagar indemnizações aos privados).¹ Existem ainda **zonas mistas/de concorrência**, isto é, planos que tanto a administração pública como privada regulam (Ex. saúde, educação), ainda que, a atividade legislativa possa sempre seguir dois caminhos: ou reservar áreas aos privados (visão liberal ou neoliberal) ou, por outro lado, reservar áreas à administração pública (visão socializante ou coletivizadora).²

O direito que regula a Administração Pública é o Direito Administrativo ou o Direito da Administração Pública?

Entre as várias vertentes, existem as que afirmam que é o Direito Administrativo apenas e outras que consideram, tal como o Paulo Otero, que a Administração Pública tanto é regulada por Direito Administrativo, que é o seu ordenamento comum/típico³, mas também por outros ramos, não se reconduzindo apenas a esse, sendo então o correto falar-se de Direito da Administração Pública enquanto o regulador da Administração Pública por ser mais amplo.

Historicamente, até à revolução francesa o direito que regulava a Administração Pública era o direito comum/privado. Após, com a índole revolucionária francesa e o seu descontentamento face aos juízes formados antes da revolução que podiam travar a ação administrativa, estes apresentaram que “julgar a administração ainda é administrar” e então criou-se o Conselho de Estado, que foi criando normas novas ao

¹ Atualmente, a tendência acaba por ser privatizar, até porque um modelo constitucional baseado no princípio da subsidiariedade do direito do Estado, pretende reduzir o peso para a Administração Pública da realização das necessidades públicas. O direito da União Europeia reforça esta ideia.

² O legislador está limitado ao direito da União Europeia.

³ O que leva que não se possa estudar a administração pública de um país sem estudar o seu direito administrativo.

resolver casos afastando o direito comum que se aplicava → O Direito Administrativo, historicamente, surge como jurisprudência. A partir do momento em que a administração se individualiza, começa a ganhar uma autoridade que leva a que ocorra uma “luta” entre as prerrogativas da sua autoridade e as garantias dos particulares. Desde os anos 50 do Século XX, a legalidade foi apertando e limitando a administração, que se vê obrigada a “fugir” para o direito privado, na procura de menos limites. O próprio direito administrativo é deixado para trás pela administração pública. Neste sentido, surge uma tendência natural de impedir a atividade da administração pública ao abrigo do direito privado: através da sua subordinação face à constituição pois não pode desrespeitar os preceitos de aplicabilidade direta da mesma e a proibição da administração utilizar o direito privado de forma igual a como os privados o podem usar.

Direito Privado Administrado/ Direito Administrativo Privado⁴: direito privado que não é igual ao direito privado “normal”, pois é o direito privado que a Administração aplica limitada pela sua natureza. Distingue-se, pois quando a administração aplica esse direito privado está vinculada ao artigo 266º da CRP e ainda à aplicabilidade direta dos direitos fundamentais (artigo 18 CRP).

Toda a administração pública pode fugir/recorrer a este direito privado? Não, porque há uma reserva constitucional do direito administrativo. Constituição impõe que certas matérias tenham de ser regidas pelo ramo de direito administrativo (Reserva Constitucional de Direito Administrativo).⁵

Identidade do Direito Administrativo (o que há de específico): é o direito típico do agir da administração pública mas não o único e ainda, não é claro que não possa regular matérias alheias à Administração Pública; assenta no equilíbrio entre as prerrogativas (regalias) da administração e as garantias dos privados; os poderes de autoridade da administração estão subordinados ao direito/juridicidade e ainda sujeita ao controlo judicial; o órgão superior do poder executivo é também o titular de um estatuto reforçado nos poderes administrativos; teve historicamente a influência francesa, mas ultimamente a influencia alemã e do direito da união europeia.

Vocabulário da Administração:

É o direito regulador da Administração Pública que define os termos e relevância do interesse público, o conteúdo da vinculação e os mecanismos de responsabilização.

1. **Interesse Público:** A administração age em prol do interesse público. Este interesse público serão as necessidades coletivas que gozam de projeção e repercussão política, identificando-se com o bem comum. O interesse público integra o conceito e dimensão social da dignidade humana, mas por vezes entram em conflito, do qual há 3 respostas: prevalência do interesse público sempre (tese totalitária); interesse público deve ser prosseguido no respeito pelos direitos e interesses dos cidadãos (tese intermédia- 266º); dignidade

⁴ Através deste, é entender que o direito administrativo não é o único regulador da administração pública.

⁵ Por outro lado, o legislador não pode acabar com o direito administrativo nem o atingir com uma brusca descaracterização, podendo num limite ser ferido de inconstitucionalidade.

humana deve prevalecer sobre o interesse em situações extremas (tese personalista: é a que está expressa no direito português; Ex: Tribunal Constitucional Alemão e lei de defesa alemã / Filme O Dia do Juízo Final). **A prossecução do interesse publico justifica todos os meios?** (reflexão) // O interesse público é moldável/flexível, pois é afetado pela maioria política (molda-se com o princípio da legitimidade democrática). O interesse público está ligado a uma pluralidade de interesses (de base territorial; de base associativa; institucionais e transnacionais), pois pode ser diverso em múltiplas entidades, o que pode levar a conflito de interesses públicos que devem ser harmonizados, visto a diversidade de natureza de interesses públicos. **Dimensão temporal/inter-geracional do interesse publico:** a prossecução do interesse publico não pode pôr em causa a sobrevivência/ usufruto de certos bens das gerações futuras. O interesse público pode ainda conflitar com o interesse privado. O interesse público é complexo na sua definição e conflitualidade, o que pode levar a necessidade de harmonizar/ponderar. A administração pública para que consiga seguir o interesse comum tem de respeitar o dever de boa administração, isto é, ponderar as melhores formas e meios para atingir uma solução ótima.

- 2. Vinculação:** A administração é “serva” do direito a diversos níveis: está subordinada quanto às regras de competência, quanto ao procedimento e forma de decisão, quanto ao fim e ao conteúdo. A vinculação abrange o direito constitucional, interno, internacional e supranacional (“juridicidade em rede”). O direito é o fundamento, critério e limite do agir da administração interna. Há diversos graus de certeza de violação da juridicidade, mais/absoluta (norma-regra) ou menos/relativa intensos (norma-princípio). Quando aplica o direito está a criar direito. A Administração tem apenas **discricionariedade**, isto é, escolher entre 2 ou mais caminhos diferentes permitidos. Dentro do espaço da discricionariedade, a administração obedece ao princípio da boa administração/melhor prossecução do interesse, devendo usar não só normas jurídicas, mas também outros parâmetros extrajurídicos. Os tribunais não podem fiscalizar a escolha da decisão, só podem obrigá-la a mudar por invalidade, ainda assim, não a substituem. A atuação pode ser fiscalizada por um juízo de legalidade (agir conforme a lei) ou juízo de mérito (conveniência/bondade/oportunidade da decisão, que leva à ilegalidade indireta, por se respeitar o princípio da boa administração). **O que acontece se há violação da legalidade:** mera irregularidade (desconformidade sem os efeitos típicos) ou invalidade (pode reconduzir-se à inconstitucionalidade, ilegalidade ou ilicitude: uma violação consciente da legalidade, onde as consequências são mais apertadas; ato de vontade consciente do decisor, podendo haver ilegalidade sem ilicitude, mas nunca ilicitude sem ilegalidade). Quando há a chamada de atenção de uma ilegalidade e o ato se repete, salvo o caso de o sujeito continuar em erro ou haver juridicidade que permita, já estamos presentes uma ilicitude. A invalidade poderá ser consequente (derivada ou reflexa) ou, por outro lado, própria (ou originária). Os atos que violem normas de direito administrativo tem

como desvalor a anulabilidade. Por outro lado, os atos contrários ao direito privado têm como desvalor a nulidade.

Vicissitudes da vinculação: pluralidade normativa o que dificulta certeza/concretização da vinculação; vinculação a normas extrajurídicas; vinculação à factualidade. Sempre que a ordem jurídica reconhece relevância vinculativa a normas extrajurídicas ou à factualidade, a vinculação da administração a estes ocorre como se fosse uma vinculação jurídica (ocorre o fenómeno da “juridificação”).

3. **Responsabilidade:** Toda a atuação do poder público assenta no dever de prestar contas, visto que se está vinculada tem de ser responsabilizada pela violação da vinculação. A responsabilização torna-se uma limitação da própria autoridade, pois o poder está condicionado pelo cumprimento do interesse comum e da vinculação. Assim, a responsabilidade controla os resultados do cumprimento da prossecução do interesse público e do respeito pela vinculação. Pode ser institucional (versa órgão ou entidades) ou pessoal (se responde uma pessoa concreta/um titular). Existe tanto responsabilidade por ação como por omissão, isto é, pelo que fez e não deveria ter feito e pelo que não fez, mas deveria ter feito. Ocorre responsabilização tanto para a ilegalidade (controlo da legalidade) como para a má administração (controlo do mérito). Pode ser meramente objetiva (atenta nos atos ou missões) ou subjetiva (se se pretende apurar culpabilidade).
 - a. **Política:** perante órgãos ou opinião pública que analisam a conveniência das opções administrativas.
 - b. **Contenciosa:** as atuações da administração que geram litígios são apreciadas pelos tribunais.
 - c. **Financeira:** atinge aqueles que geram património público e que se envolvam em atos financeiros que violem as normas referentes à realização de despesas públicas.
 - d. **Civil:** as ações ou omissões da administração podem levar à obrigação de indemnizar.
 - e. **Disciplinar:** aplica-se a todos os que exercendo funções públicas a título profissional violem os deveres inerentes a essas funções.
 - f. **Criminal:** a gravidade de certas condutas (tipificadas como crime) pode levar a pena de prisão ou outra pena.
 - g. **Internacional ou Europeia:** se a administração violar compromissos internacionais ou europeus o estado é obrigado a assumir responsabilidade perante organizações internacionais.

Existem **vários cenários** para a responsabilização administrativa: intra-administrativa (perante a administração pública); judicial (perante os tribunais); política concentrada (perante órgãos políticos); política difusa (perante a opinião pública).

Consoante os efeitos, podemos distinguir 4 principais categorias de atos⁶:

- a. Atos sancionatórios: formalmente concretizam um juízo de responsabilidade introduzindo alterações na ordem jurídica (Ex. aplicação sanção disciplinar).
- b. Atos absolutórios: não alteram a ordem jurídica, pois recusam efetivar formalmente a responsabilidade (rejeição de uma moção de censura).
- c. Recomendações: não têm natureza imperativa, mas expressão uma preferência para decisões futuras.
- d. Atos informais: não sendo atos formais de responsabilidade podem ter ou não conteúdo sancionatório (Ex. censura ou aplauso da opinião pública).

Subjetivação das normas Administrativas: na maioria dos casos existe a possibilidade de retirar de uma norma administrativa uma posição jurídica favorável aos particulares perante a Administração Pública (Ex. norma de prazo poder ser lida como uma norma que atribui um direito subjetivo). As normas podem ter dois efeitos: atribuir posições jurídicas de defesa para o particular (limites que a administração não pode ultrapassar/não pode impedir essa posição jurídica) ou então, posição jurídica de proteção/preensão (administração deve agir para garantir essa posição ao particular).

Vocabulário dos particulares no seu relacionamento com a Administração:

1. **Relação Administrativa**⁷: Consiste no vínculo que se estabelece entre o particular e a Administração e assim, põe o particular em contacto com a administração, tendo sempre 2 polos (particular e administração). Esta relação pode ter 3 tipos de configuração: **relação geral de poder**⁸ (relação jurídica de qualquer pessoa que está sujeita à ordem jurídica do estado onde se encontram, isto é, qualquer pessoa pela circunstância de tomar contacto com a ordem jurídica está sujeita a direitos e deveres relativamente ao estado); **relações especiais de poder** (certos particulares estão num vínculo especial perante a administração pela circunstância de estarem num determinado local ou lhes ser atribuído um determinado estatuto); **Relações administrativas** (jurídico-administrativa) **em sentido rigoroso/restrito/próprio** (vínculo jurídico concreto, entre a administração e um ou vários particulares determinados).

A relação jurídico-administrativa é composta por situações jurídicas e a sua concretização pressupõe ou envolve um desencadear de um procedimento administrativo (atos e formalidades do itinerário decisório da Administração). Pode ser **simples** (apenas um elemento- uma pretensão pelo particular) ou **complexa** (apresenta uma pluralidade de elementos). São por natureza plurissubjetivas (dizem respeito a mais de um sujeito) e configuram a sua

⁶ Rever isto porque está mais ou menos percebido.

⁷ Há mais direito administrativo para além do que resulta da relação jurídico-administrativa, pois nem sempre a realidade administrativa se pode conduzir a uma relação jurídica (página 97), nem todas as relações entre particulares e a Administração simbolizam a nível técnico uma verdadeira relação (página 98), a relação jurídica enquanto categoria explicativa de todo o fenómeno jurídico tem sido considerada dogmática, científica e pedagogicamente desaconselhável (página 99).

⁸ Situações jurídico-administrativas erga omnes: relações gerais de poder provenientes de regulamentos administrativos ou de contratos envolvendo a administração e dotado de efeitos face a terceiros. (??)

complexidade de diversas formas: são relações com uma pluralidade de partes visando a prossecução de interesses diferentes⁹; ou relações que têm uma pluralidade autónoma de pessoas integrantes de uma parte, unidas por um interesse comum: ou relações que têm uma contitularidade de situações jurídicas entre várias pessoas pertencentes a uma só parte. **Nem sempre as relações substanciam uma posição de autoridade da Administração face ao particular**, podendo haver relações que assentam numa paridade ou, pelo menos, tendencial igualdade entre eles, e ainda relações que atribuem ao particular uma posição de supremacia face à Administração Pública. Poderão existir relações **fundadas em título válido** (por ato unilateral administrativo ou ato bilateral da administração), outras **em título inválido** (anulabilidade ou inexistência jurídica ou nulidade), ainda outras fundadas **sem título jurídico** (perante ato nulo), outras em **estado de necessidade** administrativa, decorrentes da **tolerância** da Administração ou ainda outras que, sem se fundarem em contratos, têm uma natureza estrutural a esses (“**paracontratual**”). Existem, consoante a sua projeção temporal, relações de **execução continuada** (perduram no tempo e envolvem um trato sucessivo) ou **então instantânea** (esgotam a produção de efeitos num só momento).

2. **Pretensão**: Ato de vontade do particular (que envolve uma conduta da Administração) através do qual se pede ou exige à administração ou se exige ao tribunal contra a administração. Independentemente do resultado da pretensão e face a quem é dirigida, formular uma pretensão é sempre o **exercício de um direito subjetivo**. As pretensões podem demandar prestações de diferente tipo: de facto positivo (fazer algo) ou negativo (não fazer algo/omissão), de dare (entrega de uma coisa) ou de pati (suportar ou tolerar uma conduta de alguém). Pode ser para uma primeira disciplina jurídica sobre a matéria (primária) ou incidir sobre uma anterior decisão (secundária). Podem ser de natureza processual/adjetiva (quero que a administração me ouça, fundamente a pretensão, não resolve o fundo da questão) ou de natureza material (apela ao direito substantivo, isto é, são referentes a bens que o direito garante ao particular, mas que o condiciona a uma decisão administrativa conformadora). Formular uma pretensão **não significa que seja concedida uma decisão favorável**, mas há sempre o direito que a administração aprecie o meu pedido (natureza processual).

As pretensões na sua dimensão material podem assentar em 3 tipos de normas (que habilitam certas decisões): **impositivas** (impõe uma decisão favorável à administração o que significa que o particular tem um direito subjetivo); **proibitivas** (a administração está vinculada a decidir desfavoravelmente, não havendo tutela para a pretensão, sendo de natureza ilegal ou ilícita); **permissivas**

⁹ Esta pode subdividir-se sendo bipolar/bilateral quando só há dois polos de interesse distintos, ou então ser multilateral/multipolar (. (Ex. existe um projeto e as empresas A, B e C entram em concurso. Se A for escolhida, nega a vitória a B e C).quando existe mais de 2 partes a defender interesses comuns (havendo mais entidades no lado público e/ou do lado privado, sendo que se houver interesses diversificados no lado privado esses podem entrar ou não em colisão).

(o decisor goza de poder discricionário para decidir favoravelmente ou desfavoravelmente a pretensão, decidindo à luz de vários princípios).

A administração pública é, em matéria de bem-estar, o preferencial destinatário de pretensão: o particular antes de ir a tribunal deve ir à administração (Princípio de decisão prévia a cargo da Administração Pública). Só perante a omissão da administração poderá ir a tribunal (estas pretensões contra a administração acabam por ser verdadeiras garantias dos particulares), sendo este apenas um poder para resolver litígios que surjam nas relações jurídico-administrativas. Perante este fenómeno, é possível considerar que não existe uma concorrência entre os tribunais e a Administração enquanto destinatários de pretensões primárias. Assim, os destinatários das pretensões poderão ser a Administração Pública ou os tribunais, sendo que as primeiras são dirigidas à Administração e as segundas são contra a Administração¹⁰. Existem 2 princípios opostos nestes dois órgãos: a administração rege-se pelo princípio do inquisitório (não está limitada pelo que os particulares pedem, pode mesmo sem pedido tomar iniciativa de promover a satisfação da necessidade pública/interesse público). Pelo contrário, o tribunal rege-se pelo princípio do dispositivo (não pode por iniciativa própria satisfazer a justiça, o conteúdo da sentença está limitado pelo da pretensão). Por outro lado, as decisões dos tribunais decorrido o prazo de impugnação judicial tornam-se casos julgados, firmes na ordem jurídica. Por outro lado, as decisões da administração poderão ser revogadas pela necessidade de prosseguir um interesse público melhor ou por alteração das circunstâncias.

3. **Garantias:** São trunfos (posições jurídicas de vantagem) dos particulares face à administração, visando controlar ou sancionar a atividade administrativa. Têm sempre dupla função: servem para obter a satisfação das suas posições jurídicas (natureza subjetivista da garantia) e ainda garantir o respeito pela legalidade (natureza objetivista da garantia). As garantias podem visar evitar/impedir uma conduta administrativa (preventivo) ou então, evitar a continuação da mesma e aplicar sanções (repressivo).

Há ou não obrigação legal de controlar a legalidade? Os particulares têm o dever de negociar ilegalidades? Não, ninguém pode ser sancionado por não ter denunciado uma situação de ilegalidade. As garantias apenas dão aos particulares a possibilidade de o fazer. Em especial os funcionários públicos têm o dever de avisar ilegalidades ao Ministério Público, pois têm uma relação especial de administração. Os particulares têm o dever de denunciar infrações que cometem? Não, devido ao princípio da não autoincriminação, ao direito ao silêncio e à impossibilidade se sancionar quem não se autodenuncia.

Que tipos de garantias existem?¹¹ Políticas (Direito de sufrágio, petição, participação política, iniciativa popular, resistência), Administrativas ou

¹⁰ Os particulares, devido à separação de poderes, não podem dirigir uma pretensão ao tribunal ligadas a razões de mérito do agir administrativo (poder de decisão exclusivo da Administração). Em casos de legalidade já é possível agir tanto contra a administração nos tribunais como formular uma pretensão dirigida à Administração.

¹¹ Páginas 119-124.

Graciosas (garantias petitórias, impugnatórias, queixa ao Provedor de Justiça), Judiciais, Internacionais e Europeias (garantias substantivas, procedimentais, contenciosas, administrativas, políticas)¹².

Traços da Administração Pública no Século XXI¹³

“Revolução Administrativa”:

1. A administração idealmente assenta num equilíbrio entre a liberdade e a autoridade, isto é, poderá limitar a liberdade pela autoridade ao serviço do bem comum para que se consiga garantir a liberdade de todos e a prossecução do bem comum. Mas há hoje claramente um desequilíbrio entre a autoridade e a liberdade, a favor da autoridade.
2. A administração pública lida com uma pluralidade e conflitualidade de interesses, tendo de procurar consensos e pontes entre esses, sendo hoje uma “serva de interesses”, “capturada” por partidos políticos e grupos de interesses.
3. Textura aberta de direito: o direito de certezas baseado em regras jurídicas é substituído por princípios, e as decisões assentam sobretudo em ponderações, havendo cada vez mais conceitos indeterminados, cláusulas abertas e antinomias jurídicas, que são na prática resolvidos pela Administração, que em vez de estar limitada pela normatividade, acaba por lhe dar vida. Por outro lado, devido à quantidade de interesses, que muitas vezes são contrários entre si, e que se apresentam nas soluções legais, gera-se uma normatividade contraditória. A administração assume no seu plano de competência a resolução da conflitualidade normativa.
4. A ideia de que a Administração se encontra subordinada à lei parlamentar é hoje um mito, o que é expresso pela divergência entre o que se encontra na constituição oficial e o que acontece na realidade.
5. A Crise da representação parlamentar (hipervalorização do executivo¹⁴) leva a que a legitimação democrática da lei se perca, o que leva mais uma vez a que não seja possível afirmar que a Administração se encontra subordinada à lei.
6. Assiste-se também a uma crise geral do estado (transformação e desvalorização do papel do estado), aberto para o exterior, permitindo a sua fragmentação interna, descentralizando-se (havendo hoje uma progressiva conflitualidade intra-administrativa- federalização administrativa), reduzindo a sua esfera de autoridade com as privatizações, e assim perdendo a sua força.

A limitação da ação administrativa torna-se uma questão recorrente na atualidade, pois existem novos perigos face à liberdade dos particulares.

¹²Nunca as garantias internacionais e europeias podem prever uma menor proteção do que as respetivas Constituições já alcançaram (princípio do nível mais alto de proteção de direitos) nem ser interpretadas de modo a limitar ou restringir.

¹³ “Pressupostos metodológicos do Direito Administrativo no século XXI”

¹⁴ Sendo o órgão superior da Administração Pública, hoje assistimos, não a uma heterovinculação do parlamento, mas a uma autovinculação que origina do governo.

Momentos importantes para esta revolução (para a rotura do modelo tradicional):

- ☹ Ataque de 11 setembro de 2001 aos Estados Unidos da América: provocou um paradigma de menos liberdade e mais autoridade e segurança (Hobbes como vencedor da história¹⁵), dando assim lugar a uma administração pública e estado de vigilância.
- ☹ Crise Financeira de setembro de 2008: Surgiu nesta altura, devido às dificuldades financeiras, uma necessidade de repensar a noção de bem comum e o papel do estado. Para haver um equilíbrio orçamental poderíamos ter uma administração inimiga dos direitos sociais.
- ☹ Desvalorização sucessiva da força do estado trazida por 2 fatores: globalização/internacionalização (há domínios em que o estado não tem força para regular, pois só a cooperação entre os estados pode resolver estes problemas. Ex. comércio internacional e segurança internacional); europeização (o peso que a união europeia tem nas decisões nacionais, baseando-se a ação da administração em ordens da mesma- há uma expropriação da possibilidade de decisão das administrações públicas).

Ainda não se pode falar de uma revolução concluída, pois o novo modelo da Administração ainda não está totalmente perceptível. Assim, poderemos falar em “[Processo Revolucionário em Curso](#)” (PREC) junto da [Administração Pública](#).

Hoje a administração eletrónica tem um elevado peso o que mostra uma elevada mudança na administração e mesmo no seu relacionamento, permitindo a facilidade de recolher e organizar informação, mas ao mesmo tempo aumentando os riscos desta retenção de informação para a esfera dos privados, podendo a administração ter uma potencial capacidade lesiva dos direitos fundamentais dos privados.

O êxito ou insucesso do modelo constitucional depende da administração pública, pois esta tem nas mãos a satisfação dos direitos, e assim, está a concretização constitucional dependente da administração pública, havendo uma supremacia prática da administração.

[A Sustentabilidade da Administração é um condicionante ou pressuposto da “revolução”?](#)

Atendendo à preocupação que a Administração dá às diversas gerações vindouras, poderemos distinguir [3 tipos de administração](#): Administração conservadora: a administração presente está condicionada pelo passado, sendo influenciada pelas gerações passadas e por um princípio de continuidade; Administração Predadora: a administração presente consome o futuro, sem acreditar num compromisso entre gerações nem se preocupar com o destino das gerações futuras; Administração Sustentável: a administração presente é ditada pelo futuro, isto é, decide hoje, mas tem em atenção o impacto disso nas gerações futuras.

¹⁵ Páginas 134/135

O desenvolvimento sustentável tem não só uma dimensão ambiental, mas também económico-financeira (É isto que justifica também o controlo do défice orçamental e da dívida pública), social (impedindo que os direitos sociais das pessoas de hoje impeçam os direitos sociais dos cidadãos futuros) e demográfico.

O estado, a sua constituição e a administração pública devem reger-se por um **princípio de desenvolvimento sustentável**, apesar de a democracia ter dificuldade de se articular com a sustentabilidade, pois os governos e suas maiorias vivem num curto tempo sem possibilidade de tratar de algo que necessita de tempo como a sustentabilidade e as gerações futuras não têm representação política, sendo a vontade democrática apenas das gerações presentes. A nível de dimensões de projeção podemos separar 3: entre Estados, entre grupos etários de gerações coexistentes e entre grupos separados no tempo.

A **dimensão do problema da sustentabilidade financeira** leva a que se pergunte se hoje não há **um estado de emergência financeira permanente**, isto é, se não estamos presentes uma época em que o Estado sofre de uma escassez de recursos financeiros para cumprir as suas obrigações a nível interno e externo, o que o leva a contrair dívidas. Esta situação traduz-se na possibilidade de falarmos num “direito de emergência financeira” através do qual se dá uma revolução administrativa: adotando-se medidas de retrocesso social, necessidade de ponderar a redução de remunerações e as indemnizações contratuais dadas pelo Estado, o crescimento ilimitado e impostos e taxas e ainda o asfixiamento de serviços públicos (com a necessidade de redução dos meios humanos, técnicos e financeiros). O problema é que sempre que a dívida reduz, é necessário manter as medidas para a sustentabilidade e para que a dívida não aumente. Assim, a revolução administrativa poderá dar lugar a uma revolução constitucional para o modelo constitucional se adaptar às condições financeiras existentes.

Em conclusão, a revolução administrativa em curso assume um relevo preocupante na medida em que não há pontos firmes que possam liderar uma “contrarrevolta” visto que a democracia, o Estado e a Constituição (Constituição light/flexível) estão fragilizadas. Por outro lado, assusta a ideia de que se “vai apagando” a vinculação da administração face à legalidade, pois perde-se a principal garantia de limitação da autoridade, podendo a administração transformar-se numa “administração selvagem”.

Imperialismo Administrativo: Expresso pelo peso da matéria administrativa no Diário da República, que traduz sem dúvida a grande influência do Direito Administrativo.

- ➔ Administrativização do direito privado¹⁶;
- ➔ Constituição refém do Direito Administrativo, pois só através deste a Constituição ganha efetividade, comprovando-se que o Direito Administrativo é a “Constituição em movimento”;
- ➔ Direito Internacional Público e Direito da União Europeia são, na maioria, materialmente direito administrativo;

¹⁶ Ponto 7.1.2

- O direito administrativo deve aproveitar os conceitos jurídicos do direito civil, pois integram o mesmo ordenamento jurídico. Contudo, na prática isso não acontece, havendo conceitos diferentes para cada ramo.
- O sistema administrativo vigente no país é um património cultural imaterial de um estado, pois acaba por invadir todos os setores do ordenamento jurídico. O sistema administrativo integra elementos legais e consuetudinários que servem de pressuposto para normas constitucionais, sendo assim uma realidade pré-constitucional. Há a necessidade de proteger os sistemas administrativos de cada estado perante a realidade internacional e europeia, evitando assim que este se desfigure ou perca a sua identidade, e consequentemente a identidade de cada país. Fatores de identidade administrativa nacional¹⁷: respeito, valorização e defesa da língua; defesa dos traços identificativos do sistema administrativo. A defesa destes fatores não é só tarefa do legislador, mas também dos tribunais e da doutrina procurando impedir uma rotura que descaracterize o sistema administrativo de um país.

Fundamentos da administração pública

(I). Bases Jurídicas da Administração Pública

(A) Instrumentos Conceptuais da Administração Pública

Polissemia do conceito de Administração:

(a). Como atividade: traduz a gestão de recursos que, visando a satisfação de necessidades coletivas, se destinam a prosseguir interesses públicos identificados com o bem comum da coletividade. → Administração Pública em sentido objetivo ou material. Enquanto atividade materializa-se na função administrativa e consiste em gerir interesses públicos que não lhe pertencem, estando subordinada à lei e à constituição. A fiscalização desta vinculação é feita pelos tribunais.

(b). Como sujeito/autor/protagonista: comporta todas as estruturas encarregues de gerir os recursos tendentes à satisfação dos interesses públicos, cujos poderão ser de matriz pública ou de matriz privada (com a possibilidade de particularidades como as já anteriormente referidas). → Administração em sentido subjetivo ou orgânico.

(c). Como poder ou autoridade: a administração goza de meios de autoridade que lhe permitem, em certos casos, definir unilateralmente a solução para o caso concreto (Autotutela declarativa) com uma presunção de legalidade. No caso de não respeitarem uma decisão da administração, esta pode recorrer à força para impor a sua vontade (Autotutela executiva/ Privilégio de execução prévia).

Plasticidade das necessidades a cargo da Administração Pública:

É complexo definir a fronteira entre as necessidades públicas asseguradas pela Administração Pública e as necessidades públicas cuja satisfação está confiada a entidades de administração privada. Para além dos movimentos de migrações de

¹⁷ Páginas 158-160.

necessidades públicas e da miscigenação de interesses, esta **plasticidade das necessidades conduz a efeitos como**: a dependência política da Administração Pública (o decisor político é que pondera o que é o “bem comum”); a possibilidade de vir a ser Constituição a delimitar os âmbitos; quando aumenta a quantidade de necessidade pública que a Administração pública surgem grandes custos financeiros para o Estado; no século XX aumentou bastante o espaço de necessidade pública a cargo da administração pública, o que leva a que o centro decisório do estado se desloque para o governo; a crise de 2008, como já dito, reduziu com o espaço de necessidades a cargo da Administração Pública, visto não ter capacidade de as suportar na quantidade existente.

Esta flexibilidade é limitada por vinculações constitucionais (“princípio de bem-estar”, o que leva a que certas necessidades como a saúde ou o ensino, permitindo um nível de vida condigno nunca possam ser deixadas para trás), internacionais e pela existência de necessidades que não podem deixar de ser satisfeitas pela Administração Pública (defesa nacional, segurança do estado, administração interna, da justiça, eleitoral, relações externas e diplomáticas do Estado).

Multiplicidade de tarefas da Administração Pública:

1. **Recolha e tratamento da administração:** pode ser feita por ela ou chegar-lhe. Com a complexidade e pluralidade de interesses, as fontes de informação multiplica-se;
2. **Previsão e antecipação de riscos:** isto é, a administração tem de agir tendo em conta possíveis riscos futuros para que possa reduzi-los a zero, necessitando assim de traçar cenários de previsão evolutiva da realidade;
3. **Regular/disciplinar a matéria:** a administração resolve situações concretas, por via unilateral ou bilateral, através de critérios normativos; elabora normas; e prepara decisões do poder político, legislativo e judicial;
4. **Executar as anteriores decisões:** tem a competência de dar efetividade a normas jurídicas. Se a visão clássica era a de que apenas dava “vida” às leis do parlamento, hoje a administração pode dar vida a normas da constituição, de direito internacional público, de direito europeu, atos do poder judicial e do próprio poder político. Como se faz? Pode envolver a prática de outros atos jurídicos ou a prática de atuações materiais ou prestação de bens e serviços para satisfazer concretas necessidades coletivas;
5. **Controlo:** a administração pode fiscalizar, por iniciativa própria ou a pedido de terceiros, a sua conduta, a de privados que exercem funções públicas ou as de privados que, não desempenhando funções públicas, desenvolvem atividades privadas, mas com relevância pública.

Função Administrativa e Administração Pública

(A) Reserva da Administração Pública

A Administração Pública tem uma legitimidade constitucional idêntica à função legislativa e judicial. Assim, nos termos do princípio da separação de poderes¹⁸, deverá haver um espaço próprio e exclusivo de intervenção decisória a favor da Administração → Reserva de administração/reserva da função administrativa. Em geral, a função administrativa é esta área reservada, isto é, não pode ser desempenhada pelo poder judicial e legislativo.

A plasticidade das necessidades coletivas pode levar a que haja diversos graus de intervenção decisória das diversas funções jurídicas do Estado e ainda que haja zonas de fronteira entre administrar, legislar e julgar. Por outro lado, a fronteira entre a função administrativa e a função política é ténue, visto que há matérias de índole política que envolvem o exercício de uma atividade administrativa e, por outro lado, há matérias administrativas que envolvem opções de cariz político.

(B) Conceito de Função Administrativa:

Pode definir-se em termos residuais, isto é, é toda a atividade pública que não se traduz nem na prática de atos legislativos, nem opções políticas primárias, nem função judicial. Visa a justiça, liberdade, segurança que se encontram enquadradas no conceito de “bem-estar” sendo este o fim da função administrativa. As necessidades públicas cuja satisfação a administração visa, têm o seu fundamento em atos jurídico-públicos (Constituição, lei, sentença). A função administrativa nem sempre se traduz na prática de atos jurídicos¹⁹ (pretendem conformar ou transformar a realidade), também envolve a realização de operações materiais (visando um resultado prático, incidem diretamente sobre a realidade).

Autonomia do poder legislativo:

O poder administrativo encerra em si uma parcela da soberania do Estado pertencente às estruturas administrativas públicas, e encontra-se sempre ao serviço da função administrativa. Este poder detém uma legitimidade igual aos restantes poderes do Estado, e assim, a Administração Pública enquanto autoridade decisória fundada e legitimada pela Constituição, está ao lado da Assembleia da República e dos Tribunais.

A função administrativa é tendencialmente executiva da lei, mas nem toda a atuação administrativa é uma execução da lei, pois há casos em que a atividade administrativa vai para além da lei (pois a constituição não exclui isso), e neste “para além” a função administrativa não é uma função executiva da lei (existem 3 exemplos em que isto pode

¹⁸ Assim, apesar de o poder legislativo conformar o exercício da atividade administrativa e de fixar o grau de liberdade decisória das estruturas administrativas, terá sempre de respeitar o espaço mínimo de intervenção autónoma da Administração.

¹⁹ Regulamento (ato unilateral de natureza regulativa); ato administrativo (não é normativo, de conteúdo individual); contrato administrativo (ato de natureza bilateral).

acontecer: concessão do poder real na carta constitucional, pois o rei tinha uma competência residual, pertencendo-lhe tudo o que os outros poderes não regulavam, e assim tinha uma competência administrativa não executiva da lei; constituição de 1958 francesa (atual), que define que tudo o que não pertence ao domínio da lei é competência regulamentar, e assim, existem regulamentos que não são regulados pela lei; em Portugal há quem entenda que o artigo 199º alínea g, elenca a área administrativa). Por outro lado, muitas vezes, as opções políticas do legislador são condicionadas pela realidade técnica nas mãos da administração (quem prepara os diplomas legislativos é normalmente a Administração), o que significa que a administração tem nas suas mãos o êxito ou inéxito das opções do legislador e de certa forma controla o poder legislativo.

A prevalência das decisões dos tribunais, enquanto princípio, não permite que os tribunais não respeitem a reserva de lei ou a reserva de administração (não podendo invadir a área da Administração Pública que lhe permite realizar valorações e juízos de mérito) → princípio da separação de poderes.

A autonomia do poder administrativo pode ser expresso em três ideias:

- Os atos do poder administrativo produzem efeitos por si;
- Os meios de ação do poder administrativo pode produzir efeitos sem dependência da colaboração dos sujeitos seus destinatários;
- O poder administrativo tem sempre uma esfera discricionária de decisão exclusiva, podendo escolher os meios e as soluções para prosseguir o interesse público.

Suavização dos poderes administrativos de autoridade:

Apesar do poder administrativo ter uma componente de autoridade, também pode servir-se de meios reveladores de paridade jurídica no seu relacionamento com terceiros, como a colaboração, cooperação e a concertação, por via contratual ou unilateral dependente de aceitação. Assim, a Administração em vez de impor algo num gesto de autoridade, tenta convencer “aliados” que estejam interessados. Este modelo paritário de administração tem limitações, pois nem sempre é possível, ou porque a lei ou a natureza das relações a estabelecer não o permite, ou porque a prossecução do interesse público veda essa opção.

Mesmo que a Administração aja unilateralmente no seu exercício de autoridade, isso não implica que não possa recorrer a mecanismos que integrem os interessados no processo decisório (Ex. audiência prévia dos interessados).

Normas de competência: Configuram o poder administrativo, definindo os termos/modo como se prossegue o interesse público. Fora dos poderes conferidos pelas normas de competência não existe atuação válida do poder administrativo, nem decisões administrativas válidas. As normas de competência funcionam como o fundamento das restantes normas que se formem no seu abrigo. Assim, a estrutura administrativa que recebe competência por uma destas normas nunca pode modificá-

la ou não a respeitar (função heterovinculativa), ainda que isto não signifique que a estrutura decisória não possa configurar o exercício da competência dentro dos termos (Ex. delegação de poderes). Estas normas são as normas primárias porque delas se podem retirar 3 categorias:

I) Normas que conferem competência (Quem pode decidir?):

♥ Normas que definem tarefas ou incumbências públicas, que traçam a fronteira entre o hemisfério do público e o hemisfério do privado. Se a esfera do público invadir a sociedade privada geralmente o que existe é a violação de direitos fundamentais dos privados.

♥ Normas, dentro da esfera pública, as que distinguem a divisão de poderes (função judicial, administrativa, legislativa). Quando um dos poderes invade a esfera de decisão de outro poder existe uma situação de inconstitucionalidade orgânica/ usurpação de poderes (violação do princípio da separação de poderes), ferindo o ato de nulidade.

♥ Área da função administrativa: Normas de atribuição que são normas de competência, pois atribuem competência, e que definem os fins e os interesses públicos que estão a cargo de cada entidade competente. A consequência é que se uma entidade pública pratica um ato cujo fim ou interesse público pertence a outra entidade pública, ocorre uma incompetência absoluta, ferindo o ato de nulidade.

♥ No interior de cada pessoa coletiva públicas: Estas são compostas por vários órgãos que têm cada um poderes próprios, atribuídos por normas de competência em sentido rigoroso/estrito. Estas normas repartem os poderes pelos vários órgãos. Se o órgão A invadir os poderes do órgão B, a incompetência é relativa, pois ambos os órgãos prosseguem os fins da mesma entidade pública. O ato é então anulável. Estas normas podem dividir-se em normas de competência potestativa (atribuem poderes para a Administração introduzir alterações na ordem jurídica unilateral e automaticamente) ou não potestativa (os poderes não permitem à Administração produzir alterações na ordem jurídica sozinha, precisa do assentimento e cooperação de outros sujeitos).

II) Normas que disciplinam o exercício da competência (Como se pode decidir?):

♥ Normas que fixam os princípios gerais da competência, de onde se destaca o princípio da legalidade, isto é, só é possível agir quando a lei permite essa atuação; o princípio da irrenunciabilidade da competência; o princípio da inalienabilidade da competência; princípio da inconsumibilidade da competência; princípio do respeito material, territorial, hierárquica e temporal da competência.

♥ Normas que atribuem o fim da competência. Se o motivo principalmente determinante de certa conduta administrativa não corresponde ao fim para o qual a competência foi atribuída há uma situação de desvio de poder: vício de que padece a atuação administrativa sempre que o motivo principalmente determinante não corresponda ao fim para o qual foi a competência administrativa. Há dois tipos de desvio de poder:

- a. Por interesse público, sendo a consequência a anulabilidade;
- b. Por interesse privado, sendo a consequência a nulidade.

♥ **Normas relacionadas com o conteúdo da decisão/** que estabelecem limites materiais ao exercício da competência: se a conduta administrativa viola as condições ou requisitos quanto ao objeto impostos para adotar no exercício da competência há violação de lei.

♥ **Normas que definem a forma e formalidades da decisão administrativa,** sendo a consequência do desrespeito desta norma, a existência do vício de forma, onde a regra é a anulabilidade (na carência absoluta de forma é a nulidade).

♥ **Normas que fixam pressupostos do exercício da competência:** pode haver erro sobre os pressupostos da competência, isto é, o órgão decisor pensa que ocorrem os pressupostos da competência, mas isso não se verifica (erro sobre os pressupostos da competência). Por outro lado, pode isto não acontecer, e haver pura incompetência.

- III) **Normas que regulam as normas de competência:** Contém diversas normas diversas: aquelas que regulam a produção de normas de competência; as que disciplinam as relações entre as diversas fontes reveladoras de normas de competência; as que resolvem conflitos de normas de competência, tanto materiais, temporais e espaciais; as que definem critérios de interpretação de normas de competência; e por fim, aquelas que regulam a integração de lacunas das normas de competência (Como se interpreta uma norma de competência? / Como se integram as suas lacunas? / Regulam conflitos entre normas de competência).

Formas e meios da atividade administrativa:

A administração recorre a diversas formas jurídicas e não jurídicas (um grande número de tarefas administrativas consubstanciam-se na transformação material da realidade factual, na definição de linhas políticas do agir administrativo e no agir informal) para desempenhar a sua atividade:

- As situações jurídicas podem ser definidas pelo Direito Público ou pelo Direito Privado;
- Estas poderão ter incidência substantiva, procedimental ou processual;
- As situações poderão ser definidas por ação ou omissão administrativa;
- A invalidade nem sempre impede a produção de efeitos nem exclui o destinatário do dever de obediência;
- A definição das situações jurídicas pode ser a nível geral e abstrato ou em termos individuais e concretos.

“Revolução” dos meios:

O exercício da função administrativa exige sempre a mobilização de meios (humanos, materiais, organizativos e privados). Têm surgido diversas alterações nos meios da atividade administrativa: aproximação dos vínculos laborais públicos ao regime de trabalhadores sujeitos ao contrato de trabalho de direito privado; a alienação do património público devido a motivações financeiras de curto prazo do erário público; o aumento das necessidades financeiras decorrentes da satisfação do bem-estar; o recurso contratual a meios privados, reduzindo a intervenção económica direta do Estado; e, privatização dos serviços públicos.

Tipologia da Administração Pública²⁰:

- I) **Quanto ao Direito Regulador**
 - ♥ Administração de Direito Público/Administração de Direito Privado;
 - ♥ Administração vinculada/ Administração discricionária;
 - ♥ Administração fundada na Constituição/ Administração fundada na legalidade;
 - ♥ Administração de exceção/ Administração de normalidade;
 - ♥ Administração formal/ Administração informal;
 - ♥ Administração oficial/ Administração “não oficial”.
- II) **Quanto à estrutura do substrato organizativo**
 - ♥ Governo como órgão administrativo/ restante Administração;
 - ♥ Administração territorial/ Administração associativa/ Administração institucional;
 - ♥ Administração central/ Administração periférica;
 - ♥ Administração geral/ Administração corporativa;
 - ♥ Administração dependente/ Administração independente;
 - ♥ Administração do Estado/ Administração infraestadual/ Administração supraestadual;
 - ♥ Administração sob forma pública/ Administração sob forma privada.
- III) **Quanto à atividade desenvolvida**
 - ♥ Administração substantiva/ Administração processual;
 - ♥ Administração neutral/ Administração intervencionista;
 - ♥ Administração produtora/ Administração reguladora;
 - ♥ Administração burocrática/ Administração empresarial;
 - ♥ Administração de sacrifícios/ Administração de prestação;
 - ♥ Administração de ordenação/ Administração de infraestruturas;
 - ♥ Administração de estratégia/ Administração de transformação;
 - ♥ Administração visível/ Administração invisível;
 - ♥ Administração militar/ Administração civil;
- IV) **Quanto ao procedimento adotado**
 - ♥ Administração unilateral/ Administração bilateral;
 - ♥ Administração impositiva/ Administrativa concertada;
 - ♥ Administrativa de subordinação/ Administração paritária;

²⁰ Páginas 203-225

- ♥ Administração executiva/ Administração judiciária;
- ♥ Administração eletrónica/ Administração tradicional;
- ♥ Administração transparente/ Administração opaca;

V) **Quanto aos efeitos produzidos**

- ♥ Administração de assistência/ Administração agressiva;
- ♥ Administração constitutiva/ Administração declarativa;
- ♥ Administração decisória/ Administração consultiva;
- ♥ Administração preventiva/ Administração repressiva;
- ♥ Administração Interna/ Administração externa;
- ♥ Administração nacional/ Administração transnacional;

Posições Jurídicas dos particulares face à Administração Pública (posições jurídicas dos administrados ou posições jurídicas subjetivas dos particulares): Existem diferentes posições jurídicas associadas aos particulares, visto que o princípio da igualdade a isso implica, podendo elas advir de posições jurídicas concedidas direta e imediatamente de normas jurídicas (situações jurídicas gerais de concretização “ope legis”) ou resultar de normas de competência que habilite a Administração a proceder à sua criação, através de uma decisão administrativa (situações jurídicas individuais de concretização administrativa). Por outro lado, atendendo ao conteúdo, as situações jurídicas poderão ser ativas (direito subjetivo, isto é, a Administração deverá conferir uma vantagem através de determinada conduta ao titular deste direito, e interesse legalmente protegido, ou seja, a Administração é obrigada a tomar em consideração essa posição jurídica ponderando-a com respeito pela legalidade, sob pena de o particular poder recorrer aos tribunais) ou passivas (deveres, sujeições e ónus).

As diversas entidades públicas e também o Estado podem ser titulares de direitos subjetivos e de interesses legalmente protegidos nas relações que estabelece com os privados ou com outras entidades públicas, mas a competência das entidades administrativas, traduzida em poderes e faculdades não se confunde com estes, visto que a competência obedece a um princípio de tipicidade, está vinculada pelo interesse público, é indisponível e irrenunciável pelo seu titular e o seu não-exercício é considerado um ato ilegal. Esta distinção não impede que haja conflitos entre estas duas realidades, isto é, que a competência e a sua articulação com direitos fundamentais dos titulares dos órgãos administrativos não choquem (Ex. direito à objeção de consciência e direito à greve).

Evolução do Direito Administrativo- 3 Grandes Momentos

- ♥ **Administração Pré-Liberal:** A Administração tem a mesma idade que o Estado. Na história portuguesa: Administração Medieval ou Corporativa (século XII ao XIV): Pluralidade de Administrações (ao lado da administração do rei existia uma administração senhorial, concelhia e eclesiástica); Importância de Dom Afonso II; Administração fortemente intervencionista em matéria económica; O surgir das corporações, isto é, uma estrutura administrativa em função da profissão exercida, com o propósito de condicionar o exercício da profissão e regular os termos desse

exercício- entidades privadas na sua raiz mas que exerciam poderes públicos (estão na base das Associações Públicas). Administração Renascentista ou Barroca (século XV a XVII): Expansão Ultramarina que traz o problema de saber como administrar esses territórios: ou diretamente pela metrópole ou por alguém designado pela metrópole ou confiar a privados essa administração (Ex. capitarias no Brasil); Os novos territórios devem estar sujeitos à lei da metrópole ou deviam ter leis particulares; Suprema jurisdição estava nas mãos do rei e em Lisboa; Problema da Administração honorária informal, que conduz a que se desenvolva o entendimento de que ter um ofício público é um direito e por ser um direito qualificado por um direito subjetivo, conduz à patrimonialização dos ofícios públicos (“eu sou dono do cargo que ocupo”), considerando que se podia doar, arrendar ou deixar em sucessão o ofício. O rei tenta combater esta prática ao declarar em várias leis que os ofícios eram património do rei → privatização dos ofícios. Foi ultrapassado através de 2 métodos: o rei cria organismos ao lado destes ofícios que exerçam as tarefas; as leis eram sempre contra a patrimonialização dos ofícios; Alargamento do conceito de jurisdição que leva a que o estado/rei seja chamado a exercer novas funções, não sendo a jurisdição só a intervenção na justiça mas também na administração; Surge a ideia de razão de Estado (por Maquiavel): o rei não podia revogar direitos adquiridos, exceto em circunstância extraordinária (razão de estado). Administração Iluminista ou Absolutista (século XVIII a XIX): O rei identifica-se com o próprio poder, sendo a arbitrariedade regra dominante; Acentua-se a intervenção do Estado; Ausência de separação de poderes; A administração aplica as regras processuais dos tribunais e o direito que ela aplica é o Direito Comum.

- ♥ **Administração Liberal**: Inovações: Princípio da Separação de Poderes; Supremacia da Lei; Igualdade de todos perante a lei; A tutela dos direitos fundamentais; O abstencionismo do Estado. Há, contudo, continuidades pré-revolucionárias: Permanece a centralização; O entendimento que julgar a Administração ainda é administrar; há razões de interesse público que justificam que a Administração tenha privilégios que são negados aos particulares e portanto, não pode estar submetida ao mesmo direito que os particulares: é a génese do Direito Administrativo (Ex. Privilégio de Execução Prévia): Génese contraditória do Direito Administrativo é que ele surge com a revolução administrativa mas não para aumentar os direitos dos particulares mas para aumentar os interesses exuberantes da Administração, não permitindo que o tribunal controlasse a Administração. Quem foi desenvolvendo o Direito Administrativo foi o Conselho de Estado Francês, o que volta a contrariar a separação de poderes, pois deveria ser o Parlamento a criar este direito. A Administração decidia os casos concretos; julgava os casos concretos e ainda criava o direito Administrativo → Violação Clara do Princípio da Separação de Poderes → Mito Revolucionário Liberal.

- ♥ **Administração Pós-Liberal (Século XX)**:

- a. Administração do Estado Intervencionista: é no fundo um Estado Administrativo, tendo a Administração que tem nas mãos o sucesso ou insucesso do modelo constitucional. No caso português tem 2 configurações: Administração da Constituição de 1933 e da Constituição de 1976 (ainda é hoje

uma administração baseada na centralização no poder executivo). Só em 1974 é que os tribunais administrativos foram integrados na ordem jurisdicional, porque até aí eram considerados parte da Administração Pública (“julgar a Administração é ainda tarefa da Administração”);

- b. Administração Neoliberal: Será que existe, devido à redução da Intervenção do estado, através da privatização de bens e serviços públicos tudo em nome da convergência de objetivos financeiros? Três fatores:
- Crise financeira Mundial;
 - Riscos de Sustentabilidade de Gerações Futuras;
 - Redução das despesas públicas (Importância da União Europeia na definição das políticas em Portugal).

Conceções Filosóficas da Administração Pública:

1. Função administrativa é subordinada da Função Legislativa: Administrar é sempre executar as leis;
2. Nem sempre a função administrativa é uma função executiva da lei: mas tem de haver 3 condições simultaneamente: não pode ser matérias de reserva de lei; e que não tenham sido até hoje objeto de intervenção legislativa; e matérias que digam respeito ao bem-estar. A administração participa no exercício da função legislativa (Ex. A Administração confere as bases ao Orçamento de Estado, preparando-o/ todas as leis que tenham forte componente técnica). A legitimidade democrática está muitas vezes na mão do executivo, e, portanto, isso afeta a legitimidade do Parlamento.

Relação da Administração e do Interesse Público:

- a. Conceções Totalitárias (tudo pelo interesse público)
- b. Conceções Intermédias (artigo 266º- deve prosseguir o interesse público no respeito pelos direitos fundamentais)
- c. Conceção Personalista (nos casos em que o compromisso não é possível deve dar-se prevalência à dignidade humana)

Constituição Compromissória/dualista: A constituição permite que sobre a mesma matéria sejam defendidas teses opostas, o que gera conflitualidade administrativa com base na constituição. Isto tem 2 efeitos:

♥ Os conflitos interpretativos da constituição gera a necessidade de a administração resolver conflitos de base constitucional, tendo de agradar a uns e desagradar a outros, o que leva a recorrências constantes nos tribunais.

♥ O bloco constitucional é composto pelo ius cogens, direito europeu e ainda a Constituição Universal dos Direitos do Homem. Muitas vezes o que não se consegue alicerçar no direito constitucional nacional, busca-se nessas ordens jurídicas, o que ainda reforça mais a conflitualidade → Natureza Transnacional dos conflitos.

Ordem axiológica constitucional a que está submetida a Administração:

1. Princípio da Democracia Humana
2. Princípio do estado de direito democrático
3. Princípio da soberania europeizada e internacionalizada
4. Princípio da unidade descentralizada: Quais são os elementos que reforçam a unidade do estado? O protagonismo do interesse do estado (Interesse Nacional, que é a base da razão de estado); Prevalência do Direito do Estado; Princípio da Supletividade do Direito do Estado; Estatuto privilegiado do governo como órgão superior da Administração Pública. Quais são os elementos que reforçam a descentralização? Princípio da subsidiariedade; Regime autárquico das Regiões Autónomas;

Princípios que norteiam a Administração Pública:

1. Que dizem respeito à **organização administrativa**:
 - a. Princípio da subsidiariedade: significa que tudo aquilo que uma entidade pública menor puder fazer, não deve ser feito por uma entidade pública de âmbito maior. Aquilo que não for feito, não poder ser feito, ou não poder ser feito com tanta eficiência pelas entidades menores, deve ser feito pelas maiores. → Este princípio tem um modelo flexível.
 - b. Princípio da Descentralização (intersubjetivo): É sempre um fenómeno que envolve entidades públicas, sendo um repartir de funções entre entidades públicas. Tanto consiste em criar uma entidade pública como alargar as funções de uma entidade.
 - c. Princípio da Desconcentração: repartir competência entre órgãos, podendo envolver também a criação de novos órgãos.
 - d. Princípio da Unidade: Há uma ideia de unidade da Administração, porque o estado é um estado unitário, tendo como órgão superior da administração o governo e ainda o governo é responsável politicamente por toda a ação da Administração (poder de direção, superintendência e tutela), o que confere unidade (199º/ alínea d; e 267º)
 - e. Princípio da Participação dos Interessados na Gestão da Administração: esta está aberta à intervenção dos particulares na sua própria atividade.
 - f. Princípio da aproximação dos serviços às populações: requer a aproximação do contacto entre o decisor e o destinatário. Hoje, é um princípio em crise, devido à informatização da Administração e à existência princípio da imparcialidade que poderia ficar contaminado pela aproximação.
 - g. Princípio da Desburocratização: Tem sido feito muito, mas ainda fazer muito mais para garantir este princípio.
2. Que dizem respeito à ação/ **atividade**:
 - a. Princípio da Juridicidade/Legalidade: A administração está subordinada ao direito, quer ao direito que cria, quer ao direito que é criado pelo legislador, quer ao direito que se impõe ao estado mesmo contra a sua vontade.

- b. Princípio da prossecução do interesse público: deve prosseguir o bem comum e essa prossecução deve ser feita da melhor forma possível (liga-se ao princípio da boa administração/ da eficiência).
- c. Princípio do respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos cidadãos: no seu agir a administração deve esforçar-se para respeitar os interesses subjetivos e os interesses legalmente protegidos.
- d. Princípio da Igualdade: todos somos iguais perante a lei, não podendo fazer-se discriminação (13º). Também nos diz que a igualdade assenta no respeito pela diversidade.
- e. Princípio da Proporcionalidade: Tem várias vertentes: princípio
- f. da proibição do excesso/ princípio da necessidade (sempre que ela agir não deve agir para além do estritamente necessário); princípio da atuação (tem de haver uma relação entre os meios e os fins); princípio do balanço custos-vantagens/ da razoabilidade/ em sentido estrito (quando decide deve ponderar sempre as vantagens e desvantagens de certa medida)
- g. Princípio de Justiça:
- h. Princípio da imparcialidade: envolve a ideia de neutralidade, isto é, quem decide não deve estar envolvido emocionalmente com a decisão. Vertente Negativa: Estabelece a existência de impedimentos e incompatibilidade, podendo haver escusa (é o titular que se afasta) ou suspeição (é o destinatário que pede que alguém se afaste). Vertente Positiva: todos os interesses relevantes devem ser chamados a depor, sob pena de violar este princípio.
- i. Princípio da boa fé: é bilateral, pois pauta a relação da administração perante os particulares e vice-versa. Respeito pelas promessas feitas; proibição de abuso de direito; relevância da culpa em contrahendo.

Princípios garantísticos face à Administração Pública (condicionam ou predeterminam a conduta administrativa e/ou servindo de reação defensiva ou reparadora dos seus efeitos):

1. **Princípios operativos da unidade do sistema jurídico**:
 - a. Princípio da Supremacia da Constituição: A validade de todos os atos provenientes de entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição. Ficam ainda submetidos a um sistema de garantia jurisdicional previsto na constituição para a fiscalização da constitucionalidade.²¹
 - b. Princípio da reserva de lei
 - c. Princípio da precedência de lei: A atividade administrativa deve ser sempre fundada num prévio ato legislativo, não sendo suficiente a mera previsão constitucional. Apresenta, no entanto, 4 exceções: normas constitucionais que habilitam diretamente a atividade administrativa; normas de DIP e de direito da UE; princípios ou normas consuetudinárias que regulam o direito

²¹ Em casos de ausência de lei, a Administração nem sempre pode desenvolver direta e imediatamente uma atividade fundada na constituição e, no caso de a lei e a Constituição serem antinómicas em algo, a Administração deve escolher a lei.

administrativo; situações de lacuna de lei em que a Administração tem como objetivo preenchê-la.

- d. Princípio da preferência de lei: A lei consegue resistir a atos de diferente natureza, de nível hierárquico inferior ou igual.
 - e. Princípio da reserva de juiz: Existe um conjunto de matérias que integra a esfera decisória exclusiva a cargo do poder judicial. Reserva total de juiz: todas as “palavras” do processo decisório pertencem ao poder judicial, não podendo existir qualquer intervenção administrativa.
 - f. Princípio da prevalência das decisões judiciais: Verdadeira garantia de subordinação administrativa à juridicidade e aos efeitos do controlo feito pelos tribunais.
2. **Princípios de acesso à Administração Pública:**
- a. Princípio da Universalidade de acesso prestacional aos serviços Administrativos: Existem serviços Administrativos prestacionais que correspondem a imperativos constitucionais expressos (saúde, segurança social, educação, justiça), outros que exercem a sua atividade em concorrência com a iniciativa privada e cooperativa. O acesso prestacional pressupondo igualdade e liberdade não significa que não existam taxas de utilização. Existem direitos fundamentais que pela sua natureza universal, excluem que se possam criar qualquer reserva de acesso prestacional.
 - b. Princípio da Liberdade de acesso à função pública e a cargos públicos administrativos
 - c. Princípio da Liberdade de petição²²: Este direito goza aplicabilidade direta e vincula as autoridades administrativas (artigo 52º/1) consistindo na possibilidade de os administrados formularem pedidos à Administração Pública ou sobre matéria administrativa ao poder político, em termos individuais ou coletivos.
 - d. Princípio do Arquivo Aberto: Artigo 268º/2 espelha o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos.
3. **Princípios do procedimento Administrativo:**
- a. Princípio da decisão: Consiste no dever de as pretensões formuladas serem examinadas e no dever de, em prazo razoável, a Administração se pronunciar sobre as pretensões, não sendo justificável, em regra, a inércia administrativa face a pretensões que lhe foram formuladas.
 - b. Princípio da informação: Consiste no direito de esclarecimento sobre os atos praticados pelas entidades administrativas, no direito à informação sobre a gestão dos recursos públicos, no direito à publicidade concursal, no direito à informação sobre o andamento dos processos em que cada um seja interessado, direito a conhecer as decisões finais sobre os procedimentos que lhes digam respeito, no direito de o cidadão obter informações administrativas,...

²² As diversas modalidades de petição estão nas páginas 386 e 387 do livro.

- c. Princípio da fundamentação: A administração encontra-se vinculada a proceder à sua fundamentação, indicando os motivos ou as razões de facto e de direito que conduziriam ou justificam a decisão tomada.
 - d. Princípio da notificação: A constituição confere a todos os interessados o direito fundamental de serem notificados pela Administração Pública dos atos que afetem direitos ou interesses legalmente protegidos. A não notificação ou notificação absolutamente insuficiente leva a que o ato seja inoponível ao interessado.
 - e. Princípio da participação: Consiste no direito reconhecido a cada cidadão de ter intervenção na formação das decisões ou deliberações que lhes digam respeito.
4. **Princípios de controlo da Administração Pública:**
- a. Princípio da tutela jurisdicional efetiva: Consiste na possibilidade de todas as dúvidas sobre a legalidade da conduta da Administração Pública serem passíveis de sindicabilidade judicial.
 - b. Princípio da responsabilidade civil da Administração Pública: A Administração tem a obrigação de indemnizar os danos que a sua ação ou omissão crie aos cidadãos.
 - c. Princípio da intervenção moderadora do Provedor de Justiça: O provedor de justiça está habilitado a receber queixas, por ações ou omissões dos poderes públicos visando a defesa de posições jurídicas ou da legalidade, formulando, depois de apreciar as queixas, recomendações aos órgãos administrativos.
 - d. Princípio da responsabilidade política da Administração Pública: O órgão executivo é responsável perante o órgão colegial representativo o que limita o seu poder e, por outro lado, a opinião pública exerce também um controlo sobre a Administração.
 - e. Princípio do controlo administrativo: Dentro da própria Administração Pública existe controlo para que se garanta a juridicidade e as posições jurídicas dos cidadãos. Cada órgão tem esse dever perante a sua conduta, e os órgãos administrativos com uma posição de supremacia devem fazê-lo face a outros órgãos (princípio de heterocontrolo administrativo).
 - f. Princípio do respeito pelos mecanismos internacionais e europeus de garantia: A Administração Pública está vinculada a respeitar as normas materiais definidoras das garantias dos cidadãos no seu relacionamento com a mesma, as decisões das instâncias internacionais e europeias e ainda, a dar execução às decisões judiciais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e Tribunal de Justiça da União Europeia.
5. **Princípios de incidência intra-administrativa** (rege conflitos entre entidades administrativas):
- a. Princípio do reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais pelas entidades públicas, sendo oponíveis ao estado ou a outras entidades públicas (Ex. direito à impugnação de atos administrativos lesivos da sua esfera jurídica e o direito de participação em decisões de natureza decisória que as tenha como destinatário).

- b. Princípio da salvaguarda de garantias institucionais de natureza administrativa: Traduz-se em certos exemplos: autonomia local, autonomia regional, autonomia associações públicas, função pública e a existência de um regime jurídico próprio, domínio público e reserva de direito administrativo.
- c. Princípio da configuração de certos poderes administrativos como direitos fundamentais (artigo 72º/2).

Características da Administração Pública

♥**Personalização da Administração**: Baseia-se na ideia de que o Estado e a Administração Pública são pessoas jurídicas, tendo uma individualidade própria, sendo titulares de posições jurídicas ativas e passivas. Esta visão permite submeter o poder político ao Direito (tanto público como por vezes privado) e também ao mesmo tempo multiplicar o número de entidades que encarregues da gestão de interesses públicos (pluralismo intra-administrativo). Nesta segunda consequência, importa realçar fenómenos como: a prossecução de interesses de forma mais eficiente através de entidades “menores” que agem sobre a orientação e controlo da entidade pública maior (poderá ocorrer ainda que a entidade “satélite” seja de Direito Privado, integrando uma Administração Pública sob forma privada). Esta personalização da Administração tem consequências em relação à responsabilidade, sendo o património da entidade que responde pelos danos causados, mas ainda devido ao facto de poder levar a que as entidades “maiores” utilizem as “menores” que criam como forma de dispersar o risco (havendo nesse caso desvio de poder).

♥**Complexificação da Administração**: Existe uma pluralidade de interesses dentro da Administração, o que permite afastar o modelo tradicional quanto aos efeitos da atuação administrativa: há uma decisão que tem 1 destinatário (eficácia interpartes); ou há uma atuação administrativa que tem como destinatários uma pluralidade indeterminada de destinatários (eficácia erga omnes). O que há de novo neste modelo? Hoje há por vezes uma pluralidade conflitual de interesses, o que significa que a Administração aparece a ter de tomar interesses de natureza contraditória. Complexificou-se no seu interior (interesse no estado e das RA/Municípios) e fora da mesma (tendo de ser a Administração a ter de harmonizar os interesses- Administração como protagonista gestão de interesses). Hoje há colisão entre interesse público e interesse privado, e também conflitos de interesses privados, sendo a Administração chamada a dirimir interesses privados.

A Administração ao relacionar-se com os cidadãos pode, ao nível do interesse público que prossegue, conflitar com os interesses privados. Estes poderão ser interesses privados conciliáveis e unificados, que podem ser harmonizados ou, poderão ser interesses privados inconciliáveis e autónomos.

Relações multipolares no âmbito dos conflitos de interesses privados inconciliáveis, tendo a atuação administrativa um âmbito concreto e individual: Deixa de existir apenas

2 polos, para passar a existir outros polos, havendo uma pluralidade de polos, sendo a Administração que harmoniza os diferentes polos.

Interesses Privados Heterogêneos em Colisão: O reconhecimento a um sujeito de uma posição jurídica favorável gera em outro uma posição jurídica desfavorável (multipolaridade de oposição recíproca).

Interesses Privados Homogêneos em Colisão (Ex. vaga para professor catedrático, em que existem vários candidatos): são interesses privados iguais, mas que a satisfação de um leva à não satisfação do outro. Havendo vários concorrentes para a mesma vantagem, como esta se encontra limitada, a satisfação de um implica a não satisfação dos demais (multipolaridade de concorrência de atribuição).

A Administração pode não ser também uma unidade, podendo desenvolver-se interesses de natureza contraditória.

Conflitualidade no âmbito da Administração entre entidades públicas (intersubjetiva) também é possível e cada vez mais recorrente, pois acaba por ser uma consequência da Neufeudalização Interna, isto é, certa fragmentação interna do estado e do seu poder administrativo. Existem entidades que têm interesses que são direitos fundamentais (Universidades) e ainda pode ocorrer que interesses internos sejam divergentes dos interesses internacionais ou europeus.

Também há complexidade dentro de cada entidade administrativa (intra-subjetiva): nas relações entre órgãos (interorgânicas), relações no interior de cada órgão (intraorgânicas), nas relações laborais (a maioria dos titulares dos órgãos são funcionários exercem os respetivos cargos a título profissional).

♥ **Ponderação:** Consiste em perceber qual o peso relativo dos bens, valores, interesses em colisão. Todo o Direito pressupõe ponderação, quer ao nível do resultado, quer ao nível do procedimento, tendo esta de existir em todos os poderes do Estado. Quais os momentos em que existe ponderação: Ponderação da solução abstrata (no momento da formulação da norma); Ponderação na Interpretação da Norma (o sentido resultante da ponderação de todos os elementos); e na Ponderação na Aplicação das normas do caso concreto. Hoje vivemos num Estado ponderativo e conseqüente Administração Pública de Ponderação/ de Balanceamento, pois a ponderação administrativa assume-se como uma exigência decorrente do próprio Estado de Direito.

Toda a conflitualidade da Administração reforça o modelo ponderativo, pois é a ponderação que resolve estes conflitos. A ponderação tem como propósito último o restabelecer da paz jurídica, procurando para isso, determinar a medida em que cada realidade tem de ceder perante outra ou cada uma entre si. Assume bastante importância o fundamento dos bens/interesses/valores que se pretende sustentar- o decisor está obrigado a dar prevalência aos com fundamento constitucional.

Dois tipos de ponderação, tendo em conta o cenário: abstrata (quando se cria uma fórmula de ponderação para a resolução de conflitos futuros, sendo o legislador o sujeito por excelência para o fazer, apesar de a Administração, através de regulamentos,

o poder fazer também (mas apenas de forma subordinada, complementar e subsidiária) e também apesar de a Constituição ter para si reservada uma área de ponderação) e concreta (traduz-se na ponderação na resolução de conflitos nos casos concretos, cabendo a competência à Administração- A realização de ponderações concretas acaba por assumir um carácter autovinculativo ao decisor face a casos idênticos ou semelhantes, visando a formação de precedentes ponderativos). Toda a ponderação é objeto de controlo pelos tribunais, num duplo sentido, controlando-se o procedimento de ponderação e o resultado/ conteúdo da ponderação. São importantes os princípios da imparcialidade (vertente positiva- todos os interesses relevantes têm de ser tomados em conta, sob pena de erro na ponderação) e o princípio da proporcionalidade (não basta tomar em conta os interesses, não posso deixar de ter uma adequação de razoabilidade na ponderação) → Ao ponderar tenho limites.

Quais as fases procedimentais da ponderação? (1) Identificar as realidades em colisão (no caso de se ponderarem realidades que na realidade não estão em colisão ou não se ponderarem realidades que efetivamente estão em colisão, leva à invalidade da ponderação); (2) Atribuir o peso a cada uma das realidades (com base na racionalidade e atendendo às circunstâncias factuais adjacentes); (3) Decisão sobre a prevalência entre as realidades em colisão (Atendendo ao peso das realidades poderá acontecer que: o peso seja igual, devendo tentar-se harmonizar as 2 realidades para conferir a cada um espaço de operatividade, mesmo que à luz do princípio da necessidade seja possível que um ceda perante outro, mas sem que haja um aniquilar desse; se tiverem pesos diversos, segundo a lei de Alexy, prevalece a realidade com maior peso).

Efeitos da Ponderação Administrativa:

→Aumenta o risco de incerteza e insegurança do agir administrativo face aos cidadãos;

→Desvalorização da força normativa da lei e protagonismo crescente das decisões administrativas;

→O protagonismo do legislador diminui e a legitimidade político-democrática da Administração aumenta, assim como a dos tribunais que têm a última palavra em matéria de ponderação.

→Sistema aberto e de ponderações, com princípios que flexibilizam as decisões administrativas, sendo importante a fundamentação, existindo o aumento da conflitualidade e o trabalho dos tribunais.

♥**Especialização da Administração:** As tarefas a cargo do Estado exigem uma Administração especializada, sob pena de não ter razão de existir. Assim, bem mais importante que o decisor político é o decisor técnico-burocrático, pois é necessário especialistas na Administração. A Administração, sendo quem aconselha o decisor e executa as decisões (poder político), necessita de técnicos e de estar especializada. As exigências de tecnicidade limitam ou condicionam a dimensão político-democrática da decisão administrativa, estando a legalidade administrativa condicionada pela

intervenção administrativa: as decisões da Administração especializada prevalecem sobre as decisões de uma Administração politicamente legitimada.

A necessidade de quem decide sobre certas questões técnico-científicas ser um técnico da Administração especializada é exigido pela boa e eficiente administração, à luz dos princípios de adequação dos meios, da proporcionalidade e da imparcialidade, sendo necessário excluir dessas decisões quem não tem conhecimento mínimo para ter poder decisivo. Baseia-se no pensamento de Platão (governo dos sábios).

O poder técnico-científico existente no âmbito da Administração acaba por ser imune à fiscalização política e pouco controlado pelos tribunais, ainda que seja limitado pela Constituição e pela intervenção de outras estruturas técnico-científicas com legitimidade pericial prevalecte. No entanto, é na intervenção do legislador que se encontra o verdadeiro meio de limitar e conformar o poder técnico-científico.

Onde se encontram decisões alicerçadas em critérios técnico-científicos, as ideias de legitimidade política e democrática do decisor são substituídas pelas ideias de legitimidade científica e técnica: o mérito técnico-científico do decisor limita, condiciona e anula a força da decisão política de quem se encontra com legitimidade democrática).

Três Instrumentos técnico-científicos do poder: (1) Reserva na formulação das normas (não só de matéria técnico-científica, mas também ético-moral); (2) Monopólio na interpretação e aplicação das normas técnico-científicas; (3) Exclusivo na concreta avaliação dos juízos ponderativos da decisão.

♥ **Privatização:** Poderá ocorrer quanto ao direito que regula a Administração Pública (Entidades públicas subordinam a sua atividade ou respetivas relações laborais ao Direito Privado: “fuga para direito privado”); Quando à regulação administrativa da sociedade (desregulação, o estado deixa de regular/ desestatização- deixa de ser do estado/ autorregulação: as normas são feitas pelos interessados); Quanto às formas organizativas da Administração (Pessoas coletivas de direito privado são criadas por entidades de direito público e instrumentalizadas à prossecução de fins primariamente integrantes da esfera destas últimas); Quanto à gestão/exploração de tarefas administrativas (Confere-se a pessoas privadas a gestão ou exploração de determinadas tarefas administrativas concretas ou a certos serviços administrativos na sua totalidade); Quanto ao acesso a uma atividade económica (Que só podia ser do setor público e agora é aberto à iniciativa económica privada); Quanto ao capital social das empresas públicas (Podendo haver uma privatização do capital minoritário, maioritário ou total); Quanto aos critérios substantivos de decisão administrativa (O decisor administrativo passa a ter uma conduta de acordo com instrumentos de Direito Privado); Quanto ao controlo da Administração (privatização das entidades encarregues do controlo da Administração ou então privatização dos mecanismos de controlo ao agir administrativo).

♥ **Informatização da Administração Pública:** É um reflexo da sociedade e passa por uma “democratização” dos computadores. Passa-se de uma administração em que o computador era usado como mecanismo de informação para uma administração em que o computador é um verdadeiro funcionário. Temos uma pluralidade de atos

administrativos informatizados. É relevante na área tributária, educação, setor financeiro ou bancário, registo civil, segurança social, contratação pública. Por um lado, temos uma administração aberta 24/24, ainda que ainda haja pessoas que não têm este acesso às novas tecnologias (infoexcluídos), podendo pôr em causa o princípio da igualdade. Por outro lado, há uma certa desumanização da administração e esta pode pôr em causa a aproximação dos serviços às populações. A administração eletrónica envolve vários investimentos tecnológicos, devido à desatualização dos equipamentos e à sua constante necessidade de substituir, o que poderá não reduzir os custos da Administração. Importa perceber que a informatização da Administração permite ainda suprimir distâncias, traduzir uma uniformidade à decisão administrativa, existindo uma potencial melhor satisfação do princípio da igualdade, reduz significativamente os custos o que melhora a eficiência administrativa e, com a rapidez no acesso à informação, decidir torna-se mais fácil. O grau de progresso da tecnologia é de tal forma que nós estamos sempre atrás, e amanhã poderemos ser nós os infoexcluídos do progresso tecnológico. Há ainda o problema da compatibilidade entre equipamentos e programas. Efeito político-administrativos: em matéria de armazenamento de dados, levantando-se problemas de licitude e privacidade (35º/1 CRP- temos direito a poder retificar os dados que existem sobre nós, temos sempre de ter mecanismos que nos permitam saber o que está registado sobre nós e também mecanismos de alterar o que não corresponde à realidade e ainda o direito de saber para que é que precisam dos nossos dados).

A administração informática está também vinculada aos princípios que a administração física: princípio da vinculação às normas constitucionais referentes à organização, atividade e garantias administrativas; princípio da igualdade de garantias entre as formas de exercício tradicional e as formas de exercício eletrónicas; princípio da equivalência entre o suporte digital e o suporte físico: não é admissível que não existe um meio alternativo à administração eletrónica, pois privilegia os cidadãos que têm acesso aos meios informáticos; principio da ausência de obstáculos tecnológicos ao acesso à administração eletrónica/principio da acessibilidade à informação e serviços administrativos por via eletrónica; principio da neutralidade tecnológica: eu não posso criar um sistema que privilegie o acesso à marca x; principio da reserva de lei face a todas as exigências de utilização de meios informáticos ou eletrónicos por parte dos cidadãos no seu relacionamento com a AP: Só a lei pode criar exigências em matéria de administração eletrónica; principio da segurança no relacionamento eletrónico: Tem de existir uma regra que garanta segurança no âmbito do relacionamento eletrónico, existindo um equilíbrio entre a confidencialidade e a transparência (Ex. concursos públicos); principio da utilização de um meio alternativo aos meios eletrónicos; principio da cooperação informática entre as diferentes Administrações Públicas.

Existe um direito fundamental de nos relacionarmos com a administração por via eletrónica? O prof. acha que sim, mas será conseguido pelo artigo 35º CRP (é um fundamento constitucional) ou pela cláusula aberta do artigo 16º CRP (o seu fundamento é o de uma lei ordinária).

Desterritorialização da Administração

Cada vez existe mais uma administração sem território, sendo fundamentalmente globalizada: a dimensão da cooperação administrativa é também entre estados. É consequência da limitação da soberania; da globalização e internacionalização. Acaba por pôr em causa o princípio da soberania, da territorialidade e da estatualidade. A ideia de uma administração pública territorializada, mostra-se incompatível com a conceção personalista do fenómeno administrativo. A criação de um espaço jurídico global leva a que o estado tenha de partilhar a competência decisória com outras entidades, havendo cada vez mais uma Administração sem estado, até porque existe uma pluralidade de necessidades coletivas que não se circunscrevem aos limites do território de um Estado → Existem um direito administrativo global (Administração Pública em rede) ou pelo menos regional (Ex. Direito da União Europeia é um direito administrativo regional) e progressivamente o Estado tem vindo a perder poder (encontra-se mais débil e limitado em termos materiais e internacionais- Erosão do Estado²³). Quais são os espaços da Administração:

Espaços comuns:

- (i) Zonas de exercício comum da função administrativa: convergência de interesses e partilha de exercício de poderes (Ex. PAC- escala regional// Ex. situações dos refugiados, alterações climáticas e políticas ambientais, problema da segurança, tráfico de pessoas, produtos, branqueamento de capitais, no âmbito do mercado financeiro- escala global);
- (ii) Zonas de administração exclusiva do estado: administração eleitoral;
- (iii) Zonas de administração exclusiva de entidades supraestaduais: a administração é atribuída a uma estrutura que é dotada de uma personalidade jurídica distinta dos outros estados: Organizações Internacionais: tem personalidade jurídica distinta dos membros que as integram, sendo autónomas destes (União Europeia, BCE, ONU, FMI).

Consequências: erosão da administração do estado; internacionalização da administração pública; mudança da administração pública, havendo hoje uma destatização, isto é, a Administração passa a ser também uma realidade sem Estado, inclusiva independente deste.

Administração pública sem estado:

→ União Internacionais (modelos do século XIX, onde os estados coordenavam políticas, sendo uma Administração que coordena estados e que só se relaciona com os estados) - Ex. União Fiscal Internacional; Organização de Trabalho Internacional

→ Administração Pública das Organizações Internacionais (surgem interesses transnacionais, impossíveis de ser assegurados em exclusivo por um Estado, havendo a necessidade de gerar organizações de vocação internacional, que têm órgãos próprios

²³ Falar na morte ou desaparecimento do estado é um enorme exagero, pois a globalização não produziu, nem é plausível que venha a produzir, a extinção do estado.

funcionários próprios e até contenciosos da função pública, para responder a estes interesses. Os estados-membros são afetados por uma projeção interna da administração destas organizações: os estados não podem decidir sobre aquilo que decidiram ser objeto da decisão das mesmas; não podem decidir em contrário dos atos provenientes; a execução das normas exige a colaboração dos estados, agindo a sua administração como indireta na execução da atuação administrativa das organizações internacionais; tem de haver uma articulação e coordenação entre órgãos e serviços administrativos do estado → Gera-se um fenómeno de Interadministratividade ou de uma Administração Pública multinível);

→ Administração Pública da União Europeia (forma mais intensa desta Administração, sendo a UE um organização atípica de estados, tendo um interesse público próprio, órgãos próprios e função pública própria → um espaço administrativo europeu, que cria uma influência recíproca entre os estados e da Administração Europeia sobre as administrações dos estados-membros (as administrações nacionais europeizaram-se),, que levam a formas de coadministração: por um lado a decisão é da UE, mas quem executa/tem o poder administrativo são os estados membros (Quando a administração executa uma norma da administração europeia, está a agir como delegada ou estrutura indireta da administração europeia, sendo a referência aplicativa do direito da UE, estando a liberdade decisória dos estados membros confinados à margem de discricionariedade permitida após os limites impostos da ordem jurídica europeia). Por outro lado, há formas de relacionamento horizontal entre as diferentes administrações dos diferentes estados membros. A influência do Direito Administrativo da União Europeia na administração dos seus estados membros leva a que se registre uma aproximação e harmonização da legislação dos diferentes estados membros e das suas administrações internas. Existe, assim, uma projeção interna em cada estado membro da administração da união europeia. Podemos falar de uma federação administrativa europeia que é composta pela: administração direta da EU (uma administração federal), sendo as administrações dos estados membros administrações federadas.

→ Administração Pública por organizações não governamentais: no espaço internacional nem todas as organizações são dependentes dos governos dos estados, assumindo forma privada (Ex. Comité da Cruz Vermelha, FIFA, UEFA), e ainda assim podem exercer fins de interesse públicos: exercício privado de funções públicas de natureza administrativa (encontram-se limitadas na sua ação por estarem vinculadas aos limites administrativos)

O que resta para a Administração Pública nacional?

O interesse público geral (Administração Pública- num sentido global) é igual ao interesse público nacional (IPG – (IPI+IPUE)) mais o interesse público das instituições internacionais mais o interesse público da União Europeia mais o interesse público das Administrações públicas dos outros estados mundiais mais o interesse público prosseguido pelas ONG. Assim, a AP nacional é hoje um espaço menor, um enclave, de dimensão reduzida na AP global: de reduzida dimensão territorial e de reduzida dimensão de decisão (é limitada pelas restantes AP). Importa, no entanto, considerar

que a administração pública nacional também pode ter a seu cargo a prossecução de interesses públicos transnacionais; pode ser chamada a conferir execução a atos praticados por organizações internacionais ou pelo União Europeia, desempenhando um papel de administração indireta ou delegada dessas. Por outro lado, nem todos os atos de prossecução do interesse público por parte da Administração nacional é livre de intervenção da ponderação resultantes de atos de DIP e do Direito Europeu. Poderá ainda ocorrer que a Administração Pública nacional veja a sua ação de prossecução do interesse nacional limitada por uma situação de protetorado internacional (Ex. FMI). Quanto à Administração dos Estados-Membros da União Europeia a questão de enclave assume relevo, pois poderá perguntar-se onde reside a legitimidade democrática dos novos decisores e como se materializa a inerente responsabilidade política?; O que resta do princípio da constitucionalidade e da força normativa da vontade constituinte e soberana do povo de cada estado?; Como pode o cidadão continuar a ver garantidos os seus direitos perante autoridades decisórias que os desconhecem ou relativamente às quais o acesso é limitado e difícil?

Dimensão Intertemporal da Administração Pública

A definição jurídica da organização administrativa, das soluções referentes ao seu funcionamento e à sua atividade, assim como as relações que a Administração Pública estabelece internamente ou com os cidadãos, mostram-se sempre passíveis de ser objeto de mutabilidade intencional (não existem atos imodificáveis, existindo, pelo contrário, um princípio de reversibilidade ou revogabilidade das decisões). Esta mudança poderá ocorrer por via legislativa ou por via administrativa (por regulamento, ato administrativo ou contrato). O decisor da conformação jurídica pode configurar o futuro de maneira diferente do que hoje existe, mas a configuração não pode ser feita de forma abrupta (tem de ser feita com atenção à confiança) e pode ser tentado a reconfigurar o passado (escrever novas normas que regulem factos, situações, efeitos já existentes), colocando-se problemas quanto à retroatividade e retroconexão.

Quais são os fundamentos? O princípio da prossecução do interesse comum; Princípio democrático; Princípio da segurança jurídica e proteção da confiança (mudança tem de respeitar a segurança e proteção da confiança). A tendência é a maior liberdade conformadora que a configuração jurídica do futuro confere ao decisor, desde que não envolva factos ou efeitos de situações passadas, que a que este tem face à atendibilidade do passado.

Problema de configurar o futuro: ninguém tem o direito à manutenção de uma lei/cristalização da lei, não podendo esta ter um valor absoluto no sentido de nunca mudar (princípio da reversibilidade do direito). Mas a liberdade decisória tem de ser sempre feita dentro do espírito do sistema (pois deverá ter como limite a previsibilidade do devir da ordem jurídica), dentro do quadro dos valores constitucionais e sem ser de tal forma frequente ou radical que ponha em causa a segurança jurídica e a confiança dos cidadãos que orientam as suas condutas e fazem planificações com base em previsões quando à ordem jurídica vigente.

Pode ser a realidade factual que se altere (alteração das circunstâncias), e o direito tem de se adaptar a essa realidade: a alteração das circunstâncias é uma cláusula implícita em todos os atos jurídicos, pois é uma exigência material de justiça- “Aqui o passado torna-se presente para se reconfigurar o futuro”. Esta alteração de circunstâncias tanto pode ser invocado pela Administração, impondo aos destinatários as suas decisões ou pode ser usada pelos cidadãos como argumento no seu relacionamento com a Administração. Nestes casos, prevalece o princípio de justiça e equidade sobre o princípio da estabilidade das situações jurídicas.

Como é que o passado pesa no presente? Como se pode configurar a administração e, ainda assim, ter presente o passado? A solução assenta na retroatividade (visam-se atingir situações já escritas pois o direito quer reconfigurar o passado alterando-o) e na retroconexão (os factos aconteceram no passado e prolongam-se no futuro, podendo a nova regulação produzir apenas efeitos para o futuro (em sentido próprio), ou atingir também efeitos em curso de produção (com efeito retroativo)). Contudo, há limites: Intangibilidade do caso julgado: não se pode pôr em causa o caso passado na reconfiguração do passado, com a exceção do 282º/2 CRP; Não é possível atingir efeitos passados que tratem bens pessoais (18º/2); Obrigatoriedade de retroatividade nos casos de decisões sancionatórias de conteúdo favorável ao arguido; Quando estamos a executar uma norma retroativa ou decisão judicial, porque determina que a atuação administrativa se reporte à lei retroativa; Interpretação de decisões anteriores (a lei interpretativa integra-se na lei interpretada); Declaração de invalidade de um órgão anterior.

A atendibilidade normativa do passado a nível administrativo pode determinar a obrigatoriedade de serem introduzidas cláusulas de equidade e/ou inclusão de normas transitórias, para tentar arranjar um compromisso entre a lei nova e a garantia da tutela de situações jurídicas adquiridas à luz da lei velha. No caso de haver danos decorrentes da introdução de uma regulação jurídica fundada na atendibilidade do passado que não acautele o direito fundamental à segurança dos cidadãos perante a Administração Pública, a ordem jurídica habilita o ressarcimento por via do instituto da responsabilidade civil.

A fiscalização de atos jurídicos relativos à organização, funcionamento ou relacionamento da Administração Pública determina, em regra, a destruição retroativa dos efeitos dos atos, isto é, a norma deixa de vigorar desde a sua entrada em vigor (invalidade originária) ou desde que se verifica a sua invalidade (invalidade superveniente): A fiscalização do Tribunal Constitucional determina a destruição retroativa dos atos inválidos (282º/1), assim como a fiscalização dos Tribunais administrativos, que determina a invalidade do ato desde a data da emissão. No caso de ser um ato não normativo, os seus efeitos são destruídos desde o momento em que ocorreu a sua ilegalidade. Como já foi apresentado, as decisões judiciais já transitadas em julgado e as decisões administrativas individuais já consolidadas na ordem jurídica (incluindo aquelas que aplicam normas inconstitucionais) são uma limitação à retroatividade (sem esquecer a circunstância de normas mais favoráveis ao arguido),

significando isto que se salvaguarda na ordem jurídica a manutenção de efeitos de atos fundados em normas inválidas, sendo a conformação do agir administrativo contra legem e contra constitutionem. Este modelo poderá pôr em causa o princípio da igualdade.

Três limites à retroatividade da intervenção judicial:

- ♥ Decisões já transitadas em julgado (não são atingidas pela retroatividade);
- ♥ Decisões administrativas já consolidadas na ordem jurídica (contra isto seria possível invocar o princípio da igualdade- porque em nome deste pode ser posto em causa os princípios da segurança, confiança e legalidade);
- ♥ A competência poder ativa do Tribunal Constitucional, presente no artigo 284º/4, de, fundamentamente, por razões de interesse público de excepcional relevo, segurança jurídica ou de equidade, manipular ou modelar os efeitos da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, isto é, a Constituição permite que uma norma inválida, face a uma ponderação, produza efeitos como se se tratasse de uma norma válida (contrai-se nestes casos o princípio da constitucionalidade e legalidade a favor de outros valores).

A modelação temporal dos efeitos é não apenas a modelação do passado, onde o tribunal pode definir os termos pelos quais a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade tem efeito retroativo (modelação pretérita de efeitos- podendo a ilegalidade decorrer da violação de normas que ainda existem (ilegalidade presente) ou de normas que já não existem na ordem jurídica (ilegalidade pretérita)), mas também de considerar que a declaração de inconstitucionalidade ou legalidade só produz efeitos a partir de certo momento para o futuro (modelação pro futuro de efeitos), aplicando a administração normas inválidas, que têm como base a sentença dos tribunais. Nestes últimos casos, a norma vê os seus efeitos passados ressalvados e é habilitada a produzir efeitos inconstitucionais para o futuro (existe uma relativização do carácter normativo e da rigidez hierárquica da Constituição). O agir administrativos está vinculado a uma normatividade já julgada e declarada inconstitucional → Assiste-se assim a um Desenvolvimento da Administração contra constitutionem.

A questão assume relevância: a norma do artigo é excepcional²⁴ ou é um afloramento de um princípio de direito? Há uma norma igual em sede de controlo de validade dos regulamentos pelos Tribunais Administrativos (76º/2- Código de Processo dos Tribunais Administrativos/ 144º CPA), sendo uma ampliação da norma constitucional. A modelação pretérita só é aplicável na fiscalização sucessiva abstrata ou também concreta e difusa? O Professor Paulo Otero considera que sim, em nome de razões teleológicas de igualdade. Por outro lado, importa questionar se a modelação para o futuro segue esta lógica, pois se seguir, a Administração contra legem desenvolve-se, estando habilitada a produzir atos contrários à juridicidade, pois pauta-se por normas inconstitucionais.

²⁴ A experiência aponta para a possibilidade de a exceção se tornar a regra.

O artigo 282º/4 poderá aplicar-se a outros níveis de invalidade, como a nulidade ou anulabilidade? Isto é, os tribunais podem atribuir eficácia a atos nulos ou anulados ou modelar preteritamente a sua invalidade? A nulidade, por regra, não se consolida na ordem jurídica, mas podem ser concedidos efeitos de facto a atos nulos, quando se sobreponham valores decorrentes da tutela da confiança, da aparência e da boa fé. Por outro lado, a anulabilidade consolida-se na ordem jurídica, mas ainda assim, o juiz pode ressalvar situações já produzidas ao seu abrigo, fixando os efeitos da anulação com alcance mais restrito do normal ou então pode mesmo afastar o efeito anulatório, permitindo que o ato produza efeitos como se fosse válido.

Se perante a inconstitucionalidade, certos interesses justificam (equidade, interesse público, segurança) a aplicação de uma lei inconstitucional, então em situações de ilegalidade, os tribunais também o podem fazer, pondo em causa o princípio da ilegalidade, visto que podem pôr em causa o princípio da inconstitucionalidade.

O juiz desempenha uma postura metodologicamente ativa do poder judicial na realização do Direito, afastando a ideia de que é a simples “boca que pronuncia as palavras da lei”. Existe uma zona de “discrecionabilidade jurisdicional” onde o juiz tem autonomia para ponderar nos casos concretos. Importa não esquecer que a modelação de efeitos pelo juiz traduz sempre uma intencionalidade em busca de solução justa para dirimir um conflito de pretensões.

Se os tribunais podem modelar os efeitos para o passado e futuro de atos inválidos, será que também podem modelar os efeitos de atos válidos perante a justiça do caso concreto, isto é, o artigo não será uma cláusula geral de manipular todos os efeitos de atos jurídicos → A resposta tem de ser conseguida no quadro da Constituição, que apresenta a possibilidade de autoderrogação do princípio da constitucionalidade e legalidade perante valores de segurança, equidade e interesse público. O artigo 282º funciona, assim, como uma “válvula de escape” do sistema, aflorando um princípio geral, em que em situações extremas quando é colocado em causa a própria garantia da dignidade humana dos envolvidos, mesmo que não haja invalidade, se justifica a prevalência de um espaço axiológico face a juridicidade positivada. Importa no entanto, fazer relevar que não se pode deixar de garantir sempre a materialidade da justiça do caso concreto quando o juiz decide com base na ponderação (por não estarmos presentes situações de estado de necessidade ou em que o juiz se encontra expressamente habilitado a decidir à luz da equidade). A modulação de efeitos de uma norma válida teria sempre de constituir um poder excecional, mas que assumia relevo enquanto alternativa de um sistema jurídico de modelo positivista-legalista fundado na lei e na vontade do político sempre atender à justiça material das situações concretas.

Neste seguimento, é fácil considerar que a Administração se encontra vinculada a uma **juridicidade aberta**, expressão de um sistema jurídico aberto, sendo o ordenamento regulador da Administração Pública sujeito a ponderações ou balanceamento de bens, interesses e valores e sujeito a revisibilidade, podendo ser substituídos por uma explicação científica mais adequada. Encontramos assim um modelo administrativo

sempre disposto a corrigir-se, admitindo que pode agir melhor e, por isso, disposto a reconhecer os seus erros, rediscutir os problemas e as suas decisões.

Organização Administrativa

Aspetos gerais da Organização Administrativa:

→ Passagem dos factos às normas (factualidade à juridicidade da Organização Administrativa): estas questões começaram por ser um espaço isento da intervenção da lei, só na segunda metade do século dezanove passou a ser um tema integrante da reserva de lei com os propósitos de legitimar democraticamente (a lei enquanto produto do Parlamento define o modelo da organização administrativa) e de submeter ao modelo da razão a Organização Administrativa. Surge, assim, o Direito da organização administrativa.

→ Qual é a evolução da Organização Administrativa? Na idade média encontrávamos um pluralismo da organização administrativa (AP régia, AP senhorial, AP eclesiástica). Posteriormente, assiste-se a uma progressiva centralização da organização administrativa na figura do rei. Hoje, não há uma, mas várias administrações públicas, voltando-se à pluralidade- AP do Estado, AP das RA, AP autárquica, AP universitária- (“neufeudalismo administrativo”).

Aspetos a ter em consideração: Importância da organização administrativa para a implementação do estado social de bem-estar, pois é chamado a desenvolver maior tarefas e, portanto, é necessário maior estrutura administrativa. Há uma articulação crescente entre a organização administrativa e a intervenção/participação dos cidadãos. A organização administrativa tem sofrido o efeito da privatização.

→ Vertentes do poder de organização administrativa: há um poder externo (quem o define não é a administração, poderá sê-lo pela lei, convenção internacional ou constituição) e um poder interno (da própria administração- poder de autoadministração/auto-organização, podendo esta definir regras sobre a sua organização e funcionamento- ex. poder de auto-organização do governo- 198º/2). Modalidades de auto-organização: entre entidades públicas (intersubjetivo), dentro de uma pessoa coletiva (intrasubjetivo), entre órgãos (interorgânico) ou dentro de cada órgão (intraorgânico). Todos os órgãos colegiais têm o poder de elaborar o seu próprio regimento: expressão da competência de auto-organização.

→ Abertura externa da Administração Pública: As pessoas coletivas estrangeiras que podem colaborar com a AP portuguesa (Ex. entidades que exercem funções de natureza social estrangeiras que podem obter o estatuto de interesse público; ou a possibilidade de se contratar serviços estrangeiros para desempenhar papéis administrativos (Exemplo de empresas privadas que estão subordinadas a um estado estrangeiro (fora ou dentro da União Europeia) e que compram uma empresa pública que foi privatizada → altera a estrutura da organização administrativa, pois a empresa privatizada fica na órbita do estado estrangeiro → Os Estados Unidos têm se insurgido contra isto)). Quais os limites desta abertura?

→ Reconfiguração dos princípios que norteiam a Organização Pública: A desconcentração e descentralização estão limitadas pelo princípio da unidade (natureza soberana do estado, natureza unitária do estado e o governo como órgão superior da AP). Relevância do direito da União Europeia: por um lado, a AP é administração indireta Administração da União Europeia, e por outro lado, o governo português é só parcialmente o órgão superior da AP, porque quando a AP nacional executa o direito da União Europeia, o órgão superior não é o governo, mas a Comissão Europeia. Assim, o governo apenas é o órgão superior da AP nacional, sendo nessa medida que responde perante o Parlamento como órgão superior. Colonização da AP pelos partidos políticos.

Estruturas subjetivas públicas

O que é uma pessoa coletiva pública?

São aquelas que reúnem 2 elementos: (1) material ou substantivo- no âmbito da sua atividade prosseguem fins primariamente/predominantemente de natureza pública (não são exclusivamente públicos, também pode ter fins de natureza privada (Ex. lucro)) – relacionados com a importância do bem comum da coletividade; (2) formal- tem de ser um título jurídico do poder público (Fontes: Convenção internacional, atos de organizações internacionais, regulamento, contrato administrativo, lei, Constituição, sentença judicial) que habilite a prossecução desses fins.

Que espécies de entidades públicas existem?

→ De base territorial: cuja génese/existência assenta num substrato do território com uma determinada população (Estado, RA, AL (Regiões administrativas, municípios, freguesias)).

→ De base institucional (Institutos Públicos): Definem-se por exclusão de partes, são de base institucional todas as que não têm base associativa e territorial. Dois grupos dentro dos institutos públicos:

1. Sem natureza empresarial
 - ♥ Serviços personalizados (burocráticos a que a lei atribui personalidade jurídica);
 - ♥ Fundações públicas (de direito público ou de direito privado);
 - ♥ Universidades públicas (podem funcionar como uma federação de entidades públicas- Universidade de Lisboa);
 - ♥ Institutos politécnicos públicos;
 - ♥ Entidades administrativas independentes (institutos públicos que exercem a sua atividade que exercem a sua atividade com um grau de autonomia superior à dos restantes face ao governo português. Poderão até estar mais próxima da União Europeia que do governo português (Ex. Banco de Portugal; Comissão de Mercado de Valores Mobiliários)
2. Com natureza empresarial- pretendem ter lucro, podendo ser do Estado ou das RA.

→ De base associativa (Associações Públicas): A essência está no facto de agruparem/associarem entidades. Pode ser uma associação pública de entidades privadas (associações socioprofissionais- artigo 46º CRP). Pode ser uma associação pública de entidades públicas (associações de freguesias, área metropolitana de Lisboa e Porto). Pode ainda ser uma associação pública mista: entidades privadas e públicas.

O que há de comum a todas as entidades?

- ♥ Titularidade de fins próprios;
- ♥ Titularidade de património próprio;
- ♥ Capacidade jurídica de direito público e de direito privado;
- ♥ Autonomia administrativa e financeira;
- ♥ Subordinação às regras de contratação pública;
- ♥ Sujeição a mecanismos de responsabilidade civil, financeira e política;
- ♥ Toda a sua atuação está sujeita ao controlo pelos tribunais administrativos;
- ♥ Personalidade judiciária e legitimidade processual: todas podem ser partes em processos judiciais;
- ♥ Poder de auto-organização interna.

Desconsideração da personalidade jurídica: Há situações nas quais a ordem jurídica esquece que está perante uma entidade coletiva (pessoa coletiva) e atinge, produz efeitos diretamente sobre os titulares dos respetivos órgãos ou respetivas situações pessoais (Ex. Responsabilidade civil pessoal do titular do órgão-22º CRP- a responsabilidade das entidades públicas é solidária com os seus titulares de órgãos, o que significa que o particular pode desencadear uma ação de responsabilidade contra a entidade pública ou contra o titular do órgão e há a responsabilidade pessoal em casos de condutas dolosas ou negligência e zelo; e possibilidade de existência de litígios entre órgãos da mesma pessoa coletiva (órgão A e órgãos B podem desencadear ações entre si).

Fenómeno da personalização de estruturas orgânicas: é o inverso da desconsideração da personalidade, agora atribui-se por ficção personalidade a determinados órgãos. Assiste-se a 3 implicações: os órgãos passam a ter um poder de auto-organização interna, há autonomia patrimonial com inerente responsabilidade civil, os órgãos têm personalidade judiciária e legitimidade processual, isto é, podem desencadear processos judiciais (ativa) ou podem contra eles (passiva) serem desencadeados processos (ex. PR, AR, Provedor de Justiça, Conselho Superior da Defesa Nacional). São órgãos, mas tudo se passa como tivessem personalidade jurídica.

Há pessoas coletivas privadas criadas por entidades públicas, o que origina o fenómeno de cascata (pessoa coletiva pública pode criar pessoa coletiva privada e essa por sua vez pode criar outra pessoa coletiva privada).

Influência do Direito da União Europeia: O que é organismo de direito público? É uma entidade sujeita a influência pública dominante ou a um controlo público. Significa que (1) têm de ser entidades maioritariamente financiadas por entidades públicas; (2)

sujeitas a controlo de gestão por uma entidade pública; (3) e terem um órgão de direção, administração ou fiscalização em que a maioria dos seus membros seja nomeada (direta ou indiretamente- exemplo, a entidade privada criada pela entidade pública cria outra entidade privada) por uma entidade pública. É irrelevante a personalidade jurídica ser de direito privado ou público. Traduz-se, fundamentalmente, em Associações privadas de entidades públicas e fundações privadas integrando entidades públicas → Existe uma Administração Pública sobre forma jurídica privada, ao lado de uma Administração Pública sobre forma pública.

Quais os critérios para criar estas entidades? Inicialmente o critério era o da total liberdade, nos últimos anos surgem regras que limitam a criação de entidades privadas por entidades públicas. Uma entidade pública não pode criar entidades privadas como se fosse uma entidade privada → Para que uma entidade pública crie entidades privadas tem de existir uma lei habilitante (não pode ser o CC- está pensado para entidades privadas). Princípio da proibição das entidades públicas criarem ou participarem em novas fundações privadas.

Como os Institutos (Lei 3/2004- LQIP) podem criar ou participar entidades privadas?

- Tem de existir uma previsão legal ou estatutária;
- Imprescindibilidade: tem de ser necessária a criação da entidade privada;
- Autorização prévia do Ministro das Finanças e do Ministro da tutela do respetivo setor, sendo estes que ajuízam se é necessária a criação.

Decreto-Lei 133/2013: Também regula a criação de entidades privadas por entidades públicas.

Qual é a capacidade jurídica (medida de posições jurídicas) das entidades públicas? Quais são os princípios que a norteiam?

→ Princípio da Especialidade: têm os poderes inerentes à prossecução dos seus fins;

→ Princípio da Reserva de Lei: é a lei que define a capacidade das entidades;

→ Princípio da admissibilidade da existência de poderes implícitos: A lei define os fins, então implicitamente dá os meios para os alcançar.

Têm uma capacidade jurídica de direito privado para além de uma capacidade de direito público. Há uma capacidade interna, mas também há uma capacidade internacional ou externa.

A capacidade das entidades públicas pode envolver a representação de entidades públicas (a capacidade não exclui o fenómeno da representação) - Ex. o Presidente da Câmara Municipal é quem representa o município nos tribunais e uma entidade pública pode contratar um advogado para a defender (ocorre a representação por terceiros alheios à organização administrativa).

É possível a gestão de negócios entre entidades públicas, no âmbito da sua capacidade jurídica privada, não no âmbito da atividade regulada pelo direito público (Se não há lei

a permitir, se uma entidade pública atuar em gestão de negócios para uma entidade pública, há incompetência absoluta, porque invade a área de atuação de outra entidade).

A capacidade jurídica marca os limites da sua competência: Se uma entidade pública age fora da sua capacidade, lesa a competência gerando uma situação de incompetência absoluta, mas ao mesmo tempo se viola as regras de capacidade em matéria de direito privado atinge a tutela da confiança.

Relações Intersubjetivas:

Como se definem as atribuições das entidades públicas? Qual a natureza das normas definidoras das atribuições? Duas teses:

1. Tese Tradicional (Diogo Freitas do Amaral): Há como regra a incomunicabilidade (conceção rígida): cada entidade tem atribuições próprias e nunca se cruzam com as atribuições das outras entidades públicas. Há, no entanto, casos excecionais: admite-se poderes de intervenção de uma entidade pública sobre a esfera de outra entidade pública- Estado pode intervir na atuação de todas as entidades públicas.
2. Tese Paulo Otero: Elasticidade das normas definidoras de atribuições. As atribuições/interesses materiais são repartidos em termos verticais, não sendo exclusivo de uma entidade, mas sim partilhadas. Há uma repartição vertical de interesses materiais. É hoje visível em 3 princípios:

→Princípio da subsidiariedade: pertence às entidades de âmbito menor aquilo que por elas puder ser feito, mas se elas não fizerem, ou não fizerem com tanta eficiência será feito pelas entidades maiores.

→Princípio da supletividade do Direito do Estado: se as entidades públicas menores não elaborarem normas sobre uma determinada matéria aplica-se a lei do estado, até que disciplinem.

→Princípio da prevalência do Direito do Estado: nas diversas matérias o estado pode originaria ou supervenientemente emanar normas que façam realçar o interesse nacional.

Poderes de Intervenção Intersubjetiva: faculdades que a ordem jurídica confere a uma entidade pública de âmbito mais amplo para interferir na gestão de entidades públicas de âmbito mais restrito, havendo poderes de intervenção sobre forma pública e poderes de intervenção sobre forma privada (p.e, pode utilizar mecanismos do direito comercial para controlar outra enquanto acionista).

♥ Poderes de Intervenção sobre Forma Pública:

Qual o fundamento destes poderes? Princípio da Unidade da Administração, sendo garantida pelo Governo, enquanto órgão superior da administração pública; e a realidade de o governo ser responsável perante o Parlamento porque pode intervir sobre a Administração, sendo tanto mais responsável quanto mais poderes de

intervenção tiver sobre a administração, pois ninguém pode ser responsabilizado sobre aquilo que não controla.

- **Superintendência:** Poder de orientar a atividade de outras entidades públicas, isto é, fixar os fins. Todavia, dá liberdade de meios, desde que consiga atingir o fim. O poder, juridicamente, exerce-se através da emanção de diretivas e recomendações. O governo exerce este poder sobre (199º alínea d) a Administração Indireta- aquela que realiza os fins do Estado através de uma pessoa jurídica distinta do Estado. Discute-se se a 199º alínea d) é dotado de aplicação direta, ou seja, se precisa de uma lei ou se o governo pode usar este artigo para exercer o poder de superintendência. (PO- defende a aplicabilidade direta).
- **Tutela:** Poder de controlar/fiscalizar o cumprimento da lei pela entidade tutelada ou o mérito (oportunidade, bondade) da gestão desta. É, portanto, um poder menos intenso que a superintendência. Sempre que haja poder de superintendência há poder tutela (pois quem pode o mais, pode o menos), mas quando há poder de tutela não obriga à existência de um poder de superintendência (pois quem pode o menos não pode necessariamente o mais). Só há tutela quando a lei prevê e nos termos que esta define (tipicidade legal da tutela). A tutela só existe perante a Administração Autónoma e Administração Indireta. A tutela é uma forma de intervenção de uma entidade de âmbito superior no controlo ou fiscalização da gestão de uma entidade menor. Com fundamento na aplicabilidade direta do artigo 52º/1 CRP pode existir tutela revogatória.
 - Inspetiva
 - Sancionatória (aplicação de sanções);
 - Integrativa (quando o ato da entidade tutelada necessita de aprovação da entidade tutelar);
 - Revogatória ou Anulatória (visa cessar a produção de efeitos de atos produzidos pela entidade tutelada);
 - Substitutiva (a entidade tutelar age em vez da entidade tutelada).
- **Coordenação:** Visa harmonizar interesses que estão ou podem vir a estar em conflito. Tentativa de definir soluções de coerência, que permitam evitar disfunções/contradições de duas entidades públicas. Há a entidade que coordena (superior- coordenadora) que exerce uma relação de supremacia face às entidades coordenadas. Todas as entidades públicas estão sujeitas a coordenação por parte do Governo (da República ou Regional), exceto aquelas que estão sujeitas a um modelo de cooperação.
- **Cooperação:** Parte do princípio de igualdade/paritário entre quem está na atuação coordenadora. Há uma atuação conjunta de 2 ou mais entidades, concertando interesses. Há um dever de cooperação entre as entidades cooperativas, o qual engloba deveres recíprocos de auxílio, colaboração, informação, lealdade e de não criar obstáculos gratuitos. Exemplos: (1) Entre

o Estado e RA; (2) Entre a União Europeia e os Estados-Membros; (3) Entre os Estados membros e a União Europeia; (4) Entre os Estados Membros.

- **Podem ainda haver relações envolvendo entidades públicas sobre forma privada:** Poderes que a entidade pública exerce, enquanto acionista (direito à informação, ao controlo das deliberações), no âmbito da entidade pública sobre forma privada. São poderes que resultam do direito comercial que são aproveitados. Os poderes de direito privado permitem, no limite, que a entidade pública dite o que quer que a entidade privada faça, sendo estas meros instrumentos. Assim, os poderes de intervenção de direito privado são mais intensos que os poderes de direito público.

Estruturas Orgânicas

Conceito de órgão: Centro institucionalizado que expressa uma vontade jurídica imputada à entidade. É a estrutura que forma e manifesta a vontade da pessoa coletiva. O órgão não se identifica com o titular, agente (só auxilia, colabora), cargo (é o vínculo jurídico) ou competência (conjunto de poderes funcionais).

Tipos de órgãos:

- Singulares e Colegiais;
- Órgãos Centrais-exercem poderes sobre todo o território nacional- e Locais-exercem poderes sobre uma área circunscrita do território;
- Órgãos Ativos- os que decidem, Consultivos- os que opinam, de Controlo-fiscalizam o que os outros decidem;
- Órgãos Decisórios- aquele que emana a definição do direito no caso concreto- e Executivos- implementam/aplicam o que os outros decidiram- têm função secundária face aos órgãos decisórios.
- Órgãos Simplex- tem um ou vários titulares, mas é um único centro de formação de vontade- e Complexos- órgãos que integram outros órgãos (Ex. Governo, que tanto decide através de todos os membros ou através do Conselho de Ministros, cada membro do governo é um órgão autónomo. No silêncio da lei/Constituição (natureza consuetudinária), nada dizendo se a competência é de exercício individual ou colegial, presume-se que é individual).
- Órgãos Permanentes e Temporários.
- Órgãos Representativos e Não Representativos- tem a ver com o processo de designação dos titulares.

Regime dos Órgãos Colegiais (21º-35º CPA):

- ♥ Só podem funcionar estando presente o quórum-maioria dos membros (metade+1);
- ♥ Para que o órgão possa validamente deliberar tem de existir uma convocatória onde se fixa a hora, dia e a ordem do dia, enviada com antecedência aos membros e as deliberações só podem cair sobre as matérias presentes na ordem do dia;

♥Têm um presidente e um secretário, sendo a regra serem eleitos pelos restantes membros;

♥Têm auto-organização interna: podem elaborar o seu próprio regimento;

♥Ao presidente compete: convocar, dirigir e fiscalizar a legalidade da atuação do respetivo órgão;

♥A forma de deliberar: a regra é a maioria na deliberação de um órgão colegial. Os órgãos consultivos não admitem abstenções nem alguns órgãos de natureza deliberativa. O escrutínio secreto (não se sabe o que os outros votam) apenas é admissível quando as deliberações envolvem matérias pessoais. Se há dúvidas sobre se é aberto ou fechado pode realizar-se uma deliberação para decidir como será.

♥Como se resolvem as situações de empate? Convoca-se nova reunião. E se voltar a empatar? O desempate pode ser atribuído ao presidente se este tiver esse poder.

Voto de desempate: só vota quando existe empate. Voto Qualificado: vota, mas em caso de empate, a sua votação é qualificada, contando 2 vezes.

Quando há empate nas votações por escrutínio secreto? Passa-se para a votação de escrutínio aberto. E se voltar a ter empate? Recorre-se ao Presidente.

♥Relevância da Ata- tem 3 funções: é ou deve ser a síntese do que ocorreu na respetiva reunião, devendo ter a identificação do órgão, local, data, hora, objeto deliberativo e o conteúdo da deliberação; a ata aprovada é a condição de eficácia das deliberações tomadas, sob pena de existir mas não poder ser aplicada; permite que quem vote contra uma deliberação possa fazer uma declaração de voto fixada em ata, excluindo este da responsabilidade pessoal.

Titulares:

- Titulares normais (pessoas físicas que exercem a título profissional ou não as respetivas funções);
- Titulares em situações especiais (acumulação de funções- exerce a função x mas simultaneamente exerce a y; e prorrogação do mandato- o poder é exercido para além do tempo respetivo do mandato);
- Titulares em situações anormais: funcionários de facto- pessoas que aparentam ter título mas que não têm título para exercer essas funções, ou porque o título que têm é inválido (invalidade- nulidade do ato de nomeação; o ato não é nulo mas veio a ser destruído judicialmente-Ex. professor ganha concurso, mas que ficou em 2º lugar impugna a decisão do concurso, e a decisão é emitida muitos anos depois) ou porque nem sequer título têm (ausência- ocorreu principalmente em períodos de guerra em que alguns particulares exerceram funções públicas: praticaram casamentos ou eram núcleo de apoio do antigo regime enquanto havia uma ocupação). Também há funcionários de facto quando a estrutura publica é formada por uma lei que é considerada inconstitucional. Os funcionários de facto levantam um problema entre a

legalidade e a criação de expectativas por quem se relaciona por eles. Poderá ainda ocorrer usurpação de poderes públicos: sabe que não tem título, mas exerce as funções: é crime- Ex. Médico da Madeira; Professor em Portalegre; Falso Assistente.

Princípios Gerais dos titulares dos órgãos públicos:

- ♥Princípio da vinculação ao fim da prossecução do interesse público;
- ♥Princípio da imparcialidade;
- ♥Princípio da proibição da acumulação de empregos ou cargos públicos;
- ♥Princípio da existência de incompatibilidades: por exercer umas funções não pode exercer outras;
- ♥Princípio da Responsabilidade, que pode ser civil, financeira, criminal, disciplinar ou política.

Serviços Públicos²⁵

- São Organizações de pessoas singulares;
- Existem no âmbito das pessoas coletivas;
- Visam implementar as atribuições das pessoas coletivas;
- Exercem funções de apoio, colaboração, execução, prestação;
- Agem sobre a iniciativa e comando dos órgãos.

Existem serviços principais ou auxiliares, centrais ou periféricos, sujeitos à hierarquia ou não (obedecem ao princípio da direção), sujeitos à gestão pública (direito público) ou privada (direito privado).

Traços característicos:

- Cada serviço público pode auto-organizar-se;
- Caracterizam-se pelo princípio da continuidade: a greve é uma exceção; há serviços públicos essenciais, nos quais a greve tem de ser acompanhada de serviços mínimos- garantem a continuidade mesmo em termos de exercício do direito fundamental de greve, sob pena de poder haver responsabilidade criminal;
- Igualdade e onerosidade dos serviços públicos: não podem discriminar as pessoas e normalmente há uma contrapartida para a utilização destes (Taxas).
- Existem relações especiais de poder: os utentes e os funcionários dos serviços públicos estão sujeitos a regras especiais.

²⁵ AAFDL, Tesouraria

Teoria da Competência

Tipos de competência:

- Implícita (extrai-se do fim da lei- teoria dos poderes implícitos) ou Expressa (é expressa na lei);
- Dispositiva (poder de disciplinar, reconfigurar a disciplina de determinada matéria) ou Revogatória (tem como propósito fazer cessar os efeitos de um ato). Quem tem competência dispositiva tem sempre competência revogatória, mas o inverso não é verdadeiro.
- Firme (é aquela que sendo atribuída por lei, só por lei pode ser modificada ou revogada) ou Precária (sendo atribuída por lei, pode por decisão administrativa cessar- Ex. competência atribuída por delegação de poderes ou por concessão).
- Individual/singular (é a competência atribuída a um único órgão) ou Comum (é atribuída a 2 ou mais órgãos a mesma competência: pode ser conjunta (os 2 órgãos tem de decidir ambos a mesma matéria, sendo o ato só perfeito com a intervenção de ambos- portaria da competência do ministro das finanças e educação. Sem intervenção de um, é invalida) ou alternativa (Qualquer um deles pode validamente decidir a matéria, basta a intervenção de um dele)).
- De exercício normal (por via de regra pertence ao órgão x) ou de exercício subsidiário ou adormecido (só excepcionalmente é da competência de determinado órgão).

Competência obedece a 4 critérios de delimitação:

- ♥Pode estar delimitada em função da matéria;
- ♥Pode estar delimitada em termos territoriais;
- ♥Pode estar delimitada em função da hierarquia: há uma estrutura escalonada da competência;
- ♥Pode ser delimitada em função do tempo. O que significa: a competência é em regra determinada para produzir efeitos presentes, a menos que tenha fundamento para ser exercida no passado (acontece com as leis retroativas), não pode ser exercida em relação do futuro.

O Código do Procedimento Administrativo apresenta, nos seus artigos 36º e 37º, a irrenunciabilidade da competência e a ideia de que a competência se fixa no momento inicial do procedimento.

Questões prejudiciais (38º): questões que são pressuposto de uma competência administrativa e que podem ser competências de outros órgãos da administração ou dos tribunais.

Conflitos de competência:

- ★Dois ou mais órgãos acham-se competentes: Conflito Positivo;
- ★Dois ou mais órgãos não se acham competentes: Conflito Negativo.

A violação das regras de normas de competência entre órgãos da mesma entidade pública leva à incompetência relativa (anulabilidade).

Competência Delegada

Intra-subjetiva:

Um órgão (A-delegante) tem a competência para praticar a matéria e ao mesmo tempo tem a competência discricionária de permitir a outro órgão (B-delegado) que pratique a matéria.

Ato de delegação de poderes: Ato através do qual o A permite ao B exercer competências que se não fosse esse ato não poderiam ser exercidas por B.

A competência de A é perfeita (Resulta da lei), e a competência de B é precária e imperfeita (só tem da lei a titularidade).

Qual é a fonte da competência do Órgão delegado?

- ♥ Freitas do Amaral: O fundamento é o ato de delegação de poderes;
- ♥ O fundamento é a lei (lei de habilitação) que confere ao A possibilidade de esse permitir a B exercer a competência. O B tem uma **nua titularidade** dos poderes, isto é, tem o título, mas não pode exercer a competência- só o pode fazer quando A pratica o ato de delegação.

O órgão delegante pode a qualquer momento retirar a delegação de poderes.

Consequência da Delegação de Poderes: A lei atribuiu aos dois órgãos uma **competência comum de exercício alternativo**, pois ambos são igualmente competentes sobre a matéria, enquanto subsistir a delegação de poderes.

Qual é o significado da delegação de poderes?

- ♥ A delegação de poderes significa uma alienação de poderes. Não é verdade, porque o A não perde os poderes;
- ♥ A delegação de poderes é apenas um requisito formal/autorização para que o B possa exercer os poderes. Não é, porque se não existe a delegação, os atos de B estão feridos de incompetência, visto que o ato de delegação é que atribui a competência (Marcello Caetano e Gonçalves Pereira);
- ♥ A delegação é o ato que transferia o exercício dos poderes do A para o B- tese da transferência dos poderes. Não é válida, porque o A não perde os poderes, não os transferindo e, por outro lado, a tese acaba por perceber a fonte da competência do delegado o ato administrativo e não a lei²⁶ (Freitas do Amaral).
- ♥ Pauto Otero: com a delegação de poderes o que há é a elasticidade da competência do exercício dos poderes, sendo isto que explica que o A e o B sejam ambos competentes- Tese da elasticidade do exercício da competência.

²⁶ Seria impensável, pois toda a competência vem da lei.

Subdelegação de poderes: B (subdelegante) subdelega poderes no C (subdelegado). É uma delegação de poderes delegados. A lei atribui competência perfeita ao A e suas titularidades ao B e C. Durante a subdelegação, são os 3 igualmente competentes. Se o A revoga a delegação de poderes, a subdelegação cessa. O próprio A pode revogar atos de C.

Artigo 49º CPA: O delegante tem sempre uma supremacia sobre o delegado, pois (1) os poderes deste último dependem da vontade exclusiva do delegante; (2) o delegante pode orientar os termos como quer que a competência seja exercida, podendo emitir diretivas e recomendações que o delegado tem de acatar, sob pena de poder perder o exercício da competência; (3) o delegante pode revogar os atos praticados pelo delegado ao abrigo da delegação. O exercício da competência do delegado e os atos que pratica nesse âmbito estão dependentes da vontade do delegante.

Não há o risco de cada um decidir e haver contradição de decisões? Sempre que o delegante exerce os poderes de competência primeiramente, os delegados já não podem decidir sobre a matéria, sob pena do ato ser inválido. Se for ao contrário, o revogante pode revogar o ato do delegado a qualquer altura.

A delegação de poderes não se confunde com a delegação de assinatura: permite-se que um funcionário em nome de outro pratique um ato material (assinatura).

Delegação pode ser expressa ou tacita, que ocorre nos casos em que a lei diz “considera-se tacitamente delegada no Presidente da Câmara Municipal a competência x”, ainda que o delegante possa revogar, chamando os poderes a si.

A falta de lei de habilitação torna a delegação inválida, pois não se permite uma alienação de competência. *A falta de publicidade* do ato de delegação de poderes (pois tem de ser objeto de publicação-artigo 47º/2) *gera a ineficácia*, isto é, não há atribuição de competência ao delegado, estando os seus atos feridos de incompetência-normalmente há nova delegação com eficácia retroativa.

Como é que a delegação cessa? (artigo 50º CPA):

♥ Revogação: Por inoportunidade, inconveniência

♥ Anulação: por invalidade

♥ Caducidade em 3 cenários:

- Se tem um termo;
- Se se esgota o seu objeto;
- Sempre que muda o titular do órgão delegante e delegado, porque é conferida tendo em atenção essas pessoas.

Intersubjetiva (entre entidades públicas)

Poderá colocar-se o problema da falta ou ineficácia de delegação de poderes:

- ♥ Ato de Delegação de poderes não foi publicado: ineficácia da delegação, o que significa que se B pratica um ato dentro da competência delegada, incorre em incompetência relativa e não absoluta porque a lei de habilitação confere uma titularidade a B (comum entre A e B).
- ♥ Não há ato de Delegação de poderes: continua a ocorrer uma incompetência meramente relativa, porque os poderes são delegáveis, havendo uma nua titularidade. A incompetência não poderia ser a mesma que no caso em que os poderes não são delegáveis.

Princípio da Flexibilidade da Competência:

- ♥ Toda a competência resulta da lei: é o princípio da legalidade da competência;
- ♥ Flexibilidade da competência que se opõe a uma conceção rígida da atribuição de competência, que consiste na ideia de que a competência atribuída por lei não pode ser alterada por intervenção administrativa. A regra no direito Português é a flexibilidade, o que é expresso por:
 - A mobilidade/elasticidade do exercício da competência: o exercício da competência pode ser alterado. Exemplo: Casos de substituição: há substituição sempre que um órgão age em vez de outro órgão, havendo um órgão normalmente competente e outro excepcionalmente competente. Isto reforça a flexibilidade do exercício da competência.
 - Princípio da Excepcionalidade da Definição Legal de um único órgão como exclusivamente competente sobre certa matéria: significa que em regra sobre a mesma matéria há sempre dois ou mais órgãos competentes. A exceção é que seja um só órgão competente sobre certa matéria. Exemplos: existência de cláusulas gerais de delegação de poderes (poderes são comuns a delegante e delegado); existência de cláusulas gerais de substituição (estado de exceção constitucional; estado de necessidade administrativa; possibilidade de o governo se substituir); mesmo a competência do Presidente da República pode ser exercida na sua maioria pelo substituto do Presidente da República, só alguns não podem ser exercidos. Há regras para definir conflitos positivos de competência.

Relações orgânicas

5 tipos de relacionamentos:

- No âmbito de uma competência comum: a lei investiu dois ou mais órgãos dos mesmos poderes sobre as mesmas matérias. Mas a lei pode impor que ambos os órgãos tenham de intervir (competência conjunta) ou definir que a competência é de exercício alternativo (o que acontece na delegação de poderes);
- Relação de Substituição: pressupõem que um órgão age no lugar de outro, por várias razões: o titular morreu ou está impedido (vicarial); suprir a inercia, omissão do órgão normalmente competente, exemplo situação de greve (integrativa); pressupõe previa decisão em primeira instância, havendo um

recurso ou o superior chama a si e substitui a decisão (revogatória); na sequência da aplicação de uma sanção intervém o órgão substituto (sancionatória); casos de emergência (extraordinária); (pré-judicial - 38º CPA);

- Relações de Complementaridade: um órgão complementa a ação de outrem, como exemplo as relações entre os órgãos deliberativos e executivos; propulsores e decisórios; principais e auxiliares;
- Relações de Cooperação: entre órgãos da administração pública nacional; entre a Administração Pública Nacional e a Administração da União Europeia; Administração Pública Nacional e entre Administrações Públicas Estrangeiras;
- Relações de Subordinação: um órgão está vinculado/submetido à intervenção de outro órgão. O que pode determinar esta relação? Órgãos que tem poderes sancionatórios e órgãos que estão sujeitos ao poder sancionatório; Órgãos que têm poder de supervisão (inspecionar, revogar ou anular) e os órgãos que estão sujeitos; Órgãos que tem a faculdade de permitir o exercício de poderes a outros órgãos e órgãos que têm o exercício de poderes condicionado (delegação de poderes); Órgãos que têm poder de orientar e os que são orientados; Órgãos que têm poder de direção e outros que têm o dever de obedecer.

Hierarquia Administrativa

O que é a relação hierárquica? É um modelo de organização vertical da administração que estabelece um vínculo jurídico entre uma pluralidade de órgãos da mesma pessoa coletiva (é intersubjetiva), que permite a um dos órgãos ter uma competência para dispor da vontade decisória de todos os restantes órgãos, e estes últimos estão adstritos a um dever legal de obediência.

Esta relação permite ao superior hierárquico ter 3 tipos de poderes:

- ♥ Poder de Direção: poder de emanar ordens (comando para o caso concreto, tanto pode impor como proibir uma conduta) e instruções (comando para uma pluralidade de casos, regulamento que o superior impõe ao subalterno). O superior pode ditar o conteúdo da vontade (substituição volitiva) e do ato do subalterno, o que significa que pode haver divergência entre a vontade real e a vontade declarada. O poder discricionário do subalterno está sempre nas mãos do superior hierárquico. O subalterno está adstrito ao dever legal de obediência. Se o subalterno não cumpre cai em responsabilidade disciplinar, sendo o superior que a aplica. O subalterne está obrigado a obedecer mesmo às ordens e instruções ilegais, pois incorre em responsabilidade disciplinar na mesma. O que deve fazer se for ilegal a instrução? Recorrer ao direito da respeitosa representação, isto é, passar a ordem/instrução a escrito, pois a responsabilidade que advenha disso é do superior hierárquico. O problema é que normalmente não passa a escrito ou os funcionários públicos na maioria não conhecem que têm esse direito. Toda e qualquer ordem e instrução gera dever de obediência? 271º/3- Cessa o dever de obediência sempre que implique a prática de crime. PO: sempre que o cumprimento se substancie num comando hierárquico nulo cessa o dever de obediência, só não cessa nos anuláveis. O direito português tem como

válido o direito de obediência de atos inválidos. Artigo 112º/5 visto a contrário: uma lei pode conferir a outro ato de outra natureza com eficácia interna: é o que o superior hierárquico faz, mesmo que seja contrário à lei.

- ♥ Poderes de Controlo: poder de inspecionar, fiscalizar (Está ou não a cumprir o que foi mandado fazer ou se é ou não contrário à lei). No caso de considerar que não cumpre o que foi mandado ou que é contrário à lei, o superior pode revogar os atos (poder de supervisão). Tem ainda o poder disciplinar.
- ♥ Poderes Dispositivos da Competência: o superior tem nas mãos algumas formas de intervir sobre as competências do subalterno: pode delegar ou revogar poderes; poder de substituição, podendo agir no lugar do subalterno (Quando o subalterno tem uma competência exclusiva, não pode substituir-se, mas emanar ordens ou instruções); poder de resolução de conflitos de competência dos subalternos.

Não estão sujeitos a hierárquica os órgãos constitucionais, os colegiais da Administração e os órgãos independentes. Competência delegada não está sujeita a hierarquia, pois há uma substituição da relação de hierarquia pela relação de delegação. A atividade contratual está sujeita ao princípio de consenso e não ao poder de direção. A atividade técnico-material também não está sujeita ao poder de direção, pois apela a conhecimento específico.

A hierarquia pode ser mais ou menos perfeita, pois o poder do superior pode ser acompanhado de todos os poderes falados, sendo a hierarquia plena/perfeita. Se, por outro lado, o superior só tem apenas alguns dos poderes será uma hierarquia fraca/imperfeita.

Se o superior pode emanar ordens e instruções sobre toda a qualquer competência do subalterno, então podemos concluir que o superior tem uma competência material comum com todos os subalternos, interna aos serviços da administração, o que explica que o superior possa opinar sobre todas as matérias. Os subalternos apenas têm uma competência fisionomamente/aparentemente exclusiva, pois apesar de terem competência para exteriorizar a vontade, esta pode sempre ser alterada/modelada pelo superior.

A hierarquia é um princípio geral de direito: a lei não precisa de dizer que há hierarquia, pois no silêncio da lei ela existe, tendo sempre o superior poderes de direção. Há um fundamento consuetudinário, o que mostra que nem toda a competência surge da lei formal.

Entidades Privadas que exercem funções administrativas

Existem 4 tipos de funções públicas praticadas por entidades públicas:

- Funções Públicas transferidas por concessão;
- Funções Públicas que são objeto normal ou exclusivo de uma profissão ou atividade desenvolvida por entidades privadas;

- Funções Públicas acessoriamente confiadas a entidades privadas (Ex. Comandantes de navios que exercem funções públicas, certificando um óbito a bordo);
- Funções Públicas atribuídas excecionalmente a entidades privadas (Ex. qualquer pessoa pode deter quem está a praticar um crime até à polícia chegar).

Limites do exercício privado: 266º CRP.

As entidades privadas que exercem funções administrativas integram a administração pública (em sentido amplo)? O problema está resolvido pelo artigo 267º/6 CRP: prova que fazem parte da administração.

Os privados podem colaborar com a administração em 3 cenários:

- Pessoas Coletivas de Utilidade Pública Administrativa;
- Instituições Privadas de Solidariedade Social;
- Pessoas Coletivas de Mera Utilidade Administrativa

Administração Pública Portuguesa

- Administração do Estado: entidades prosseguem os fins do Estado, podendo este ser prosseguidos pelo próprio Estado (Administração Direta do Estado) ou o Estado pode criar entidades (pessoas coletivas distintas do Estado) para isso.
- Administração Autónoma: prosseguem fins autónomos, mas sujeitas à intervenção do estado
- Administração Independente: prosseguem os fins próprios, mas sem estarem sujeitos à intervenção.

Administração Direta

- ♥ Administração Central: poderes que exercem sobre todo o território nacional. É a mais importante. Pode ser dirigida: que está sujeita ao poder hierárquico do governo- 199º/ alínea d- órgão superior da administração pública: ao governo compete o impulso, controlo e orientação da administração pública- de todas; cada ministro é simultaneamente órgão político e órgão administrativo (é o superior hierárquico no seu ministério); é um órgão complexo, e por isso, pode agir individualmente: os secretários de estado tem uma competência delegada, mas também podem agir como órgão colegial. A responsabilidade política face ao Parlamento depende da administração que falamos: é plena na AD; intermédia na AI; mínima na AA. Também há uma administração não dirigida/não hierarquizadas: podem existir serviços autónomos (escolas secundárias) e autoridades independentes que não têm personalidade jurídica (provedor de justiça)
- ♥ Administração Periférica: poderes do Estado exercidos numa área circunscrita. Pode ser interna ou externa, consoante exerce ou não os poderes em território nacional

Administração Indireta

Há entidades que tem personalidade jurídica de direito público e ainda entidades privadas de direito privado que são criadas por entidades públicas. São satélites do Estado.

Pessoas Coletivas de Direito Público

- ♥ Serviços personalizados: estruturas dotadas de personalidade jurídica que podiam funcionar dentro da estrutura do Estado, mas que o estado decidiu autonomizar. Pode ser os meramente burocráticos (DG) ou serviços de natureza prestadora (Hospitais públicos);
- ♥ Fundações públicas (temos dois tipos: regidas pelo direito público (Regra) ou regidas por direito privado);
- ♥ Entidades Públicas empresariais: são empresas públicas com personalidade coletivas de direito público- EPE's.

Pessoas coletivas de direito privado

- ♥ Entidades privadas de tipo empresarial- O estado exerce o poder de acionista sobre estas)
 - Sociedades empresariais de capitais integralmente públicos: 100% do capital é do Estado;
 - Sociedades empresariais de capitais maioritariamente públicos: mais de 50% são do Estado;
 - Empresas sujeitas a outras formas de influência dominante: o Estado controla as entidades de, mesmo tendo 20% ou 30% das ações, as outras estão dispersas por vários acionistas, que nem se entendem.
- ♥ Entidades privadas de tipo não empresarial

Administração Autónoma do Estado

Estão em causa os fins de outras entidades.

- ♥ Administração autónoma típica
 - Autarquias Locais: Regiões administrativas; Municípios (tem uma administração direta- sujeita à intervenção da camara municipal: serviços dirigidos (setor não autónomo) e serviços municipalizados (setor autónomo) e indireta (cria entidades sob forma pública ou privada); também podem criar entidades satélites, tanto de forma privada como pública); Freguesias
 - Instituições Públicas de Ensino Superior: Universidades; Instituto Politécnicos; Fundações Públicas de Direito Privado (Universidade Nova; Consórcios Personalizados. Também aqui há administração indireta e direta.
 - Associações Públicas: de entidades públicas (podem ser associações de municípios-áreas metropolitanas; e as associações de municípios podem ter administração indireta), de entidades privadas (Ordem dos Advogados), ou mistas, integram entidades públicas e privadas.

- ♥ Administração autónoma atípica: integram as entidades privadas que exercem poderes públicos: 267º/6

Administração Independente: Não depende do Governo

- ♥ Regiões Autónomas: Têm uma administração direta (central- para todo o arquipélago- ou de âmbito local-delegações das secretarias regionais na ilha x; pode haver entidades no continente- administração externa), indireta, autónoma (tutela por parte do governo regional) e uma administração independente (Estatuto dos Açores: 129º).
- ♥ Entidades administrativas independentes (Diferente das autoridades independentes). Têm duas modalidades: as que têm ligação mais próxima à União Europeia que à República (Ex. Banco de Portugal); e outras sem uma direção tão direta à União Europeia.

Administração das Autarquias Locais

- ♥ Cada autarquia local é uma pessoa de direito público: se uma das entidades praticar um ato que pertence às atribuições de outra pessoa coletiva está ferido de incompetência absoluta. Salvo se for no âmbito de poderes delegados;
- ♥ O município é composto 3 órgãos: por uma Câmara Municipal (executivo, eleito por sufrágio direto, órgão colegial) e Assembleia Municipal (deliberativo, eleito por sufrágio direto, órgão colegial) e pelo Presidente da Câmara Municipal- é um órgão autónomo: tem uma competência autónoma da Câmara Municipal e é o cabeça de lista do partido político escolhido.
- ♥ Freguesia: Junta de Freguesia (resulta da composição das assembleias de freguesia) e a Assembleia de Freguesia (sufrágio direto);
- ♥ Lei nº 27/96 de 1 de Agosto: regula a tutela e a demissão e dissolução dos órgãos e titulares. Os tribunais podem determinar a dissolução do órgão autárquico pela prática de ilegalidades, convocando-se novas eleições, ou se as ilegalidades forem praticadas por um titular, pode ocorrer a perda de mandato. 1º Questão: substituição do órgão dissolvido até à nova eleição- a autarquia será governada por uma comissão administrativa. 2º Questão: Até esta lei, a demissão era competência do governo, sendo agora da competência do poder judicial: quando o artigo 199º/d) atribui a tutela sobre a administração autónoma também compreende o poder de suspender a autonomia da respetiva autarquia/órgão autárquico. A dissolução do órgão autárquico não é conceito integrante do poder de tutela, não podendo ser competência dos tribunais, sendo esta lei inconstitucional por violar o 199º/d).

A Administração Nacional como Administração da União Europeia

- ♥ Há casos de coadministração: o processo de decisão é de intervenção portuguesa e de intervenção da União Europeia;
- ♥ Há casos de Federação Administrativa: União decide, os Estados Membros executam- funcionam como estruturas federadas;

- ♥ Há casos de administração própria: tanto dos Estados como da União Europeia, não há administração indireta.

Qual é o cenário prevalecente? Não se sabe. Mas podemos referir o princípio da subsidiariedade, isto é, o mínimo de invasão da União Europeia, devendo ser os Estados Membros a fazer, a menos que não possam fazer ou não o façam com tanta eficiência.

Como se passa a execução do direito da União Europeia? A regra geral é que o Direito da União Europeia não é executado diretamente pela União Europeia, sendo os Estados Membros que aplicam/executam. As administrações Públicas nacionais (dos estados-membros) executa dois tipos de direito o direito administrativo português, mas também o direito administrativo da União Europeia.

Quando a administração pública nacional executa o Direito de União Europeia, como se explica?

- Há quem entenda que a administração dos estados membros é nestes casos uma administração indireta: prossegue os fins da União Europeia;
- Considera que é uma administração delegada: a raiz dos poderes está na União, esta apenas permite que os Estados Membros exerçam os poderes delegados, à luz do princípio da subsidiariedade;
- São uma administração federada da União Europeia, sendo esta uma administração Federal.

Que regras tem de cumprir a administração nacional para aplicar o direito da União Europeia?

- ♥ Princípio do primado do direito da União Europeia: em caso de conflito de uma solução interna e solução da União, deve esta última prevalecer. Está intimamente ligado à efetividade e efeito útil do direito da União Europeia;
- ♥ Princípio da Cooperação Leal: devem desenvolver todos os esforços e não criar obstáculos artificiais. É dupla: dos estados membros com a União e entre os Estados Membros;
- ♥ Princípio da Autonomia: cada estado deve utilizar os instrumentos e meios que garantam a melhor aplicação do Direito da União Europeia;
- ♥ Princípio do Respeito pelas Vinculações estabelecidas pela União Europeia: limita o princípio da autonomia.

Há transformações nas administrações dos estados membros por força da administração da união europeia:

- ♥ De natureza material: aplicam-se as matérias da administração nacional, também executa o direito da União Europeia. Pode haver intervenção por parte do Estado na competência das Regiões autónomas e outras entidades menores;
- ♥ De natureza orgânica: os estados membros tiveram de criar novos órgãos. Podem ter 2 modelos de organização governamental: criar dentro do governo um ministério que tenha a seu cargo os assuntos europeus; ou cada ministério é

competente em razão da matéria para executar o direito nacional e o direito da União Europeia (Atualmente vigente em Portugal). A execução do Direito da União Europeia pode passar por outras entidades públicas, sem passar pelo Governo.

- ♥ Complexificação: é muito mais complexo o procedimento administrativo em certas matérias, pois a administração nacional deixa de poder decidir sozinha certas matérias, necessitando de audição, aprovação, recomendação dos órgãos Europeus.
- ♥ Duplicação dos mecanismos de controlo: quando a administração pública executa o direito da união europeia, coloca-se o problema de saber quem controla a execução. É feito pela Comissão Europeia e demais organismos europeus (até Tribunal Europeu). Há uma submissão ao controlo dessas entidades. Por outro lado, também pode haver um controlo por parte da Assembleia da República. Há um conflito positivo.

O Governo é ainda o órgão superior de toda administração ou apenas da administração nacional quando executa o direito nacional.

Ordenamento regulador da administração

Há hoje um **Pluralismo regulador da administração**: Não há uma, mas múltiplas fontes reguladoras da Administração e tudo é chamado a regular a Administração.

Por outro lado, há fontes que regulam a Administração fora desta (heteroregulação/heterovinculação: CRP, Lei, Convenções Internacionais) e outras que regulam a Administração dentro desta (autorregulação). As normas que a Administração emana tem de ser conforme com as fontes vindas de fora desta.

Não só há concorrência entre regulação jurídicas (normas jurídicas), como também há concorrência entre regulações jurídicas e extrajurídicas (que também regulam a Administração). A própria factualidade assume natureza paramétrica (pode ser padrão de conduta administrativa, gerando pautas, critérios, normas de regulação administrativa).

Relação entre o Direito Administrativo e o Direito Privado na regulação da Administração: as normas jurídicas que regulam a administração não são todas normas de direito administrativo. O problema é passar da simplicidade do ponto de partida: gestão pública (Atividade pautada pelo direito público) e gestão privada (atividade pautada pelo direito privado), para a questão de saber quando a administração pode passar do direito público para o direito privado. Reserva constitucional de direito administrativa: matérias da função administrativa que a CRP exclui a aplicação do direito privado, só podendo ser disciplinadas por direito administrativo. Qual é o fundamento constitucional? 212º/3, 268º/4 e 5. Se não existir uma reserva, o legislador teria a liberdade de regular toda a matéria administrativa sob égide do direito privado, esvaziando a competência dos tribunais administrativos e o artigo 268º/4 e 5.

Como se estipula a fronteira? Critério:

- ♥ Há uma reserva absoluta de direito administrativo em todas as atividades que envolvam o exercício de poderes de autoridade;
- ♥ Toda a atividade administrativa que não envolva o exercício de poderes de autoridade, a Administração pode em princípio escolher entre aplicar direito privado e direito administrativo;
- ♥ Com uma exceção: conjunto de matérias em que a administração está obrigada a aplicar direito privado, quando desenvolve atividades empresariais de natureza industrial ou comercial em mercado concorrencial, sob pena de ter poderes de autoridade que violam o princípio da concorrência e da igualdade.
- ♥ No silêncio da lei nas restantes áreas, o direito regra que regula a atividade administrativa é o direito administrativo.

Para além do direito privado e administrativo, a administração também é regulada por normas de direito penal, direito processual penal e direito processual civil.

Três grandes grupos de normas extrajurídicas que regulam a conduta administrativa

- Normatividade técnico-científica (ex. normas que pautam a construção de uma autoestrada, barragem, relatórios de segurança de uma ponte). Quando a lei remete para estas normas, não se admite uma discricionariedade ao decisor, tem um poder de decidir de acordo com critérios extrajurídicos. Decisão administrativa sobre parâmetros técnico-científicos: quando a administração a dar compensação ou se diz respeito a responsabilidade disciplinar. O tribunal administrativo pode controlar casos de erro manifesto ou erro patente: aquilo que, quem não é técnico percebe que é uma decisão errada. Os tribunais podem também decorrer a técnicos e peritos. Existem muitas vezes dúvidas sobre qual a decisão técnico-científica: os técnicos podem não se entender, não sabendo se há ou não erro. REVER
- Normas de natureza moral, ética ou deontológica: no exercício da função a conduta é eticamente reprovável ou moralmente inaceitável? As ordens socioprofissionais é que fazem este juízo, no caso dos advogados ou médicos;
- Normatividade de Trato-Social: urbanidade, civilidade, educação do relacionamento entre as pessoas. Estas podem levar a responsabilidade disciplinar (tanto a utentes da função pública como aos seus colegas).

Factualidade

Pode falar-se em normatividade não oficial: diversa da normatividade oficial (normas públicas), que são normas de conduta geradas informalmente que regulam a Administração Pública.

Como os factos podem ser juridificados?

1. *Costume Administrativo*: práticas reiteradas que geram convicção de obrigatoriedade.
2. *Usos Administrativos*: práticas habitualmente adotadas.

3. *Precedente Administrativo*: a decisão de um caso concreto que se torna pauta de conduta de critérios comuns. Como isto acontece? Decorre do princípio da igualdade e do princípio da imparcialidade: perante situações factuais idênticas, a administração deve decidir do mesmo modo. Mas isto não pode significar o rigidificar da decisão administrativa, porque o interesse pública pode exigir que se altere a decisão. Como conciliar estes princípios com a melhor prossecução dos interesses públicos? 152º/1 alínea d) CPA resolve o problema: deve ser fundamentada as razões de facto e de direito pelas quais é afastado o precedente administrativo.

É possível a *juridificação de factos alheios à Administração Pública*:

- Situações de estado de necessidade constitucional não incorporada (não formalizada);
- Situações de fenómenos revolucionários;
- Práticas reiteradas de decisões judiciais.

Factualidade não juridificada com relevância administrativa: programa do governo, referendo, acordo de governo de incidência parlamentar.

Tudo isto demonstra o pluralismo regulador da administração, sendo o direito administrativo apenas uma parcela do ordenamento que regula a Administração.

Entre o direito administrativo e o direito privado temos:

- Direito Administrativo Puro: exercício na gestão pública;
- Direito Administrativo Privatizado/ Direito Privado Administrizado: Quando a administração aplica direito privado não é igual ao direito privado aplicado pelos particulares. Qual o fundamento? Artigo 2º/3 CPA expressa que mesmo em gestão privada, os princípios do CPA têm que na mesma ser seguidos.

Há um direito administrativo global, isto é, há normas administrativas que são aplicadas à escala mundial. Direito Administrativo transnacional, isto é, normas administrativas que atravessam as fronteiras. Direito Administrativo multinível, ou seja, há um direito administrativo nacional (do Estado, RA, Autarquias Locais, outras pessoas coletivas públicas), acima deste há o direito administrativo da União Europeia e acima existem normas de direito administrativo global.

Normas Administrativas

Existem normas não escritas heterovinculativas da administração: princípios jurídicos fundamentais com valor supraconstitucional; princípios gerais não escritos, mas que se deduzem do direito positivo; costume; precedentes judiciais.

Normas escritas heterovinculativa da administração: CRP, direito União Europeia, atos legislativos internos (lei, decreto lei, decreto legislativo regional), direito estrangeiro. Direito convencional internacional, doutrina.

Fontes autovinculativas:

→ *Fontes de Autovinculação Unilateral:*

- Regulamento: norma proveniente da AP no exercício da função administrativa. Diferente da lei porque difere a função; o regulamento só pode atuar fora da reserva de lei; o regulamento pode executar a lei (pormenoriza, complementa) ou pode ser independente numa lei (fundado num conjunto de lei ou fundado na CRP ou no estatuto político administrativo das RA). O regulamento nunca pode ser objeto de derrogação (afastado no caso concreto) por força do princípio da igualdade e imparcialidade → Proibição de derrogação singular de um regulamento/ Princípio da Inderrogabilidade singular dos regulamentos.
- Costume proveniente da Administração: tem relevância o costume paterlegem ou também contralegem?
- Precedente: basta uma decisão. No direito português, por força do artigo 151º/1 alínea d), o precedente só pode ser afastado com o dever de fundamentação. Notas: (1) é mais fácil afastar um regulamento que um precedente, pois se quer afastar o regulamento publica novo regulamento, enquanto que para afastar o precedente tem de fundamentar que o mesmo caso, à luz de igualdade e imparcialidade, deve ter uma solução diferente → Factualidade a condicionar a atuação futura da Administração. (2) O precedente inválido vincula?²⁷ Quando deveria ter inferido liminarmente, mas decidiu conhecer o pedido. Cria-se um precedente. Num caso seguinte, pode ser usado o precedente? O ato é válido ou inválido? Há ou não um direito à igualdade na legalidade? O professor Paulo Otero diz que há (ao contrário da maioria da doutrina): a CRP não nos diz que a ilegalidade é um princípio prevalecente para a igualdade, o professor até diria que o princípio da igualdade é dito mais vezes; a o princípio da igualdade surge amparada pelo princípio da imparcialidade; Se o ato causado pela decisão administrativa 1 se consolidou na ordem jurídica pelo tempo, e até num caso de ilícito criminal se admite a consolidação (usucapião), isto será motivo, para um terceiro em nome da igualdade exigir o mesmo. Outro problema: se o precedente existe em sentido diferente de uma norma, pode substituir o conteúdo escrito da norma. O precedente inválido pode se tornar na derrogação da norma escrita. Se se admitir que uma conduta factual contrária a uma norma jurídica pode virar precedente, este precedente é ou não revogável? A resposta deve ser em sentido afirmativo, se uma conduta válida pode ser revogada, uma conduta inválida também o pode. Esse cessar pode ocorrer a qualquer momento? Não há prazo? Se a conduta é nula (não cria precedentes) ou é anulável (gera efeitos até ser destruída- tem prazo senão consolida-se na ordem jurídica). O precedente se não for destruído no prazo, consolida-se na ordem jurídica. Decorrido o prazo em que pode ser destruído o ato, esse precedente torna-se firme. Poderá o terceiro invocar esse precedente em nome da igualdade? Decorrido o prazo em que o ato se consolida, qual é a pauta de conduta da Administração? É o precedente ou pode afastar o precedente

²⁷ Indeferimento liminar: não conhecer o recurso fora do prazo (exemplo).

aplicando a norma, mas com o dever de indemnizar porque frustra a expectativa (discutível se é ou não legítima) do particular.

➤ Diretivas: A Administração fixa um fim, mas dá uma liberdade para os meios de atingir esse fim. É uma autovinculação para quem a emite, mas é uma heterolimitação para quem a emite. O sentido último da autovinculação da diretiva determina que se quem emitiu a diretiva fixou o fim x, dando possibilidade de meios, o emitente não pode criticar ou sancionar o destinatário de atingir o seu fim (Princípio da boa fé venire contra factum proprium).

➤ Promessa Unilateral

➔ *Fontes de Autovinculação Bilateral*

➤ Contratos Públicos

➤ Acordos de Concertação Social

➤ Acordos Endoprocedimentais (no procedimento administrativo)

➤ Convenções Jurídicas Interadministrativo

➤ Acordos substitutos do procedimento

➤ Contratos de Cooperação

➤ Acordos de Transação judicial (põem-se termo amigavelmente a um processo judicial ou arbitral)

Nota: **A centralidade do Governo na definição da normatividade administrativa.** A regra do direito português em matéria de repartição de competência legislativa é a competência concorrential, o que significa que o Governo sobre essas matérias pode fazer decretos-lei sem dependência da AR. A lei e o decreto-lei têm igual hierarquia. O Governo na área concorrential pode sempre fazer a área habilitante do Governo, com a particularidade de o Governo criar um decreto-lei para regular um caso concreto que lhe beneficie. “O Governo só pratica atos de administração ilegais se não quiser ou for tonto, não fazendo um decreto-lei que o habilite.” Na área concorrential, toda a legalidade administrativa é autovinculativa.

Quando o Governo é maioritário mesma a reserva do Parlamento é ilusória (o Governo quer, o Parlamento aprova). É o Governo quem tem competência para negociar Convenções Internacionais (mesmo em matérias de reserva da AR ou de reserva da Constituição). O Governo é quem participa na definição da legalidade do Direito da União Europeia. O Governo pode fora da reserva de lei, que não foram objeto de legislação, pode emanar um decreto-lei ou decreto-regulamentar fundado diretamente na Constituição (foge à apreciação parlamentar-169º- e fiscalização da constitucionalidade).

Diferença entre regras e princípios: Em matéria de regras o poder é claramente um poder que não dá margem para autonomia de decisão. Nos princípios há uma margem de ponderação administrativa, sendo aqui se se situa a autonomia administrativa/pública.

Autonomia Privada: expressão de direito e de liberdade. Autonomia Pública é a expressão de um poder.

As normas administrativas têm algumas particularidades:

- Contém definições administrativas;
- Contém Remissões administrativas;
- Contém Presunções (ilidíveis em regra)
- Contém Ficções administrativas;
- Contém regras de resolução de conflitos administrativos;

Qual o Modelo que regula as Normas?

1º Problema: Determinação da atividade reguladora, porque são muitas as normas, e dentro disso encontrar qual é a norma(s) que vão regular o meu caso concreto.

2º problema: Interpretação da(s) norma(s)

3º Problema: e quando não há norma? Integração de lacunas

1. Imperfeição e Incompletude da Normatividade

- ♥ A lei é hoje imperfeita (ao contrário do pensamento liberal e iluminista), porque não consegue abarcar toda a realidade e porque recorre a conceitos indeterminados, cláusulas gerais, enumerações exemplificativas e porque hoje há uma normatividade principialista (as normas integram princípios e não normas-regras), o que cria a dúvida quanto ao aplicador e destinatário da norma. A Administração tem fraqueza na aplicação de princípios, sendo que nestes casos a importância e aplicação dos precedentes é crescente. A normatividade principialista leva ainda que desagrade em mais pessoas, aumentando a conflitualidade/litígios judiciais. Temos normas legais em branco (indeterminação e abertura de conteúdo) ou situações de deslegalização (redução de uma norma legislativa a uma norma regulamentar).
- ♥ Neufeudalização Administrativa: todas as entidades públicas emanam normas e regulamentos, e mesmo dentro da mesma entidade pública, vários órgãos emanam regulamentos sobre a mesma matéria. Hoje há uma normatividade plural, mas ao mesmo tempo confusa e cujo conteúdo não garante a segurança jurídica.
- ♥ Há soft law (não é integralmente imperativo).
- ♥ Situações de incumprimento lícito da normatividade: objeção de consciência e direito de resistência. A mesma norma pode ser vinculativa para uns e não vinculativa para outros.
- ♥ Casos de inversão do sentido vinculativo da lei (Princípio da Contracorrente): A atuação administrativa deve respeitar, mas há casos em que a lei deve/está vinculada a respeitar a atuação administrativa. Em matéria de preparação do orçamento -lei- (105º/2), os contratos vinculam a atividade legislativa. Discute-se se os decretos regionais estão obrigados a respeitar os regulamentos da república: se sim, é outro caso deste fenómeno.

2. Como resolver o conflito entre normas?

Uma mesma matéria pode encontrar diferentes normas a regulá-la, sendo o maior problema o facto de sobre a mesma matéria existirem normas com soluções distintas- Problema das Antinomias.

À luz da clareza do ordenamento jurídico, como serão resolvidas estas situações?

- ➔ No Tribunal: Se uma lei é contrariada por um regulamento: o juiz aplica a lei; Se uma lei violar a Constituição afasta a norma. A solução do juiz baseia-se no princípio da hierarquia.
- ➔ O que a Administração deve fazer? Para a administração a regra é a da exceção da vinculação ao critério hierárquico, pois se cada órgão administrativo pudesse afastar uma lei por considerá-la inconstitucional seria uma anarquia, fazendo-se juizes constitucionais. Só a título excepcional é que o critério hierárquico é aplicado:
 - Perante normas que violam a consciência universal
 - Perante normas que violam direitos fundamentais dotados de aplicabilidade direta (18º e 17º)
 - A Constituição sanciona a invalidade com inexistência jurídica (promulgação, referenda)

Perante conflito entre a lei e regulamento, a administração deve aplicar o regulamento em deterioramento da lei (a norma que lhe está mais perto). A Administração tem um poder de aplicar as soluções mais próximas de si, garantindo-se a unidade, segurança, mesmo que nem sempre se garanta a legalidade e a constitucionalidade. Paradoxo: a Administração está vinculada a aplicar normas inválidas, só podendo praticar nestes casos atos inválidos. Discutível se é compatível com o Estado de Direito.

A Administração tem 3 tipos de protagonismo: identifica a norma (definição do direito); indica o sentido interpretativo da norma (interpretação do direito); se percebe que a norma é inválida, deve aplicá-la (aplicação do direito). Isto mostra que não é meramente uma função executiva. “A mais bela norma constitucional pode ficar travada por uma norma administrativa”.

Mesmo nos casos em que os tribunais fazem interpretação das leis, o Governo pode sempre fazer uma lei interpretativa (que tem eficácia retroativa).

Não há uma aplicação mecânica da normatividade, há sempre espaços para ser protagonista na aplicação da lei, resta saber em que termos o pode fazer. A Administração tem uma margem de livre apreciação, havendo autonomia pública.

Quais são as áreas em que a administração conta com essa margem de liberdade?

- Reserva de lei:

Conta com duas teses diferentes:

- ➔ Doutrina Tradicional: a reserva é total, a administração só pode intervir quando há uma lei expressamente habilitante dessa mesma lei;

→ Paulo Otero: a reserva de não exclui que só exista essa reserva de lei nos casos tipificados na Constituição, ou seja, nos casos em que a constituição não define que a matéria só pode ser tratada por órgão legislativo, a administração pode ela emanar uma primeira decisão sobre a matéria (desenvolvimento de uma atuação administrativa diretamente fundada na constituição: 199º/ g). Quais as matérias de reserva de lei: todas as formas que restringem ou lesem posições jurídicas privada; áreas especialmente sensíveis ao princípio da liberdade; situações expressamente tipificadas na Constituição.

Quais são os momentos em que a Administração goza de autonomia pública?

1. **A concretização de conceitos indeterminados:** a lei pode utilizar conceitos que são vagos, imprecisos e remete para a administração o poder de os concretizar. Há 3 tipos de conceitos indeterminados: juízos jurídico-discricionários (Administração valoriza certas condutas sem que os tribunais possam controlar essa valoração, que pode incidir sobre uma realidade presente ou passada ou ainda futura- juízo de prognose, exige uma estimativa/previsão futura); juízos jurídico-interpretativa, como por exemplo de perigo grave, casos excepcionais ou por razões imperiosas/necessidade (é sempre passível de controlo judicial); juízos técnico-científicos (há uma vinculação a critérios extrajurídicos, que são objeto de recessão pelo direito).
2. **A discricionariedade:** é a possibilidade de escolha entre duas ou mais decisões válidas por parte da administração, dentro dos limites da lei. Pode haver uma discricionariedade optativa (o legislador identifica que a solução é A ou B) ou criativa (é ela que decide entre as decisões que cria, sendo a margem de liberdade superior). Quais são os limites à discricionariedade? Esta não é arbítrio, porque resulta sempre da lei (é uma competência) e tem limites. Poderão ser limites externos à administração (heterovinculação) e internos (autovinculação ou heterovinculação da administração). O superior hierárquico com o poder de direção pode esvaziar a discricionariedade do subalterno, e no limite, pode ditar palavra por palavra o conteúdo da decisão do subalterno. Problema da validade da autovinculação normativa: quando a lei confere discricionariedade a um órgão da administração, está a conferir o poder para em cada caso concreto encontrar a melhor solução. Então quando a administração elabora um regulamento (define a solução de forma geral e abstrata) ela afasta a discricionariedade do caso concreto. Um regulamento não viola o espaço de discricionariedade que a lei quer que a administração tenha em cada caso concreto? Devo sacrificar a liberdade do caso concreto e a prossecução do interesse público em prol da segurança jurídica e igualdade?
3. **Derrogação Administrativa:** há uma norma e nesse norma para uma determinada situação prevê-se uma estatuição-regra (para uma determinada previsão prevê-se uma estatuição-regra. Mas, outra estatuição diz que a administração em cada caso concreto possa afastar a estatuição-regra. Isto é a derrogação administrativa (Ex. sempre que se encontre x mercadorias deve-se destruí-las, salvo se a administração lhes der outro uso). A estatuição-regra é meramente supletiva. A norma para uma mesma previsão legal consagra duas estatuições: a estatuição-regra e a estatuição-

livre. As derrogações têm de ser dentro dos parâmetros da legalidade. A derrogação envolve 3 pressupostos: tem de resultar de uma disposição normativa, de valor igual ou superior à estatuição-regra; a derrogação é sempre individual e tem de vir fundamentada; tem de respeitar o princípio da igualdade. É válida a derrogação administrativa por via regulamentar, isto é, uma derrogação normativa? Não, 112º/5 CRP. É derrogação administrativa é permitida em casos concretos, mas não normativamente. A derrogação pode envolver a utilização de conceitos indeterminados e espaços de discricionariedade. É uma discricionariedade optativa.